



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.S.046

Asunto:	Traslado alegatos
Acción:	Protección de los Derechos e Intereses Colectivos
Radicado:	17-001-23-33-000-2021-00163-00
Accionantes:	Juan Rafael Lopera Zapata
Accionados:	INPEC y DIAN.

Manizales, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Encontrándose a Despacho del suscrito Magistrado el presente medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos y habiendo practicado la totalidad de las pruebas decretadas, se corre traslado común a las partes por el término de cinco (5) días para que presenten sus alegatos de conclusión de conformidad con el artículo 33 de la Ley 472 de 1998 que al tenor literal señala:

ARTICULO 33: Alegatos. Vencido el término para practicar pruebas, el juez dará traslado a las partes para alegar por el término común de cinco (5) días.

Vencido el termino para alegar, el secretario inmediatamente pasara el expediente al despacho para que se dicte sentencia, sin que puedan proponerse incidentes, salvo el de recusación, ni surtirse actuaciones posteriores distintas a la de expedición de copias, desgloses o certificados, las cuales no interrumpirán el termino para proferirlas, ni el turno que le corresponda al proceso.

(...)

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



Firmado Por:

**Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

dd6abf7e160527d7de3a58c890ff8bea63cefd620bc1df4282ed0eb6a60c9584

Documento generado en 28/03/2022 10:32:23 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 079

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-33-33-002-2015-00388-02
Naturaleza: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Amparo Valencia
Demandados: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -Casur
Vinculada: María Luzmila Reinoso Marín

Se decide el recurso apelación impetrado por las partes contra la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones de la actora.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad de la Resolución 1431 del 09 de marzo de 2015, y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la demandada reconocer la sustitución de la asignación mensual de retiro del señor Luis Carlos Ríos Soto a la demandante, a partir del 07 de agosto de 2014.

Que además se condene a la demandada a que sobre las sumas reconocidas se reconozca y pague los ajustes de valor, de conformidad con el I.P.C., según lo establecido en el artículo 187 del CPACA y que el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

1.2. Sustento fáctico

Expuso que, el señor Luis Carlos Ríos Soto prestó sus servicios como agente en la Policía Nacional y al momento de su fallecimiento percibía una asignación mensual de retiro.

Que el señor Luis Carlos Ríos Soto convivió con la demandante desde 2004 y se unieron en matrimonio el 18 de marzo de 2007. Que el 31 de mayo de 2007, el causante realizó declaración juramentada en la que manifestó que velaba económicamente por su cónyuge. Que Luis Carlo Ríos Soto fue diagnosticado con Alzheimer, pero debido a su condición, la demandante no pudo seguir ocupándose del cuidado de su esposo, por lo que los hijos del causante decidieron internarlo en la Fundación para el Adulto Mayor Ángel, en Manizales en 2013. Que la demandante sostenía permanente contacto telefónico con el personal de la Fundación, toda vez que no contaba con los recursos económicos para poder visitarlo.

Que el señor Luis Carlos Ríos Soto falleció el 06 de agosto de 2014, por lo que la demandante, el 30 del mismo mes y año, solicitó la sustitución de la asignación mensual del retiro, lo cual fue negado por medio de la Resolución 1431 del 9 de marzo de 2015.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión.

Invocó el Preámbulo y los artículos 13, 48 y 53 de la Constitución, el párrafo 2º del Decreto 4433 de 2004. Enfatizó que la demandante tiene derecho a recibir la sustitución de la asignación de retiro del señor Luis Carlos Ríos Soto, en calidad de cónyuge superviviente, ya que por circunstancias ajenas a su voluntad no pudo continuar conviviendo bajo el mismo techo con el causante, pero era él quien velaba económicamente por ella e incluso era su beneficiaria en el sistema de salud.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. Casur no contestó la demanda.

2.2. María Luzmila Reinoso Marín: (vinculada) se opuso a las pretensiones de la demandante; sobre los hechos expresó que unos son ciertos y los demás no le constan.

Propuso las excepciones tituladas: *“La demandante no cumple con los requisitos para ser adjudicataria de sustitución de asignación de retiro”* basada en que, la demandante no cumple con las condiciones temporales, toda vez que no convivió con el causante durante los cinco años anteriores al fallecimiento. *“La señora María Luzmila Reinoso Marín cumple con los requisitos para ser adjudicataria de sustitución de la asignación de retiro”* basada en que, al momento en que solicitó la asignación de retiro, acreditó las condiciones y requisitos para gozar de la prestación vitalicia, pero Casur no efectuó el reconocimiento, en tanto ya se había otorgado el derecho a otra persona.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró no probadas las excepciones propuestas por la vinculada; declaró la

nulidad de la Resolución 1431 del 09 de marzo de 2015 proferida por Casur y a título de restablecimiento del derecho, le ordenó reconocer a la señora Amparo Valencia, la sustitución de la asignación de retiro que percibía el señor Luis Carlos Ríos Soto, a partir del 06 de agosto de 2014, en su calidad de cónyuge del causante, en cuantía del 70% de la prestación vitalicia.

Para ello, luego de precisar que la normatividad que rige el asunto es el Decreto 4433 de 2004, por tratarse de un régimen especial, exceptuado de la Ley 100 de 1993, por mandato del artículo 279, señaló que, el criterio material de convivencia y apoyo mutuo, según lo ha desarrollado la jurisprudencia, constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de la sustitución pensional, por lo que el cónyuge o compañero permanente que pretenda acceder a la pensión cuando ésta se causa por la muerte del pensionado fallecido, lo deberá acreditar.

Conforme a lo anterior verificó, conforme a las pruebas recaudadas el cumplimiento de los requisitos legales para la sustitución pensional, tanto de la demandante: señora Amparo Valencia; como de la vinculada: señora María Luzmila Reinosa Marín, luego de lo cual concluyó que, la demandante y el causante comenzaron a convivir en 2004 y el señor Ríos Soto falleció en 2014; para el 2011, debido a la enfermedad que aquejaba al señor Ríos Soto, se separaron de hecho; por lo que la proporción de la prestación vitalicia a reconocer es del 2004 al 2011, lo que equivale al 70% de la asignación de retiro.

En lo que tiene ver con el numeral 5º del artículo 12 del Decreto 4433 de 2004, en el que se dispone la pérdida de la condición de beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro por separación de hecho, se tiene que entre la fecha en que la accionante y el causante interrumpieron su relación y la fecha de la muerte del señor Ríos Soto no trascurrieron 5 años o más. Adicionalmente, el Consejo de Estado apuntó que la norma en comento no es aplicable, entre otras razones, porque el Decreto excedió la facultad reglamentaria establecida en la Ley 923 de 2004.

Que en lo que respecta a la relación sentimental entre la señora María Luzmila Reinosa Marín y el señor Luis Carlos Ríos Soto, no se logró acreditar que dicho vínculo estuviera vigente en los cinco años anteriores al fallecimiento del causante, por lo que no es posible reconocer la sustitución de la asignación de retiro a la vinculada.

4. Apelación

4.1. Amparo Valencia (demandante) solicitó se revoque parcialmente la sentencia y en su lugar se declare a su favor el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro en su totalidad, desde el 6 de agosto de 2014.

Señaló que la pensión de sobrevivientes se reconoce mediante porcentaje proporcional

al tiempo de convivencia cuando en el caso se logra demostrar que existe compañera permanente pero subsiste una sociedad conyugal. Que María Luzmila Reinosa Marín no logró probar su calidad de compañera permanente, por lo que la demandante tiene derecho a acceder a la pensión de sobreviviente del causante pero el equivalente al 100% de la asignación de retiro, toda vez que además de ser la cónyuge, la sociedad conyugal se encontraba vigente al momento del fallecimiento.

4.2. Casur solicitó se revoque en su integridad la sentencia y se nieguen las pretensiones de la demandante teniendo en cuenta que, no acreditó que existía auxilio o apoyo mutuo, convivencia efectiva, comprensión y vida en común al momento de la muerte.

Que, la actora no logró acreditar tal presupuesto, pues, la muerte del causante acaeció el 06 de agosto de 2014, cuando se encontraba recluido en la Fundación Ángel en Manizales; las declaraciones extra juicio aportadas dan cuenta que la demandante residía para la fecha en el Barrio Villas de Santa Mónica Manzana 5 Casa 23 de Dosquebradas - Risaralda y no obra prueba documental o testimonial de la que se pueda deducir que la demandante haya convivido con el causante durante sus últimos años de vida o que, por lo menos, existiera una codependencia estable e incondicional entre los dos, toda vez que tampoco se demostró que el finado respondía con la cuota de manutención.

Asimismo, no hay indicios sobre alguna cercanía, afecto o reconocimiento de parte del fallecido, respecto de la demandante, ni dejó en vida solicitud o soporte que diera cuenta de su voluntad en torno a la sustitución de su asignación de retiro.

Que, de igual forma el Señor Eduardo Andrés Candelo Ríos, nieto del causante el 08 de Octubre de 2012 informó a Casur que, la Señora Amparo Valencia abandono a su abuelo; mediante otro comunicado de 12 de Diciembre de 2014, dio nuevamente a conocer el estado de abandono en que se encontraba por parte de su conyugue señora Amparo Valencia, y aportó entre otros documentos, la dirección actual del causante en la que se puede ver que este residía en la Carrera 21 No 11-14 barrio La Aurora del municipio de Dosquebradas- Risaralda, dirección muy diferente pues como se dijo con anterioridad, la señora Amparo Valencia residía en el Barrio Villas de Santa Mónica Manzana 5 Casa 23 del referenciado municipio y aporta una buena cantidad de recibos de pago donde figura como persona encargada de los cuidados del señor Luis Carlos, la señora Luz Helena Ríos, hija del desaparecido agente y madre de Eduardo Andrés Candelo Ríos.

II. Consideraciones

1. Problemas Jurídicos

De conformidad con la sentencia apelada y los recursos interpuestos contra ella,

corresponde a la Sala determinar: *¿Cuenta la demandante Amparo Valencia con derecho a que le sea reconocida la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del señor Luis Carlos Ríos Soto? En caso afirmativo, ¿en qué porcentaje debe ser reconocida la sustitución pensional a favor de la demandante?*

2. Primer problema jurídico

Tesis del Tribunal: la demandante Amparo Valencia cuenta con derecho a que le sea reconocida la sustitución de la asignación de retiro que en vida devengó el señor Luis Carlos Ríos Soto, en tanto se acreditó que, era su cónyuge supérstite con sociedad conyugal vigente y que si bien se presentó una separación de hecho en 2011, esta no es imputable a la demandante.

Para fundamentar lo expuesto se hará referencia a: i) el marco jurídico sobre la sustitución pensional; ii) las situaciones jurídicas acreditadas; y iii) el análisis del caso concreto.

2.1. Marco jurídico

2.1.1. Sustitución pensional de los Agentes de la Policía Nacional

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

El Consejo de Estado¹ ha aclarado que, la **sustitución pensional** es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar de un pensionado que fallece o del afiliado que cumple con los requisitos legalmente exigibles para pensionarse y fallece, en tanto que la **pensión de sobrevivientes** es aquella que se le otorga al núcleo familiar del afiliado no pensionado, que fallece sin cumplir con los requisitos mínimos para obtener la pensión.

La Ley 923 de 2004² estableció en el artículo 3, los requisitos mínimos para el reconocimiento de la asignación de retiro, el derecho pensional de sobreviviente, de invalidez y sus sustituciones, en los siguientes términos:

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, M.P: Gabriel Valbuena Hernández, sentencia de 7 de febrero de 2019, expediente 0161-17.

² “(...) Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política (...)”.

“3.1. El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.

A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.

Excepcionalmente, para quienes hayan acumulado un tiempo de servicio en la Fuerza Pública por 20 años o más y no hayan causado el derecho de asignación de retiro, podrán acceder a esta con el requisito adicional de edad, es decir, 50 años para las mujeres y 55 años para los hombres.

En todo caso, los miembros de la Fuerza Pública que se retiren o sean retirados del servicio activo sin derecho a asignación de retiro o pensión, tendrán derecho al reconocimiento del bono pensional por el total del tiempo servido, de conformidad con las normas del Sistema General de Pensiones.

3.2. El monto de la asignación de retiro será fijado teniendo en cuenta el tiempo de servicio del miembro de la Fuerza, el cual no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) por los primeros quince (15) años de servicio, ni superior al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

3.3. Las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública. (...).”

En los numerales 3.7 y 3.8 de la citada normativa se determinó respectivamente, el orden de beneficiarios de la sustitución pensional y el monto de la prestación, así:

“3.7.1. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte.

3.7.2. En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha sustitución. Si tiene hijos con el causante aplicará el numeral 3.7.1.

Si respecto de un titular de asignación de retiro o pensionado por invalidez hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los numerales 3.7.1 y 3.7.2. del presente numeral, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco (5) años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al numeral 3.7.1 en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco (5) años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

3.8. Las asignaciones de retiro, las pensiones de invalidez de los miembros de la Fuerza Pública y su sustitución, así como las pensiones de sobrevivientes en ningún caso serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente. La sustitución de la pensión será igual a lo que venía disfrutando el titular, con excepción de los porcentajes adicionales para quienes se pensionen a partir de la vigencia de la presente Ley. En todo caso, la asignación mensual de retiro de los soldados profesionales no podrá ser inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)"

El texto subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-209 de 2009 en el entendido de que, en igualdad de condiciones, las mismas también se aplican en relación con los integrantes de parejas del mismo sexo y, posteriormente, el texto resaltado en negrilla también fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-456 de 2015, entendiéndose que también son beneficiarios de la pensión de sobreviviente, de invalidez y de la sustitución de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, la compañera o el compañero permanente del causante y que dicha pensión o sustitución se dividirá entre ellos en proporción al tiempo de convivencia con el difunto.

Ahora bien, el Gobierno Nacional al expedir el Decreto 4433 de 31 de diciembre 2004³ «por medio de la cual fue reglamentada la Ley 923 de 2004⁴» incluyó como beneficiarios de la

³ "Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública."

⁴ "Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política (...)"

sustitución de la asignación de retiro y/o de la pensión de sobrevivientes, a que se alude en el artículo 40⁵ de esta disposición, al compañero o compañera permanente sobreviviente, en el mismo orden del cónyuge supérstite, de la siguiente manera:

“Artículo 11. Orden de beneficiarios de pensiones por muerte en servicio activo. Las pensiones causadas por la muerte del personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, y Alumnos de las escuelas de formación, en servicio activo, serán reconocidas y pagadas en el siguiente orden:

11.1 La mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente y la otra mitad a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos si dependían económicamente del causante.

11.2 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos, si dependían económicamente del causante.

11.3 Si no hubiere hijos, la pensión corresponderá la mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, y la otra mitad en partes iguales, para los padres que dependían económicamente del causante.

11.4 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, ni hijos, la prestación se dividirá entre los padres, siempre y cuando dependieran económicamente del causante.

(...)

Parágrafo 2º. Para efectos de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, cuando exista cónyuge y compañero o compañera permanente, se aplicarán las siguientes reglas:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando

⁵ ***“Artículo 40. Sustitución de la asignación de retiro o de la pensión. A la muerte de un Oficial, Suboficial, alumno de la escuela de formación o Soldado de las Fuerzas Militares, Oficial, Suboficial, miembro del Nivel Ejecutivo, Agente o alumno de la escuela de formación de la Policía Nacional, en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el artículo 11 del presente decreto, tendrán derecho a una pensión mensual que será pagada por la entidad correspondiente, equivalente a la totalidad de la asignación o pensión que venía disfrutando el causante (...).***

dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de treinta (30) años de edad, y no haya procreado hijos con este. La sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha sustitución. Si tiene hijos con el causante se aplicará el literal anterior.

*Si respecto de un titular de asignación de retiro o pensionado por invalidez hubiese un compañero o compañera permanente, **con sociedad anterior conyugal no disuelta** y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a y b del presente parágrafo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*

*En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge o compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. **Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente**". (Se resalta)*

El artículo 12 del referido Decreto 4433 de 2004 consagra los eventos en los cuales se pierde la condición de beneficiario, como son:

"Se entiende que falta el cónyuge o compañero (a) permanente y por lo tanto se pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes o a la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, en cualquiera de las siguientes circunstancias, según el caso:

12.1 Muerte real o presunta.

12.2 Nulidad del matrimonio.

12.3 Divorcio o disolución de la sociedad de hecho.

12.4 Separación legal de cuerpos.

***12.5 Cuando lleven cinco (5) o más años de separación de hecho"** (Se resalta).*

El Consejo de Estado⁶ sobre la aplicación del ordinal 12.5 del artículo 12 de la norma en cita, precisó que:

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. 24 de agosto de 2017. Rad.: 25-000-23-42-000-2013-00823-01.(0717-2014).

“Su aplicación literal es contraria a las reglas de reconocimiento de la sustitución pensional previstas en el parágrafo 2º del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, que regula la forma de distribución de la asignación de retiro o pensión a sustituir, en caso de coexistir sociedad conyugal no disuelta con separación de hecho y compañero (a) permanente, sin que haya convivencia simultánea.

En efecto, esta última norma prevé el supuesto de una separación de hecho, pero la exigencia de convivencia por un término superior a cinco años no puede entenderse como los últimos cinco años de vida del causante.

Así lo ha entendido reiteradamente la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, al interpretar la misma regla consagrada en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 (modificada por la Ley 797 de 2003) para el régimen general de pensiones; también lo ha corroborado la Corte Constitucional en la Sentencia T-128/16 y lo ha ratificado el mismo Consejo de Estado en decisión del 23 de septiembre de 2015

Así las cosas, aplicar la regla del artículo 12 numeral 4º, haría perder efecto útil a la prevista en el inciso final del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004.

Por último, tenemos que la Ley 923 de 2004 no consagró dicha exclusión, por lo tanto, el presidente de la república no estaba facultado para cambiar los beneficiarios de la sustitución de la asignación de retiro regulados en el ordinal 3.7 del artículo 3º de la Ley 923 de 2004”.

2.1.2. Pensión de sobrevivientes y sustitución de la pensión de vejez - Ley 100 de 1993

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

La Sección Segunda del Consejo de Estado⁷ ha señalado que, la normativa aplicable a la pensión de sobreviviente o la sustitución pensional es la vigente al momento del deceso, en virtud del principio de irretroactividad de la ley. Si este ocurre en vigor de la Ley 100 de 1993, ha de recordarse que su aplicación, según su artículo 279, no se extiende a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Pública, ni aquellos que se encuentran afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.⁸

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P: Luis Rafael Vergara Quintero. sentencia de 25 de abril de 2013, expediente 1605-09.

⁸ *“El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas. Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91*

La Corte Constitucional en sentencia C-461 de 1995⁹, declaró exequible esta exclusión, «*siempre que su aplicación no vulnere el principio de igualdad*», por lo que al momento de resolver cada caso, el juez debe analizar no solamente la norma especial, sino también el régimen general y en el evento en que este sea más favorable debe proceder a su aplicación.

El artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003; señala:

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. *Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

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

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible¹⁰> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de

de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida”.

⁹ M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰ Sentencia C-1035-08 de 22 de octubre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño ‘*en el entendido de que además de la esposa o el esposo serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido*’.

sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente; (...)"

De los aludidos grupos de beneficiarios, la Corte Constitucional resumió los requisitos que deben acreditar para el reconocimiento prestacional, en sentencia C- 336 de 2014, así:

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

En línea con los requisitos que establece la normativa en cita, en lo que respecta a la denominada "vida marital" o "convivencia" el Consejo de Estado en sentencia del 26 de julio de 2012¹¹ precisó:

"El criterio material de convivencia efectiva, cuya expresión se ubica fundamentalmente en los requisitos exigidos al cónyuge o compañero permanente para acceder a la pensión, es

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

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

2.1.3. Derecho al reconocimiento de la sustitución pensional del cónyuge *supérstite* separado de hecho.

Como se vio, el literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, consagra el derecho al reconocimiento de la sustitución pensional o reconocimiento de la pensión de sobrevivientes para el cónyuge *supérstite* separado de hecho.

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de esta norma en la sentencia C-336 de 2014¹², en la cual determinó que el precepto en comento no violaba el derecho a la igualdad de la compañera permanente que debe compartir la pensión de sobrevivientes **con la cónyuge separada de hecho**, pues no se está frente a idénticos supuestos fácticos, dado que la cónyuge con sociedad conyugal vigente y que no convivía al momento de la muerte con el causante y la última compañera permanente, pertenecen a grupos diferentes. A este respecto se retomó la jurisprudencia constitucional que indica la diferenciación existente entre el matrimonio y la unión marital de hecho.

En esa oportunidad la Corte explicó que, es constitucionalmente justificada la medida adoptada *“en tanto que ambos beneficiarios -compañero permanente y cónyuge con separación de hecho- cumplen con el requisito de convivencia, el cual se armoniza con los efectos patrimoniales de cada institución, pues los haberes del matrimonio siguen produciendo efectos jurídicos ya que la separación de hecho no resta efectos a la sociedad patrimonial existente entre el causante y su cónyuge sobreviviente. Es decir, que pese a que el de cujus conviviera por el término mínimo de cinco años con un compañero permanente, la sociedad de hecho entre estos dos no se conformó al estar vigente la del matrimonio”*. Al respecto indicó:

“Respecto al tipo de convivencia –en el caso de convivencia simultánea- la Corte puntualizó en la sentencia C-1035 de 2008 que no se trata de cualquier relación, sino que para determinar al beneficiario de la pensión de sobrevivientes, ésta debe reunir las siguientes condiciones:

¹² Corte Constitucional. Sentencia del 4 de junio de 2014. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo. Referencia expediente: D-9910.

(...) convivencia caracterizada por la clara e inequívoca vocación de estabilidad y permanencia, esto es, que ocurran al mismo tiempo la convivencia del causante con el respectivo cónyuge y con el compañero o compañera permanente durante los cinco años previos a la muerte del causante y excluye de antemano las relaciones casuales, circunstanciales, incidentales, ocasionales, esporádicas o accidentales que haya podido tener en vida el causante, como tampoco se refiere a aquellas situaciones en las cuales el causante convivió con diversas personas de forma sucesiva (no simultánea), situación que tiene su regulación especial.

*Ahora bien, en lo que respecta al tipo de convivencia objeto de esta providencia –no simultánea–, tan solo difiere de la anterior concepción en el momento de su consolidación, puesto que si bien es el compañero permanente quién debe acreditar de forma clara e inequívoca la vocación de estabilidad y permanencia con el causante durante los cinco años previos a su muerte, **para caso del cónyuge supérstite con separación de hecho el quinquenio de la convivencia naturalmente deberá verificarse con antelación al inicio de la última unión marital de hecho.***

Finalmente concluyó que: *“en protección y reconocimiento del tiempo de convivencia y apoyo mutuo acreditado por el miembro sobreviviente de la unión marital de hecho, que el legislador le otorgó el beneficio de una cuota parte de la pensión frente a la existencia de una sociedad conyugal. En conclusión, la norma busca equilibrar la tensión surgida entre el último compañero permanente y la del cónyuge con el cual a pesar de la no convivencia no se disolvieron los vínculos jurídicos. Por todo lo anterior, la norma acusada es constitucional y será declarada exequible...”*.

Ahora bien, para Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia esa disposición busca dar la protección a quien acompañó al pensionado, y quien le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial hasta el momento de su muerte, pese a estar separados de hecho, siempre que la convivencia se haya dado por lo menos durante 5 años, **sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento**, sino en cualquier época, sin embargo aclaró:

“Tal interpretación que ha desarrollado la Sala, sin embargo, debe ser ampliada, en tanto no es posible desconocer que el aparte final de la norma denunciada, evidencia que el legislador respetó el concepto de unión conyugal, y ante el supuesto de no existir simultaneidad física, reconoce una cuota parte a la cónyuge que convivió con el pensionado u afiliado, manteniéndose el vínculo matrimonial, aun cuando existiera separación de hecho.

Esa medida, sin lugar a dudas, equilibra la situación que se origina cuando una pareja que decidió formalizar su relación, y que entregó parte de su existencia a la conformación de un común proyecto de vida, que inclusive coadyuvó con su compañía y su fortaleza a que el trabajador construyera la pensión, se ve desprovista del sostén que aquel le

proporcionaba; esa situación es más palmaria cuando es la mujer quien queda sin ese apoyo, en tanto su incorporación al mercado laboral ha sido tardía, relegada históricamente al trabajo no remunerado o a labores periféricas que no han estado cubiertas por los sistemas de seguridad social.

No se trata entonces de regresar a la anterior concepción normativa, relacionada con la culpabilidad de quien abandona al cónyuge, sino, por el contrario, darle un espacio al verdadero contenido de la seguridad social, que tiene como piedra angular la solidaridad, que debe predicarse, a no dudarlo, de quien acompañó al pensionado u afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, pese a estar separados de hecho, siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época.

Ahora bien, si tal postura se predica cuando existe compañera o compañero permanente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, no encuentra la Corte proporcionalidad o razón alguna para privar a la (el) esposa (o) del reconocimiento de la pensión, en el evento de no concurrir aquel supuesto, pues de admitirse, la disposición no cumpliría su finalidad, esto es, la protección en tal escenario, más si se evalúa que quien aspira a tal prestación mantiene un lazo indeleble, jurídico, económico, sea que este último se haya originado en un mandato judicial, o en la simple voluntad de los esposos.

Entonces, se hace necesario armonizar el contenido de la norma denunciada como interpretada erróneamente, con criterios de equidad y justicia, lo que implica un estudio particular en estos eventos extraordinarios, para determinar en qué casos se accede a la pensión según la parte motiva de esta providencia; en ese orden prosperan los cargos propuestos, por lo cual se casará en su totalidad la sentencia acusada".¹³

Como se aprecia, esa Corporación precisó que, en esos casos los cinco años de convivencia para el cónyuge *supérstite*, separado de hecho, se pudieron configurar **en cualquier época, no sólo previos a la muerte del causante**, esto a efectos de proteger a quien junto con el causante conformaron un común proyecto de vida, que inclusive coadyuvó con su compañía y su fortaleza a que el trabajador construyera la pensión, se ve desprovista del sostén que aquel le proporcionaba.¹⁴

La Corte Suprema de Justicia¹⁵ señaló además que, carecería de todo sentido que de una parte el legislador consagrara un derecho para quien *"mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho"*, y se le exigiera a esa misma persona la convivencia en

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 10 de mayo de 2017, SL6519-2017, Radicación 57055.

¹⁴ Acá se reitera lo que se venía diciendo que Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 24 de enero de 2012, rad. 41637.

¹⁵ Sala de Casación Laboral, en fallo CSJ SL, 29 de noviembre de 2008, rad. 32393

los últimos cinco años de vida del causante, cuando la separación de hecho significa que no hay convivencia.

Igualmente la Corte Constitucional ha considerado que en casos de sociedad conyugal no disuelta, donde no se demuestre la convivencia durante los últimos años, también procede el reconocimiento a la sustitución pensional, de acuerdo al tiempo convivido. Esto dijo esa Corporación:

*“52. A partir de la jurisprudencia constitucional precitada, es posible concluir, primero, que se encuentra justificado, en el caso de simultaneidad de reclamaciones por parte de un compañero permanente y un cónyuge que no convivió los últimos años con el causante, pero con quien existe una sociedad anterior conyugal no disuelta, que se proceda al reconocimiento de la pensión, en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido y, segundo, que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio de amparo, cuando se advierte que la suspensión de la sustitución pensional ocasiona la vulneración de derechos fundamentales, especialmente, de personas que gozan de una protección constitucional reforzada y, se constata que existe duda respecto del cumplimiento de los requisitos legales para acceder a la pensión”.*¹⁶

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado ha precisado que, siendo la sociedad conyugal uno de los efectos patrimoniales del matrimonio, que al no liquidarse impide la conformación de la sociedad patrimonial con el compañero(a) permanente, no pueden desconocerse sus efectos jurídicos al momento de la reclamación del reconocimiento de la sustitución pensional, *“en particular, cuando el cónyuge separado de hecho demuestra que hizo vida en común con el causante por lo menos durante cinco (5) años, en cualquier tiempo, sentido en el que debe interpretarse el inciso final del artículo 47 de la Ley 100 de 1993”.*¹⁷

2.2. Situaciones jurídicas acreditadas

- Casur, mediante Resolución 1151 del 15 de julio de 1971, reconoció al señor Luis Carlos Ríos Soto en su calidad de agente de la Policía Nacional, una asignación de retiro (fls. 17-18 C.1).
- Luis Carlos Ríos Soto estuvo casado con la señora María Jesús Olarte García desde el 21 de marzo de 1954, quien falleció el 28 marzo de 1979 (fls. 3-7, 252 C.1.).
- Luis Carlos Ríos Soto y Amparo Valencia contrajeron matrimonio católico el 18 de marzo de 2007 (f. 32 C.1).

¹⁶ Sentencia T- 164 de 2016. Magistrado ponente Alejandro Linares Cantillo.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. C.P: Gabriel Valbuena Hernández. sentencia de 20 de febrero de 2020. Rad. 05001-23-33-000-2017-02535-01(1452-19)

-. Eduardo Andrés Cándelo Ríos, nieto del señor Luis Carlos Ríos Soto, a través de correo electrónico del 08 de octubre de 2012 informó y solicitó a Casur que:

"[...] actuando en representación del señor LUIS CARLOS RÍOS SOTO [...]y quien es mi abuelo les solicito de la manera lo más respetuosa lo siguiente:

- 1. El retiro del sistema de sanidad de la señora AMPARO VALENCIA, Quien figura como conyuje (sic) puesto que desde hace 2 (dos) años la señora abandonó al señor CARLOS RÍOS SOTO, debido al mal estado de salud que presenta mi abuelo propio de su edad.*
- 2. asesoría, acompañamiento y verificación por parte de ustedes del abandono conyugal a que fue sometido mi abuelo por parte de la señora Valencia, así como asesoría jurídica para que mi abuelo pueda tramitar el divorcio respectivo ante las autoridades competentes, puesto que ya lo hemos intentado de manera personal pero debido a la avanzada edad de mi abuelo no ha sido posible...". (f. 168 C.1)*

-. Luis Carlos Ríos Soto falleció el 06 de agosto de 2014. (f. 31 C.1).

-. Eduardo Andrés Cándelo Ríos el 12 de diciembre de 2014 informó a Casur que:

"2. En el año 2010 la señora AMPARO VALENCIA, ABANDONA a mi abuelo en la casa de mi tía OLGA LUCÍA RÍOS debido a su avanzada edad, la señora nunca más vuelve a visitarlo solo lo llama de manera telefónica de manera esporádica.

3. Durante su estadía donde su hija OLGA LUCÍA RÍOS mi abuelo, RECIBE LOS MEJORES CUIDADOS Y EL CARIÑO QUE SU FAMILIA PUEDE APORTARLE, pero su estado de salud se va deteriorando debido a la FUERTE DEPRESIÓN que le produce ser abandonado por su esposa.

4. Un año después y en vista de la situación, mi madre, LUZ ELENA RÍOS, le solicita a la señora Amparo Valencia que cumpla con sus obligaciones como esposa, por lo menos que lo visite periódicamente o que hable con él, ella se niega, por tal razón mi madre le solicita que adelante los trámites del divorcio a lo cual la señora AMPARO VALENCIA se niega y responde con evasivas.

5. El 31 de mayo de 2012 mi madre asiste a la Defensoría del Pueblo para solicitar asesoría acerca de cómo solicitar el divorcio, se entrevista con la doctora AMPARO JARAMILLO, quien le informa que debe escribirle a CASUR, para adelantar los trámites pertinentes y nos recomendó conseguir un abogado para iniciar la demanda de divorcio.

6. El día 08 de octubre de 2012 yo EDUARDO ANDRÉS CANDELO RÍOS por solicitud expresa de mi abuelo, le solicito a CASUR CALDAS, asesoría y ayuda para llevar a cabo los trámites pertinentes para realizar la novedad de su REAL ESTADO DE SEPARACIÓN Y ABANDONO.

7. Debido a la fuerte depresión y deterioro progresivo del estado de salud de mi abuelo los cuidados aumentan y en aras de conservar su tranquilidad decidimos enfocarnos en mantener y mejorar su calidad de vida mientras que la señora VALENCIA brilla por su ausencia. No podemos conseguir un abogado puesto que no contamos con los recursos para

sufragar los gastos inherentes y como familia decidimos que el dinero de la pensión de mi abuelo se gastará ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE PARA MANTENER SU SALUD Y CALIDAD DE VIDA.

8. *En julio del año 2013 por prescripción médica, mi abuelo requiere cuidados paliativos constantes y asistencia de enfermería 24 horas, por tal razón se ingresa a la institución FUNDACIÓN ÁNGEL [...] allí se le brinda una atención de EXCELENTE CALIDAD CON EL ACOMPAÑAMIENTO INTEGRAL DE SU FAMILIA específicamente sus hijos [...] Durante este tiempo la señora AMPARO VALENCIA, solo lo visita 1 vez para indagarle al personal asistencia (sic) sobre el estado de salud de mi abuelo.*

[...]

Los gastos de esta institución son sufragados por mi madre LUZ ELENA RÍOS [...]".(fls. 136-137 C.1)

- La demandante aduciendo su calidad de cónyuge solicitó el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro que devengaba el señor Luis Carlos Ríos, y el 08 de enero de 2015, informó al Subdirector de Prestaciones Sociales de Casur que:

"...la relación sentimental con mi esposo LUIS CARLOS RÍOS SOTO comenzó en el año 2004 en unión libre y residíamos en la ciudad de Manizales. En el año 2007 decidimos contraer matrimonio católico y trasladarnos a vivir con mi hija en la ciudad de Dosquebradas, ambos siempre en controles médicos por nuestra edad y quebrantos de salud. En el año 2008 por su inestabilidad y ansias de vivir en Manizales nos regresamos a vivir allá. En el 2009 regresamos nuevamente a Dosquebradas a vivir con mi hija. Comenzó con su deterioro mental, pérdida de memoria, agresividad, irritabilidad y en los controles psiquiátricos en el Hospital Mental de Risaralda en el año 2010 le detectaron el comienzo de su enfermedad mental (Alzheimer), le comentaba a su médico que él quería regresara vivir a Manizales. Debido a mi estado de salud física y mental tanto como esposa y cuidadora, en el año 2013 fue necesario buscar un cuidado más especializado para brindarle una mejor calidad de vida y se decide internarlo en la Fundación para el Adulto Mayor Ángel en la ciudad de Manizales, durante su estadía en dicho hogar mantuve contacto permanente por teléfono y visitas esporádicas debido a que no tenía capacidad económica y fue allí donde falleció...". (f. 135 C.1)

- Casur mediante Resolución 1431 del 09 de marzo de 2015, negó el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro a la demandante, señalando:

[...] Que según respuesta al oficio No. 31224/GST SDP, informa usted que decidió internar al señor AGENTE (r) RÍOS SOTO, en la Fundación para el Adulto Mayor Ángel en la ciudad de Manizales año 2013, y durante la estadía usted mantuvo contacto permanente por teléfono y vistas esporádicas, hecho que causa controversia con la declaración juramentada de la Notaría Única del Círculo de Dosquebradas, donde expresa que la convivencia fue de manera ininterrumpida, compartieron techo, mesa y lecho hasta el

momento de su fallecimiento, esta entidad también observa que los recibos mensuales de la Fundación para el Adulto Mayor Ángel, fueron firmados por los hijos del causante, así mismo, con las órdenes ambulatorias de medicamentos controlados expedidos por la Dirección General en vida al señor AG(r), por otra parte, por medio de correo electrónico se informó a la Entidad en el años 2012 el abandono conyugal solicitando la verificación a nuestros entes de control, como también la solicitud de retiro del sistema de sanidad de la señora AMPARO VALENCIA, es decir que antes las pruebas encontradas dicha relación tuvo duración inferior a los requisitos exigidos, lo cual lleva a determinar que la prenombrada señora no cumple con los requisitos exigidos por el Decreto 4433 de 2004 [...]”. (fls. 19-20 C. 1)

-. María Luzmila Reinoso Marín el 12 de noviembre de 2015 solicitó a Casur el reconocimiento de la asignación de retiro que devengaba el señor Luis Carlos Ríos Soto, aduciendo la calidad de compañera permanente por espacio de 40 años, y que procrearon 4 hijos (fls. 220- 233 C.1).

-. Casur mediante Resolución 9745 del 02 de diciembre de 2015, negó el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro a la señora María Luzmila Reinoso Marín, toda vez que no acreditó los requisitos exigidos por el literal a) del parágrafo segundo del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 (fls. 234-235 C.1).

- En primera instancia fueron recibidas las declaraciones de las siguientes personas:

-. **María Edilia Ballesteros Sánchez** quien refirió:

Que conoce a Amparo Valencia desde hace 40 años, toda vez que está casada con un hijastro de la demandante.

Que Amparo Valencia estuvo casada con Arturo Cárdenas, luego contrajo nupcias con el señor Luis Carlos Cano, situación que le consta, en tanto ha sido muy allegada a la familia de la actora.

Amparo y Luis Carlos comenzaron su relación de pareja en 2004 y se unieron en matrimonio en 2007.

Que inicialmente vivieron en Manizales en el barrio El Guamal; posteriormente se trasladaron a Pereira.

Luis Carlos para 2011, se fue a vivir a Manizales con sus hijas, dada su condición de salud, luego fue internado en una fundación, situación que tornó la relación muy difícil.

Amparo actualmente no labora por su estado de salud, anteriormente se desempeñaba como modista.

En relación con la señora María Luzmila Reinoso Marín, comentó que es madrina de un nieto de la señora Amparo.

-. Gloria Inés Betancurt Vargas quien refirió:

Que conoce a la señora Amparo desde 2009, quien vivía en Dosquebradas con su hija y sus nietos; que para ese momento no tenía una relación de pareja.

Que Amparo y Luis Carlos se conocieron en 2004, lo cual le consta porque los visitaba.

-. Carlos Arturo Soto Parra quien refirió:

Que conoce a Amparo desde 2009, toda vez que es madre de la expareja de un cuñado.

En ese tiempo, Amparo vivía en el barrio La Aurora de Dosquebradas, en compañía de su esposo, Luis Carlos Soto, lo cual le consta por que los visitaba regularmente, en tanto, el hijo de la cuñada de su esposa estaba recién nacido.

Para 2011, Luis Carlos Soto ya no vivía con la misma, sino que se trasladó a la ciudad de Manizales.

-. Interrogatorio de parte efectuado a Amparo Valencia, quien refirió:

Que Luis Carlos Ríos Soto era su esposo, iniciaron su relación en 2004 y en 2007 contrajeron matrimonio. En un primer momento vivieron en Manizales.

Que discutían constantemente, toda vez que su pareja era muy agresiva, algunas veces se iba para la casa de sus hijos y luego regresaba al hogar.

Se separaron definitivamente en 2011, ya que Luis Carlos Ríos decidió trasladarse a Manizales a la residencia de una de sus hijas, quien apoyó esta situación, teniendo en cuenta el estado de salud de la declarante.

Que a partir de esto, mantuvo contacto telefónico con la hija del aquél para conocer la condición del señor Ríos Soto, pero nunca se volvieron a encontrar, puesto que no tenía los medios económicos para viajar.

Luis Carlos Ríos le había comentado que, incluso estando casado con su primera esposa, tenía una relación con Luzmila Reinoso y que con ella había procreado otros hijos, pero que no había continuado el vínculo sentimental.

2.3. Caso concreto

En primer lugar se precisa que, si bien la vinculada María Luzmila Reinoso Marín adujo la existencia de una convivencia con el causante Luis Carlos Ríos Soto, el *a quo* en la sentencia declaró que, no se logró acreditar que dicho vínculo estuviera vigente en los cinco años anteriores al fallecimiento del causante, por lo que no era posible reconocerle la sustitución de la asignación de retiro. Decisión que no es objeto de debate en esta instancia en tanto no fue apelada.

Por lo tanto, la Sala procederá al análisis del cumplimiento de los requisitos para la sustitución pensional frente a la demandante Amparo Valencia.

Al respecto se encuentra acreditado y no existe discusión en que, la demandante Amparo Valencia y Luis Carlos Ríos Soto contrajeron matrimonio el 18 de marzo de 2007 y que este falleció el 06 de agosto de 2014. En cuanto a la convivencia, se encuentra acreditado que, esta inicio en 2004, según lo refirieron los testigos María Edilia Ballesteros Sánchez y Gloria Inés Betancurt Vargas. También se encuentra acreditado que para 2011 se presentó la separación de hecho definitiva entre aquellos, como también lo refirieron los testigos y lo aceptó la propia demandante.

Lo anterior aunado a que el Señor Eduardo Andrés Candelo Ríos, nieto del causante, el 08 de octubre de 2012 y 12 de diciembre de 2014 informó a Casur que, la Señora Amparo Valencia había abandono a su abuelo.

De acuerdo a lo anterior es claro que, la demandante Amparo Valencia era la cónyuge del señor Luis Carlos Ríos Soto al momento de su fallecimiento; y que la convivencia entre ellos perduró del 2004 al 2011, sin que a pesar de la separación de hecho se hubiese disuelto la sociedad conyugal.

De otra parte, de acuerdo a la Constancia de vinculación institucional, expedida por el Coordinador de la Reserva Activa Policial MEPPER del 22 de agosto de 2014, el señor Luis Carlos Ríos Soto devenga asignación mensual de retiro de la cual se le descuenta 4% para Sanidad, que le da derecho a obtener los servicios médicos de la Policía Nacional y acreditaba a la señora Amparo Valencia como cónyuge (f. 30 C.1), lo que permite inferir que la demandante dependía de su cónyuge para su afiliación al sistema de seguridad social en salud de las Fuerzas Militares, a pesar de la separación de hecho.

Ahora, si bien es cierto como lo afirma la entidad demandada, que la actora no acreditó la convivencia o la codependencia estable e incondicional dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante, la Sala reitera que, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁸ y la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia¹⁹ antes citadas, los cinco años de convivencia para el cónyuge *supérstite*, separado de hecho, se pueden configurar en cualquier época, no sólo previos a la muerte del causante.

Adicionalmente se encuentra acreditado que, la separación de hecho no es imputable a la demandante, sino a las condiciones de salud que presentaba el señor Luis Carlos Ríos Soto, lo que dificultó la convivencia, y que incluso repercutieron en la salud de la

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. C.P: Gabriel Valbuena Hernández. sentencia de 20 de febrero de 2020. Rad. 05001-23-33-000-2017-02535-01(1452-19)

¹⁹ Sala de Casación Laboral, en fallo CSJ SL, 29 de noviembre de 2008, rad. 32393

demandante.

Al respecto, de acuerdo a historia clínica del señor Luis Carlos Ríos Soto a partir de 2008 le fue diagnosticado problemas de salud mental, asociados a demencia y alzhéimer, que lo tornaban agresivo, así se registró:

"[...] Fecha de Atención: NOVIEMBRE 19 DE 2009

[...] Paciente 79 años cc de 1 año de evolución, pérdida progresiva de la memoria, disminución de la funcionalidad hasta el punto de depender de la esposa.

[...] DIAGNÓSTICO

*[...] **DEMENCIA, NO ESPECIFICADA.***

[...] Fecha de Atención: MARZO 3 de 2010

*[...] Entra inicialmente la esposa, dice que está muy alterado, **agresivo**, inquietud, fluctuaciones de la conciencia, llora con frecuencia, se le olvida todo*

[...] Vive con la segunda esposa y la hija y dos nietos de la esposa

[...] DIAGNÓSTICO

*[...] **DEMENCIA EN LA ENFERMEDAD DE ALZHEIMER, NO ESPECIFICADA.***

(Se resalta).

Por su parte, a la señora Amparo Valencia, de acuerdo a la historia clínica recibió atenciones en salud en la Dirección de Sanidad de la Policía, debido a la enfermedad que presentaba su esposo, así:

"[...] FECHA EVOLUCIÓN 9/9/2008

[...] HA ESTADO MUY ESTRESADA POR LA ENFERMEDAD MENTAL DE SU ESPOSO YA QUE VIENE MUY DESCOMPENSADO [...]

[...] FECHA EVOLUCIÓN 4/8/2011

[...] PACIENTE QUE PRESENTA SÍNTOMAS DEPRESIVOS Y ANSIOSOS SECUNDARIOS A SEPARACIÓN (sic) DEL ESPOSO POR ENFERMEDAD (DEMENCIA TIPO ALZHEIMER) [...]

[...] FECHA EVOLUCIÓN 1/7/2014

[...] SUMADO A LOA (sic) ANTERIOR (sic), PRESENTO (sic) UN MATRIMONIO DE APROXIMADAMENTE 8 AÑOS (sic), ELLA ERA VIUDA Y DECIDIO (sic) ENTABLAR UNA (sic) RELACIÓN (sic) CON EL (sic), QUIEN TENIA (sic) A SU VEZ HIJOS ADULTOS, AMPARO TAMBIÉN (sic) EN ESA RELACIÓN (sic) FUE VÍCTIMA (sic) DE MALTRATO FÍSICO (sic) Y PSICOLÓGICO (sic), SU ESPOSO PRESENTA (sic) ANTECEDENTES O CONSUMO FRECUENTE DE ALCOHOL Y EN LA ACTUALIDAD DIAGNÓSTICO (sic) DE ALZHEIMER, SE SEPARARON Y EL (sic) FUE INGRESADO A UN HOGAR DEL ANCIANO EN LA CIUDAD DE MANIZALES POR PARTE DE LOS HIJOS

AMPARO AFIRMA QUE EL PROCESO DE EVOLUCION (sic) DE LA ENFERMEDAD DE SU ESPOS (sic) SE TORNABA MUY AGRESIVO; POR TAL RAZON (sic) A ELLA SE LE DIFICULTABA CUIDADOR (sic) DE EL (sic) SUMADO A LO ANTERIOR, AMPARO TIENE UNA HIJA SEPARADA DE 37 AÑOS QUIEN TIENE 2 HIJOS DE 17 AÑOS Y 4 AÑOS, AMPARO EJERCE LAS LABORES DE AMA DE CASA Y CUIDADO DE SUS NIETOS, LA HIJA ASUME ROL DE PROVEEDURIA (sic) DEL GRUPO FAMILIAR SE IDENTIFICA QUE EL DESENCADENANTE ACTUAL DE AMPARO CORRESPONDE A: 'SENTIMIENTOS DE CULPA POR HABERSE SEPARADO DE SU ESPOSO ANTE SU ENFERMEDAD PERO A SU VEZ RECONOCE ALTO GRADO DE DIFICULTAD PARA PODER CONTINUAR CON SU CUIDADO' [...]' (fls. 33-127 C.1) (Se resalta).

En aquellos eventos en que la separación de hecho no es imputable al cónyuge sobreviviente, el Consejo de Estado ha señalado:

*“En este sentido, no puede desconocerse que el objetivo de esta prestación es que el beneficiario, una vez demostrados los requisitos, pueda contar con los medios suficientes para su adecuada subsistencia, así como proteger a la persona que le prestó asistencia y compañía al trabajador o a la persona pensionada hasta el momento de su fallecimiento, claro está, sin perjuicio del cónyuge que no lo pudo hacer por culpa del causante, situación que deberá probarse de manera inequívoca y en este caso el abandono del hogar por parte del señor Pedro Joaquín Lozano Fuentes quedo debidamente probado”.*²⁰

La Corte Constitucional además ha reconocido que, el incumplimiento del requisito de la convivencia de los cónyuges o compañeros no implica, necesariamente, la pérdida del derecho, pues puede ser exceptuado por la configuración de justa causa. Así, desde la Sentencia T-787 de 2002, ha reconocido que se debe considerar, según las pruebas disponibles y los argumentos esgrimidos durante el proceso, si la *“interrupción de la convivencia o la no vida en común del causante y su cónyuge podría estar justificada, por ejemplo, por motivos de salud.*

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia²¹ ha señalado que, *“en contextos en los que el presunto beneficiario ha sido sometido a maltrato físico o psicológico”, no es posible negar la convivencia “por la pura y simple separación de cuerpos de los cónyuges”.* Ha explicado que *“en escenarios de este tipo no se puede culpar al consorte víctima de renunciar a la cohabitación y castigarlo con la pérdida del derecho a la pensión de sobrevivientes” máxime cuando “la separación es un ejercicio legítimo de conservación y protección al derecho fundamental a la vida y a la integridad personal”.*

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. C.P: Gabriel Valbuena Hernández. sentencia de 20 de febrero de 2020. Rad. 05001-23-33-000-2017-02535-01(1452-19)

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL 2010-2019, radicación no. 45045.

2.4. Conclusión

Conforme a lo anterior, al encontrarse acreditado que, la demandante Amparo Valencia era la cónyuge del señor Luis Carlos Ríos Soto al momento de su fallecimiento; y que la convivencia entre ellos perduró del 2004 al 2011, esto es por más de cinco años, y que la separación de hecho ocurrió por razones no imputables a la demandante, sino a las condiciones de salud que presentaba el señor Luis Carlos Ríos Soto, que hacían imposible la convivencia, la Sala concluye que, la demandante cumplió los requisitos para la sustitución de la asignación de retiro que recibía el señor Luis Carlos Ríos Soto.

Por lo tanto, se imponen a la Sala confirmar la sentencia proferida por el *a quo*, que accedió a las pretensiones de la demandante.

3. Segundo problema jurídico *¿en qué porcentaje debe ser reconocida la sustitución pensional a favor de la demandante?*

Tesis del Tribunal: la demandante Amparo Valencia en calidad de cónyuge sobreviviente cuenta con derecho a que le sea reconocida la sustitución total de la asignación de retiro que en vida devengó el señor Luis Carlos Ríos Soto; por cuanto no se encuentra acreditada la existencia de una compañera permanente con convivencia en los últimos cinco años anteriores al fallecimiento del causante.

Para fundamentar lo expuesto se hará referencia a: i) el marco jurídico sobre la sustitución pensional; para descender al ii) análisis del caso concreto.

3.1. Marco jurídico

La Ley 923 de 2004²² estableció en el artículo 3, numeral 3.8 que, *“...La sustitución de la pensión será igual a lo que venía disfrutando el titular, con excepción de los porcentajes adicionales para quienes se pensionen a partir de la vigencia de la presente Ley...”*.

El parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 4433 de 31 de diciembre 2004²³ señala:

“...En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge o compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y

²² *“(...) Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política (...)”*.

²³ *“Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.”*

se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente". (Se resalta)

Por su parte, el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, señala: "El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba" y el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 señala:

"(b) <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible²⁴> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente...". (Se resalta)

En cuanto a la **forma de verificarse el tiempo de la convivencia entre el cónyuge supérstite y el causante en el supuesto de convivencia no simultánea**, la Corte Constitucional explicó que "(...) si bien es el compañero permanente quién debe acreditar de forma clara e inequívoca la vocación de estabilidad y permanencia con el causante durante los cinco años previos a su muerte, para caso del cónyuge supérstite con separación de hecho el quinquenio de la convivencia naturalmente deberá verificarse con antelación al inicio de la última unión marital de hecho". En todo caso, tal convivencia deberá ser efectiva, esto es, "clara e inequívoca vocación de estabilidad y permanencia", de manera que están proscritas con el fin de acceder a la pensión de sobrevivientes, aquellas "relaciones casuales, circunstanciales, incidentales, ocasionales, esporádicas o accidentales que haya podido tener en vida el causante"²⁵.

De acuerdo con lo anterior, el compañero permanente que ha convivido con el causante que mantiene una sociedad conyugal vigente, -con convivencia simultánea o con separación de hecho- en los últimos cinco años anteriores a su fallecimiento, tiene derecho a una cuota parte de la sustitución de la asignación de retiro, en un porcentaje

²⁴ Sentencia C-1035-08 de 22 de octubre de 2008, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño 'en el entendido de que además de la esposa o el esposo serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido'.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-1035 de 2008, reiterada por la sentencia C-336 de 2014.

proporcional al tiempo convivido y la *otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge*.

De allí que, si no se presenta un compañero permanente con convivencia con el causante con unión conyugal vigente en los últimos cinco años anteriores a su fallecimiento, se debe sustituir la asignación de retiro en su totalidad a la cónyuge, pues no hay lugar a establecer porcentajes proporcionales al tiempo convivido.

Esta posición ha sido reiterada por la Corte Constitucional al reiterar que: *“De otro lado, cuando haya separación de hecho, se establezca una nueva relación por más de cinco años y que se mantenga vigente hasta la fecha del deceso, la asignación de la cual disfrutaba el fallecido, será compartida entre el/la cónyuge separado(a) de hecho y el/la compañero(a) permanente que tenga esa condición para el momento de la muerte, en proporción al tiempo de convivencia (Decreto 4433 de 2004, artículo 11, parágrafo 2, literal b), inciso 3º, segunda parte).”*²⁶

Tal posición ha sido sostenida por el Consejo de Estado, en tanto ha señalado: *“Finalmente, anota la Sala que los porcentajes que se han debido disponer para la cónyuge y la compañera permanente respecto al derecho a la sustitución de la asignación de retiro, debieron ser distribuidos en forma proporcional al tiempo de convivencia de cada una de ellas con el causante.”*²⁷

3.2. Análisis del caso concreto

Si bien la vinculada María Luzmila Reinoso adujo la existencia de una convivencia con el causante Luis Carlos Ríos Soto, no fueron aportadas pruebas que acreditaran su existencia, así el *a quo* en la sentencia declaró que, no se logró acreditar que dicho vínculo estuviera vigente en los 5 años anteriores al fallecimiento del causante, por lo que no era posible reconocerle la sustitución de la asignación de retiro. Decisión que no es objeto de debate en esta instancia en tanto no fue apelada.

De acuerdo a lo anterior, no existe un compañero permanente con convivencia con el causante en los últimos cinco años anteriores a su fallecimiento, por lo tanto no se presenta el presupuesto necesario para establecer porcentaje proporcionales al tiempo convivido.

3.3. Conclusión

Por lo tanto, le asiste razón a la parte demandante en su apelación, por lo que, debe reconocerse la sustitución pensional en un 100% a favor de la cónyuge Amparo Valencia. En consecuencia, se modificará en ese sentido el ordinal tercero de la sentencia apelada,

²⁶ T-616-17

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, subsección A. C.P.: Gabriel Valbuena Hernández; 15 de abril de 2021. Radicación número: 25000-23-42-000-2013-06518-01(2031-19)

en cuanto reconoció la sustitución de la asignación de retiro en cuantía del 70%.

4. Costas en esta instancia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas por estimar que no se causaron en el curso de esta instancia.

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

Sentencia:

PRIMERO: Se modifica el ordinal **tercero** de la sentencia del 9 de diciembre de 2020 emanada del Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Amparo Valencia contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – Casur, el cual quedara así:

*TERCERO: Como consecuencia de tal nulidad, a título de restablecimiento del derecho, ORDENAR a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL, reconocer a la señora Amparo Valencia, identificada con la cédula de ciudadanía n°. 30.270.791, la sustitución de la asignación de retiro que percibía el señor Luis Carlos Ríos Soto, a partir del 06 de agosto de 2014, en su calidad de cónyuge del causante, en cuantía del **100%** de la prestación vitalicia.*

Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del C.P.A.C.A., debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del C.P.A.C.A., es decir, actualizados mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual CASUR, tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer esos ajustes.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice final es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

SEGUNDO: Se confirma en lo demás la sentencia apelada.

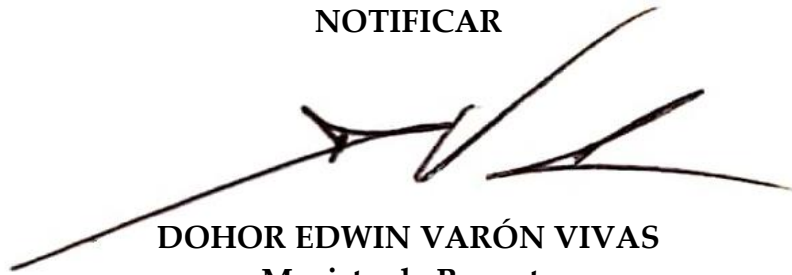
TERCERO: No se condena en costas en esta instancia.

17001-33-23-000-2019-00494-00

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 19 de 2022.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 0087

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Radicado: 17-001-33-33-008-2017-00473-02
Naturaleza: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: María Consuelo Osorio Loaiza
Demandados: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

Se emite fallo con ocasión al recurso apelación impetrado por la demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad de la Resolución RDP 022605 del 16 de junio de 2016, mediante la cual la UGPP niega la reliquidación de la pensión de vejez omitiendo la aplicación de la Ley 33 de 1985 y ii) la Resolución RDP 037083 del 30 de septiembre de 2016, por medio de la cual se confirmó la resolución anterior.

Que a título de restablecimiento del derecho se ordene reliquidar y pagar los ajustes de la pensión sobre al equivalente al 75% del promedio mensual de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios. Que se condene a la UGPP liquidar y pagar la totalidad de las diferencias que se han venido pagando en virtud de la resolución de reconocimiento y la sentencia que ponga fin a este proceso, teniendo en cuenta los factores salariales subsidio de alimentación, auxilio de transporte y prima de navidad. Y se ordene el reconocimiento y pago de los ajustes de valor debidamente indexados con el IPC, los intereses moratorios.

1.2. Sustento fáctico

Señala que, la demandante fue empleada pública en el departamento de Caldas desde el 16 de septiembre de 1974 hasta el 31 de octubre de 2016, acreditando más de 20 años de servicio.

Mediante Resolución PAP 039572 del 21 de febrero de 2011 le fue reconocida la pensión, efectiva a partir de que acredite el retiro del servicio.

El 29 de febrero de 2016, la demandante solicitó la reliquidación pensional con inclusión de los factores salariales, teniendo en cuenta que se acreditó el retiro definitivo del servicio. Mediante los actos demandados fue negada la reliquidación.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Se invocaron como vulnerados entre otros, los artículos 2, 13 y 53 de la Constitución Política; artículo 21 Código Laboral; artículos 12 y 36 Ley 100 de 1993; Ley 6 de 1945; artículo 1 y s.s. de la Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985; artículo 45 Decreto Ley 1045 de 1978; Circular 054 de noviembre de 2010 de la Procuraduría General de la Nación; artículo 10 de la Ley 1437 de 2011; Circular Conjunta Procuraduría y Defensoría del Pueblo 004 de 2016.

Indicó que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la demandante acreditaba más de 15 años de servicio y que por tanto es beneficiaria del régimen de transición pensional, y su prestación económica se debe reconocer bajo los presupuestos de la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta que dicha normatividad es más beneficiosa. Que la entidad no tuvo en cuenta al momento de liquidar la pensión los salarios devengados en el último año de servicios.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La **UGPP** se opuso a las pretensiones de la demandante, al paso de señalar como ciertos los hechos referentes a la expedición de los actos administrativos de reconocimiento de la pensión. Como medios exceptivos de fondo planteó:

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO: La demandante no cumple con los requisitos para la reliquidación de la pensión de jubilación; además que la bonificación por recreación ni la prima de vacaciones no son factor salarial. *“IRRETROACTIVIDAD:”* Afirma que la irretroactividad es la premisa según la cual, en la generalidad de las circunstancias se prohíbe que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia. *PRESCRIPCIÓN:* De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1848 de 1969 reglamentario del Decreto 3135 de 1968 y en los artículos 488 del CST y el 151 del CPT.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probada la excepción de *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO* alegada por la demandada y en consecuencia, negó las pretensiones de la demandante.

Precisó que, de acuerdo con lo probado, atendiendo a la nueva tesis del Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, radicación: 52001-23-33-000-2012-00143-01, la pensión que fue reconocida a la demandante, no puede ser reliquidada en los términos deprecados, es decir, aplicando una “tasa de remplazo” del 75% sobre el “*ingreso base de liquidación*” equivalente al promedio de todos los salarios percibidos durante el

último año de servicios, por cuanto los actos administrativos demandados dan aplicación al primer inciso de artículo 1º de la Ley 33 de 1985, con base en lo previsto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, aplicando el IBL resultante de promediar lo cotizado durante los últimos 10 años laborados y en el que sólo se tuvieron como factores salariales los emolumentos contemplados en el Decreto 1158 de 1994.

4. Recurso de apelación

La demandante solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones, para ello señaló que, resultaba inviable aplicar retroactivamente la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 28 de Agosto de 2018 traída a colación por el Señor juez para negar sus derechos, pues desconoce principios como la confianza legítima, la seguridad jurídica, la autonomía judicial, la progresividad, la legalidad y el respeto de los derechos laborales adquiridos.

Que en el presente asunto debe aplicarse la sentencia de unificación de jurisprudencia proferida por el Consejo de Estado el 28 de Agosto de 2010, ya que la demanda fue presentada el 16 de noviembre de 2017, e incluso se encontraba vigente al momento de la citación a audiencia inicial. De no hacerse así, se vulneraría el principio de confianza legítima ya que hay bastantes demandas que se han presentado con anterioridad a este fallo saliendo avante en sus pretensiones de acuerdo con la jurisprudencia del caso, de manera que existía una expectativa legítima y una confianza en la seguridad jurídica por parte de estos accionantes (precedente jurisprudencial C.E.).

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar: *¿Cuenta la accionante con derecho a la reliquidación de la pensión de vejez, con la inclusión de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio?*

2. Tesis del Tribunal

La demandante no tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez, con la inclusión de todos los factores salariales y valores devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio, pues para ello solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los cuales se realizaron los aportes a pensión y que se encuentran contemplados en el Decreto 1158 de 1994. Sin embargo, sí tiene derecho a que el IBL de la pensión se reajuste con base en el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado, *asignación básica y bonificación por servicios prestados* durante los diez (10) años anteriores al retiró definitivo del servicio, esto es, entre el 1º de noviembre de 2006 y el 31 de octubre de 2016, incluyendo el reajuste con base en la nivelación y homologación salarial, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el Dane.

Para fundamentar lo anterior se señalarán: i) las situaciones jurídicas relevantes probadas; ii) la aplicación del régimen de transición pensional y iii) la resolución del caso concreto.

3. Situaciones jurídicamente relevantes probadas

- La demandante nació el 24 de marzo de 1952. (Fl. 3 C. 1)
- Cajanal mediante Resolución PAP 039572 del 21 de febrero de 2011, reconoció y ordenó el pago de pensión por vejez a la demandante, con sustento en la Ley 100/1993 y Decreto 1158/94, para ello tuvo en cuenta el 75% del promedio de lo cotizado del 1º de enero de 1998 al 31 de diciembre de 2007; liquidada sobre la asignación básica y la bonificación por servicios prestados; efectiva a partir del 1º de enero de 2008 sujetando el disfrute de la pensión al retiro definitivo del servicio. (Fls. 31-36 C. 1)
- La demandante el 29 de febrero de 2016, solicitó la reliquidación pensional, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, incluyendo todos los factores salariales. (fls. 37 a 52 C.1).
- La UGPP mediante Resolución RDP 022605 del 16 de junio de 2016, negó la petición, afirmando que, el certificado de información laboral aportado en copia simple en el que se registran tiempos de servicios, posteriores a los tenidos en cuenta en la Resolución PAP 039572 del 21 de febrero de 2011, carece de valor probatorio. (fls. 54 a 56 C.1).
- La demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior. (fls. 54 a 83 C.1). La UGPP a través de la Resolución RDP 037083 del 30 de septiembre de 2016 confirmó la resolución recurrida. (fls. 84 a 88 C.1)
- La accionante prestó sus servicios como auxiliar administrativo en la Institución Educativa San Francisco del municipio de Chinchiná - Caldas, desde el 16 de septiembre de 1974 hasta el **31 de octubre de 2016**; percibiendo durante el año solicitado en la demanda (1º de noviembre de 2015 a 31 de octubre de 2016) los rubros correspondientes a: sueldo mensual; prima de vacaciones; prima de navidad; prima técnica; prima de servicios y bonificación por servicios prestados. (fl. 98 C.1)

4. Aplicación del régimen de transición pensional

4.1. Desarrollo normativo

La Ley 6ª de 1945, en el artículo 17, previó una pensión de jubilación para los empleados oficiales al alcanzar los 50 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, equivalente a los 2/3 partes del promedio de los sueldos devengados en el último año de servicio, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

[...]

b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200) en cada mes.

La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión. [...]”.

La norma en mención fue modificada expresamente por el artículo 3º de la Ley 65 del 20 de diciembre de 1946, en los siguientes términos: “**ARTÍCULO 3º.** *La pensión mensual vitalicia de jubilación de que trata el inciso b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 será equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio*”.

Por su parte, el artículo 4º de la Ley 4ª de 1966, modificó el literal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, de la siguiente manera: “**Artículo 4º.** *A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público se liquidarán y pagarán tomando como base el **setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios***”. (Se resalta)

Más adelante, el Decreto-Ley 3135 de 1968 definió que los servidores públicos tendrían derecho a una pensión de jubilación cuando acumularan 20 años de servicio y cumplieran 50 años de edad para las mujeres, o 55 para los varones; prestación que sería liquidada en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio. Adicionalmente, reconoció un régimen de transición, para aquellas personas que al momento de la entrada en vigor del decreto tuvieran 18 años de servicio, para aplicarles las normas anteriores sobre edad de jubilación, así:

*“ARTÍCULO 27. Pensión de jubilación o vejez. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia o de jubilación equivalente al **75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.***

No quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción y que la ley determine expresamente.

PARÁGRAFO 1º. *Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a pensión de jubilación o vejez sólo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro o más horas. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro; el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.*

PARÁGRAFO 2º. Para los empleados y trabajadores que a la fecha del presente decreto hayan cumplido diez y ocho años continuos o discontinuos de servicios continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad al presente decreto. [...]

En el mismo sentido, el Decreto 1848 de 1969, en los artículos 68 y 73 reiteró las exigencias impuestas por la norma anterior y en relación con la liquidación de la mesada precisó:

*“ARTÍCULO 73. Cuantía de la pensión. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los **salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios por el empleado oficial** que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin”.*

Ahora, para establecer el ingreso base de liquidación, el artículo 45 del Decreto 1045 del 15 de julio de 1978 decretó:

“ARTÍCULO 45. De los factores de salario por la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a. La asignación básica mensual;*
- b. Los gastos de representación y la prima técnica;*
- c. Los dominicales y feriados;*
- d. Las horas extras;*
- e. Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f. La prima de Navidad;*
- g. La bonificación por servicios prestados;*
- h. La prima de servicios;*
- i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*
- j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;*
- k. La prima de vacaciones;*
- l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*
- ll. Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968”.*

Posteriormente, la Ley 33 de 1985 al regular el derecho a la pensión de jubilación, exigió 55 años de edad tanto para hombres como para mujeres, prestación que sería calculada con base en el 75% de lo devengado que sirvió de base para la liquidación de aportes. Igualmente, previo un régimen de transición para aquellos servidores que para el momento de su entrada en vigor tuvieran 15 años de servicios, quienes conservarían la prerrogativa de regirse por la normatividad anterior en relación con las exigencias sobre edad. Así se indicó en el artículo 1º de la ley en cita:

“ARTÍCULO 1º. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

[...]

PARÁGRAFO 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley”.

A su vez, la Ley 62 de 1985 concretó que la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del servidor estaría constituida por los siguientes factores: *“asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio”.*

Ahora, es importante precisar el Consejo de Estado ha considerado que con la entrada en vigor de la Ley 33 de 1985 quedó derogado el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, y, por ende, la transición que opera en virtud del parágrafo 2º del artículo 1º de aquella ley, remite a la Ley 6ª de 1945, así lo señaló la sentencia del 19 de abril de 2007:

*“No es de recibo el argumento del a quo para negar la prestación pues si bien es cierto los decretos 3135 de 1968 y su Decreto Reglamentario 1848 de 1969, modificaron la edad de jubilación dispuesta en la Ley 6ª de 1945, dichas normas fueron derogadas por la Ley 33 de 1985 por lo que la misma nos devuelve a la Ley 6ª de 1945, como régimen anterior aplicable. Precisamente es el régimen de transición dispuesto en la Ley 33 de 1985 el que permite aplicar el régimen anterior establecido por la Ley 6ª de 1945”.*¹

Posteriormente, la Ley 100 de 1993 organizó el Sistema de Seguridad Social Integral como un conjunto de obligaciones del Estado y la sociedad, instituciones y recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, y las demás que se incorporen normativamente en el futuro, con el objeto de garantizar esos derechos irrenunciables de las personas, en condiciones que les permitan tener una calidad de vida acorde con la dignidad humana, a través de la protección de las contingencias que las puedan afectar (art. 1º).

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda: Subsección B, sentencia 19 de abril de 2007, Radicación 150012331000199902187-01 (1114-03), este criterio fue reiterado en las providencias de la Subsección B, sentencia del 19 de noviembre de 2009, Radicación 250002325000200401634 01(1028-07).

En el artículo 36 de la norma en mención, concibió un régimen de transición que ha sido entendido como un beneficio en favor de las personas que cumplan con unos requisitos para la entrada en vigor de aquella, lo cual les permitirá, regirse por las normas aplicables en el régimen anterior al que se encontraban afiliados, en cuanto a la edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y monto de la prestación. Así lo señaló:

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

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

4.2. Transición de la Ley 100 de 1993

Las partes coinciden en afirmar que la demandante era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993², empero, difieren en la interpretación que se hace de dicha normativa, pues la parte actora aduce que la pensión debe liquidarse según la Ley 33 de 1985³, teniendo como base el promedio de lo devengado en el último año de servicios, mientras que la demandada sostiene que debe darse aplicación al precedente jurisprudencial fijado por la Corte Constitucional, que tiene al IBL como aspecto no cobijado por el régimen de transición.

Al respecto, el Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a través de sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018⁴ señaló:

“85. A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma.

86. Como se dijo en párrafos anteriores el régimen de transición prorrogó la vigencia de todos los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, otorgando efectos ultractivos a algunos elementos constitutivos de dichos regímenes para aquellas

² Ver escrito de demanda y actos administrativos demandados.

³ Artículo 1º: “El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”.

⁴ Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01.

personas que se encontraban afiliadas a los mismos y que estaban próximas a adquirir el derecho pensional. Tales elementos son la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.

*87. Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas.
(...)*

92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

*93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes **subreglas**:*

*94. La **primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:*

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

-

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

...

*96. La **segunda subregla** es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones”.*

De la Sentencia de Unificación se concluye:

(i) El régimen de transición contemplado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se refiere a la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.

(ii) Dentro del concepto monto, existe un elemento especialmente regulado por el legislador de forma homogénea para todos los beneficiarios del régimen de transición, este es, el ingreso base de liquidación –IBL-, factor que debe atender a lo regulado por el inciso 3° del

artículo 36 de la ley 100 de 1993, dependiendo del tiempo que le faltare al interesado, a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, para adquirir el derecho a la prestación.

Así pues, si al 1º de abril de 1994 (empleados nacionales) o al 30 de junio de 1995 (empleados territoriales), la persona beneficiaria del régimen de transición le faltaren menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el Dane. Si le faltaren más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el Dane.

(iii) Para lo anterior, deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión, solamente los factores sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas, en tanto, la liquidación pensional debe atender a lo efectivamente cotizado.

4.3. Aplicación en el tiempo de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018

El Consejo de Estado, en la referida sentencia de unificación, en cuanto a sus efectos, precisó:

113. El artículo 237, ordinal 1, de la Constitución Política consagra como una de las atribuciones del Consejo de Estado el desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo. En este sentido, la jurisprudencia que profiere este órgano de cierre es vinculante para resolver los conflictos cuya competencia está atribuida a esta jurisdicción, por la Constitución y la Ley.

114. La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio.

115. La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

116. Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan

prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

117. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada. (...)" (Se resalta)

Por lo tanto, las reglas señaladas en la Sentencia de Unificación citada, constituyen un precedente vinculante y obligatorio en la resolución de casos fáctica y jurídicamente iguales, por lo que son aplicables al presente asunto, en tanto se encontraba pendiente de decisión, toda vez que no existía sentencia ejecutoriada y por tanto no había operado la cosa juzgada.

5. Caso concreto

5.1. En cuanto al periodo base de liquidación de la pensión

Conforme a la posición actual de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, que acoge esta corporación, deben respetarse las condiciones de edad, tiempo de servicio y monto (tasa de reemplazo) de la pensión que consagraba el régimen pensional anterior. Sin embargo, para determinar el IBL, la liquidación debe regirse por lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 21 de la misma norma, dependiendo del tiempo que le faltare al interesado a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para adquirir el derecho a la prestación.

En el caso concreto se observa que, para la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, (30 de Junio de 1995) a la demandante para acceder a su pensión de vejez, le faltaban más de 10 años para cumplir los 55 años de edad (nació el 24 de marzo de 1952).

Lo anterior significa que, la liquidación de su pensión debía realizarse en los términos previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al retiro del servicio, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el Dane.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que, la accionante prestó sus servicios como auxiliar administrativo en la Institución Educativa San Francisco del municipio de Chinchiná - Caldas, desde el 16 de septiembre de 1974 hasta el **31 de octubre de 2016**, y que en la Resolución PAP 039572 del 21 de febrero de 2011, se reconoció la pensión por vejez con el promedio de lo cotizado del 1 de enero de 1998 al 31 de diciembre de 2007, sujetando el disfrute de la pensión al retiro definitivo del servicio, la demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión, para que se tenga en cuenta el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado durante los diez (10) años anteriores al retiró definitivo del servicio, esto es, entre el 1 de noviembre de 2006 y el 31 de octubre de 2016; actualizados

anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor.

5.2. En cuanto a los factores base de liquidación de la pensión

Ahora, sobre los factores que se deben tener en cuenta, atendiendo lo dispuesto por la Corte Constitucional en sus sentencias de unificación sobre la materia, los únicos que pueden incluirse para determinar el IBL son aquellos devengados durante el tiempo de liquidación referido y que sirvieron de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, conforme al Decreto 1158 de 1994, norma que a la letra indica:

- “ARTICULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: “Base de Cotización”. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:*
- a) La asignación básica mensual;*
 - b) Los gastos de representación;*
 - c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
 - d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
 - e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
 - f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
 - g) La bonificación por servicios prestados”.*

Además, para que proceda la reliquidación pensional, a la parte demandante le corresponde acreditar que frente a los factores que solicita sean incluidos para establecer el IBL realizó los respectivos aportes y no obstante, la entidad no los tuvo en cuenta al momento de liquidar la pensión.

Se observa que en la Resolución PAP 039572 del 21 de febrero de 2011, la UGPP reliquidó la pensión de vejez de la demandante, para lo cual se tuvo en cuenta el 75% del promedio de lo cotizado del 1 de enero de 1998 al 31 de diciembre de 2007, incluyendo la asignación básica y la bonificación por servicios prestados.

Aunado a lo anterior se tiene que, posteriormente a ese reconocimiento, a la demandante en 2013 le fue cancelada una nivelación y homologación salarial, desde febrero de 1997 hasta diciembre de 2009, por la Secretaria de Educación de Caldas, y se realizaron los aportes para pensión, por la diferencia del aumento de los salarios desde febrero de 1997 hasta diciembre de 2009⁵, lo cual se acredita además con el Certificación de Salarios Mes a Mes en Formato 3 (b)⁶, y el certificado emitido por la Secretaria de Educación de Caldas⁷ en la que se indica que:

“LOS SUELDOS DEL PERSONAL ADMINISTRATIVO PAGADO CON RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES FUERON HOMOLOGADOS Y NIVELADOS A LA PLANTA DE CARGOS DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS

⁵ Archivo E.D.: 18RespuestaPruebaSed.pdf y Fl. 68 Archivo: 04AnexosDemanda.pdf

⁶ Fl. 62 Archivo: 04AnexosDemanda.pdf

⁷ Fl. 68 Archivo: 04AnexosDemanda.pdf

DESDE EL AÑO 1997. EL RETROACTIVO ADEUDADO DESDE 1997 HASTA 2009, FUE PAGADO A PARTIR DE ABRIL DE 2013 A TRAVÉS DE LA FIDUCIA BANCO DE BOGOTÁ. EL 2010 PAGADO RETROACTIVO EN EL 2011 Y SUELDO NUEVO HOMOLOGADO.

Debe indicarse que esta homologación y nivelación salarial tenía como metodología: *“Revisar que las funciones específicas correspondieran al nivel jerárquico, en el cual se encuentra ubicado cada funcionario con los pares del Departamento de Caldas; comparando el salario actual con el salario más aproximado de la escala de la administración central del Departamento, de acuerdo con el nivel jerárquico y los requisitos exigidos para el desempeño del cargo y el de recomendar el nivel, cargo y grado salarial que se debe asignar”.*

Es decir, claramente esta homologación y nivelación salarial trajo como consecuencia que los salarios percibidos por los empleados variaran, pues precisamente se trataba de terminar con una situación de desigualdad salarial entre los funcionarios pagados con recursos del Sistema General de Participaciones y los funcionarios pertenecientes al sector central del departamento de Caldas; y por ello, para el caso específico de la demandante, se realizó el anterior procedimiento y en consecuencia se reconoció un retroactivo desde febrero de 1997 hasta diciembre de 2009.

Lo expuesto permite concluir que al modificarse su asignación básica todos los emolumentos y prestaciones sociales percibidas por entre el año 1997 y 2009 también variaron, y al ser así, los valores que fueron tenidos en cuenta para liquidar su pensión no se ajustaban a lo que en realidad debió percibir la actora, lo cual ratifica la necesidad de la reliquidación de la pensión de la actora.

Ahora, de acuerdo a la certificación de salarios y primas devengados por la demandante, expedido por la Secretaría de Educación de Manizales, se tiene que en el último año de servicios, esto es entre 1 de noviembre de 2015 y el 31 de octubre de 2016, además de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados también percibió: *“Prima de Navidad, Prima de Vacaciones, Prima de Servicios”* (Fls. 98 C.1) sin embargo estas no se enuncian en la norma como factores salariales para efectos pensionales, por lo que no procede la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta estos factores.

Además, según dicha certificación percibió además la *prima técnica* desde 1994, al respecto, el Decreto 1661 de 1991³ (artículo 2º), señaló que su reconocimiento es procedente en dos eventualidades: por conocimientos técnicos especializados o por evaluación en el desempeño del cargo.

La primera eventualidad se da cuando el funcionario o empleado que esté desempeñando un cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo demuestre título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de tres (3) años. En este caso, dichos requisitos pueden ser reemplazados por experiencia altamente calificada en el ejercicio

profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de seis (6) años.

La segunda eventualidad se sucede por evaluación del desempeño del cargo, caso en el cual se puede asignar la prima técnica en todos los niveles.

El mismo decreto citado (en consonancia con la Ley 60 de 1990) dispone que la prima técnica por el desempeño del cargo **no constituye factor salarial**; en cambio, la prima que se otorga como reconocimiento a títulos de especialización y formación avanzada y experiencia en investigación técnica o científica si constituye factor de salario (artículo 7º decreto 1661 de 1990).

En el caso concreto, de conformidad con la certificación emitida por la Secretaría de Educación de Manizales, esta no constituye factor salarial, (Fls. 98 C.1) además que no existe prueba que sobre ella se realizaran aportes a pensión. Por lo tanto, al no estar previsto en el Decreto 1158 de 1994 como base para la liquidación de la pensión, no hay lugar a ordenar que en la liquidación se incluya dicho factor.

5.3. Conclusión

La demandante no cuenta con derecho a que la prestación pensional reconocida sea objeto de reliquidación en los términos deprecados en la demanda -con el promedio de todos los emolumentos percibidos durante el último año de servicios-, pues de conformidad con el inciso 3º de del artículo 36 de la ley 100 de 1993, este debe ser liquidado, solamente con los factores que fueron objeto de cotizaciones al sistema pensional y que se encuentren señalados en el Decreto 1158 de 1994.

Sin embargo, la Sala no puede pasar por alto que la demandante se retiró definitivamente del servicio el 31 de octubre de 2016 y que en 2013 fue realizada a favor de la demandante la homologación y nivelación salarial, desde febrero de 1997 hasta diciembre de 2009, y se realizaron los aportes para pensión sobre la diferencia del aumento de los salarios.

Teniendo en cuenta lo anterior, sí es procedente acceder parcialmente a la pretensión relativa a que, el IBL de la pensión se reajuste con base en el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado, *asignación básica y bonificación por servicios prestados* durante los diez (10) años anteriores al retiró definitivo del servicio, esto es, entre el 1º de noviembre de 2006 y el 31 de octubre de 2016, incluyendo el reajuste con base en la nivelación y homologación salarial, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el Dane.

6. Nulidad y restablecimiento del derecho

De acuerdo a lo expuesto deberá entonces declararse la nulidad de las Resoluciones RDP 022605 del 16 de junio de 2016 y Resolución RDP 037083 del 30 de septiembre de 2016, mediante las cuales la UGPP negó la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

En consecuencia, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social deberá reajustar la pensión de jubilación de la demandante con inclusión del promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado: *asignación básica y bonificación por servicios prestados*, durante los diez (10) años anteriores al retiró definitivo del servicio: esto es, entre el 1 de noviembre de 2006 y el 31 de octubre de 2016, incluyendo el reajuste de los mismos con base en la nivelación y homologación salarial, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el Dane. Siempre y cuando ello resulte ser mas favorable a los intereses de la demandante.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social deberá cancelar las diferencias entre lo que se debió pagar y lo efectivamente cancelado, sumas que se actualizarán mes a mes con los índices de precios al consumidor indicados por el DANE, mediante la utilización de la siguiente fórmula de las matemáticas financieras: $R = Rh \cdot \text{Índice final} / \text{Índice inicial}$.

La fórmula se aplicará mes a mes, frente a cada diferencia de mesada dejada de percibir por el demandante, durante el período comprendido entre el 9 de agosto de 2006 y la fecha de ejecutoria de esta sentencia, donde (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la diferencia de cada mesada pensional dejada de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial, esto es, el vigente para cada mes en que debió pagarse la mesada completa.

7. Prescripción

El Decreto 1848 de 1969, en su artículo 102 establece:

- 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*
- 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.*

En el caso bajo estudio, si bien mediante Resolución PAP 039572 del 21 de febrero de 2011 se reconoció la prestación periódica, esta estuvo condicionada al retiro del servicio; la demandante **el 29 de febrero de 2016**, solicitó la reliquidación pensional lo cual fue negado mediante Resoluciones RDP 022605 del 16 de junio de 2016 y RDP 037083 del 30 de septiembre de 2016.

Así, teniendo en cuenta que la demandante se retiró definitivamente del servicio el **31 de octubre de 2016** y que la demanda fue presentada el **27 de octubre de 2017** se concluye que, entre la fecha en que efectivamente se causó la pensión, el reclamo ante la entidad para que se reliquidara la pensión y la demanda no transcurrieron más de 3 años, por lo que se declarará no probada la excepción.

8. Costas

Con fundamento en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, en el presente asunto no se condenará en costas toda vez que la reclamación en sede judicial se realizó con fundamento en la tesis que para el momento de prestación de la demanda planteaba el Consejo de Estado en relación con el régimen de transición, aunado a que la Sala accederá parcialmente a pretensiones.

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

Falla

PRIMERO: Se **revoca** la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2021 por el Juzgado Octavo Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por María Consuelo Osorio Loaiza contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

SEGUNDO: En su lugar, Se **declara parcialmente probada la excepción** denominada “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO*” e infundadas las demás formulada por la UGPP.

TERCERO: Se **declara** la nulidad de las Resoluciones RDP 022605 del 16 de junio de 2016 y Resolución RDP 037083 del 30 de septiembre de 2016, mediante las cuales la UGPP negó la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

CUARTO: Se **condena** a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social a que reconozca y pague a la señora María Consuelo Osorio Loaiza identificada con la cedula de ciudadanía 24.310.521 la reliquidación de su pensión de vejez, a partir del 1º de noviembre de 2016, incluyendo en su IBL el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado: *asignación básica y bonificación por servicios prestados*, durante los diez (10) años anteriores al retiró definitivo del servicio, esto es, entre el 1 de noviembre de 2006 y el 31 de octubre de 2016, incluyendo el reajuste de los mismos con base en la nivelación y homologación salarial, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el Dane.

Las sumas de dinero reconocidas en la sentencia a favor del demandante, deberán ser ajustadas en su valor, aplicando la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Se **niegan** las demás pretensiones de la demandante.

SEXTO: SIN COSTAS en ambas instancias.

SÉPTIMO: La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia en los términos

previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, **PREVINIÉNDOSE** a la parte actora de la carga prevista en el inciso 2º del precepto citado.

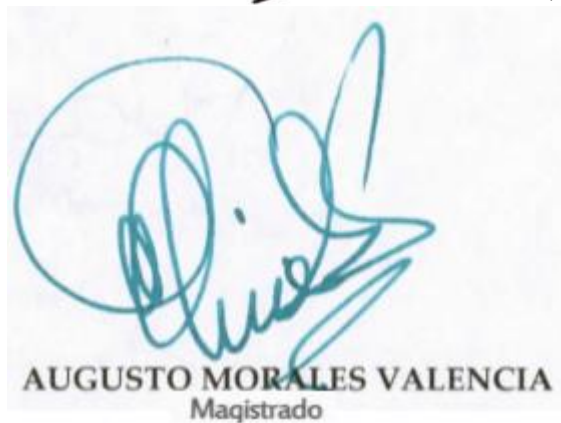
OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 19 de 2022.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

A.I. 63

Asunto: Auto decide excepciones
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-23-33-000-2018-00287-00
Demandante: Medicol IPS SAS
Demandados: Departamento de Caldas – Dirección Territorial de Salud de Caldas
Llamados en Garantía: Universidad de Caldas – Universidad Nacional de Colombia – Hospital Departamental Universitario Santa Sofía

Manizales, Marzo veintiocho (28) de dos mil veintidós (2022).

Asunto

Una vez analizado el expediente, se advierte que tanto las entidades accionadas como algunas de las entidades llamadas en garantía propusieron excepciones previas o mixtas. En aplicación al artículo 175 del CPACA, modificado el artículo 38 de la Ley 2080 del 2021, se procederá a su resolución antes de celebrar la audiencia inicial conforme lo prevén los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso.

Antecedentes

La demanda fue admitida y debidamente notificada a las accionadas Departamento de Caldas y a la Dirección Territorial de Salud de Caldas; contestaron dentro del término oportuno, proponiendo las siguientes excepciones mixtas y previas, a las cuales se les corrió traslado.

Excepciones previas y mixtas propuestas

- **Departamento de Caldas¹:**
 - **Falta de agotamiento de los recursos de la actuación administrativa:** Señaló que la parte actora solo agotó la vía gubernativa mediante recurso de reconsideración contra el acto que negó la solicitud de devolución por las sumas descontadas por concepto de estampillas, conforme a los comprobantes de egreso por la suma de (\$142.515.381). Sin embargo, en la demanda se solicitó **la devolución** por la suma de \$ 405.991.847, basado en comprobantes de egreso que datan de fechas posteriores a la expedición de la Resolución

¹ Expediente digital 1ExpedienteEscaneado2018-00287 pág. 459 y ss

número 0920-7 del 3 de febrero de 2017, mediante la cual se resolvió el recurso de reconsideración. Por lo anterior, indicó que el proceso solo puede adelantarse por las sumas requeridas por devolución relacionados en la actuación administrativa. Y en consecuencia no es posible incluir en el debate de las estampillas descontadas en los comprobantes de egreso números 7279, 8017, 8079, 1595, 2149, 2389, 4408, 4743, 5433, 6279, 6850, 7051, 7052, 8051 y 8052, razón por la cual no pueden ser analizadas en este proceso.

- **Falta de competencia:** Expuso que de no agotarse la vía gubernativa frente a los comprobantes de egreso precitados, con el fin de solicitar la devolución de pago por concepto de estampillas, que la cuantía verdadera estaría cuantificada en \$ 142.515.381 correspondiente a 182 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Y en efecto de conformidad con el artículo 155 del CPACA, la competencia para conocer del presente asunto, estaría bajo el estudio de los jueces administrativos. Además, discrepa de la cuantía establecida por la parte actora al tomar en cuenta, los intereses moratorios.

- **Dirección Territorial de Salud de Caldas²**

- **Ineptitud sustantiva de la demanda:** Se fundó en que la reclamación administrativa a través de la cual se solicitó la devolución de pago de estampillas por el monto de \$ 142.515.381, pero en las pretensiones de la demanda solicitó un monto por \$ 548.507.222, por ello, no petitionó sobre la cuantía pretendida.

Por lo anterior, expresó que la parte actora no atendió el requerimiento de procedibilidad en reclamar la cuantía total esto es por el valor de \$ 728.119.222, y no le era dable acudir de manera directa a la Jurisdicción para atacar la legalidad de la resolución.

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** expuso que conforme a los hechos de la demanda existe una legitimación material frente a lo pretendido la parte actora, toda vez que la entidad no expidió los actos demandados.
- **Caducidad del medio de control:** Preciso que de conformidad con el inciso 2 del artículo 138 del CPACA, la demanda debió interponerse dentro de los cuatro meses siguientes contados a partir de la notificación del acto administrativo, situación que no se verificó dentro del término legal. Por tanto, se debe declarar la excepción propuesta.

Excepciones previas o mixtas formuladas por los Llamados en garantía Universidad de Caldas, Universidad Nacional de Colombia y Hospital Departamental Universitario Santa Sofía.

ESE Hospital Departamental Universitario Santa Sofía de Caldas:

- **Falta de agotamiento de vía gubernativa:** Explicó que la accionante no ha agotado los requisitos de reclamación administrativa frente a las sumas

² Expediente digital 1ExpedienteEscaneado2018-00287 pág. 725.

solicitadas en sede judicial y las contenidas en la petición que le fueron resueltas a través de las resoluciones objeto de la presente litis. Lo anterior dado que en la demanda reclama sumas de dinero superiores a los \$ 548.507.222, sin embargo, en sede administrativa reclamó la suma de \$ 145.515.381 en el recurso de reconsideración.

- **Prescripción:** La fundamentó en la eventualidad de derechos económicos que reclame la entidad demandante sobre los cuales no se han reclamado dentro de los tres (3) años siguientes a la exigibilidad de la obligación.

Universidad Nacional de Colombia³: No propuso excepciones previas o mixtas.

Universidad de Caldas: La Contestación se tendrá por presentada extemporáneamente, conforme a la constancia secretarial visible en el expediente digital⁴.

Consideraciones del Tribunal

El artículo 38, de la Ley 2080 de 2021, por el cual se modificó el parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, previó el trámite y resolución de las excepciones previas en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la disposición prevé:

*“Parágrafo 2º: De las excepciones presentadas se correrá traslado en la forma prevista en el artículo 201. A por el término de tres (3) días. **En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre las excepciones previas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en ellas. En relación con las demás excepciones podrá también solicitar pruebas.**”*

*Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, e/ juez o magistrado ponente las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. **Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.**”*

Antes de la audiencia inicial, en la misma oportunidad para decidir las excepciones previas, se declarará la terminación del proceso cuando se advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se declararán fundadas mediante sentencia anticipada, en los términos previstos en el número tercero del artículo 182A. rft.

Conforme a lo anterior, se procederá a resolver las excepciones previas propuestas según lo sustentado por las entidades accionadas como se expresó con anterioridad.

Falta de legitimación en la causa por pasiva

En cuanto a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta

³ Expediente digital archivo ContestaciónllamamientoGarantíaUn.pdf. Pág. 1 – 6

⁴ Expediente digital archivo 12ConstanciaDespachoContestaciónExte. Pág. 1.

por la Dirección Territorial de Salud de Caldas, se cita jurisprudencia del Consejo de Estado, que se refiere a la falta de legitimación en la causa, donde se realiza un paralelo entre la legitimación material y formal, así:

*"La legitimación en la causa por pasiva -a diferencia de la capacidad para obrar o legitimación ad procesum- constituye un presupuesto de la sentencia de mérito o de fondo, de tal manera que, en esencia, **no es una excepción previa que pueda ser alegada en sede de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA**, porque no tiene la virtualidad de enervar la continuidad del proceso.(...) el profesor Hernando Morales Molina, puntualizó en relación con la legitimación en la causa que esta titularidad configura una posición de sujeto activo y del sujeto pasivo de la pretensión anterior al proceso y se examina en la sentencia". En otros términos, la legitimación en la causa consiste en la relación que existe entre el sujeto (activo o pasivo) con el objeto jurídico que se debate en el proceso. (...) el a quo se equivocó en resolver, en la audiencia del artículo 180 del CPACA, la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva comoquiera que constituye un presupuesto de la sentencia de mérito cuyo pronunciamiento debió diferir o postergar para la sentencia. (...) el Despacho modificará la decisión apelada para abstenerse de pronunciar frente a la excepción propuesta., toda vez que, se itera, es un presupuesto procesal que se analizará al momento de proferir el fallo que decida la controversia, momento en que se definirá si las partes tienen interés sustancial por activa o pasiva en relación con el objeto del proceso es necesario que se adelante toda la actuación y se valoren las pruebas aportadas y solicitadas por las partes (...)⁵.*

Por otra parte, en esta instancia procesal no es posible determinar si existe o no falta de legitimación en la causa, conforme lo ha indicado la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado⁶:

*"(...) esta Corporación ha manifestado en cuanto a la legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo, sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable bien a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado. Así mismo, ha diferenciado **entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, siendo la legitimación en la causa de hecho la relación procesal existente entre demandante legitimado en la causa de hecho por activa y demandado legitimado en la causa de hecho** por pasiva y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma quien asumirá la posición de demandado; dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción, **la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas**, ora porque dieron lugar a la producción del daño. En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues*

⁵ Consejo de Estado, MP. Hernán Andrade Rincón, sección tercera Subsección A, radicado número: 25000-23-36-000-2015-01157-01 (57440) auto del 18 de abril de 2017.

⁶ Consejo de Estado, MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sección Segunda Subsección A, radicado número 05001-23-31-000-2000-02571-01 (1275-08), sentencia del 25 de marzo de 2010.

ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales: por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues, la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra. Rft. ⁵.

Visto lo anterior, considera el Despacho que la demanda pretende en virtud de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos que deciden y resuelven la solicitud de devolución por concepto de estampillas; el reintegro de las sumas de dinero producto de los descuentos realizado por concepto de estampilla pro desarrollo departamental, estampilla universidad de Calda y Universidad Nacional sede Manizales, estampilla pro-hospital departamental universitario Santa Sofía de Caldas y para el bienestar del adulto mayor a Medicol IPS S.A.S.

Frente a los supuestos fácticos y jurídicos, se tiene que existe una relación procesal entre la parte actora y demandada, por el hecho de ser la parte en el proceso. Y además, de existir una conexidad sustancial frente a los hechos de la demanda, dado que fungió como la demandante Medicol IPS SAS, es prestado de servicios de dispensación de medicamentos a la población del régimen subsidiado afiliados a diferentes EPS-S, generando facturas de venta directamente a la Dirección Territorial de Salud de Caldas. En este sentido, esta excepción se niega como previa y se ordena analizar y resolver en el momento de proferir sentencia de fondo.

Por lo anterior, no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Ineptitud sustantiva de la demanda por falta de agotamiento de la reclamación administrativa:

Las entidades Dirección Territorial de Salud de Caldas, Departamento de Caldas, y la Ese Hospital Departamental Universitario Santa Sofía de Caldas excepcionaron dicho medio exceptivo, con fundamento en que la entidad IPS Medicol en la demanda reclama unos montos superiores por concepto de descuentos realizados por estampillas; que no fueron previamente reclamados en sede administrativa, conforme a los comprobantes de egresos relacionados en el acápite de la demanda.

Al respecto al Despacho abordará de manera conjunta, si se presenta inepta demanda por el agotamiento de requisito de procedibilidad, inicialmente cabe indicar que la excepción de inepta demanda se presentaría ante la omisión de la parte actora en dar cumplimiento a los presupuestos procesales de la demanda contenidos en los artículos 161, 162, 163, 164, 165 y 166 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021.

A su turno, el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 21 de septiembre de 2016, sobre la excepción de inepta demanda por falta de los requisitos previos para demandar ha expresado:

“En relación con la excepción previa de ineptitud de la demanda, esta Corporación ha considerado que es procedente al margen de la diferencia entre los requisitos previos y los formales que la ley prevé para acudir a la jurisdicción, de manera que en los casos que se omita uno de los requisitos previos previstos por la ley (como la conciliación extrajudicial consagrada en el artículo 161 del CPACA, se está frente a una “...inepta demanda por ausencia del requisito de procedibilidad”, salvo cuando el asunto por el cual se demanda no sea conciliable⁷”

Sobre el requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción Contencioso Administrativa, a través de los diversos medios de control el artículo 161 del CPACA, modificado por el artículo 34 de la Ley 2080 de 2021, en apartes reza:

“Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho reparación directa y controversias contractuales

(...)

2. Cuando se demanda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios.

El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

Si las autoridades no hubieren dado oportunidad de interponerse los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere el numeral” rft.

Conforme a las preceptivas normativas y jurisprudenciales se tiene que, por orden legal, para la presentación de la demanda ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo, se deben agotar los requisitos formales como requisito para ejercer el derecho de acción. Por ello, ante la omisión de alguno de estos, la parte interesada tendrá la oportunidad de excepcionar, con la finalidad de hacer valer sus derechos, y también para advertir las anomalías que se pueden presentar en el curso del proceso.

Lo anterior, con el fin que la autoridad judicial, prevea dicha situación procesal, y permitan resolver sobre la prosperidad o no de la misma.

Descendiendo al caso particular, se observa en el ítem de estimación razonada de la cuantía de la demanda, se calcula por conceptos de devolución del pago por concepto de estampilla por el valor de (\$548.507.222) y por los intereses moratorios y la indexación por \$179.612.000; para un total de la cuantía por el valor de \$728.119.222.

Se destaca lo siguiente del trámite de reclamación administrativa ante la Unidad de Rentas de Caldas de la Gobernación de Caldas:

- Petición radicada el 6 de diciembre de 2016, por la empresa Mediccol IPS SAS, en la cual solicitó a la Dirección Territorial de Salud de Caldas, no continuar descontando el pago de las facturas canceladas a esta, por concepto de estampillas. Así mismo, la devolución de los descuentos efectuados por la suma **de \$ 142.515.381**⁸.

⁷ Consejo de Estado sección tercera subsección A, CP. Hernán Andrade Rincón, 12 de julio de 2016 radicado. 25000-23-36-000-2015-00513-01 (56806).

⁸ Expediente digital 1ExpedienteEscaneado2018-00287 pág. 121 y ss

- Resolución 0920-7 del 3 de febrero de 2017, expedida por la unidad de rentas de Caldas, por el cual se niega la devolución de la suma de \$ **142.515.381**, solicitado por la empresa Mediccol IPS, por concepto de estampillas departamentales Pro desarrollo departamental, estampillas Universidad de Caldas y Universidad Nacional, Pro Hospital Departamental Universitario Santa Sofía de Caldas y para el bienestar adulto mayor en el Departamento de Caldas⁹.
- Recurso de reconsideración radicado el 22 de abril de 2017, ante la Unidad de Rentas del Departamento de Caldas, frente la resolución 0920-7 del 3 de febrero de 2017¹⁰.
- A través de la Resolución 000025 del 9 de enero de 2018, expedida por la Unidad de rentas de Caldas, se resolvió el recurso reconsideración formulado por la empresa Mediccol IPS, frente a la Resolución Departamental número 0920-7 del 3 de febrero de 2017, proferida por la Unidad de Rentas de Caldas, frente a la cual se decidió de manera negativa la devolución de la suma de \$ 142.515.381¹¹.

Una vez observado el derecho de petición en mención ante la Dirección Territorial de Salud de Caldas, se colige que se hizo relación a diferentes comprobantes de egreso, como se ilustra en el presente cuadro:

FECHA DE COMPROB	COMPROB DE EGRESO	ESTAMPILLA PROHOSPITAL	ESTAMPILLA PRODESARROLLO	ESTAMPILLA PROUNIVERSIDAD	ESTAMPILLA PRO ADULTO MAYOR
31/03/2016	1522	525,295	1.050,590	525,295	
31/03/2016	1521	3.896,996	7.793,993	3.896,996	
17/06/2016	3230	2,244,661	4,489,322	2,244,661	
29/06/2016	3534	2,827,707	5,655,414	2,827,707	
08/07/2016	3780	1,471,889	2,943,778	1,471,889	
22/07/2016	3915	1,279,571	2,559,142	1,279,571	
03/08/2016	4271	3,164,774	6,329,548	3,164,774	
14/09/2016	5211	2,725,579	5,451,158	2,725,579	
27/10/2016	6059	2,003,524	4,007,049	2,003,524	6,010,573
27/10/2016	6062	3,000,000	6,000,000	3,000,000	9,000,000

⁹ Expediente digital 01ExpedienteEscaneado2018, página 115 y ss

¹⁰ Expediente digital 01ExpedienteEscaneado2018, página 187 y ss

¹¹ Expediente digital 01ExpedienteEscaneado2018, página 101 y ss

11/11/2016	6612	2,000,000	4,000,000	2,000,000	6,000,000
11/11/2016	6613	2,000,000	4,000,000	2,000,000	6,000,000
11/11/2016	6614	991,590	1,983,179	991,590	2,974,769
11/11/2016	6615	528	1,055	528	1,583
	TOTALES	28,132,114	56,264,228	28,132,114	29,986,925

11. La suma total de los descuentos realizados a la fecha es de (\$142'515.381).

De lo anterior, se observa que los comprobantes de egreso que pretende el descuento de estampillas que datan de los meses marzo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre del año 2016.

De otro lado, si bien en las pretensiones de la demanda no se especifica el monto de los descuentos, se base en el cuadro insertado en el hecho 18, donde se describen los comprobantes de egreso de los años de meses marzo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, **diciembre** del año 2016 y de los meses de **abril, mayo, agosto, octubre, noviembre y diciembre 2017**, para indicar que se debe realizar la devolución de estampillas por el valor de \$ 548.507.222.

En este sentido, se tiene que la empresa Mediccol IPS, en sede administrativa agotó la reclamación administrativa por concepto de devolución de estampillas departamentales Pro desarrollo departamental, estampillas universidad de Caldas y Universidad Nacional, Pro Hospital Departamental Universitario Santa Sofía de Caldas y para el bienestar adulto mayor en el Departamento de Caldas; con base en comprobantes de egreso del año 2016, que originaron un monto de 142.515.381. Y posteriormente en sede judicial se instaura demanda relacionado comprobantes de egreso de los años 2016 y 2017, por un monto de \$548.507.222.

En este orden, considera la Sala que efectivamente se presenta parcialmente falta de reclamación administrativa, frente a los comprobantes de egreso de los meses de diciembre de 2016 y los del año 2017, dado que éstos no fueron mencionados en el trámite administrativo y difieren de los reclamados en sede administrativa.

Por lo anterior, en atención a los principios de derechos de defensa y contradicción, se accederá de manera parcial a la excepción formulada, y por tanto no se tendrá en cuenta los comprobantes de egreso del mes de diciembre de 2016 y del año 2017.

Sobre la caducidad

La caducidad representa la extinción de la oportunidad de quien pretende controvertir la existencia de un derecho en sede judicial, cuando ha transcurrido el tiempo para interponer un medio de control previsto en la ley. Dicho fenómeno está concebido para desarrollar el principio de seguridad jurídica bajo los criterios de racionalidad y suficiencia temporal¹², como una sanción como consecuencia del transcurso del tiempo, sumado a la inactividad del interesado en acudir a la administración de

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B CP. Dr. César Palomino Cortés del 12 de septiembre de 2019. Rad. 25000-23-42-000-2015-01191-01(0043-16).

justicia.

En la demanda que dio origen al presente proceso, la parte demandante impetró como pretensiones la declaratoria de nulidad de los actos administrativos contenidos en las resoluciones número 0920-7 del 3 de febrero de 2017 y 000025 del 9 de enero de 2018, que denegaron la devolución por concepto de estampillas.

Para los efectos del conteo de la caducidad, como quiera que en el presente asunto la reclamación administrativa se agotó cuando la unidad de rentas del Departamento de Caldas, resolvió el recurso de reconsideración, se dará aplicación al literal d, del del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, que al efecto señala:

“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada

(...)

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

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

A su vez, el Estatuto Tributario prevé en el inciso 2 del artículo 565, y artículos 566, 569 y 570 las formas de notificación de las providencias y las que deciden recursos personalmente o por edicto, esta última, cuando quien deba ser notificado no comparezca dentro de los diez días siguientes a la fecha de introducción al correo del aviso de citación.

Sobre el particular, la Sección Cuarta del Consejo de Estado del 20 de noviembre de 2019¹³, precisó los términos de notificación sobre los actos que resuelven el recurso de reconsideración, a efectos de demandar bajo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, sobre el particular señaló:

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo dispone que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho debe presentarse dentro del término de cuatro meses, contados a partir del día siguiente a la notificación, ejecución, comunicación o publicación del acto administrativo, según el caso, so pena de que opere la caducidad.

El acto al que se refiere la norma es el acto administrativo definitivo; esto es, el que resuelve de fondo la situación planteada. Cuando dicho acto definitivo es susceptible de algún recurso en sede administrativa, y el recurso es presentado con el lleno de los requisitos exigidos por la ley, el término de caducidad empezará a correr a partir del día siguiente a aquel en que se notifique el acto que resuelva el recurso.

-

¹³ Consejo de Estado, sentencia sección Cuarta MP. Doctor Milton Chaves García del 20 de noviembre del 2019, Radicado 25000-23-27-000-2010-00042-01 (19680)

Contra los actos proferidos por la Administración tributaria procede el recurso de reconsideración, que debe interponerse cumpliendo con los requisitos establecidos en los artículos 720 y 722 del Estatuto Tributario. De no ser así, la Administración dictará un auto inadmisorio del recurso, que se notificará personalmente o por edicto, en el que debe señalarse cuál es el requisito que hace falta cumplir (artículo 726 E.T.)

(...)

Está claro que algunas citaciones fueron devueltas por la causal “dirección incorrecta”, y que otras fueron devueltas por la causal “destinatario se trasladó”. En cuanto ello supuso la imposibilidad de notificar personalmente las decisiones de los recursos, era procedente acudir a la notificación por edicto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 565 del Estatuto Tributario, como en efecto lo hizo la DIAN.

Cabe reiterar que el destinatario del aviso de citación es el contribuyente y, por ende, no constituye irregularidad alguna que en la guía de correo figure Inversiones Beleño como destinatario, y no el nombre del apoderado.

Una vez aclarado que las notificaciones de los actos demandados se surtieron en debida forma, es procedente afirmar que el término de caducidad de la acción empezó a correr desde el día siguiente a la notificación de la resolución que resolvió el recurso de reconsideración; es decir, para el caso en estudio, desde el día siguiente a la desfijación del edicto, que en todos los casos se dio el 19 de diciembre de 2008, por lo que el término de caducidad vencía el 20 de abril de 2009.”

En el sub judice, se observa que la parte actora instauró el recurso de reconsideración frente a la resolución 0920-7 del 3 de febrero de 2017, misma que fue resuelta a través de la resolución 000025 del 9 de enero de 2018 y ésta última fue notificada por aviso y desfijado el 9 febrero de 2018, conforme a la constancia expedida por la Unidad de Rentas de la Gobernación de Caldas¹⁴.

Luego, la parte actora tenía hasta el 10 de junio de 2018, para instaurar la demanda, teniendo en cuenta de conformidad con la Ley 640 de 2001, Ley 1285 de 2009, y Decreto 1716 de 2009, donde se previó que los asuntos, de carácter tributario no son susceptibles de conciliación.

En este sentido, como la demanda fue instaurada el día 29 de mayo de 2018, conforme a la fecha indicada en el acta individual de reparto, fue presentada dentro del término oportuno.

Por lo anterior, se denegará la excepción propuesta de caducidad.

- **Excepción de falta de competencia.**

De acuerdo a los argumentos expuestos por el ente territorial frente a la omisión de agotar la reclamación administrativa por parte de la IPS Mediccol frente a los comprobantes de egreso que pretende hacer efectivo en sede judicial y de acuerdo a

¹⁴ Expediente digital 01ExpedienteEscaneado2018, página 401.

la excepción parcialmente propuesta de inepta demanda por falta de reclamación administrativa, es menester analizar la competencia por el factor cuantía atendiendo el monto reclamado en sede administrativa por parte de la empresa accionante.

En cuanto a la competencia por razón de la cuantía en materia tributaria, establece el artículo 157 del CPACA, lo siguiente:

"Artículo 157. Competencia por razón de la cuantía. [...] En asuntos de carácter tributario, la cuantía se establecerá por el valor de la suma discutida por concepto de impuestos, tasas, contribuciones y sanciones. [...]"

A su vez, el Consejo de Estado ha fijado las siguientes sub reglas para dar aplicación a la citada norma¹⁵

"(i) Si lo que se debate son impuestos, contribuciones y tasas, los Juzgados Administrativos conocerán en primera instancia cuando la sumatoria de tales conceptos arroje una cuantía inferior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes (numeral 4 artículo 152 del CPACA);

(ii) Si se debate una sanción tributaria, conocerán los Jueces Administrativos cuando la cuantía sea inferior a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes (numeral 3 artículo 152 del CPACA).

(iii) Si el debate se refiere a impuestos, tasas, contribuciones y sanciones, conocerán los Juzgados Administrativos cuando la sumatoria de tales conceptos arroje una cuantía inferior a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes (numeral 3 artículo 152 del CPACA⁶)."

En el caso bajo *examine* se discute la legalidad de los actos administrativos que denegaron el reintegro de las sumas de dinero producto de los descuentos realizado por concepto de estampilla pro desarrollo departamental, estampilla universidad de Calda y Universidad Nacional sede Manizales, estampilla pro-hospital departamental universitario Santa Sofía de Caldas.

En efecto la Corte Constitucional en sentencia C-768 de 2010, se indicó que en la jurisprudencia de la Alta Corporación y del Consejo de Estado, definió las estampillas como *"tributos dentro de la especie de "tasas parafiscales", en la medida en que participan de la naturaleza de las contribuciones parafiscales, pues constituyen un gravamen cuyo pago obligatorio deben realizar los usuarios de algunas operaciones o actividades que se realizan frente a organismos de carácter público; son de carácter excepcional en cuanto al sujeto pasivo del tributo(...)"*

Colofón de lo anterior, se tiene que el presente debate concierne a la imposición de una tasa, atendiendo a la naturaleza jurídica de las estampillas en este sentido conocerán en primera instancia los Tribunales Administrativos cuando la cuantía sea superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, conforme al numeral 4 el artículo 152 del CPACA.

Entonces, se tiene que conforme a los comprobantes de egreso sobre los cuales basó

¹⁵ Consejo de Estado-Sata de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta Consejero ponente Jorge Octavio Ramírez Ramírez Auto de ponente del 1 de octubre de dos mil trece (2013) Radicación numero 25000-23-27-000-2013-00290-00(20246)

la petición inicial de devolución de pago por estampillas es por la suma de 142.515.381. Luego, si el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2018, fecha de presentación de la demanda se estableció por el Gobierno Nacional en \$ 781.242¹⁶, la cuantía de la pretensión para el efecto se tendría en \$ 78.124.200.

Por lo anterior, atendiendo al monto solicitado en la reclamación administrativa, esto es, por el valor de \$ 142.515.381, la competencia es de este Despacho Judicial.

Por tanto, se denegará la excepción propuesta.

- Excepción de prescripción

Por otra parte, respecto la excepción debe precisarse que, si bien esta tiene el carácter de mixta, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 180 del CPAPA, debería igualmente resolverse junto con las previas, lo cierto que, para ello, es necesario pronunciarse sobre el fondo de la controversia, determinando si le asiste razón a la ESE Hospital Departamental Universitario Santa Sofía de Caldas, en cuanto a la prescripción de los derechos económicos que le asisten al demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión

RESUELVE

Primero. NEGAR la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la Dirección Territorial de Salud de Caldas, que solo será resuelta al momento de proferir la sentencia, conforme a los argumentos expuestos en este proveído.

Segundo. DENEGAR las excepciones de caducidad, falta de competencia y prescripción formuladas respectivamente por el Departamento de Caldas, Dirección Territorial de Salud de Caldas, ESE Hospital Departamental de Caldas, por los motivos expuestos.

Tercero. ACCEDER parcialmente a la excepción de inepta demanda por falta de agotamiento de la reclamación administrativa, formulada por la Dirección Territorial de Salud de Caldas, Dirección Territorial de Salud de Caldas, ESE Hospital Departamental Universitario Santa Sofía de Caldas, que surtirá efectos propuestos en este proveído.

Cuarto. Se reconoce personería para actuar a los siguientes apoderados: al doctor John Alexander Álzate Quiceno portador de la tarjeta profesional 200.028 del CS de la Judicatura en representación del Departamento de Caldas; a la doctora Sandra Carolina Hoyos Guzmán portadora de la tarjeta profesional número 168650 del CS de la Judicatura en representación de la Dirección Territorial de Salud de Caldas¹⁷; al doctor Jaime Hernán Gallo Ramírez, portador de la tarjeta profesional número 82.882 del CS de la Judicatura, en representación de la ESE Hospital Departamental Universitario Santa Sofía de Caldas; a la doctora Natalia Lucía Vélez Taborda

¹⁶ <https://www.salariominimocolombia.net/2018>

¹⁷ 01ExpedienteEscaneado2018-00 Pág. 695

portadora de la tarjeta profesional número 126.288 del CS de la Judicatura, en representación de la Universidad Nacional de Colombia lo anterior, conforme a los poderes debidamente aportados.

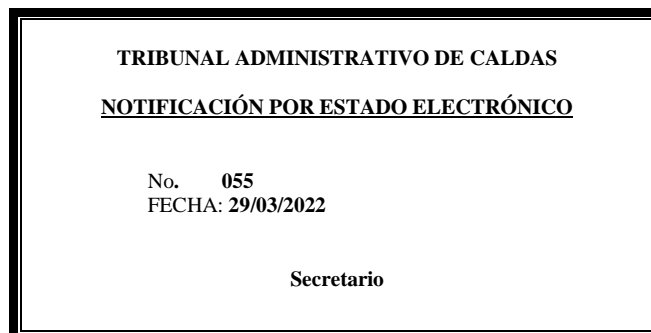
Así mismo, se acepta la renuncia de poder arribada por los doctores Sandra Carolina Hoyos Guzmán y John Alexander Álzate Quiceno¹⁸ en los términos previstos en el artículo 76 del CGP¹⁹.

Quinto: Ejecutoriada esta providencia, pase el expediente a Despacho del Magistrado ponente de esta decisión para fijar la fecha de audiencia inicial.

Notifíquese y cúmplase

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado



¹⁸ 01ExpedienteEscaneado2018-00 Pág. 767

¹⁹ 01ExpedienteEscaneado2018-00 Pág. 757

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 083

Manizales, veinticinco (25) de marzo dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17-001-33-39-006-2018-00562-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Demandada: Edgar Llanos Arrunátegui

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

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante en síntesis solicita, se declare la nulidad de: i) la Resolución ISS 012428 del 24 de agosto de 2000 mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez ordinaria a favor demandado y ii) la Resolución GNR 23185 del 03 de febrero de 2015 mediante la cual se reliquidó la pensión de vejez a partir del 18 de noviembre de 2011.

En consecuencia, se reliquide la prestación pensional de vejez del demandado conforme a las reglas de la compartibilidad pensional señalada en el Decreto 758 de 1990. Y se le ordene reintegrar a favor de Colpensiones, la diferencia pensional generada desde la inclusión en nómina de pensionados de la resolución GNR 23185 del 03 de febrero de 2015.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el demandado nació el 10 de abril de 1940, que la sociedad Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., otorgó una pensión de jubilación a partir de 1995; mediante resolución 012428 del 24 de agosto del 2000, se reconoció una pensión de vejez ordinaria en cuantía de \$1.732.622, efectiva a partir del 10 de abril de 2000.

Que el 18 de noviembre de 2014, el demandado solicitó a Colpensiones, la reliquidación de su pensión de vejez, la cual fue resuelta mediante el acto administrativo GNR 23185 del 03

de febrero de 2015 por lo que se reliquidó la pensión en cuantía de \$3.344.737.00, efectiva a partir del 10 de abril del año 2000. Que mediante resolución GNR 164173 del 02 de junio de 2016, se da cumplimiento a fallo judicial proferido por el Juzgado Dieciséis Laboral de Bogotá reconocimiento un incremento pensional por persona a cargo aumentando la mesada pensional del afiliado a \$4.009.968.

Que Colpensiones mediante requerimiento externo del 26 de julio de 2016, solicitó al demandado autorización expresa para revocar la Resolución ISS 12428 del 24 de agosto de 2000 y GNR 197241 del 02 de julio de 2015 y transcurridos 30 días hábiles de su recibido no fue allegado consentimiento por parte del demandado.

Que mediante Resolución SUB 69515 del 19 de mayo de 2017 se reconoció nuevamente un incremento pensional por persona a cargo aumentando el valor de la mesada pensional en cuantía de \$4.345.622.00 a partir del 01 de junio de 2017.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas la Constitución Política, y el artículo 18 del Decreto 758 de 1990. Consideró que los actos atacados son contrarios al ordenamiento jurídico como quiera que dicha prestación debió reconocerse bajo la figura de la compartibilidad pensional, teniendo en cuenta la pensión de jubilación reconocida por Interconexión Eléctrica S.A E.S.P.

2. Contestación de la demanda

El demandado a través de *curador ad litem* indicó que, se atiene a lo que resulte probado en el proceso.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró la nulidad de las Resoluciones ISS 012428 del 24 de agosto de 2000 expedida por ISS “por la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez” y GNR 23185 del 03 de febrero de 2015 por la cual se reliquidó la pensión de vejez al demandado, y ordenó a Colpensiones expedir una nueva resolución reconociendo la pensión de vejez al demandado, conforme a las reglado en el Acuerdo 049 de 1990 adoptada por el Decreto 758 de la misma anualidad, referente a la compartibilidad de pensiones.

Además, negó la pretensión consistente en que se ordenara al demandado reintegrar a favor de Colpensiones, la diferencia pensional generada desde la inclusión en nómina de pensionados, lo anterior por cuanto, no se observaba ninguna prueba que lleve a la demostración de existencia de mala fe del demandado, que se trató de un acto emitido por el ISS y otro emitido por Colpensiones, para el reconocimiento de una pensión de vejez, situación que no fue atribuible a alguna actuación dolosa de la misma.

4. Recurso de apelación

Colpensiones solicitó se revoque el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia y en su lugar se acceda a las pretensiones de que se ordene al demandado reintegrar a favor de Colpensiones, la diferencia pensional generada desde la inclusión en nómina de pensionados, debidamente indexada o con intereses moratorios.

Para ello señaló que, la improcedencia de la buena fe del demandado con relación a las mesadas que fueron percibidas con ocasión a los actos administrativos que reconocieron a su favor el derecho pensional, comienza a cambiar desde el momento en que la entidad notifica la intención de revocar su propio acto, indicándole que el mismo se encuadra dentro de los requisitos del artículo 93 de la Ley 14 de 2011, permitiendo que a través de recursos de ley pueda ejercer el derecho de defensa para controvertir y sostener su legalidad por vía administrativa o en su defecto autorizar la revocatoria del mismo por tratarse de un acto de carácter definitivo que resuelve una situación en particular, hechos que fueron explicados para fácil entendimiento dentro de los actos administrativos declarados nulos.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA¹, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación. Además, es procedente por cuanto: *“Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces”*, en virtud a lo dispuesto por el artículo 243 Ibidem.

2. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar: *¿Hay lugar a ordenar al demandado la devolución de los dineros recibidos en razón del reconocimiento prestacional ordenado en los actos administrativos anulados?*

3. Tesis del Tribunal:

No es procedente ordenar al demandado el reintegro de los dineros percibidos con ocasión de los actos administrativos anulados toda vez que, no se encuentra acreditado que haya actuado de mala fe al momento de solicitar el reconocimiento y reliquidación pensional dispuesto en los actos administrativos demandados o de recibir la prestación reconocida.

Para fundamentar lo anterior se hará referencia a: i) el principio de la buena fe y la devolución de prestaciones ordenadas sin derecho; ii) los hechos acreditados relevantes para resolver el problema jurídico y el análisis del caso concreto.

4. Del principio de la buena fe y la devolución de prestaciones ordenadas sin derecho²

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “A”. C.P.: William Hernández Gómez. Sentencia del 13 de junio de 2019. Rad.: 76001-23-31-000-2009-00314-01(2232-17)

El artículo 83³ de la Constitución Política, consagra el principio de la buena fe, el cual implica que (i) las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben estar gobernadas por el principio de buena fe y; (ii) ella se presume en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico administrativas. Esta última característica opera como presunción legal que admite prueba en contrario, es decir, que quien alegue la mala fe deberá demostrar los hechos sobre los cuales se fundamenta⁴.

Es decir, que el principio de buena fe no es absoluto, tiene límites en principios de igual categoría constitucional, como lo son: la prevalencia del interés general, la vigencia de un orden justo y el desarrollo de la función administrativa con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia y economía, entre otros⁵.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha manifestado que dicho principio exige a los particulares y a las autoridades públicas enmarcar sus actuaciones a una conducta honesta, leal y conforme con los comportamientos que podrían esperarse de una *persona correcta (vir bonus)*. Y en ese orden de ideas, la buena fe supone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la *confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada*⁶.

De otro lado, el literal C del numeral 1 del artículo 164 del CPACA, estipula:

“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas.

Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe;

(Subraya la Sala)

Lo anterior significa que, comoquiera que la buena fe se presume será necesario que quien alega lo contrario así lo demuestre.

Al respecto el Consejo de Estado⁷ en sentencia del 29 de noviembre de 2009, señaló:

“Es así como el principio constitucional de la buena fe conlleva una presunción inescindible de las actuaciones de los particulares ante las autoridades públicas, y como tal no requiere declaración judicial, empero, en caso de su flagrante desconocimiento, sí es tarea del juez constitucional desplegar las actuaciones necesarias para su prevalencia. Con base en las

³ **Artículo 83.** Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

⁴ Sentencia C-071 de 2004

⁵ sentencia de la Sección Segunda, Subsección B del 8 de mayo de 2008 con radicado 0949- 2006.

⁶ Sentencia C-1194/08 y C-499/15

⁷ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A Noviembre 23 de 2009. Radicación: 25000-23-15-000-2009-01332-01(AC)

circunstancias del caso concreto, la Sala vislumbra una actuación reprochable del Grupo Interno de Trabajo para el Pasivo Social de Puertos de Colombia, en tanto dio cumplimiento a unos fallos y desembolsó sumas de dinero a favor del administrado, generando en este el convencimiento y la legitimidad para recibirlas, a pesar de que no se encontraban debidamente ejecutoriadas por no haberse surtido el grado jurisdiccional de consulta, que únicamente se verificó más de seis años después de proferidos los fallos con base en los cuales se pagaron los dineros al actor. Por lo anterior, no encuentra la Sala razón válida para que se le exija al actor de tutela el reintegro de unas sumas de dinero que le fueron pagadas de buena fe y en cumplimiento de órdenes judiciales vigentes para dicha época.

Ahora, a juicio de la Sala, si la Administración considera imperioso para proteger el patrimonio público de la Entidad y lograr el reintegro de lo indebidamente pagado, tiene a su alcance las acciones de tipo penal, laboral o contencioso administrativas, para demostrar la mala fe y el posible enriquecimiento sin causa del señor Angulo Ramos.” (Negrillas de la Sala).

Ahora, si bien no existe una norma que defina cuándo pueda entenderse desvirtuada la buena fe en las relaciones entre los particulares y la administración, es conveniente señalar que la regla aplicable en materia de procesos judiciales está contenida en el artículo 79 del Código General del Proceso y que aquella resulta útil, comoquiera que señala comportamientos que permiten presumir que quien acude al proceso lo hace de manera temeraria, a saber:

- «1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.
2. Cuando se aduzcan calidades inexistentes.
3. Cuando se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.
4. Cuando se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas.
5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso.
6. Cuando se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas.»

Adicionalmente, en sentencia del 23 de marzo de 2017, señalo que, acudir a la acción de tutela para “obtener la reliquidación de la pensión gracia con todos los factores salariales, no puede hacer presumir un actuar ilegal, fraudulento o engañoso, pues en el ordenamiento jurídico existen diversas acciones para reclamar los derechos sin que el uso de ellas denote mala fe, es más, corresponde a la autoridad que conozca de cada una de ellas determinar si la vía judicial escogida es la adecuada para elevar determinada pretensión⁸.”⁹.

Aunado a lo anterior afirmó que, tampoco se puede entender que actúa de mala fe “a quien

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Sentencia de 5 de mayo de 2016. Radicación 05001-23-33-000-2013-00065-01(0525-14). En esta providencia se indicó, en un caso similar al presente, que el ejercicio de la acción de tutela para reclamar temas relacionados con la pensión gracia no puede ser tomado por el juez como prueba de mala fe para efectos de ordenar la devolución de las mesadas percibidas en vigencia de un acto administrativo que luego es declarado nulo.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia del 23 de marzo de 2017, proceso con radicado 19001-23-31-000-2012-00251-01 (2036-2015)

la administración ya le ha negado un derecho y demanda judicialmente para obtener su reconocimiento, aunque para aquella sea claro que el peticionario no tiene el derecho, puesto que se vulneraría el derecho de acceso a la administración de justicia, consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política. Igualmente, se resalta que la naturaleza de la función judicial en el caso sub examine es garantizar los derechos fundamentales de los asociados, de cara a la actuación de la autoridad pública, la cual en sub lite no acreditó la mala fe de la demandada".¹⁰

5. Situaciones jurídicamente relevantes probadas

- Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., mediante Resolución 0670 del 04 de diciembre de 1995 otorgó al demandado una pensión de jubilación a partir de 1995. (Fls. 3-10 Archivo 005_Anexos_2018_562.pdf).
- Posteriormente el ISS mediante Resolución 012428 del 24 de agosto del 2000, reconoció una pensión de vejez ordinaria en cuantía de \$1.732.622, efectiva a partir del 10 de abril de 2000. (Fls. 1 Archivo 005_Anexos_2018_562.pdf).
- Mediante Resolución GNR 23185 del 03 de febrero de 2015 Colpensiones reliquidó la pensión en cuantía de \$3.344.737.00, a partir del 10 de abril del año 2000. (Fls. 11-15 Archivo 005_Anexos_2018_562.pdf).
- A través de la Resolución GNR 164173 del 02 de junio de 2016, Colpensiones da cumplimiento a fallo judicial proferido por el Juzgado Dieciséis Laboral de Bogotá reconocimiento un incremento pensional por persona a cargo aumentando la mesada pensional del afiliado a \$4.009.968. (Fls. 14-20 Archivo 002_Anexos_2018_562.pdf).
- Colpensiones mediante requerimiento externo del 26 de julio de 2016, solicitó al demandado autorización expresa para revocar la Resolución ISS 12428 del 24 de agosto de 2000 y GNR 197241 del 02 de julio de 2015 sin que se haya obtenido respuesta del demandado. (Fls. 28-31 Archivo 002_Anexos_2018_562.pdf).
- Mediante Resolución SUB 69515 del 19 de mayo de 2017 Colpensiones reconoció nuevamente un incremento pensional por persona a cargo aumentando el valor de la mesada pensional en cuantía de \$4.345.622.00 a partir del 01 de junio de 2017. (Fls. 21-27 Archivo 002_Anexos_2018_562.pdf).

6. Caso Concreto

La parte demandante pretende el reembolso de la diferencia pensional generada desde la inclusión en nómina de pensionados de la resolución GNR 23185 del 03 de febrero de 2015, por tratarse de una prestación indebidamente reconocida.

Como se señaló anteriormente, frente a los particulares de buena fe a quienes se les hayan reconocido prestaciones de forma sin cumplimiento de los requisitos legales, no es

¹⁰ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B. C.P.: César Palomino Cortés. sentencia de 9 de agosto de 2018. Rad: 25000-23-15-000-2009-01332-01(AC)

procedente la orden de devolución de tales emolumentos, por lo cual, corresponde a la entidad demandante aportar los elementos de prueba que permitan desvirtuar la presunción de buena fe.

En el caso concreto, la Sala no se observa ninguna prueba que lleve a la certeza de existencia de mala fe en el actuar del demandado.

La simple afirmación consistente en que, la buena fe del demandado cambio desde el momento en que la entidad notificó la intención de revocar su propio acto, tampoco permite afirmar que el demandando actuó de mala fe al momento de solicitar el reconocimiento y reliquidación pensional, o que por el hecho de conocer la intención de la administración de revocar sus actos automáticamente sus actuaciones dejen de presumirse de buena fe.

El hecho que el demandado haya omitido dar el consentimiento para la revocatoria del acto administrativo ahora demandado, tampoco hace presumir un actuar ilegal, fraudulento o engañoso, *“pues en el ordenamiento jurídico existen diversas acciones para reclamar los derechos sin que el uso de ellas denote mala fe, es más, corresponde a la autoridad que conozca de cada una de ellas determinar si la vía judicial escogida es la adecuada para elevar determinada pretensión”*.¹¹

Además, tampoco se evidencia que el demandado en el trámite del procedimiento administrativo que precedió a la expedición de los actos administrativos demandados haya incurrido en alguno de los eventos señalados en el artículo 79 del Código General del Proceso, previamente citado que señala los comportamientos que permiten presumir que quien acude al proceso lo hace de manera temeraria.

Se resalta que, el a quo negó la medida cautelar solicitada por la demandante, de suspensión provisional el acto administrativo demandado, al considerar que, *“...del análisis de dicho acto y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas no surge la vulneración PRIMA FACIE alegada por la demandante, debiendo efectuarle, además, un análisis minucioso del material probatorio aportado por las partes, con el fin de verificar si pensión de vejez... se encuentra reliquidada en debida forma conforme a la normatividad aplicable al caso”*.

Por lo tanto, al no ser evidente los vicios de legalidad de los actos demandados expedidos por la administración, solo es hasta el momento en que quede ejecutoriada la sentencia que declara la nulidad de los actos demandados, en que puede afirmarse que cesa la presunción de que el ciudadano actuó de buena fe.

7. Conclusión

No se encuentra acreditado que, el demandado haya actuado de mala fe al momento de solicitar el reconocimiento y reliquidación pensional o de recibir la prestación reconocida dispuesto en los actos administrativos demandados.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia del 23 de marzo de 2017, proceso con radicado 19001-23-31-000-2012-00251-01 (2036-2015)

Por lo anterior, se confirmará la decisión recurrida, a través de la cual se negó la pretensión de ordenar al demandado el reintegro de los dineros percibidos con ocasión de los actos administrativos acusados

8. Costas en esta instancia

No se condenará en costas teniendo en cuenta que, no se encuentra acreditada su causación en esta instancia.

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

FALLA

Primero: Confirmase la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2021 por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra Edgar Llanos Arrunátegui.

Segundo: Sin condena en costas.

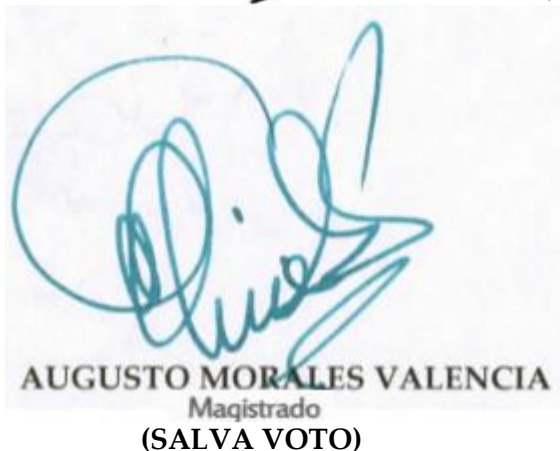
Tercero: Ejecutoriada esta providencia, se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 19 de 2022.

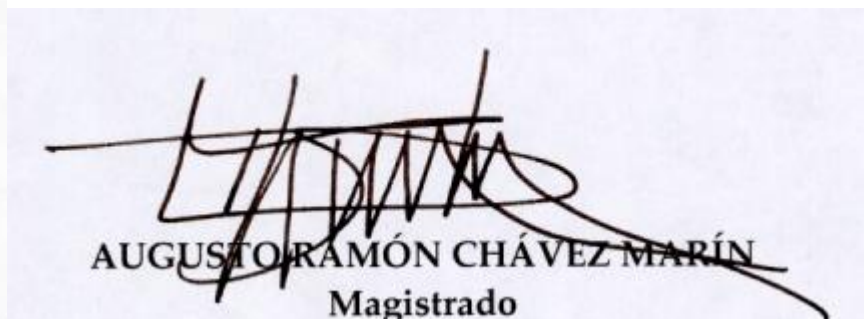
NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado
(SALVA VOTO)



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

17001-23-33-000-2018-00634-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticinco (25) de MARZO de dos mil veintidós (2022)

S. 030

La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de primer grado dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **JOSÉ REINEL GÓMEZ GARCÍA** contra el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES PRINCIPALES

- I) Se declare la nulidad del Oficio No. 2-2018-003794 de 17 de octubre de 2018, con el cual se negó la existencia de la relación laboral durante el período comprendido entre el 2 de febrero de 1998 y el 18 de diciembre de 2015.
- II) A título de restablecimiento del derecho, solicita el pago de las siguientes prestaciones, emanadas de la relación laboral, debidamente indexadas: aportes a pensión (\$48'821.969), aportes a salud (\$34'582.228), aportes

de riesgos profesionales (\$4'247.511), vacaciones (\$23'731.546), primas de servicio (\$33'902.789), primas de navidad (\$33'902.789), y cesantías e intereses a las cesantías (\$37'971.287).

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA

A título de pretensión subsidiaria, manifiesta el accionante que, si bien solo se formuló solicitud de conciliación de las prestaciones de los últimos 3 años, de conformidad con reciente jurisprudencia del H. Consejo de Estado (13 de febrero de 2014) se reconozcan las prestaciones correspondientes a todo el desarrollo contractual, esto es, desde el 2 de febrero de 1998 hasta el 18 de diciembre de 2015.

CAUSA PETENDI.

En síntesis, sostuvo el demandante que estuvo vinculado al SENA, Regional Caldas, a través de órdenes de trabajo o contratos de prestación de servicios entre 2 de febrero de 1998 y el 18 de diciembre de 2015.

Expresó, también, que tal como se evidencia en los documentos que sustentan la relación de trabajo con el SENA, la labor que cumplió se llevó a cabo en las instalaciones de esa entidad, recibiendo remuneración por los servicios personales prestados, sometida al cumplimiento de estrictos y obligatorios horarios de trabajo, bajo la supervisión directa de los coordinadores o supervisores.

Mencionó que con la condición de subordinación y sometimiento a horarios de trabajo, esa relación es de naturaleza laboral, por lo que a su terminación tiene

derecho al pleno pago y reconocimiento de las prestaciones sociales y a las sanciones contempladas en el ordenamiento jurídico.

También refirió que el 24 de septiembre de 2018 el accionante solicitó ante el SENA el reconocimiento de la relación laboral con esa entidad por el lapso mencionado, obteniendo respuesta de la entidad accionada mediante Oficio N° 2-2018-003794 de 17 de octubre de 2018.

Recalcó que existe identidad entre las funciones llevadas a cabo por el demandante y las que desempeña un instructor de la planta de personal del SENA, como asistir a reuniones periódicas, impartir formación utilizando programas definidos por la entidad, asistir a comités de evaluación de seguimiento, etc.

La labor de formación de la entidad demandada, agregó, no es independiente, pues el servicio se presta de manera personal y subordinada al cumplimiento de los reglamentos, los fines y principios del servicio público de la educación.

Finalmente refirió que la función que el señor José Reinel Gómez García cumplía, podía ser desempeñada por personal de planta, pues las funciones y responsabilidades que se le habían asignado no eran de carácter temporal, pues basta con observar que prestó sus servicios desde 1998 hasta 2015.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Se invocan:

- Constitución Política: arts. 1º, 2º, 6º, 13, 25, 53, 112, 123 y 125.
- Decreto 3135 de 1968: art. 5º.

- Decreto 1848 de 1969.
- Decreto 1042 de 1978.
- Ley 80 de 1993: art. 32.

Como juicio valorativo de la infracción expresó, en suma, que el trabajo se erige como fundamento del orden jurídico y merece especial protección del Estado y por ende es obligación otorgar el mínimo de garantías a los trabajadores como la adecuada y oportuna remuneración. Explicó, también, que la entidad demandada ha vulnerado el derecho a la igualdad como quiera que desconoció los derechos reclamados de la actora; empero, los reconoció a otras personas en iguales circunstancias de subordinación, dependencia y labores.

Sostuvo, que, en su sentir, el SENA vulnera los derechos del accionante, pues no es viable denominar como prestación de servicios personales una labor que debe desempeñarse o bien por una relación legal y reglamentaria, o por un contrato de trabajo. Por último, se refirió a sendos pronunciamientos del H. Consejo de Estado y de la H. Corte Constitucional, según los cuales la actividad del SENA no es independiente sino que el servicio se presta de forma personal y subordinada de conformidad con los fines y principios del servicio público de educación, cumpliendo la actividad conforme a las directrices impartidas por el SENA y por las autoridades educativas.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

El **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA**, en escrito obrante de folios 52 a 77 del cuaderno principal, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, para lo cual adujo que el demandante estuvo contratado a través de contratos de prestación de servicios bajo los parámetros de la ley 80 de 1993, y que los

mismos tuvieron carácter de temporal, por lo que el servicio se prestó de manera interrumpida durante tiempos limitados determinados por el objeto contractual.

Refirió, además, que la demandante en ningún momento prestó un servicio a través de contrato laboral, como quiera que suscribió contratos en los cuales tenía que cumplir una determinada cantidad de tiempo, dividiendo autónomamente las funciones de su trabajo.

Seguidamente, describió *in extenso* la misión institucional del SENA, y expresó que esa entidad adelanta programas de formación tecnológica y técnica, por lo que, para garantizar la prestación del servicio, es necesario contratar profesionales, pues el personal de planta que tiene la entidad resulta insuficiente para atender las necesidades de los aprendices, comunidades y municipios que forma el SENA.

Por último, propuso como medios exceptivos los que denominó:

- i) *Prescripción extintiva trienal y bienal*, fundamentado en los artículos 41 del Decreto 3135/68 y 102 del Decreto 1848/69.
- ii) *Prescripción a la luz de la Sentencia CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016*, para que, en caso de acceder a las súplicas de la demanda, se declare la prescripción de las prestaciones que no fueron reclamadas dentro de los 3 años siguientes a la finalización de los periodos contractuales.
- iii) *Inexistencia de los elementos propios del contrato realidad consecuentemente inexistencia del vínculo o relación laboral*, para lo cual

expresó que si bien existe una autonomía predicable de los contratos de prestación de servicios, también es deber de la contratista cumplir las obligaciones contractuales acogiendo el pensum establecido a fin de que su labor libremente desarrollada sea acorde con la filosofía institucional. Agregó, también, que la actividad debía desarrollarse personalmente ya que se presume que la entidad la contrató en razón a los conocimientos especializados en el área de desempeño lo cual no necesariamente implica subordinación. Explicó que nunca se presentó continuada dependencia por cuanto hubo interrupción en la ejecución de los contratos, es decir, la vigencia fue temporal y su duración fue por tiempo limitado. Por último, frente a este punto, manifestó que la demandante nunca tuvo una remuneración fija mensual, pues en virtud del contrato, el pago dependía de las horas de formación ejecutadas.

Añadió que el desempeño del demandante en la entidad no fue como empleado ni como trabajador oficial sino como instructor, relación contractual que fue de carácter temporal, transitoria e interrumpida. Se refirió además a las diferencias existentes entre las actividades realizadas por los instructores de planta y los contratistas del SENA, para lo cual aseguró que los primeros, además de las obligaciones académicas, tienen a su cargo actividades administrativas, situación que no ocurre con los contratistas debido a que sus obligaciones son limitadas y concretas durante unos ciclos determinados de formación.

- iv) *Interrupción contractual*, en virtud de que la vigencia de los contratos fue temporal y su duración siempre fue por tiempo limitado.

- v) *Cobro de lo no debido*, pues en su sentir, al no existir vínculo laboral, no tiene la obligación la entidad de realizar pago alguno por concepto de salarios y prestaciones.
- vi) *Compensación*, para lo cual solicitó que en caso de ser declarada la existencia de la relación laboral, se tenga en cuenta lo ya cancelado en virtud de los contratos de prestación de servicios.
- vii) *Genérica*, con fundamento en el artículo 282 del Código General del Proceso, para que todo hecho que se halle plenamente demostrado en el proceso constituya excepción susceptible de ser declarada a favor de la parte demandada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- El **SENA**, con memorial obrante de folios 129 y 130 del cuaderno 1, reiteró los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda, e hizo énfasis en que en el presente asunto no se configuran los elementos de la relación laboral, pues, en su sentir, si bien en el desarrollo contractual hubo coordinación de funciones, la misma no implica *per se* subordinación. Finalmente adujo que la existencia de un horario al interior de la entidad no significa necesariamente que el accionante haya debido sujetarse al él.
- La parte actora guardó silencio en esta oportunidad procesal.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

Pretende el señor **JOSÉ REINEL GÓMEZ GARCÍA** que se declare la nulidad del Oficio N° 2-2018-003794 de 17 de octubre de 2018, con el cual el SENA negó la existencia de una relación laboral con el demandante entre el 2 de febrero de 1998 y el 18 de diciembre de 2015. En consecuencia, implora, se reconozcan los salarios y demás prestaciones a que tiene derecho en virtud de la relación laboral que existió entre el demandante y el SENA.

Atendiendo a la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, este Juez Plural procederá a la dilucidación de los siguientes

PROBLEMAS JURÍDICOS

- i) ¿Se encuentran probados los elementos constitutivos de una relación laboral entre el señor JOSÉ REINEL GÓMEZ GARCÍA y el SENA, en el desarrollo de los contratos de prestación de servicios suscritos entre el 2 de febrero de 1998 y el 18 de diciembre de 2015?*

En caso afirmativo,

- ii) ¿Hay lugar a decretar la prescripción extintiva de los créditos laborales reclamados?*

De no darse lo anterior, o darse de forma parcial

iii) *¿A qué créditos laborales tiene derecho el demandante?*

(I)

**EL CONTRATO DE PRESTACIÓN
DE SERVICIOS**

Se advierte que la parte nulidisciente invoca en el capítulo de normas violadas y concepto de violación el artículo 53 constitucional que establece:

“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores” /Destaca la Sala/.

Repárese entonces, de una parte, el carácter de irrenunciable de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, sumándose a ello que los contratos (como el de prestación de servicios) no pueden ir en detrimento de los derechos de los trabajadores, a lo que debe agregarse el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en las relaciones de trabajo, todo lo cual impele a este Juez Plural a analizar el tema Litis.

Por su parte la H. Corte Constitucional ha garantizado con fundamento en los artículos 53 y 13 constitucionales, el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades bajo el entendido de que muchas situaciones jurídicas aparecen con un velo de legalidad, cuando a las mismas subyacen diferentes situaciones contrarias al ordenamiento jurídico; tal es el caso de ciertos contratos de prestación de servicios en donde para disfrazar la relación laboral se acude a la apariencia de aquella modalidad contractual.

De otro lado, el H. Consejo de Estado en distintas ocasiones ha admitido la misma tesis del Supremo Tribunal Constitucional, pero luego ha optado por

mantener incólume el contrato de prestación de servicios bajo las perspectivas que también se indicarán.

Como marco normativo para dilucidar el caso bajo estudio, esta Corporación partirá de la definición que trae la Ley 80 de 1993 sobre contrato de prestación de servicios (art. 32 ordinal 3º) en lo que sea compatible con el tema *sub-examine*, lo que también se explorará con base en la directriz del artículo 53 constitucional.

No obstante, no es posible prescindir de los elementos que contiene la definición legal de contrato laboral que contiene el Código Sustantivo del Trabajo, que rige vínculos jurídicos de carácter laboral sin obstar que sean relaciones de trabajadores oficiales, empleados públicos o trabajadores particulares.

Deben hacer presencia entonces irrestrictamente y para que se configure una relación laboral: (i) la concurrencia de una prestación personal del servicio, (ii) la continuada subordinación o dependencia que le permita al empleador impartirle órdenes al trabajador y, (iii) un salario como retribución al trabajo realizado; sin importar, como ya se dijo, que la modalidad sea legal y reglamentaria o contractual, o quién sea el beneficiario del trabajo.

En efecto, el caso concreto y las codificaciones traídas al plenario se relacionan estrechamente con lo estipulado en la Ley 80 de 1993, en su definición de contrato administrativo de prestación de servicios, que en su artículo 32 ordinal 3º establece:

“DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a

que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

...
...

3o. Contrato de Prestación de Servicios. *Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados...”.*

En examen efectuado por la H. Corte Constitucional del ordinal 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, respecto de su exequibilidad, se refirió a la cuestión que ahora se analiza, afirmando lo siguiente:

“...3. Características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo.

El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”.

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración

no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido...

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada

subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del

servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo...”¹/Subrayas fuera de texto/.

Queda claro entonces que el plurirreferido ordinal 3º artículo 32 de la Ley 80 es exequible, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.

En ningún caso, estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. A ello agréguese que si bien en los términos del artículo 32-3º de la ya citada Ley 80 se admite como requisito para que se configure contrato de prestación de servicios la carencia de personal de planta de la entidad que prestará el servicio, en parte alguna prevé como elemento el tiempo completo, y tal como lo ha aceptado la jurisprudencia, tampoco debe desprenderse que dicho contrato también se tipifica con la sujeción o sometimiento o ausencia de discrecionalidad en la prestación del servicio.

¹ H. Corte Constitucional, Sentencia C-154 de fecha marzo 19 de 1997, expediente D-1430, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

Bajo las anteriores precisiones se ha concretado el tratamiento jurisprudencial de los contratos realidad, de donde se concluye en cuanto a su configuración, que constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, estos son, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito.

(II)

**SOBRE EL DERECHO A QUE SE DECLARE
LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL**

En aras de brindar plena claridad al análisis a efectuarse en el sub iúdice, abordará esta Colegiatura, una a una, las probanzas decretadas y practicadas pertinentes que reposan en el plenario, con el fin de determinar la existencia o no del vínculo laboral administrativo entre ambos extremos procesales.

En este sentido, al expediente fueron allegados los siguientes documentos respecto al lapso objeto de discusión:

- ✚ El señor JOSÉ REINEL GÓMEZ GARCÍA prestó sus servicios como instructor al servicio del SENA, entre el 2 de febrero de 1998 y el 18 de diciembre de

2015, en virtud de sendas órdenes de trabajo y contratos de prestación de servicios, tal como consta en las certificaciones N° 266 de 15 de abril de 2013, y N° 112 de 12 de octubre de 2018 /CD fl. 3 vto. C.2.

- ✚ El 24 de septiembre de 2014, el nulidisciente solicitó a la entidad demandada el reconocimiento de la relación laboral entre el 2 de febrero de 1998 y el 18 de diciembre de 2015, y como consecuencia el pago de los derechos prestacionales /fls. 38 a 43 C.1/.
- ✚ Dicha petición fue resuelta negativamente a través del acto enjuiciado, esto es, el Oficio N° 2-2018-002394 de 17 de octubre de 2018 /fls. 33 a 37 C.1/.
- ✚ A folio 32 del cuaderno principal, obra CD en el cual se aportan las resoluciones con las cuales se establece el calendario académico y de labores de los Centros de Formación Profesional del SENA, para los años 2005 a 2015.
- ✚ Militan en la carpeta ‘COMPENSATORIOS SEMANA SANTA’, ídem, las circulares con las cuales el SENA dispuso la compensación para la Semana Santa para los años 2011 a 2016.

ANÁLISIS Y CONCLUSIÓN DE LA SALA

i. **Prestación personal del servicio y remuneración.**

De acuerdo con los documentos enlistados en el acápite anterior, se encuentra plenamente acreditada la prestación personal de servicios que efectuó el señor

JOSÉ REINEL GÓMEZ GARCÍA como Instructor del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, en las fechas que se enuncian a continuación:

ORDEN DE TRABAJO CONTRATO PRESTACIÓN DE SERVICIOS	FECHA INICIO	FECHA FINALIZACIÓN	NÚMERO DE HORAS
Nº 118 de 1998	2 de febrero de 1998	Junio de 1998	750
Nº 695 de 1998	11 de junio de 1998	Septiembre de 1998	88
Nº 132 de 1999	1º de febrero de 1999	Mayo de 1998 (sic)	238
Nº 647 de 1999	16 de mayo de 1999	Julio de 1998 (sic)	244
Nº 956 de 1999	28 de julio de 1999	Septiembre de 1999	200
Nº 1307 de 1999	16 de septiembre de 1999	Noviembre de 1999	715
Nº 1625 de 1999	8 de noviembre de 1999	Diciembre de 1999	365
Nº 135 de 2000	7 de febrero de 2000	31 de julio de 2000	N/A
Nº 701 de 2000	1º de agosto de 2000	19 de diciembre de 2000	N/A
Nº 141 de 2001	22 de febrero de 2001	Junio de 2001	534
Nº 454 de 2001	17 de julio de 2001	Septiembre de 2001	356
Nº 689 de 2001	8 de octubre de 2001	Diciembre de 2001	187
Nº 125 de 2002	23 de febrero de 2002	Junio de 2002	449
Nº 664 de 2002	17 de julio de 2002	Agosto de 2002	352
Nº 916 de 2002	18 de octubre de 2002	12 de febrero de 2003	235
Nº 87 de 2003	13 de febrero de 2003	15 de mayo de 2003	388
Nº 223 de 2003	16 de mayo de 2003	19 de agosto de 2003	300
Nº 381 de 2003	4 de agosto de 2003	30 de octubre de 2003	250
Nº 466 de 2003	14 de agosto de 2003	24 de noviembre de 2003	172

N° 733 de 2003	1° de diciembre de 2003	20 de marzo de 2004	200
N° 826 de 2003	16 de diciembre de 2003	Marzo de 2004	500
N° 902 de 2004	19 de enero de 2004	17 de diciembre de 2004	591
N° 1019 de 2005	13 de enero de 2005	4 de abril de 2005	430
N° 22 de 2005	13 de enero de 2005	16 de diciembre de 2005	1143
N° 105 de 2006	23 de enero de 2006	30 de abril de 2006	440
N° 25 de 2006	25 de abril de 2006	14 de abril de 2007	N/A
N° 20 de 2007	27 de abril de 2007	21 de diciembre de 2007	N/A
N° 25 de 2008	29 de enero de 2008	22 de julio de 2008	880
N° 28 de 2008	23 de julio de 2008	13 de octubre de 2008	N/A
N° 67 de 2008	14 de octubre de 2008	19 de diciembre de 2008	160
N° 24 de 2009	28 de enero de 2009	28 de diciembre de 2009	1590
N° 38 de 2010	20 de enero de 2010	16 de diciembre de 2010	N/A
N° 19 de 2011	28 de enero de 2011	2 de julio de 2011	N/A
N° 126 de 2011	11 de julio de 2011	16 de diciembre de 2011	N/A
N° 025 de 2012	23 de enero de 2012	26 de junio de 2012	600
N° 113 de 2012	9 de julio de 2012	14 de diciembre de 2012	N/A
N° 162 de 2013	23 de enero de 2012	16 de diciembre de 2013	700
N° 0338 de 2014	20 de enero de 2014	31 de agosto de 2014	675
N° 818 de 2014	25 de julio de 2014	13 de diciembre de 2014	N/A
N° 0413 de 2015	28 de enero de 2015	11 de diciembre de 2015	N/A

La información consignada en el cuadro que precede se fundamenta en las certificaciones N° 0286 de 15 de abril de 2013² y N° 112 de 12 de octubre de 2018³ expedidas por el SENA, que consignan cada una de las ordenes de trabajo

² CD Folio 3 vto. C.2, Carpeta 'Contratos – 2014', Archivo 'Cto. 338-2014', págs. 78 a 84.

³ CD Folio 32 C.1, Carpeta 'Certificado', Archivo 'Certificado José Reinel Gómez García'.

y los contratos de prestación de servicios celebrados entre el señor JOSÉ REINEL GÓMEZ GARCÍA y la entidad demandada.

En cuanto a las funciones desempeñadas por el demandante, se itera que en consonancia con el recuento probatorio documental esbozado líneas atrás, los contratos de prestación de servicios suscritos por el señor Gómez García entre 1998 y 2015 tuvieron como objeto común la prestación de servicios personales como Instructor contratista.

Sobre la naturaleza, misión y funciones del Sena, la Sala de Consulta y Servicio Civil, precisó:

“De esta manera lo dispuesto en la ley 119 en el sentido de autorizar al SENA para ofrecer programas de educación superior en la modalidad de formación tecnológica y técnica profesional, resulta compatible con lo establecido en las leyes 30 y 749 sobre el régimen académico aplicable al SENA respecto de tales programas, y con la naturaleza jurídica, misión y objetivos de esa entidad previstos en la ley 119, sin que ello signifique que el SENA deba cumplir los requerimientos y exigencias de una institución de educación superior, como quiera que, se insiste, su naturaleza, misión, organización y funcionamiento no corresponde a este tipo de entidades.”⁴

De conformidad con los contratos previamente relacionados, la labor de instructor que prestaba el señor JOSÉ REINEL GÓMEZ GARCÍA, no era otra que

⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 16 de septiembre de 2016. Expediente 11001-03-06-000-2010-00089-00- C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

la labor docente para el desarrollo de los programas de formación de educación no formal que ofrece el SENA, conclusión a la que ha arribado en asuntos similares el H. Consejo de Estado⁵:

“Conforme con la normatividad citada, la función prestada por el SENA a través de los Instructores se orienta a una formación integral, profesional y laboral certificando a sus estudiantes, es decir, que por estas características y su naturaleza se clasifica dentro de un sistema de educación no formal.

(...)

Significa lo anterior que la labor de formación en el SENA no es independiente, sino que el servicio se prestó en forma personal y de manera subordinada al cumplimiento de los reglamentos, fines y principios de Servicio Público de Educación, cumpliendo su actividad conforme a las directrices impartidas no sólo por el SENA sino por las autoridades educativas y sin gozar de independencia con respecto a la actividad desarrollada.

Mal podría sostenerse, entonces, que existió una relación de coordinación, cuando la actividad del señor Batista Andrade se cumplió de conformidad con las orientaciones emanadas por el SENA, prestando sus servicios de manera subordinada y no bajo su propia dirección y gobierno.”

⁵ Sentencia del 27 de febrero de 2014, expediente No. 20001233100020110031201, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Paéz

En cuanto a la naturaleza de la labor docente, el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016⁶ destacó:

“A manera de conclusión y de acuerdo con los derroteros trazados por ambas subsecciones, dirá la Sala que la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación en razón a que al igual que los docentes empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes-contratistas merecen una protección especial por parte del Estado...”

De lo expuesto, se concluye que, dadas las características del servicio docente, quien demuestre que ha sido vinculado para desarrollar tales actividades de esta naturaleza tiene a su favor una presunción de subordinación y dependencia, pues, como lo sostuvo el Consejo de Estado en las sentencias transcritas, la naturaleza misma del servicio así lo impone. En síntesis, en esos

⁶ Proferida dentro del proceso con radicación No. 23001-23-33-000-2013-00260-01, C.P. Carmelo Perdomo Cueter

eventos la subordinación laboral se encuentra implícita en el desempeño de la actividad docente desempeñada por el señor JOSÉ REINEL GÓMEZ GARCÍA.

Ahora bien, sobre las similitudes y diferencias entre los empleados y de planta y los contratistas coincidieron los deponentes **HERNANDO CARDONA CASTAÑO** y **JOSÉ ALIRIO LONDOÑO RIVERA** al manifestar que todos los instructores -sin distinción- debían sujetarse a los horarios establecidos en el SENA para dictar los cursos de formación, y que tales horarios implicaban un compromiso mínimo de 40 horas semanales.

Ahora bien, de conformidad con los contratos suscritos por el señor JOSÉ REINEL GÓMEZ GARCÍA con el SENA, se observa definieron en el objeto de la prestación de servicios como **instructor** en áreas de automatización industrial. Sumado a ello, en el acto administrativo demandado se señala que: *“El contratista tenía el deber de cumplir sus obligaciones contractuales acogiendo entre otros el pensum establecido en el centro de formación respectivo, a fin de que la labor desarrollada por él (...) fuera coherente con la filosofía institucional”* y continúa advirtiendo que *“Desconocerlo sería dejar en manos de los particulares las directrices que rigen una Institución Educativa, como por ejemplo: los contenidos de sus programas académicos, los fines y los objetos misionales, entre otros.”*(fl. 34 C.1).

Lo expuesto permite demostrar que el demandante JOSÉ REINEL GÓMEZ GARCÍA prestó sus servicios como Instructor del SENA y durante las anualidades a las que se hace referencia, percibió una contraprestación económica, que incluían la formación de los aprendices en los horarios y de conformidad con los programas establecidos por la entidad.

No obstante, habida consideración que no es la existencia o no de una vinculación sino su aparente carácter laboral el aspecto materia de discusión en sede judicial, será la eventual subordinación durante dicho tracto contractual la que permitirá desatar el tema Litis, por lo que pasa ahora a analizarse.

ii) Del elemento Subordinación

Es menester recordar que la subordinación se constituye en elemento esencial en aras de extraer el carácter laboral que subyace a una aparente vinculación contractual, y que como se anotó, dicho elemento debe trascender a la simple relación de 'coordinación' que debe existir entre quienes suscriben un contrato para lograr el cumplimiento del objeto pactado.

Bajo esta concepción, lo primero que adquiere relevancia para esta Sala Plural, es la eventual sujeción o dependencia que desde diversos ámbitos se haya o no manifestado durante la relación negocial en el *sub lite*, aspecto sobre el cual se edifican las pretensiones del demandante.

Un primer punto de referencia para establecer si existía dependencia o subordinación como elemento de una eventual relación que rebase los límites contractuales de prestación de servicios, se daría en el supuesto de que la parte actora cumpliera con una jornada laboral u horario de trabajo en igualdad de condiciones con los empleados de planta de la entidad convocada por pasiva.

Al efecto, se itera que los testimonios otorgados por los señores **HERNANDO CARDONA CASTAÑO** y **JOSÉ ALIRIO LONDOÑO RIVERA** indican que en efecto, el señor **JOSÉ REINEL GÓMEZ GARCÍA** cumplía los mismos horarios que los instructores que se encuentran vinculados al SENA de planta y que los cursos se

dictaban en los horarios definidos por el SENA a través de los coordinadores académicos, lo que impedía el desarrollo de actividades laborales distintas a esa.

Más allá del cumplimiento de horarios, otro de los elementos que determinan la presencia de la subordinación es la ausencia de la autonomía profesional del contratista, quien debe gozar de libertad a la hora del desarrollo de la labor convenida en el marco de la naturaleza de la tipología contractual consagrada en el artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993.

En oposición a dicha previsión legal, los testigos indicaron también, que el demandante debía entregar las planillas de los programas que ha desarrollado, los reportes de los aprendices capacitados y debía además someterse a las directrices impartidas por la entidad.

Igualmente, otro de los elementos que marca la falta de autonomía del contratista, y correlativamente la eventual existencia de una relación que trasciende el vínculo contractual, es su dependencia de los mandos de la entidad contratante, o en otros términos, el hecho de recibir órdenes o instrucciones de directivos de la entidad.

Sobre el punto, los declarantes en el proceso fueron contestes en manifestar que, además de cumplir el horario fijado por el coordinador académico, los instructores, tanto de planta como contratistas, debían asistir en igualdad de condiciones a los comités curriculares realizados por la entidad, en los cuales se dictaban las directrices para el desarrollo de las actividades de formación, e incluso, apartarse de estos lineamientos, era motivo de sanción y reproche por parte de los directivos.

Bajo esta perspectiva queda demostrada, además de la prestación personal del servicio y la remuneración mensual por el lapso mencionado, una continua subordinación de la accionante frente a la entidad demandada que desborda completamente la coordinación normal que existe entre contratante y contratista, dependencia basada esencialmente en: (i) las directrices que debía atender el señor JOSÉ REINEL GÓMEZ GARCÍA, y que refutan la autonomía que debe guiar al contratista en esta tipología contractual; (ii) el cumplimiento de horario de trabajo, en iguales condiciones que los empleados de planta, y (iii) el cumplimiento o desarrollo del ámbito funcional de la actora con elementos suministrados por el SENA.

También en un caso de similares aristas al que se estudia, el H. Consejo de Estado⁷ razonó bajo el siguiente temperamento jurídico:

“La actividad desarrollada por el actor como Instructor podía ser desempeñada por personal de planta pues los testimonios fueron concordantes en señalarlo, las funciones o responsabilidades que se le habían asignado correspondían al giro ordinario de la actividad de la entidad que es la prestación del servicio público de educación no formal, señalando que el cargo de Instructor coordina y ejecuta actividades académicas.

Igualmente contrario a lo afirmado por el Tribunal Administrativo del Cesar, no contaba con autonomía e

⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Alfonso Vargas Rincón. Sentencia de primero (1) de septiembre de dos mil catorce (2014). Radicación número: 20001-23-31-000-2011-00503-01(3517-13). Actor: Miguel Jerónimo Pupo Arzuaga. Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA.

independencia para realizar las labores encomendadas, pues cumplía su actividad de conformidad con el cronograma académico y se encontraba sometido un horario establecido por el SENA para dictar su cátedra por horas, recibía una remuneración y prestaba personalmente el servicio para el cual fue vinculado, elementos propios de la relación laboral, no de un contrato de prestación de servicios.” /Resalta la Sala/

De igual manera, es preciso insistir que también coincidieron los testigos en afirmar que el elemento de subordinación y dependencia fueron elementos presentes y continuos en la ejecución de los contratos de prestación de servicios, pues manifestaron que el SENA evaluaba a todos los instructores, y se les exigía el cumplimiento del objeto contractual en los horarios académicos programados por el contratante.

Así las cosas, de la jurisprudencia traída a colación y de las pruebas relacionadas en el acápite anterior, y del estudio realizado a la labor desempeñada por la demandante entre los periodos ya señalados, se concluye que la subordinación o dependencia para su ejercicio se encuentra plenamente acreditada, características que son connaturales a los servicios que prestó el demandante, por tanto se observa que el SENA utilizó el contrato de prestación de servicios para encubrir la naturaleza laboral de la relación que sostuvo con el señor JOSÉ REINEL GÓMEZ GARCÍA.

PRESCRIPCIÓN.

Previo a abordar este tema de manera concreta, resulta pertinente referirse a los Decretos 3135 de 1968 -artículo 41- y 1848 de 1969 -artículo 41-, los cuales en materia de prescripción extintiva en asuntos laboral, disponen:

“Decreto 3135 de 1968, artículo 41: Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

“Decreto 1848 de 1969, artículo 102: Prescripción de acciones. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”.

Ahora bien, sobre el tema de la prescripción en asuntos de contrato realidad, la ya referida sentencia de unificación CE-SUJ2-005-16 proferida el 25 de agosto de 2016⁸, señaló:

⁸ Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Carmelo Perdomo Cuéter dentro del proceso con radicado No. 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)

“Así las cosas, se itera, que el fenómeno jurídico de la prescripción encuentra sustento en el principio de la seguridad jurídica, en la medida en que busca impedir la perpetuidad de las reclamaciones referentes a reconocimientos de índole laboral, que pudieron quedar pendientes entre los extremos de la relación de trabajo al momento de su finalización, pues contrario sensu resultaría desproporcionada la situación en la que se permitiera que el trabajador exigiera de su empleador (o ex empleador) la cancelación de emolumentos que con el transcurrir de los años implicarían un desmedro excesivo del patrimonio de este (en atención a las indemnizaciones o intereses moratorios que se podrían causar) y le impediría la conservación de los elementos probatorios tendientes a desvirtuar lo demandado”.

En providencia de 11 de marzo de 2016, la subsección B de la Sección Segunda⁹ explicó que *“Una vez demostrada la relación laboral reclamada y de la cual, se persigue el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, surgiría la oportunidad para que se examine la procedencia del fenómeno extintivo de la prescripción, valga decir, la verificación de si la reclamación se efectuó dentro de los tres (3) años contados a partir de la finalización de la relación contractual, so pena de que prescriban los derechos prestacionales que se puedan derivar de la relación laboral”.*

⁹ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, auto de 11 de marzo de 2016, expediente: 47001233300020140015601 (2744-2015), actora: Ana Eleuteria Oliveros Carpio, demandado: municipio de Santa Ana (Magdalena).

Por lo tanto, asegura la Sección Segunda que si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la “...*primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales*” (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

Así las cosas, el señor GÓMEZ GARCÍA contaba con 3 años, desde la finalización de cada relación laboral para presentar la reclamación de prestaciones sociales laborales económicas, siempre y cuando entre cada nuevo contrato y el anterior no exista solución de continuidad. Lo anterior, de conformidad con el más reciente pronunciamiento del H. Consejo de Estado¹⁰, que dispuso:

“(...)

La existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario el examen de sus interrupciones, con el fin de establecer si se presentó o no la solución de continuidad en la relación laboral declarada. En ese sentido, la Sala considera adecuado establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios

¹⁰ Sentencia SUJ-025-CE-S2-2021, del 9 de septiembre de 2021 Consejero Ponente Rafael Francisco Suarez Vargas.

(...)"

Atendiendo lo antes expuesto, se hace la siguiente relación:

Contrato	Período de Ejecución		Solución de continuidad
N° 118 de 1998	2 de febrero de 1998	Junio de 1998	
N° 695 de 1998	11 de junio de 1998	Septiembre de 1998	
N° 132 de 1999	1° de febrero de 1999	Mayo de 1998 (sic)	
N° 647 de 1999	16 de mayo de 1999	Julio de 1998 (sic)	
N° 956 de 1999	28 de julio de 1999	Septiembre de 1999	
N° 1307 de 1999	16 de septiembre de 1999	Noviembre de 1999	
N° 1625 de 1999	8 de noviembre de 1999	Diciembre de 1999	
N° 135 de 2000	7 de febrero de 2000	31 de julio de 2000	NO
N° 701 de 2000	1° de agosto de 2000	19 de diciembre de 2000	SÍ
N° 141 de 2001	22 de febrero de 2001	Junio de 2001	NO
N° 454 de 2001	17 de julio de 2001	Septiembre de 2001	NO
N° 689 de 2001	8 de octubre de 2001	Diciembre de 2001	
N° 125 de 2002	23 de febrero de 2002	Junio de 2002	NO
N° 664 de 2002	17 de julio de 2002	Agosto de 2002	SÍ
N° 916 de 2002	18 de octubre de 2002	12 de febrero de 2003	NO
N° 87 de 2003	13 de febrero de 2003	15 de mayo de 2003	NO
N° 223 de 2003	16 de mayo de 2003	19 de agosto de 2003	NO
N° 381 de 2003	4 de agosto de 2003	30 de octubre de 2003	NO
N° 466 de 2003	14 de agosto de 2003	24 de noviembre de 2003	NO
N° 733 de 2003	1° de diciembre de 2003	20 de marzo de 2004	NO
N° 826 de 2003	16 de diciembre de 2003	Marzo de 2004	NO

N° 902 de 2004	19 de enero de 2004	17 de diciembre de 2004	NO
N° 1019 de 2005	13 de enero de 2005	4 de abril de 2005	NO
N° 22 de 2005	13 de enero de 2005	16 de diciembre de 2005	NO
N° 105 de 2006	23 de enero de 2006	30 de abril de 2006	NO
N° 25 de 2006	25 de abril de 2006	14 de abril de 2007	NO
N° 20 de 2007	27 de abril de 2007	21 de diciembre de 2007	NO
N° 25 de 2008	29 de enero de 2008	22 de julio de 2008	NO
N° 28 de 2008	23 de julio de 2008	13 de octubre de 2008	NO
N° 67 de 2008	14 de octubre de 2008	19 de diciembre de 2008	NO
N° 24 de 2009	28 de enero de 2009	28 de diciembre de 2009	NO
N° 38 de 2010	20 de enero de 2010	16 de diciembre de 2010	NO
N° 19 de 2011	28 de enero de 2011	2 de julio de 2011	NO
N° 126 de 2011	11 de julio de 2011	16 de diciembre de 2011	NO
N° 025 de 2012	23 de enero de 2012	26 de junio de 2012	NO
N° 113 de 2012	9 de julio de 2012	14 de diciembre de 2012	NO
N° 162 de 2013	23 de enero de 2012	16 de diciembre de 2013	NO
N° 0338 de 2014	20 de enero de 2014	31 de agosto de 2014	NO
N° 818 de 2014	25 de julio de 2014	13 de diciembre de 2014	NO
N° 0413 de 2015	28 de enero de 2015	18 de diciembre de 2015	ÚLTIMA VINCULACIÓN

Ahora bien, teniendo en cuenta que la reclamación efectuada por el demandante ante el SENA, para que se reconocieran los réditos derivados de la relación laboral data del 24 de septiembre de 2018 (v. fls. 38 a 43), y que desde el 18 de octubre de 2002 (contrato N° 916 de 2002) no existió solución de continuidad hasta su última vinculación, las relaciones laborales que se suscitaron antes del contrato No. 664 de 2002, inclusive, se encuentran prescritas (exceptuando, como se advirtió, las diferencias que existan entre los

aportes pensionales que fueron pagados y los que habrían de pagarse por el empleador).

Al haberse demostrado entonces la existencia de una relación laboral entre el señor JOSÉ REINEL GÓMEZ GARCÍA y el SENA, se dispondrá el pago de los valores equivalentes a las prestaciones sociales y salariales ordinarias que, liquidadas sobre el valor de los honorarios reconocidos al demandante en cada periodo de servicio, hubiese percibido un empleado de planta de la entidad demandada.

EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se condenará al SENA a pagar a favor del señor JOSÉ REINEL GÓMEZ GARCÍA, las sumas equivalentes a todas las **prestaciones sociales y salariales ordinarias** a que tengan derecho los docentes y o instructores vinculados al SENA, las cuales deberán ser liquidadas tomando como base los honorarios percibidos por el accionante de manera mensual. Dicha liquidación y pago de prestaciones deberá efectuarse para el periodo comprendido entre el **18 de octubre de 2002 y el 18 de diciembre de 2015**.

Las sumas reconocidas serán reajustadas con siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE

(vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

En punto a los **aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones** que efectuó el accionante en calidad de contratista, el SENA deberá retornar al demandante el mayor valor que resulte entre los aportes en salud y pensiones que aquel hubiese debido efectuar como empleado para el periodo comprendido entre el **18 de octubre de 2002 y el 18 de diciembre de 2015**, respecto de los que realizó en calidad de contratista. Frente a los aportes pensionales no susceptibles de prescripción, se ordenará al SENA tomar el IBC pensional del demandante (los honorarios pactados), durante todos los periodos en los cuales prestó servicios a la entidad, mes a mes, cotizando al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión que cubran el porcentaje total que debía pagarse si la actora hubiese gozado de una relación legal y reglamentaria.

El pago de las sumas que deberán cancelarse por concepto de aportes para pensión se actualizarán de acuerdo a los cálculos actuariales que exija el correspondiente fondo de pensiones, toda vez que dichos aportes deberán ser recibidos con efectos pensionales, como si su cotización y pago se hubiese realizado en la fecha efectiva de prestación del servicio por parte del demandante al SENA, con un I.B.C. equivalente a los honorarios contractuales pactados.

En cuanto a los aportes a **Riesgos Profesionales**, el Decreto Ley 1295 de 1994, dispone que dicha obligación está a cargo del empleador (artículo 21 del Decreto Ley 1295 de 1994), por lo tanto, en caso de que el demandante haya efectuado dichos pagos, estos deberán ser reintegrados, únicamente en lo que

respecta al periodo comprendido entre el **18 de octubre de 2002 y el 18 de diciembre de 2015**. Para el efecto dichas sumas serán indexadas utilizando la formula señalada para el reconocimiento de las prestaciones sociales.

COSTAS

En reciente sentencia de 24 de mayo del año inmediatamente anterior de la Sección 2a, Subsección “A”, con ponencia del Magistrado Gabriel Valbuena Hernández (Exp. 2015-00091), número interno de radicación 1762-2018), al confirmar sentencia de este Tribunal señaló sobre este ítem que, “El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho, los llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de Auxiliares de la Justicia como peritos y de secuestres, transporte del expediente al superior en caso de apelación”; así mismo, para ampliar, “Atendiendo esta orientación, toda vez que en el presente caso el recurso de apelación no prosperó y la sentencia impugnada será confirmada, se condenará en costas a la parte demandante de acuerdo con el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso, en la medida que se demostró su causación, teniendo en cuenta que la entidad demandada intervino en esta instancia presentando alegatos”. Este mismo criterio en virtud del principio de equidad, es predicable frente al demandado cuando resulta vencido en el trámite procesal.

Por manera, con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 - adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021-, y el artículo 365-3 del Código General del Proceso (CGP), habrá condenación, cuya liquidación y ejecución se someterán a los dictados de la última codificación referida (Ley 1564/12)

Como agencias en derecho, se fija el equivalente al dos por ciento (2%) del valor que resulte de la condena y deba pagar el ente demandado.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL** del Tribunal Administrativo De Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

DECLÁRANSE no probadas las excepciones de *“Inexistencia los elementos propios del contrato realidad”* e *“Inexistencia del vínculo o relación laboral”*; y parcialmente probadas las de *“Prescripción extintiva trienal y bienal”*, *“interrupción contractual”* y *“Cobro de lo no debido”* propuestas por la entidad demandada, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor JOSÉ REINEL GÓMEZ GARCÍA contra el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-.

DECLÁRASE la nulidad del Oficio No. 2-2018-003794 del 17 de octubre de 2018, con el cual el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA- negó la existencia de una relación laboral con el señor JOSÉ REINEL GÓMEZ GARCÍA, durante el tiempo en que este se desempeñó en calidad de instructor vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios.

DECLÁRASE la existencia de una relación laboral entre el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA- y el señor JOSÉ REINEL GÓMEZ GARCÍA, por el tiempo comprendido entre el **2 de febrero de 1998 y el 18 de diciembre de 2015**.

DECLÁRASE la prescripción de todo rubro con origen en la relación laboral sostenida entre el SENA y el señor JOSÉ REINEL GÓMEZ GARCÍA, causada con anterioridad **11 de octubre de 2002**¹¹, exceptuando los aportes a fondos de pensiones que debieron ser realizados por el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA- en calidad de empleador.

CONDÉNASE al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA- a efectuar los siguientes reconocimientos y pagos a favor del señor JOSÉ REINEL GÓMEZ GARCÍA:

- 1) Las sumas equivalentes a todas las prestaciones sociales y salariales ordinarias a que tengan derecho los docentes y o instructores vinculados al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA- mediante “vinculación legal y reglamentaria”, prestaciones que deberán ser liquidadas tomando como base los honorarios percibidos por el accionante de manera mensual.

Dicha liquidación y pago de prestaciones deberá efectuarse para el periodo comprendido entre el **18 de octubre de 2002 y el 18 de diciembre de 2015**.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de indemnización equivalente a las prestaciones sociales y salariales ordinarias

¹¹ Tomando como fecha de finalización del contrato N° 664 de 2002 el 31 de agosto de 2002.

se actualizarán de acuerdo con la siguiente fórmula: $R = Rh \times \text{índice final} / \text{índice inicial}$, donde el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación).

- 2) Liquidar y pagar a favor del señor JOSÉ REINEL GÓMEZ GARCÍA, los mayores valores que resulten entre los aportes en salud y pensiones que aquel hubiese debido efectuar como empleado, respecto de los que realizó en calidad de contratista -según comprobación a efectuar por parte de la entidad demandada en sus archivos documentales o acreditación que de estos efectuó el accionante-.

Dicha liquidación y pago deberá efectuarse para el periodo comprendido entre el **18 de octubre de 2002 y el 18 de diciembre de 2015**.

- 3) Liquidar con base a un IBC pensional equivalente a los honorarios pactados, durante todos los periodos en los cuales este prestó servicios a la entidad mes a mes, cotizando al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión que cubran el porcentaje total que debía pagarse si el actor hubiese gozado de una relación legal y reglamentaria -según comprobación a efectuar por parte de la entidad demandada en sus archivos documentales o acreditación que de estos efectuó el accionante-.

En todo caso, el pago de las sumas que deberán cancelarse por concepto de aportes para pensión se actualizarán de acuerdo a los cálculos actuariales que exija el correspondiente fondo de pensiones, toda vez que dichos

aportes deberán ser recibidos con efectos pensionales, como si su cotización y pago se hubiese realizado en la fecha efectiva de prestación del servicio por parte del demandante al SENA, con un I.B.C. equivalente a los honorarios contractuales pactados.

- 4) Liquidar y reintegrar a la demandante, las sumas que como contratista haya cancelado por concepto de riesgos laborales - en caso de que los haya efectuado, según comprobación a realizar por parte de la entidad demandada en sus archivos documentales o acreditación que de estos pagos haga el accionante-. Para el efecto dichas sumas serán indexadas utilizando la formula señalada en el numeral 1° de este ordinal.

COSTAS a cargo de la entidad demandada. Serán liquidadas por Secretaría en la oportunidad legal. FÍJASE como agencias en derecho, el equivalente al dos por ciento (2%) de la condena que deba pagar el SENA.

NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

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

NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 014 de 2022.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

A.I. 65

Asunto: Auto da traslado de alegatos
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-23-33-000-2019-00426-00
Demandante: Cruz Roja Colombiana Seccional Caldas
Demandados: Municipio de Manizales (Secretaria de Hacienda)

Manizales, Marzo veintiocho (28) de dos mil veintidós (2022).

Asunto

Observada las actuaciones procesales surtidas, se tiene que se encuentra para fijar audiencia inicial. Sin embargo, en atención a los ordenamientos legales dispuestos en la entrada en vigencia de la Ley 2080 del 2021 que reformó el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es procedente darle el trámite correspondiente en este asunto.

Una vez revisado el expediente se observa que en la demanda se allegaron pruebas documentales concernientes a las reclamaciones administrativas que dieron lugar a los actos demandados, incluidos estos y copias de facturas del impuesto predial unificado del bien inmueble en cuestión. Así mismo, solicitó como prueba, aportar expediente administrativo de manera completa.

Por su parte, el municipio de Manizales, no propuso excepciones previas para resolver y tampoco realizó solicitud de pruebas; además aportó como prueba documental la actuación administrativa¹.

Corolario de lo anterior, se tiene que en aplicación al artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 182 A del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece los eventos donde es viable dictar sentencia anticipada por escrito, sin que se deba practicar la audiencia inicial, cuando se presente lo siguiente:

“(…) Artículo 42. Adiciónese a la Ley 1437 de 2011 el artículo 182A, el cual será del siguiente tenor:

Artículo 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:

¹ Expediente digital 2019-00426-00 pág. 333

1. Antes de la audiencia inicial:

- a) *Cuando se trate de asuntos de puro derecho;*
- b) *Cuando no haya que practicar pruebas;*
- c) **Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento;**
- d) *Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles.*

El juez o magistrado ponente, mediante auto, se pronunciará sobre las pruebas cuando a ello haya lugar, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso y fijará el litigio u objeto de controversia.

Cumplido lo anterior, se correrá traslado para alegar en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de este código y la sentencia se expedirá por escrito. (...)

Parágrafo. En la providencia que corra traslado para alegar, se indicará la razón por la cual dictará sentencia anticipada. *Si se trata de la causal del numeral 3 de este artículo, precisará sobre cuál o cuáles de las excepciones se pronunciará. Surtido el traslado mencionado se proferirá sentencia oral o escrita, según se considere. No obstante, escuchados los alegatos, se podrá reconsiderar la decisión de proferir sentencia anticipada. En este caso continuará el trámite del proceso. (...)" rft.*

A su vez el artículo 173 del Código General del Proceso, indica que las pruebas deben ser aportadas dentro de las oportunidades procesales; mismas sobre las cuales el funcionario judicial debe pronunciarse.

Conforme a los preceptos legales señalados se tiene que es viable dictar sentencia anticipada cuando se trate de asuntos de puro derecho, no haya que practicar pruebas, solo se aporten pruebas y no se formule tacha o desconocimiento, o las pruebas sean impertinentes, inconducentes o inútiles, lo que permite la incorporación de las pruebas al proceso, y decidir de fondo sobre el objeto del asunto.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Despacho se pronunciará sobre los aspectos procesales así:

1. Saneamiento:

Analizadas las etapas previamente adelantadas dentro del asunto, no se observa algún vicio o situación que deba ser objeto de saneamiento.

De tal suerte que, ejecutoriada esta actuación, mientras no se trate de situaciones presentadas con posterioridad, no se podrá alegar vicio alguno respecto de las actuaciones surtidas.

2. Fijación del litigio

Por consiguiente, conforme a los hechos las pretensiones de la demanda, la contestación de la misma, y las pruebas aportadas, el litigio se contraerá de la siguiente manera:

En el presente caso se plantearon los siguientes problemas jurídicos:

¿Se configuró el silencio administrativo positivo respecto a la revocatoria directa de los actos administrativos que ordenaron el gravamen del impuesto al predial sobre el bien inmueble de propiedad de la Cruz Roja Colombiana Seccional Caldas, de conformidad con lo estipulado en el artículo 738 del ET?

¿Es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos expedidos por parte de la Unidad de Rentas del municipio de Manizales, al negar la exoneración del impuesto predial unificado por los años grabables 2018 al 2021?

3. Decreto de pruebas

De la parte actora

Se tendrán en cuenta las pruebas aportadas con la demanda ordenando la incorporación al proceso concernientes a los actos demandados, copias de facturas entre otras.

Solicitó se aportara la actuación administrativa

De la parte demandada

No solicitó pruebas.

Aporta copia digital del expediente administrativo²

4. Alegatos de Conclusión.

En consecuencia, en aplicación de lo literales b y c del numeral 1 del artículo 182 A de la Ley 2080 de 2021 que adicionó el CPACA, se dictará sentencia anticipada por escrito, al reunir los requisitos establecidos en la norma. En virtud de lo anterior, se ordenará previamente correr traslado de alegatos por el término de diez (10) días de conformidad con el numeral 2 del artículo en cita.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

Primero. Prescindir de la audiencia inicial con el fin de proceder a emitir fallo por escrito de conformidad en el artículo 182A de la Ley 2080 de 2021.

Segundo. Decretar e incorporar al expediente como pruebas allegadas con la demanda y el expediente administrativo aportado.

Segundo. Correr traslado a las partes y al Agentes el Ministerio Público por el término común de diez (10) días de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 182A de la Ley 2080 de 2021, para presentar los alegatos de conclusión.

² Expediente digital 02 expediente administrativo pdf.

Tercero. Se reconoce personería para actuar a la doctora Adriana Zuluaga Zuluaga portadora de la tarjeta profesional número 88.012 del CS de la Judicatura en representación de los intereses del municipio de Manizales, conforme al poder conferido³.

Notifíquese y cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado



³ Expediente digital 2019-00426-00 pág. 335.

17-001-23-33-000-2020-00044-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Sustanciador: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022)

A.I. 098

Habiéndose surtido el traslado de la prueba documental conforme lo establece el artículo 201A de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el canon 51 de la Ley 2080 de 2021, y culminada la etapa probatoria, de conformidad con el artículo 181 de la misma obra, esta Sala Unitaria estima innecesaria la audiencia de alegaciones y juzgamiento, por lo que se **CONCEDE** a las partes y al Ministerio Público un término de **DIEZ (10) DÍAS** para que presenten sus alegatos de conclusión y concepto de mérito, respectivamente, en el proceso de **REPETICIÓN** promovido por la **UNIVERSIDAD DE CALDAS** contra los señores **HENRY MESA ECHEVERRI, JOSE FERNANDO KOGSON QUINTERO y CARLOS ALBERTO PARRA SALINAS.**

Los alegatos o cualquier otro documento deberán ser enviado al correo electrónico "sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co" ÚNICO medio oficial para la recepción de documentos. **Por ende, cualquier mensaje enviado a otra dirección, no será tenida en cuenta.**

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 081

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-33-39-006-2020-00203-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Claudia Yanet Aránzazu Granada
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM)

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

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda.

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto configurado el 27 de noviembre de 2019, por medio del cual se resolvió de forma negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías y en consecuencia se declare que tiene derecho a dicho pago y se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional pagar el equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el 2 de julio de 2019 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía a la que tenía derecho, y que esta prestación le fue reconocida por medio de la Resolución 4470-6 del 24 de julio de 2019 y pagada el 25 de noviembre de 2019. Sostiene que la entidad contaba con 60 días desde la solicitud para reconocer y pagar las cesantías de la accionante.

Que después de haber solicitado la cancelación a la entidad convocada, esta resolvió negativamente en forma ficta las peticiones presentadas.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

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

Sostuvo que la jurisprudencia ha establecido que las disposiciones comentadas deben ser interpretadas en el entendido que entre la solicitud de cesantías y su reconocimiento y pago no debe superarse el término de 65 días y que el Ministerio de Educación ha venido cancelando las cesantías por fuera del término referido, circunstancia que genera una sanción a cargo de esta entidad, equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo, que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los 65 días hábiles, contados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La **Nación – Ministerio de Educación** se opuso a las pretensiones de la parte demandante y en cuanto a los hechos negó los referentes a la mora en el pago de las cesantías y el valor de la sanción moratoria.

Propuso las excepciones de: “*COBRO DE LO NO DEBIDO*” señalando que no existe mora en el pago de las cesantías, ello teniendo en cuenta que no transcurrieron más de 70 días, “*IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN*” indicando que la indexación de la sanción son inaplicables entre sí, dado que la pretensiones principal es una sanción que se le causa al ente público y no debe causarse una doble sanción sobre el mismo derecho; “*COMPENSACIÓN*” de cualquier suma que resulte probada a favor del demandante “*CONDENA EN COSTAS*” indicando que se debe valorar la conducta de las partes.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró la nulidad del acto presunto por medio del cual se negó acceder al pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006, derivados de la falta de respuesta a la petición presentada y ordenó a la demandada que reconozca y cancele a la parte demandante una día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías reconocidas, con base en los salarios mensuales que devengaban para las fechas de causación de la sanción moratoria. Adicionalmente condenó en costas a la demandada.

Esto por cuanto, la petición de reconocimiento y pago de cesantías fue presentada el 22 de julio de 2019, el acto administrativo de reconocimiento se expidió el 24 de julio de 2019 (esto es dentro del término), sin que se tenga la constancia de notificación del aludido acto administrativo. Por lo que, el término de ejecutoria transcurriría hasta el 12 de agosto del 2019, por tanto, el pago debió efectuarse por tardar el 16 de octubre de 2019. Que en vista que la entidad realizó el pago el 29 de octubre de 2019, incurriendo en mora al haber superado el plazo que disponía para ello, se hace responsable de la sanción prevista en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, desde el 17 al 28 de octubre del 2019. La sanción será pagada con base en el salario percibido por el demandante en 2019.

4. Recurso de apelación

La **demandada** solicitó revocar la sentencia toda vez que, la demandante solicitó las cesantías parciales el 22 de julio de 2019, razón por la que de conformidad con el artículo 3 del Decreto 2831 de 2005, la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas contaba con 15 días para la elaboración y remisión del acto administrativo, precepto que fue cumplido en principio por expedirse la Resolución 4470 expedida el 24 de julio de 2019, por lo que la sanción por mora inicia su conteo 67 días posteriores a la expedición del acto, esto es, hasta el 30 de octubre de 2019, causándose la mora a partir del 31 de octubre de 2019. No obstante, las cesantías fueron puestas a disposición el 29 de octubre de 2019, teniendo en cuenta lo anterior no se causó la mora por el contrario fueron cancelada las cesantías 2 días antes del inicio de la mora.

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA¹, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. Además, es procedente, por cuanto: “*Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces*”, en virtud a lo dispuesto por el artículo 243 Ibidem.

2. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer: *¿Se encuentra debidamente ordenada la liquidación de la sanción moratoria?*

¿Procedía la condena en costas?

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del Tribunal: Teniendo en cuenta que las cesantías fueron solicitadas el 22 de julio de 2019 que la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas expidió la Resolución 4470 del 24 de julio de 2019, sin que la hubiese notificado, la sanción por mora inicia su conteo 67 días posteriores a la expedición del acto, esto es, hasta el 30 de octubre de 2019: por tanto, como las cesantías fueron puestas a disposición de la accionante el 29 de octubre de 2019, se concluye que, no se causó la mora.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia al marco jurídico sobre el tema, para descender al análisis del caso concreto, atendiendo los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

2.2. Marco jurídico - Reconocimiento de la sanción por mora

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

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

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

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

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

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

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

*Parágrafo. **En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas**, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este. (...)*

Sobre el particular, la Sala Plena del Consejo de Estado², indicó a partir de qué fecha se debe comenzar a contabilizar la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantía, con el siguiente análisis:

“(...) Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento

² Consejo de Estado, Sentencia del 27 de marzo de 2007, Número Interno 2777-2004.

hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria (...).

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

En sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018³, el Consejo de Estado lustra la forma en que se debe realizar el conteo de la sanción moratoria con el siguiente cuadro:

<i>Hipótesis</i>	<i>Notificación</i>	<i>Corre ejecutoria</i>	<i>Término pago cesantía</i>	<i>Corre moratoria</i>
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 ⁴	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia

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

⁴ Se consideran los supuesto 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.

ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

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

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

2.3. Caso concreto

De las pruebas obrantes en el expediente, se logra establecer que:

- La parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías parciales el 22 de julio de 2019, y le fueron reconocidas a través de Resolución 4470 expedida el 24 de julio de 2019, sin que esta fuera notificada. (Fl. 18-20 Archivo: 002Demanda.pdf)
- De conformidad con el recibo de pago del Banco BBVA, el valor de las cesantías quedaron a disposición de la demandante a partir del 29 de octubre de 2019. (Fl. 21 Archivo: 002Demanda.pdf)
- La accionante el 27 de noviembre de 2019 solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías. (Fl. 22-25 Archivo: 002Demanda.pdf)

Como la petición se hizo en vigencia del CPACA el término para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías es de 70 días, además, teniendo en cuenta que la administración emitió el acto de reconocimiento de las cesantías, pero no realizó la notificación, de conformidad con la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018⁵, “Se consideran los supuesto 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”; vencidos los cuales, empiezan a correr los 10 días de ejecutoria del acto y luego los 45 días para realizar el pago:

Por lo tanto, los términos se cumplieron en las siguientes fechas:

⁵ Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018

Término	Fecha Límite
Fecha de la reclamación de las cesantías	22/07/2019
Vencimiento del término para el reconocimiento – 15 días (artículo 4 de la Ley 1071 de 2006)	13/08/2019
Fecha reconocimiento cesantías	24/07/2019
Término intento notificación -12 días artículos 68 y 69 del CPACA	12/08/2019
Término ejecutoria – 10 días	27/08/2019
Vencimiento del término para el pago – 45 días (artículo 5 de la Ley 1071 de 2006)	30/10/2019

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que los dineros fueron puestos a disposición de la parte demandante, el 29 de octubre de 2019 es claro que no se configuró la mora en el pago de las cesantías.

Cabe resaltar que, en cuanto a la fecha de pago de las cesantías se tiene en cuenta aquella en que los dineros quedaron a disposición de la parte demandante en el Banco BBVA, y no la fecha en que la actora realizó el cobro efectivo, pues la parte demandante debía demostrar la gestión diligente en el cobro de las cesantías y en la consulta sobre el pago ante la entidad demandada y bancaria.

Teniendo en cuenta lo anterior, se revocará la sentencia en lo que se refiere a la aquí demandante para en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

Por sustracción de materia, no se analizará el segundo problema jurídico planteado referente a la condena en costas de primera instancia impuesta a cargo de la demandada.

3. Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021, no se impondrá condena en costas en atención a que, si bien no prosperaron las pretensiones de la parte demandante, no es posible afirmar que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, además, la razón para negar las pretensiones obedece al criterio jurídico empleado en el análisis de la prueba sobre el computo de los términos y el pago de las cesantías en la fecha de disponibilidad del dinero en el Banco.

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: Se **revoca** la sentencia del 28 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales en lo que se refiere al proceso de nulidad y

restablecimiento del derecho promovido por Claudia Yanet Aránzazu Granada contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

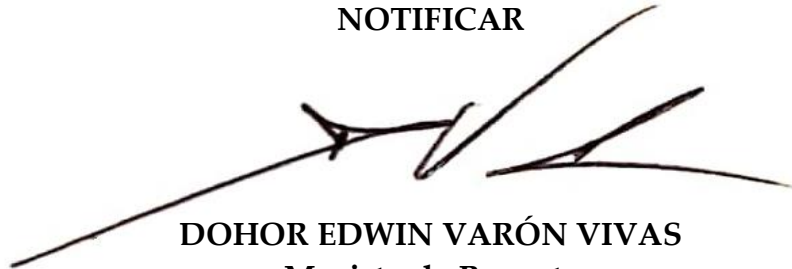
SEGUNDO: En su lugar, Se declara probada la excepción de: “*COBRO DE LO NO DEBIDO*” formulada por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En consecuencia **Se niegan las pretensiones de la demandante.**

TERCERO: Sin condena en costas en ambas instancias.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 19 de 2022.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 082

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-33-39-006-2020-00230-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Viviana Isabel Arango Vanegas
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM)

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

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda.

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto configurado frente a la reclamación realizada el 25 de enero de 2019, por medio del cual se resolvió de forma negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías y en consecuencia se declare que tiene derecho a dicho pago y se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional pagar el equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el 21 de septiembre de 2018 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía a la que tenía derecho, y que esta prestación le fue reconocida por medio de la Resolución 8675-6 del 22 de octubre de 2018 y pagada el 27 de marzo de 2018. Sostiene que la entidad contaba con 70 días desde la solicitud para reconocer y pagar las cesantías de la accionante, los cuales vencieron el 26 de marzo de 2017.

Que después de haber solicitado la cancelación a la entidad convocada, esta resolvió negativamente en forma ficta las peticiones presentadas.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

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

Sostuvo que la jurisprudencia ha establecido que las disposiciones comentadas deben ser interpretadas en el entendido que entre la solicitud de cesantías y su reconocimiento y pago no debe superarse el término de 60 días y que el Ministerio de Educación ha venido cancelando las cesantías por fuera del término referido, circunstancia que genera una sanción a cargo de esta entidad, equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo, que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los 60 días hábiles, contados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La **Nación – Ministerio de Educación** manifestó que de conformidad con el criterio esbozado por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 18 de julio de 2018; no resulta procedente la indexación de la sanción moratoria que presuntamente se causó a favor del actor, habida consideración que, la indexación de las sumas que se causen como consecuencia de la sanción moratoria resultan improcedentes entre sí, pues dicha indexación hace mucho más gravosa la situación de la administración, ya que dicho emolumento no solo cubre la actualización monetaria sino que es superior al valor que resulta de la referida sanción, aunando lo anterior se tiene que, no se trata de un derecho laboral, sino por el contrario es un correctivo frente a la negligencia de la administración. Propuso como medio de defensa: “EXCEPCIÓN GENÉRICA”.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró la nulidad del acto presunto por medio del cual se negó acceder al pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006, derivados de la falta de respuesta a la petición presentada y ordenó a la demandada que reconozca y cancele a la parte demandante una día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías reconocidas, desde el día 5 de enero al 7 de febrero de 2019. La sanción será pagada con base en el salario básico devengado en el año 2019.

Esto por cuanto, vista la fecha de la petición de reconocimiento de cesantías, el FNPSM emitió o notificó el acto después de los 15 días con que contaba para ello, por lo que el término legal y jurisprudencialmente establecido para pagar era de 70 días. Y comparadas las fechas de pago de la prestación (8 de febrero de 2019) con el día en que dicho pago se debió efectuar (4 de enero de 2019), se deduce que la demandante tiene derecho al reconocimiento de la sanción por mora en el pago de sus cesantías.

4. Recurso de apelación

La **demandada** solicitó revocar la orden de indexar los dineros teniendo en cuenta que, el

Consejo de Estado en sentencias de la Sección Segunda, Subsecciones A y B, a saber, las proferidas dentro de los expedientes con radicado No. 73001-23-33-000-2014- 00767-01(0920-16) y, 08001-23-31-000-2011-00826-01(4025-14), aclaró que no procede el reconocimiento de indexación o actualización de la indemnización moratoria.

En cuanto a la condena en costas señaló que, no ha realizado actos dilatorios, ni temerarios, ni encaminados a perturbar el procedimiento, habiéndose limitado a realizar actos propios a la defensa judicial.

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA¹, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. Además, es procedente, por cuanto: “*Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces*”, en virtud a lo dispuesto por el artículo 243 Ibidem.

2. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer: *¿Procedía la indexación de la liquidación de la sanción moratoria?*

¿Procedía la condena en costas?

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del Tribunal: Es procedente la orden de indexación, desde el último día en que se causó la sanción moratoria, hasta el momento en el que quede ejecutoriada la sentencia.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia al marco jurídico sobre el tema, para descender al análisis del caso concreto, atendiendo los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

2.2. Marco jurídico

2.2.1. Reconocimiento de la sanción por mora

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

“(...) Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, **deberá expedir la resolución correspondiente**, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

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

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

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

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

*Parágrafo. **En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas**, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este. (...)*

Sobre el particular, la Sala Plena del Consejo de Estado², indicó a partir de qué fecha se debe comenzar a contabilizar la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantía, con el siguiente análisis:

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

En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no la fecha de

² Consejo de Estado, Sentencia del 27 de marzo de 2007, Número Interno 2777-2004.

reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria. (...)”.

En sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018¹¹, el Consejo de Estado se pronunció en relación con el salario base de liquidación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, así:

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

2.2.2. Sobre la indexación de la Sanción moratoria

La Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996 al respecto señaló:

19- Los anteriores criterios jurisprudenciales permiten concluir que los trabajadores no tienen por qué soportar la pérdida del poder adquisitivo de sus prestaciones y remuneraciones laborales, por lo cual los patronos públicos y privados que incurran en mora están obligados a actualizar el valor de tales prestaciones y remuneraciones.

*Sin embargo, lo anterior no implica la inconstitucionalidad de la expresión final del inciso, como lo sugiere el Procurador, por cuanto la sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 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 trabajo³. (Se resalta)

El Consejo de Estado en **sentencia de unificación de 18 de julio de 2018⁴** precisó además que, en la medida en que la sanción moratoria se constituye en una penalidad severa a quien incumple con determinada obligación, resulta inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa. Esto señaló la Corporación:

183. Desde la óptica del empleado, si bien la sanción moratoria representa una suma de dinero considerable, sucesiva mientras no se produzca el pago de las cesantías; ella ni lo compensa ni lo indemniza por la ocurrencia de la mora del empleador en cumplir con su obligación de dar, puesto que su propósito es procurar el pago oportuno de la prestación social, razón por la cual, no es posible hablar que estamos ante un derecho o una acreencia derivada de la relación de trabajo o de las eventualidades que el empleador ampare en virtud de lo que ordena la ley.

*184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una **penalidad** económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.*

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

³Corte suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia de 20 de mayo de 1992. Criterio acogido por la Corte Constitucional en las sentencias T-260/94 y T-102/95.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de unificación CE-SUJ2-012-18 de 18 de julio de 2018, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-15).

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. [...]

188. Adicionalmente, otro argumento que permite descartar la posibilidad de indexar la sanción moratoria, se encuentra en el régimen anualizado previsto en la Ley 50 de 1990 cuando concurren diversas anualidades de mora, en cuyo caso, según el criterio de la jurisprudencia la base para calcularla será el correspondiente al de la ocurrencia del retardo, en donde el salario como retribución por los servicios prestados por el trabajador necesariamente y por definición viene reajustada cada año con los índices de precios al consumidor o en su defecto, con el aumento que disponga el ejecutivo, si se trata de relaciones legales y reglamentarias.

189. Ahora bien, esta situación debe ser mirada desde la óptica de ser una sanción que se causó al constituirse en mora y cesar con el pago de la cesantías, y ese contexto, la sentencia que la reconoce simplemente declara su ocurrencia y la cuantifica, sin que ello implique el incumplimiento de una obligación generada por ministerio de la ley, tratándose de empleados públicos, susceptible de ser ajustada con los índices de precios al consumidor, cuyo propósito es mantener la capacidad adquisitiva y la finalidad que la justifica en el ordenamiento jurídico”.

Posteriormente, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵, consideró que, cuando termina la causación de la sanción moratoria se consolida una suma total que sí es objeto de ajuste, por lo que sí es procedente reconocer el ajuste de la condena impuesta, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

Lo anterior, se armoniza con la regla expuesta en la sentencia de unificación antes reseñada en cuanto a la improcedencia de la indexación de la sanción moratoria, «sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA». Al respecto, la Subsección precisó la forma en que debe interpretarse la frase consignada en la regla jurisprudencial sentada en la sentencia de unificación en cuanto a la aplicación del artículo 187 del CPACA.

No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que “[...] Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.[...]”, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1) sí hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2) quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3) aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 26 de agosto de 2019. Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00406-01(1728-18).

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 (Se resalta).

Esta tesis ha sido refrendada en recientes pronunciamientos, entre ellos en sentencia del 29 de octubre de 2020⁶.

2.3. Caso concreto

De las pruebas obrantes en el expediente, se logra establecer que:

- La parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías parciales el 21 de septiembre de 2018, y le fueron reconocidas a través de Resolución 8675-6 del 22 de octubre de 2018. (Fl. 18-19 Archivo: 002Demanda2020-230.pdf)
- De conformidad con certificación expedida por la Fiduprevisora, el valor de las cesantías quedó a disposición de la parte demandante a partir del 8 de febrero de 2019. (Fl. 20 Archivo: 002Demanda2020-230.pdf)
- La parte accionante el 26 de febrero de 2019 solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías. ((Fl. 21-22 Archivo: 002Demanda2020-230.pdf)

Como la petición se hizo en vigencia del CPACA el término para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías es de 70 días, los cuales se cumplieron en las siguientes fechas:

TÉRMINO	FECHA LÍMITE
Fecha de la reclamación de las cesantías	21/09/2018
Vencimiento del término para el reconocimiento – 15 días (artículo 4 de la Ley 1071 de 2006)	12/10/2018
Término notificación -10 días Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo	29/10/2018
Vencimiento del término para el pago – 45 días (artículo 5 de la Ley 1071 de 2006)	04/01/2019

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que los dineros fueron puestos a disposición de la parte demandante, el 8 de febrero de 2018 es claro que, se configuró la mora en el pago de las cesantías, desde el 5 de enero al 7 de febrero de 2019.

En la sentencia apelada el *a quo*, erradamente señaló como fecha límite para efectuar el pago

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. C.P. William Hernández Gómez. Radicación: 70001-23-31-000-2005-00025-01(0800-18)

de las cesantías el 15 de septiembre de 2017, por lo tanto, se impone modificar la sentencia, para precisar que la sanción moratoria se causó desde el 30 de septiembre de 2017 inclusive hasta el 26 de marzo de 2018 inclusive, como lo señaló el *a quo*.

Respecto a la indexación, de acuerdo con las sentencias de la Corte Constitucional y Consejo de Estado referidas en el acápite referente al marco normativo, la sanción moratoria busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora y por ello su monto es en general superior a la indexación; sin embargo, cuando termina la causación de la sanción moratoria se consolida una suma total que sí es objeto de ajuste por indexación, por lo que sí es procedente reconocer el ajuste de la condena impuesta, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

En este sentido, se confirmará la sentencia apelada, que ordenó la indexación, desde el último día en que se causó la sanción moratoria, hasta el momento en el que quede ejecutoriada la sentencia.

3. Segundo problema jurídico - Costas en primera instancia

Señala la apelante que la condena en costas impuesta en primera instancia debe ser revocada por cuanto no se acreditó su causación, no se halló probada la mala fe y tampoco se accedió en su totalidad a las pretensiones de la demanda.

Al respecto, en la sentencia apelada se indicó que, como quiera que se encuentran configurados los gastos propios del ejercicio de la acción, con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437/11 y el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP), se condena en costas a la parte demandada, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al citado CGP. Se fija como agencias en derecho la suma de noventa y cinco mil cuatrocientos cincuenta y tres pesos (\$95.453.00) también a cargo de la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM y a favor de la parte actora.

La Sala precisa que, si bien el artículo 366 del CGP en su numeral 5° establece la procedencia del recurso de apelación contra el auto que aprueba la liquidación de las costas procesales; dicha disposición no resulta aplicable para el caso bajo estudio, toda vez, que en esta ocasión aún no existe auto que apruebe la liquidación de costas; es más, lo que se discute no es su liquidación, sino la condena en sí, la cual, al ser objeto de decisión en la sentencia de primera instancia, resulta apelable de conformidad con el inciso primero del artículo 243 del CPACA. En tal sentido, la Sala estima procedente abordar la discusión planteada por la entidad accionada por vía de alzada.

Así las cosas, la Corte Constitucional⁷ ha explicado que las costas, esto es, "*aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial*", están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

⁷ C-539 de 1999. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1°, numeral 198 (parcial) del Decreto 2282 de 1989, "Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil" Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz Expediente D-2313

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados, así, de conformidad con el Capítulo II del Título I -Costas- del CGP, las expensas están conformadas por aranceles judiciales, honorarios de auxiliares de la justicia, entre otros, es decir, en términos generales a todos los gastos surgidos para dar el curso procesal ordinario requerido por el proceso judicial.

Por su parte, prosigue el citado pronunciamiento jurisprudencial constitucional advirtiendo que *“las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho”*.

El artículo 188 del CPACA dispone que: *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

En atención a la remisión expresa del artículo referido, se tiene entonces que el Código General del Proceso en su artículo 365 establece:

“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.”

En este punto se considera necesario destacar que, el H. Consejo de Estado mediante providencia de 7 de abril de 2016, advirtió sobre la variación de la postura que se venía aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en el CGP puesto que la normatividad anterior, Decreto 01 de 1984 consagraba originalmente en su artículo 171, un criterio subjetivo de valoración, en el cual se atendía exclusivamente a caracteres como la temeridad o mala fe, para proferir condenas en costas y agencias en derecho, en síntesis, advirtió el establecimiento de un nuevo criterio objetivo en lo que respecta a la imposición de costas procesales.

Ahora bien, con respecto al referido cambio de criterio para la imposición de costas procesales el H. Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del CGP se comprueba para su imposición que *“en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*. En efecto, la aludida corporación⁸ ha señalado:

“[E]sta Subsección..., varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” —CCA— a uno “objetivo valorativo” —CPACA—.

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

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

⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia 12 de abril de 2018. C. P. William Hernández Gómez Radicado: 05001233300020120043902 (01782017).

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público."

De lo expuesto se concluye que, aunque el criterio para condenar en costas sea objetivo, este también debe ser valorativo, lo que impone al operador judicial el deber de precisar los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas, es decir, por qué aduce que se causaron las mismas. Análisis que no fue realizado en la providencia de primera instancia.

De acuerdo al análisis precedente, a la redacción del artículo 188 de la ley 1437 de 2011, y al no estar cumplido el criterio objetivo valorativo, se revocará la condena en costas y agencias en derecho impuestas en primera instancia.

6. Costas en esta instancia.

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

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: Se revoca el ordinal Quinto de la sentencia del 20 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales en lo que se refiere al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Viviana Isabel Arango Vanegas contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual quedará así: **En su lugar, No se impone condena en costas** en primera instancia.

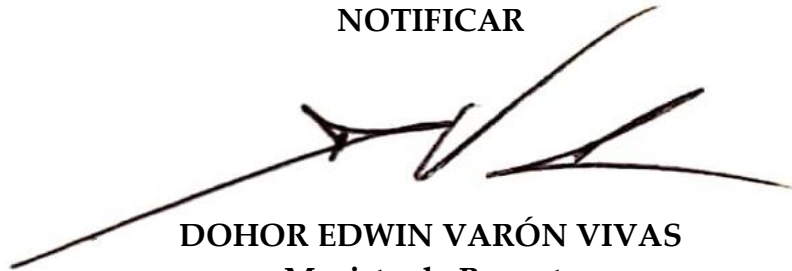
SEGUNDO: Se confirma en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 19 de 2022.

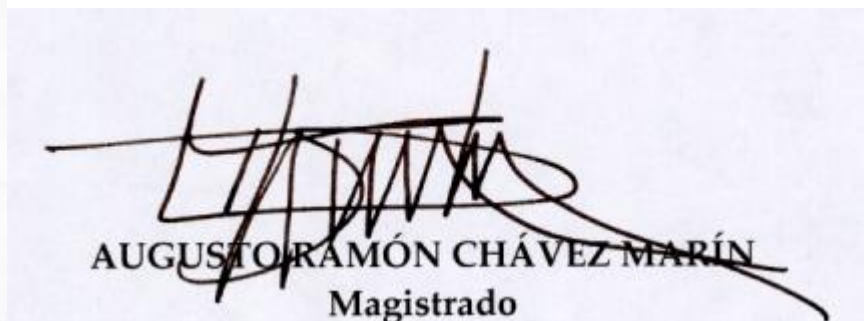
NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 080

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-33-33-004-2020-00249-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Nubia Urrea Aguirre
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional y Fiduprevisora - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM)

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

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto configurado frente a la reclamación realizada el 29 de mayo de 2020, por medio del cual se resolvió de forma negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías y en consecuencia se declare que tiene derecho a dicho pago y se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional pagar el equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el 26 de noviembre de 2019 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía a la que tenía derecho, y que esta prestación le fue reconocida por medio de la Resolución 7706-6 del 10 de diciembre de 2019 y pagada el 23 de abril de 2020. Sostiene que la entidad contaba con 70 días desde la solicitud para reconocer y pagar las cesantías de la accionante, los cuales vencieron el 6 de marzo de 2020.

Que después de haber solicitado la cancelación a la entidad convocada, esta resolvió negativamente en forma ficta la petición presentada.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

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

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

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La Nación – Ministerio de Educación y la Fiduprevisora en calidad de vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), se opusieron a las pretensiones de la parte demandante y manifestaron que de conformidad con el criterio esbozado por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 18 de julio de 2018; no resulta procedente la indexación de la sanción moratoria que presuntamente se causó a favor del actor, habida consideración que, la indexación de las sumas que se causen como consecuencia de la sanción moratoria resultan improcedentes entre sí, pues dicha indexación hace mucho más gravosa la situación de la administración, ya que dicho emolumento no solo cubre la actualización monetaria sino que es superior al valor que resulta de la referida sanción, aunando lo anterior se tiene que, no se trata de un derecho laboral, sino por el contrario es un correctivo frente a la negligencia de la administración.

Propuso como medio de defensa: “*IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN DE LAS CONDENAS*” basada en que, pagó la obligación en tiempo oportuno, y ajustada a los preceptos legales vigentes al momento del reconocimiento de la prestación principal, el pago efectivo extingue cualquier obligación accesorio. Que no existen valores que fueren adeudados sobre los cuales deba aplicarse la corrección monetaria y que, la indexación se encuentra proscrita por vía jurisprudencial y en tal sentido hace mucho más gravosa la situación económica de la administración. “*COMPENSACIÓN*” De cualquier suma de dinero que resulte probada en el proceso a favor del demandante y que haya sido pagada. “*CONDENA EN COSTAS*” En consideración a que no existe criterio unificado al respecto por parte del Tribunal Administrativo de Antioquia y del Consejo de Estado.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró no probada la excepción de *improcedencia de indexación de las condenas* propuesta por la demandada; declaró la nulidad del acto administrativo ficto por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de

2006 a la demandante, consistente en un día de salario por cada día de retardo, para los períodos descritos anteriormente y sobre el salario percibido por la demandante mientras se produjo la mora, esto es del 1 de marzo de 2020 al 22 de abril de 2020.

Esto por cuanto, el Ministerio de Educación Nacional, de conformidad con las pruebas precitadas, resolvió la petición de reconocimiento en término, realizó su notificación en forma electrónica y el pago de las cesantías se hizo de manera extemporánea, excediendo los términos establecidos en la Ley 1071 de 2006.

4. Recurso de apelación

La **demandada** solicitó revocar la sentencia y en su lugar declarar prosperas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, la excepción de improcedencia de indexación de las condenas, y no imponer condena en costas.

Para ello señaló que, teniendo en cuenta los hechos, pretensiones y las pruebas de la demanda, la fecha en que el docente presentó solicitud de cesantías fue el 26 de noviembre de 2019, los 70 días vencieron el 04 de marzo de 2020, la mora inició a causarse a partir del 05 de marzo 2020, por lo que la entidad no es la llamada a responder y pagar la sanción moratoria causada en 2020, teniendo en cuenta el parágrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019.

Que la indemnización por mora no es objeto de indexación, situación que ha sido suficientemente decantada al momento, el Consejo de Estado, en Sala Plena de la Sección Segunda, acogió la posición de la Corte Constitucional mediante una sentencia de unificación.

En cuanto a la condena en costas señaló que, no ha realizado actos dilatorios, ni temerarios, ni encaminados a perturbar el procedimiento, habiéndose limitado a realizar actos propios a la defensa judicial.

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA¹, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. Además es procedente, por cuanto: *“Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces”*, en virtud a lo dispuesto por el artículo 243 Ibidem.

2. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

centra en establecer: *¿Cuál es la entidad responsable del pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías? .- ¿Procedía la indexación de la liquidación de la sanción moratoria? .- ¿Procedía la condena en costas?*

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del Tribunal: La Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), es la entidad responsable del pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías de conformidad con los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005. Además, el parágrafo transitorio de la Ley 1955 de 2019 no restringe dicha responsabilidad, pues a lo que está haciendo referencia es a los mecanismos para financiar el pago de las sanciones por mora causadas a diciembre de 2019.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia al marco jurídico sobre el tema, para descender al análisis del caso concreto, atendiendo los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

2.2. Marco jurídico - Reconocimiento de la sanción por mora

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

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

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

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

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

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

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este. (...)"

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

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

Con fundamento en dichas disposiciones, el Consejo de Estado² sostuvo que: "*será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo*".

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019³ y en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías y el responsable del pago de la sanción moratoria, dispuso:

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

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

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

³ Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad.

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

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

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

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

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

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

Por lo tanto queda claro que, la Nación - Ministerio de Educación – Fomag si se encuentra legitimada por pasiva frente a la demanda formulada por los docentes para reclamar el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, y por tanto, en caso de generarse la mora por causa imputable a ella, está obligada al pago de la correspondiente sanción.

Además, el referido parágrafo transitorio de la Ley 1955 de 2019 no restringe dicha responsabilidad, pues a lo que está haciendo referencia es a los mecanismos para financiar el pago de las sanciones por mora causadas a diciembre de 2019.

3. Segundo problema jurídico

3.1. Tesis del Tribunal: Es procedente la orden de indexación, desde el último día en que se causó la sanción moratoria hasta el momento en el que quede ejecutoriada la sentencia.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia al marco jurídico sobre el tema, para descender al análisis del caso concreto,.

3.2. Fundamento jurídico - Sobre la indexación de la Sanción moratoria

La Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996 al respecto señaló:

19- Los anteriores criterios jurisprudenciales permiten concluir que los trabajadores no tienen por qué soportar la pérdida del poder adquisitivo de sus prestaciones y remuneraciones laborales, por lo cual los patronos públicos y privados que incurran en mora están obligados a actualizar el valor de tales prestaciones y remuneraciones.

*Sin embargo, lo anterior no implica la inconstitucionalidad de la expresión final del inciso, como lo sugiere el Procurador, por cuanto la sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 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 trabajo⁴. (Se resalta)

El Consejo de Estado en **sentencia de unificación de 18 de julio de 2018**⁵ precisó además que, en la medida en que la sanción moratoria se constituye en una penalidad severa a quien incumple con determinada obligación, resulta inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa. Esto señaló la Corporación:

183. Desde la óptica del empleado, si bien la sanción moratoria representa una suma de dinero considerable, sucesiva mientras no se produzca el pago de las cesantías; ella ni lo compensa ni lo indemniza por la ocurrencia de la mora del empleador en cumplir con su obligación de dar, puesto que su propósito es procurar el pago oportuno de la prestación social, razón por la cual, no es posible hablar que estamos ante un derecho o una acreencia derivada de la relación de trabajo o de las eventualidades que el empleador ampare en virtud de lo que ordena la ley.

*184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una **penalidad** económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.*

*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.***
[...]

⁴Corte suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia de 20 de mayo de 1992. Criterio acogido por la Corte Constitucional en las sentencias T-260/94 y T-102/95.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de unificación CE-SUJ2-012-18 de 18 de julio de 2018, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-15).

188. Adicionalmente, otro argumento que permite descartar la posibilidad de indexar la sanción moratoria, se encuentra en el régimen anualizado previsto en la Ley 50 de 1990 cuando concurren diversas anualidades de mora, en cuyo caso, según el criterio de la jurisprudencia la base para calcularla será el correspondiente al de la ocurrencia del retardo, en donde el salario como retribución por los servicios prestados por el trabajador necesariamente y por definición viene reajustada cada año con los índices de precios al consumidor o en su defecto, con el aumento que disponga el ejecutivo, si se trata de relaciones legales y reglamentarias.

189. Ahora bien, esta situación debe ser mirada desde la óptica de ser una sanción que se causó al constituirse en mora y cesar con el pago de la cesantías, y ese contexto, la sentencia que la reconoce simplemente declara su ocurrencia y la cuantifica, sin que ello implique el incumplimiento de una obligación generada por ministerio de la ley, tratándose de empleados públicos, susceptible de ser ajustada con los índices de precios al consumidor, cuyo propósito es mantener la capacidad adquisitiva y la finalidad que la justifica en el ordenamiento jurídico”.

Posteriormente, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁶ consideró que, cuando termina la causación de la sanción moratoria se consolida una suma total que sí es objeto de ajuste, por lo que sí es procedente reconocer el ajuste de la condena impuesta, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

Lo anterior, se armoniza con la regla expuesta en la sentencia de unificación antes reseñada en cuanto a la improcedencia de la indexación de la sanción moratoria, «sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA». Al respecto, la Subsección precisó la forma en que debe interpretarse la frase consignada en la regla jurisprudencial sentada en la sentencia de unificación en cuanto a la aplicación del artículo 187 del CPACA.

No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que “[...] Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.[...]”, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1) sí hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2) quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3) aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

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

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 26 de agosto de 2019. Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00406-01(1728-18).

indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA (Se resalta).

Esta tesis ha sido refrendada en recientes pronunciamientos, entre ellos en sentencia del 29 de octubre de 2020⁷.

3.3. Caso concreto

De las pruebas obrantes en el expediente, se logra establecer que:

- La parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías parciales el 26 de noviembre de 2019, y le fueron reconocidas a través de Resolución 7706-6 del 10 de diciembre de 2019, notificada por correo electrónico el 18 de diciembre de 2019. (Fl. 19-21 Archivo: 01DemandayAnexos.pdf)
- De conformidad con el recibo de pago del banco BBVA, el valor de las cesantías quedó a disposición de la parte demandante a partir del 23 de abril de 2020. (Fl. 18 Archivo: 002Demanda2020-230.pdf)
- La parte accionante el 29 de mayo de 2020 solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías. ((Fl. 21-22 Archivo: 002Demanda2020-230.pdf)

Como la petición se hizo en vigencia del CPACA el término para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías es de 70 días, los cuales se cumplieron en las siguientes fechas:

TÉRMINO	FECHA LÍMITE
Fecha de la reclamación de las cesantías	26/11/2019
Vencimiento del término para el reconocimiento – 15 días (artículo 4 de la Ley 1071 de 2006)	17/12/2019
Fecha emisión el acto	10/12/2019
Notificación -10 días Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo	18/12/2019
Vencimiento del término para el pago – 45 días (artículo 5 de la Ley 1071 de 2006)	28/02/2020

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que los dineros fueron puestos a disposición de la parte demandante, el 23 de abril de 2020 es claro que, se configuró la mora en el pago de las cesantías, desde el 1º de marzo al 22 de abril de 2020. Tal como fue señalado en la sentencia apelada.

Respecto a la indexación, de acuerdo con las sentencias de la Corte Constitucional y

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. C.P. William Hernández Gómez. Radicación: 70001-23-31-000-2005-00025-01(0800-18)

Consejo de Estado referidas en el acápite referente al marco normativo, la sanción moratoria busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora y por ello su monto es en general superior a la indexación; sin embargo, cuando termina la causación de la sanción moratoria se consolida una suma total que sí es objeto de ajuste por indexación, por lo que sí es procedente reconocer el ajuste de la condena impuesta, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

En este sentido, se confirmará la sentencia apelada, que ordenó la indexación, desde el último día en que se causó la sanción moratoria, hasta el momento en el que quede ejecutoriada la sentencia.

4. Tercer problema jurídico - Costas en primera instancia

Señala la apelante que la condena en costas impuesta en primera instancia debe ser revocada por cuanto no se acreditó su causación, no se halló probada la mala fe y tampoco se accedió en su totalidad a las pretensiones de la demanda.

Al respecto, en la sentencia apelada se indicó que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y a la remisión normativa señalada por el canon 306 ibidem en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, y atendiendo a un criterio objetivo valorativo en su imposición, se condenará a la parte demandada por el valor de las agencias en derecho, dado que se ha accedido a las pretensiones y se tiene acreditada que la parte demandante desplegó actuación por intermedio de su apoderado judicial.

La Sala precisa que, si bien el artículo 366 del CGP en su numeral 5° establece la procedencia del recurso de apelación contra el auto que aprueba la liquidación de las costas procesales; dicha disposición no resulta aplicable para el caso bajo estudio, toda vez, que en esta ocasión aún no existe auto que apruebe la liquidación de costas; es más, lo que se discute no es su liquidación, sino la condena en sí, la cual, al ser objeto de decisión en la sentencia de primera instancia, resulta apelable de conformidad con el inciso primero del artículo 243 del CPACA. En tal sentido, la Sala estima procedente abordar la discusión planteada por la entidad accionada por vía de alzada.

Así las cosas, la Corte Constitucional⁸ ha explicado que las costas, esto es, "*aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial*", están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados, así, de conformidad con el Capítulo II del Título I -Costas- del CGP, las expensas están conformadas por aranceles judiciales, honorarios de auxiliares de la justicia, entre otros, es decir, en términos generales a todos los gastos surgidos para dar el curso procesal ordinario requerido por el proceso judicial.

⁸ C-539 de 1999. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1°, numeral 198 (parcial) del Decreto 2282 de 1989, "Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil" Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz Expediente D-2313

Por su parte, prosigue el citado pronunciamiento jurisprudencial constitucional advirtiendo que *“las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho”*.

El artículo 188 del CPACA dispone que: *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

En atención a la remisión expresa del artículo referido, se tiene entonces que el Código General del Proceso en su artículo 365 establece:

“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.”

En este punto se considera necesario destacar que, el H. Consejo de Estado mediante providencia de 7 de abril de 2016, advirtió sobre la variación de la postura que se venía aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en el CGP puesto que la normatividad anterior, Decreto 01 de 1984 consagraba originalmente en su artículo 171, un criterio subjetivo de valoración, en el cual se atendía exclusivamente a caracteres como la temeridad o mala fe, para proferir condenas en costas y agencias en derecho, en síntesis, advirtió el establecimiento de un nuevo criterio objetivo en lo que respecta a la imposición de costas procesales.

Ahora bien, con respecto al referido cambio de criterio para la imposición de costas procesales el H. Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del CGP se comprueba para su imposición que *“en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*. En efecto, la aludida corporación⁹ ha señalado:

“[E]sta Subsección..., varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” —CCA— a uno “objetivo valorativo” —CPACA—.

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

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

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así

⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia 12 de abril de 2018. C. P. William Hernández Gómez Radicado: 05001233300020120043902 (01782017).

como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.”

De lo expuesto se concluye que, aunque el criterio para condenar en costas sea objetivo, este también debe ser valorativo, lo que impone al operador judicial el deber de precisar los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas, es decir, por qué aduce que se causaron las mismas. Análisis que fue realizado en la providencia de primera instancia, al tener en cuenta que la parte demandante desplegó actuación por intermedio de su apoderado judicial.

De acuerdo al análisis precedente, a la redacción del artículo 188 de la ley 1437 de 2011, y al estar cumplido el criterio objetivo valorativo, se confirmará la condena en costas y agencias en derecho impuestas en primera instancia.

6. Costas en esta instancia.

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

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

III. RESUELVE:

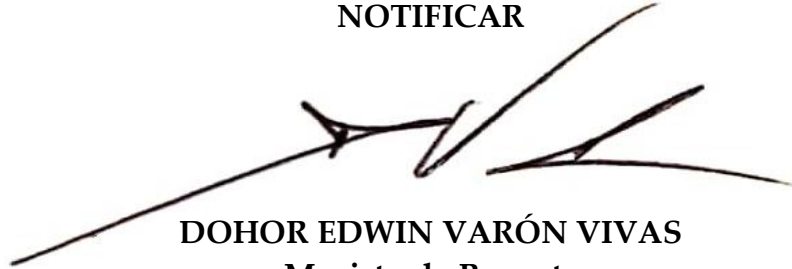
PRIMERO: Se Confirma la sentencia del 23 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales en lo que se refiere al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por María Nubia Urrea Aguirre contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 19 de 2022.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 084

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-23-33-000-2021-00205-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Dora María Ocampo Henao
Demandado: Nación - Ministerio de Educación – Fomag

Se emite sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

La demandante solicita se declare la nulidad del acto ficto derivado de la petición presentada el 26 de febrero de 2021, en cuanto negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías, consagrada en la Ley 1071 de 2006. A título de restablecimiento del derecho, condenar a la demandada a que reconozcan y pague la sanción por mora equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías, contados a partir del día 70, desde el momento en que se radicó la solicitud hasta su pago efectivo.

1.2. Hechos

Se relata que la accionante solicitó el 26 de febrero de 2020, el reconocimiento y pago de la cesantía a la que tenía derecho, y que ésta prestación le fue reconocida mediante la Resolución 1180-6 del 14 de marzo de 2020 y pagada el 19 de mayo de 2021. Sostiene que la entidad contaba con 70 días desde la solicitud para reconocer y pagar las cesantías de la accionante, término que venció el 9 de julio de 2020.

Que solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías, y que la solicitud fue resuelta negativamente por medio del acto demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Invocó como normas vulneradas la Ley 91 de 1989, artículos 5 y 15; Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2; Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5. Sostiene que la jurisprudencia ha establecido que las disposiciones comentadas deben ser interpretadas en el entendido que entre la solicitud de cesantías y su reconocimiento y pago no debe superarse el término de 70 días y que el Ministerio de Educación ha venido cancelando las cesantías por fuera del término referido, circunstancia que genera una sanción a cargo de esta entidad, equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo, que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles, contados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Contestación de la demanda

La Nación – Ministerio de Educación se opuso a las pretensiones de la parte actora, reconoció como ciertos los hechos referentes a la petición de cesantías y la emisión del acto de reconocimiento. Consideró que no le corresponde pagar la sanción por mora toda vez que, no es la entidad responsable de la sanción mora de conformidad con el art. 57 de la Ley 1955 de 2019. Como excepciones de mérito planteó:

“FALTA DE INTEGRACIÓN DE LITISCONSORCIO NECESARIO - RESPONSABILIDAD DEL ENTE TERRITORIAL”: teniendo en cuenta que el reconocimiento de las prestaciones sociales económicas a cargo del Fomag, tiene establecido un procedimiento administrativo especial contenido en las leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, así como, en el Decreto 2831 de 2005, a favor de los educadores nacionales afiliados al mismo. De ello se determina que: 1) El reconocimiento de las cesantías, parcial o definitivo, se encuentra a cargo de la Secretaria de Educación del Ente Territorial. 2) el estudio y pago de las cesantías está a cargo de la Fiduciaria La Previsora S.A., y 3) si alguna de las dos entidades no cumple con los términos establecidos se genera la sanción mora, razón por la cual son responsables del pago.

Que mediante acto administrativo de reconocimiento y pago No. 1180-6 dl 14 de marzo de 2020, expedida por la Secretaria de Educación del Municipio, frente a la solicitud de las cesantías realizada el 26 de febrero de 2020, se evidencia, que el ente Territorial profirió la resolución de reconocimiento de la cesantía en término, es claro que tardó hasta el 11 de junio de 2020 para remitirla a la Fiduprevisora, lo cual implica una transgresión a los términos establecidos por el legislador, en cuanto el trámite para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas o parciales, y de ahí la necesidad de que esta entidad sea llamada a responder.

“INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO PARA EL PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA”, señala que conforme al artículo 57 de la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019 se evidencia la clarísima intención del legislador, de evitar que el patrimonio autónomo Fomag continúe pagando de sus recursos, indemnizaciones de carácter económico por vía judicial o administrativa, lo cual sin lugar a dudas, comprende también la sanción moratoria derivada del pago tardío de las cesantías parciales o definitivas de los docentes afiliados a este. En este orden de ideas, el Fomag se encuentra autorizado para pagar de su propios recursos, únicamente en aquellos casos en los cuales el docente demuestre de forma efectiva que no le fueron pagadas las cesantías. En el

presente asunto las cesantías fueron pagadas efectivamente por el Fomag, momento hasta el cual llega su responsabilidad. En virtud de lo anterior, se entiende entonces que no existe legitimación en la causa por pasiva del Fomag,

INEPTA DEMANDA POR FALTA DE AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD ATINENTE A LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL: basado en que, verificada el acta de audiencia de conciliación prejudicial, se observa que el trámite sólo se agotó frente a la Nación Ministerio de Educación Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que permite determinar que no fue agotado debidamente el requisito de procedibilidad contra la Secretaria de Educación, por lo tanto esta excepción está llamada a prosperar.

“COBRO INDEBIDO DE LA SANCIÓN MORATORIA” basada en el párrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, toda vez que en el caso concreto el pago de la sanción moratoria es exclusiva de la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fomag.

“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA GENERADA EN EL 2020” al respecto señaló que, únicamente cancelaría la sanción respecto del 2019, esto teniendo en cuenta el párrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019. Por lo que considera, debe ser desvinculada del proceso por carecer de responsabilidad.

3. Pronunciamiento frente a las excepciones

La parte demandante se opuso a la prosperidad de las excepciones formuladas, reiterando el fundamento jurídico expuesto en su demanda; precisó que, conforme al artículo 2.4.4.2.3.2.28 del Decreto 1272 de 2018, el Fomag es el encargado del pago de las cesantías, independiente de quién provocó la mora.

4. Alegatos de conclusión

La **demandante** reiteró los argumentos expuestos en la demanda e hizo referencia a la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 18 de julio de 2018 sobre la aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial. Preciso que, debe tenerse en cuenta la segunda puesta a disposición de los recursos de las cesantías el 19 de mayo de 2021 como lo indica el recibo del BBVA, no por un acto de mera liberalidad del docente sino por ser el día en que se enteró que tenía el dinero de sus cesantías a disposición.

La demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda; precisó que, si en gracia de discusión existiere mora en el pago de las cesantías, lo cierto es que la sanción que se haya causado deberá ser asumida en su totalidad por el ente territorial, pues emitió de forma extemporánea la resolución y como consecuencia de ello se generó una dilación en el pago de la prestación, aunado al hecho que no existe una partida presupuestal

en el Fomag destinada a asumir el pago de la sanción por mora. Adicionalmente hizo referencia a la improcedencia de la indexación y a la condena en costas.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Conforme a lo indicado en la etapa de fijación del litigio, se centra en establecer: *¿Tiene derecho la parte actora al reconocimiento de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, por el retardo en el pago de las cesantías?*

Para su resolución, así como de las excepciones de mérito formuladas por la demandada, se abordará el análisis de los siguientes aspectos: **i)** el fundamento jurídico sobre la sanción moratoria en el régimen especial de los docentes; **ii)** los hechos relevantes acreditados; para descender al análisis del **iii)** caso concreto.

2. Fundamento jurídico - Reconocimiento de la sanción por mora

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

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

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

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

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

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

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga

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

Sobre el particular, la Sala Plena del Consejo de Estado¹, indicó a partir de qué fecha se debe comenzar a contabilizar la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantía, con el siguiente análisis:

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

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

En sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018², el Consejo de Estado lustra la forma en que se debe realizar el conteo de la sanción moratoria con el siguiente cuadro:

<i>Hipótesis</i>	<i>Notificación</i>	<i>Corre ejecutoria</i>	<i>Término pago cesantía</i>	<i>Corre moratoria</i>
<i>PETICIÓN SIN RESPUESTA</i>	<i>No aplica</i>	<i>10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>70 días posteriores a la petición</i>
<i>ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO (después de 15 días)</i>	<i>Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago</i>	<i>10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>70 días posteriores a la petición</i>
<i>ACTO ESCRITO EN TIEMPO</i>	<i>Personal</i>	<i>10 días, posteriores a la notificación</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>55 días posteriores a la notificación</i>

¹ Consejo de Estado, Sentencia del 27 de marzo de 2007, Número Interno 2777-2004.

² Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018

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 ³	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

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

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

2. Hechos relevantes acreditados

- La actora solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías parciales, el 26 de febrero de 2020 y le fueron reconocidas a través de Resolución 1180-6 del 14 de marzo de 2020, de la Secretaría de Educación de Caldas, la cual fue notificada personalmente el 16 de abril de 2020⁴.
- Según información suministrada por la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas⁵, se radicó la solicitud de cesantías parciales de la demandante, en el Sistema único (Onbase) dispuesto por el Fomag, bajo el número 2020—CES-007912 del 26 de febrero de 2020. El acto administrativo de reconocimiento fue expedido el 14 de marzo de 2020 y se

³ Se consideran los supuesto 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.

⁴ F. 18-20 Archivo digital: 002Demanda17867.pdf

⁵ Archivo digital: 2022-03-02 (1).pdf

notificó a la docente el 15 de abril de 2020, quedando ejecutoriado el 29 de abril siguiente, Que una vez ejecutoriado el acto administrativo, se remitió a efectos de pago por medio del Oficio PS 0363 del 30 de abril de 2020, materialmente entregado a la empleada de la firma de digitalización contratada para tales efectos por el Fomag (empleada Paula Muñoz), como consta con su rúbrica en el documento.

- De acuerdo a la información suministrada por la Fiduprevisora en su contestación de demanda, conforme a la imagen de una captura de pantalla, la Secretaria de Educación, le comunicó la resolución de reconocimiento de la cesantía el 11 de junio de 2020.
- Según el recibo de pago⁶ y la certificación emitida por el Banco BBVA⁷, el valor de las cesantías fue puesto a disposición de la docente por primera vez, el **14 de julio de 2020** y por motivos de no cobro el pago fue reintegrado; por lo que la Fiduprevisora reprogramó el pago el 20 de mayo de 2021 y el mismo fue cobrado el 25 de mayo de 2021 por la beneficiaria del pago.
- La actora, el 26 de febrero de 2021⁸, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías.

3. Análisis del caso concreto

3.1. Existencia del acto administrativo enjuiciado

Resulta diáfana la configuración del acto ficto derivado del silencio administrativo negativo en que incurrió la Nación –Ministerio de Educación – Fomag, toda vez que dentro del plazo de tres meses establecido en el artículo 87 de la Ley 1437 de 2011 no se atendió la solicitud de la parte accionante, término que corrió a partir del 26 de febrero de 2021, fecha de su presentación. Por lo anterior, se declarará la configuración por ministerio de la ley del acto administrativo ficto, tácito o presunto que negó la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006.

3.2. Sanción moratoria

De acuerdo con lo expuesto, la solicitud de pago de cesantías parciales fue radicada el 26 de febrero de 2020 y el acto administrativo de reconocimiento pensional fue emitido el 18 de marzo de 2020, dentro de los 15 días siguientes a la presentación de la solicitud, por lo tanto corresponde ahora establecer si dicho acto fue notificado a la demandante oportunamente.

Al respecto, la Secretaria de Educación de Caldas informó que, en atención al *Estado de Emergencia Económica Social y Ecológica* declarada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, las restricciones en la circulación y toque de queda en la jurisdicción del departamento, declarada mediante el Decreto Departamental 0084 del 20 de marzo de 2020, se suspendieron los términos y actividades mediante la Circular 065, por el periodo comprendido entre el 20 de marzo y el 13 de abril de 2020, el cual fue ampliado

⁶ F. 21 Archivo digital: 002Demanda17867.pdf

⁷ Archivo digital: 28RespuestaBBVA.pdf

⁸ F. 23-27 Archivo digital: 002Demanda17867.pdf

mediante Circular 073 hasta el 27 de abril de 2020, en concordancia con los decretos de aislamiento preventivo 457 del 22 de marzo de 2022 y 531 del 08 de abril de 2020.

En efecto, en el Decreto Nacional 417 del 17 de marzo de 2020 *“Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional”, “por el término de treinta (30) días calendario, contados a partir de la vigencia de este decreto”, esto es, desde el 17 de marzo de 2020 al 16 de abril de 2020, se indicó que, “para proteger salud del público en general y servidores públicos, se hace necesario expedir normas legales que flexibilicen la obligación de atención personalizada al usuario y permita incluso la suspensión de términos legales en actuaciones administrativas y jurisdiccionales”.*

La Corte Constitucional⁹ declaró exequible el referido decreto, y señaló que:

“98. En el asunto sub examine se habrá de concluir que el Gobierno nacional acreditó ante esta Corporación que por la magnitud y la gravedad de la crisis humanitaria resultante de la pandemia del COVID-19, no podía ser conjurada en esta oportunidad con el ejercicio de las atribuciones ordinarias que le otorga el ordenamiento jurídico, al resultar insuficientes y no permitir responder con inmediatez las muchas áreas puntuales que requieren medidas específicas de nivel legislativo y no solo administrativas, haciendo necesarias medidas extraordinarias para atender la calamidad sanitaria y los efectos negativos al orden económico y social. El riesgo indeterminado y el desafío que enfrenta la humanidad constituyen una amenaza directa, cuya respuesta dada la prontitud y eficiencia requerida no descansa en los medios tradicionales”.

En desarrollo de lo anterior, el Gobierno Nacional mediante el Decreto Ley 491 del 28 de marzo de 2020 estableció lo siguiente:

“Artículo 4º. Notificación o comunicación de actos administrativos. *Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, la notificación o comunicación de los actos administrativos se hará por medios electrónicos. Para el efecto en todo trámite, proceso o procedimiento que se inicie será obligatorio indicar la dirección electrónica para recibir notificaciones, y con la sola radicación se entenderá que se ha dado la autorización.*

En relación con las actuaciones administrativas que se encuentren en curso a la expedición del presente Decreto, los administrados deberán indicar a la autoridad competente la dirección electrónica en la cual recibirán notificaciones o comunicaciones. Las autoridades, dentro de los tres (3) días hábiles posteriores a la expedición del presente Decreto, deberán habilitar un buzón de correo electrónico exclusivamente para efectuar las notificaciones o comunicaciones a que se refiere el presente artículo.

El mensaje que se envíe al administrado deberá indicar el acto administrativo que se notifica o comunica, contener copia electrónica del acto administrativo, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo. La notificación o comunicación 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.

⁹ Sentencia C-145 de 2020 Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas

En el evento en que la notificación o comunicación no pueda hacerse de forma electrónica, se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 67 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

Parágrafo. *La presente disposición no aplica para notificación de los actos de inscripción o registro regulada en el artículo 70 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

Artículo 5°. Ampliación de términos para atender las peticiones. *Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:*

Salvo norma especial toda petición deberá resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

(i) Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los veinte (20) días siguientes a su recepción.

(ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción.

Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en el presente artículo expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto en este artículo.

Parágrafo. *La presente disposición no aplica a las peticiones relativas a la efectividad de otros derechos fundamentales.*

ARTÍCULO 6. Suspensión de términos de las actuaciones administrativas o jurisdiccionales en sede administrativa. *Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social las autoridades administrativas a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto, por razón del servicio y como consecuencia de la emergencia, podrán suspender, mediante acto administrativo, los términos de las actuaciones administrativas o jurisdiccionales en sede administrativa. La suspensión afectará todos los términos legales, incluidos aquellos establecidos en términos de meses o años.*

La suspensión de los términos se podrá hacer de manera parcial o total en algunas actuaciones o en todas, o en algunos trámites o en todos, sea que los servicios se presten de manera presencial o virtual, conforme al análisis que las autoridades hagan de cada una de sus actividades y procesos, previa evaluación y justificación de la situación concreta.

En todo caso los términos de las actuaciones administrativas o jurisdiccionales se reanudarán a partir del día hábil siguiente a la superación de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Durante el término que dure la suspensión y hasta el momento en que se reanuden las actuaciones no correrán los términos de caducidad, prescripción o firmeza previstos en la Ley que regule la materia. (...)."

De acuerdo con la norma transcrita, se tiene que, mientras permanezca vigente la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social las autoridades administrativas a que se refiere el artículo 1 de la mencionada norma, por razón del servicio y como consecuencia de la emergencia, podrán suspender de manera parcial o total, mediante acto administrativo, los términos de las actuaciones administrativas".

La Corte Constitucional¹⁰ frente a estos artículos dispuso:

"SEGUNDO.- Declarar la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** del artículo 4° del Decreto 491 de 2020, bajo el entendido de que, ante la imposibilidad manifiesta de una persona de suministrar una dirección de correo electrónico, podrá indicar un medio alternativo para facilitar la notificación o comunicación de los actos administrativos.

TERCERO.- Declarar la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** del artículo 5° del Decreto 491 de 2020, bajo el entendido de que la ampliación de términos que contempla para solucionar las peticiones es extensible a los privados que deben atender solicitudes.

CUARTO.- Declarar la **EXEQUIBILIDAD** del artículo 6° del Decreto 491 de 2020, salvo la de su parágrafo 1° que se declara **INEXEQUIBLE**, y la de su parágrafo 2° en relación con el cual se declara la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA**, bajo el entendido de que cuando la suspensión de términos implique la inaplicación de una norma que contemple una sanción moratoria, las autoridades deberán indexar el valor de la acreencia mientras opere la misma".

Con fundamento en lo anterior, el Gobernador del departamento de Caldas, por medio del Decreto 0084 del 20 de marzo de 2020, "Por el cual se dictan disposiciones en materia de orden público con ocasión de la emergencia sanitaria decretada en el Departamento de caldas para la contención del Virus Covid-19" declaró el toque de queda en la jurisdicción del Departamento a partir de las "diecinueve (19:00) horas del viernes 20 de marzo de 2020, y hasta las cinco (05:00) horas del martes 24 de marzo de 2020, sin que éste resulte aplicable al funcionamiento de infraestructura crítica y estratégica para el Departamento". Medida que fue prorrogada hasta la media noche del 24 de marzo de 2020 a través del Decreto 087 del 20 de marzo de 2020 y se adoptó el Decreto Nacional 457 del 22 de marzo de 2020, en cuyo artículo primero ordenó el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas hasta el 13 de abril de 2020, lo cual también fue prorrogado hasta el 26 de abril de 2020 a través del Decreto departamental 0095 del 2020.¹¹

¹⁰ Sentencia C-242 de 9 de julio de 2020. Magistrados ponentes: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ y CRISTINA PARDO SCHLESINGER

¹¹ <https://www.cerlatam.com/wp-content/uploads/2020/04/Decreto-No.-0095-del-2020-04-08-POR-EL-CUAL-SE-PRORROGA-EL-AISLAMIENTO-EN-EL-DEPARTAMENTO-DE-CALDAS.pdf>

A través de la Circular 065 del 24 de marzo de 2020 suscrita por el Secretario de Educación de Caldas, dirigida a los directivos docentes y docentes afiliados al Fomag, en atención al *estado de emergencia Económica, Social y Ecológica* declarada por el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, y las medidas en materia de orden público con ocasión a la emergencia sanitaria producida por el Covid-19, dictadas por el departamento de Caldas por medio del Decreto 0084 del 20 de marzo de 2020, señaló que: “*al encontrarse restringida la movilización de los funcionarios públicos desde las diecinueve (19:00) horas del viernes 20 de marzo hasta las cero horas (00:00) del 13 de abril de 2020, razón por la cual deben entenderse suspendidos los términos para el trámite de prestaciones sociales, notificación, ejecutoria y demás actuaciones surtidas ante la oficina de prestaciones de la Secretaría de Educación, por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”.

De acuerdo a lo anterior, la Sala concluye que, en atención a la referida suspensión de términos, generada por el *estado de emergencia Económica, Social y Ecológica* con ocasión a la emergencia sanitaria producida por el Covid-19, entre el 20 de marzo y el 13 de abril de 2020, **fue oportuna la notificación personal del acto administrativo** de reconocimiento de las cesantías a la docente, el **16 de abril de 2020**, teniendo en cuenta la constancia suscrita por la demandante y que fue aportada con la demanda.¹²

Ahora, teniendo en cuenta la fecha de notificación personal del acto, - en atención a que no se aportó la “*certificación de acceso al acto*” de la notificación electrónica y como quiera que frente al acto de reconocimiento ni se renunció a términos de ejecutoria ni fueron interpuestos recursos, los 10 días de ejecutoria del acto fenecieron el **30 de abril de 2020**; por lo que a partir de esta fecha empezaron a correr los 45 días para el pago de las cesantías, plazo que venció el **09 de julio de 2020**.

De acuerdo con lo expuesto, los términos previstos para el reconocimiento y pago de la citada prestación social, se cumplieron en las siguientes fechas:

TÉRMINO	FECHA LÍMITE
Fecha de la reclamación de las cesantías	26/02/2020
Vencimiento del término para el reconocimiento – 15 días (artículo 4 de la Ley 1071 de 2006)	18/03/2020
Fecha en que se emitió el acto administrativo	14/03/2020
Término en que debía realizarse la notificación -12 días ¹³ descontando los días de suspensión de términos	21/04/2020
Fecha en que se notificó el acto administrativo de reconocimiento	16/04/2020
Fecha de ejecutoria del acto	30/04/2020

¹² F. 20 Archivo digital: 002Demanda17867.pdf

¹³ Se consideran los supuesto 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.

Vencimiento del término para el pago – 45 días (artículo 5 de la Ley 1071 de 2006)	09/07/2020
---	------------

Por lo tanto, como quiera que el valor de las cesantías fue puesto a disposición de la docente el **14 de julio de 2020**, se configuró la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, la cual se hizo exigible desde el 10 de julio de 2020 inclusive –día siguiente al vencimiento del término para el pago de la prestación, hasta el 13 de julio de 2020 inclusive.

No es de recibo el argumento de la parte demandante referente a que, se debe tener en cuenta la fecha de la segunda puesta a disposición de los recursos de la cesantía, esto es, el 19 de mayo de 2021, por ser el día en que se enteró que tenía el dinero a disposición. Lo anterior por cuanto, correspondía a la beneficiaria del pago realizar y demostrar la gestión diligente en el cobro de las cesantías y en la consulta ante la entidad demandada y bancaria la fecha en que los dineros estuvieron a disposición para el pago, carga que en el presente asunto no se cumplió por la demandante.

Además, según se informa por el banco BBVA, fue por motivos de no cobro que el pago fue reintegrado; por lo que la Fiduprevisora reprogramó el pago el 20 de mayo de 2021 y el mismo fue cobrado el 25 de mayo de 2021 por la beneficiaria del pago.

Con fundamento en lo anterior, se declarará parcialmente acreditada la excepción de “*COBRO INDEBIDO DE LA SANCIÓN MORATORIA*” y se ordenara el pago de la sanción moratoria causada desde 10 de julio de 2020 inclusive, hasta el 13 de julio de 2020 inclusive.

4. Entidad obligada al pago e inexistencia de un litisconsorcio necesario

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

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

Con fundamento en dichas disposiciones, el Consejo de Estado¹⁴ sostuvo que: “*será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo*”.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019¹⁵ y en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías y el responsable del pago de la sanción moratoria, dispuso:

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

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

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

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

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

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

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

Así, a partir del 25 de mayo de 2019, las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 deben ser reconocidas y liquidadas por la Secretaría de

¹⁵ Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad.

Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fomag; en aquellos eventos en que el pago de las cesantías sea extemporáneo, como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fomag, la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora.

Por lo tanto queda claro que, la Nación - Ministerio de Educación – Fomag si se encuentra legitimada por pasiva frente a la demanda formulada por la docente para reclamar el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías.

Ahora, en cuanto a la existencia de un litisconsorcio necesario entre la Secretaría de Educación de territorial y el Fomag, el artículo 61 del Código General del Proceso – CGP señala que: *“Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse **de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito** sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de ésta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado...”*. (Se resalta)

De acuerdo a lo anterior, la figura procesal del litisconsorcio tiene como finalidad esencial la debida integración del contradictorio en los procesos, atendiendo a criterios básicos de economía procesal o de mérito para resolver la controversia, siendo su fundamento la necesidad de fallar de manera uniforme respecto de relaciones jurídicas de las que hacen parte personas a las cuales se les extenderá los efectos de la sentencia, de modo tal que sin su presencia no es posible decidir de fondo. Tradicionalmente se le clasifica en necesaria o facultativa y/o voluntaria según la naturaleza de la relación o relaciones jurídicas discutidas en el proceso y a la divisibilidad de las obligaciones derivadas de esas relaciones.

En el presente asunto no se reúnen los presupuestos procesales del litisconsorcio necesario por la parte pasiva, entre la demandada y la Secretaría de Educación toda vez que, aún sin la vinculación de esta, resulta posible tomar una decisión de fondo sobre la reclamación de reconocimiento de sanción moratoria por pago tardío de cesantías dado que, de conformidad con el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, esta puede ser atribuida por partes a diferentes sujetos, por lo que quien se afirma tener derecho al pago de la sanción puede a su arbitrio demandar independientemente a cada persona o mancomunadamente a todos, exigiendo a cada obligado la parte de la sanción que le corresponda, es decir por la porción de la sanción que ha causado.¹⁶

En consecuencia, no le asiste razón a la parte demandante en cuanto afirma la existencia de un litisconsorcio necesario por la parte pasiva.

En el caso concreto, en cuanto al responsable del pago de la sanción moratoria, la demandada afirma que, el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías le fue comunicado tardíamente por la Secretaria de Educación el **11 de junio de 2020**, para lo cual suministró la siguiente captura de imagen de una pantalla:

¹⁶ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia de 23 de enero de 2003. Rad.: 52001-23-31-000-1999-1004-01(22901)

PAGE_1		Forma: CONSULTA_F	
FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.		Usuario: T_JAACOSTA	
SISTEMA DE PRESTACIONES SOCIALES		Fecha: 2021-09-09	
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO		V13.1	
Consulta de Prestaciones			
Tipo Documento	1 CEDULA DE CIUDADANIA	Documento Docente	24,368,426
Nombre Docente	DORA MARIA	Apellidos	OCAMPO HENAO
Fecha Nacimiento	1972-07-27	Fallecimiento	Identificador 1909661
Generico	CES CESANTIAS	Principal CP	CESANTIA PARCIAL
Tipo Prestación	CPR CESANTIA PARCIAL POR REPARACION - PRESUPUESTO ORDINARIO		
Subtipo	CPR CESANTIA PARCIAL POR REPARACION - PRESUPUESTO ORDINARIO		
Ente Territorial	17000 CALDAS		
Departamento	17 CALDAS	Municipio	0 DEPARTAMENTO
Establecimiento	217013000564 CENTRO EDUCATIVO EL EDEN		
Tipo Vinculación	1 NACIONAL	Fte.Recurso	4 SITUADO FISCAL/PRESUPUI
Indicador Tutela	N	Fallo Autoriza Pago S/N	Corregido/Ratificado
Estado Tramite	PAGA PAGADA	Fecha	2020-07-10
Estado Prestación	PAGA PAGADA	Fecha	2020-07-10
Fec_Cruce_Reg	Num Arch. Reg	Num. Token Reg	

PAGE_42	
Radicación	
Fecha Recibo Fiduciaria	2020-06-11
Nro.Radicacion Fiduciaria	OB62929
Fecha Radicación FER	2020-02-26
Número Radicación FER	2020-CES-007912
Fecha Oficio FER	2020-06-11
Número Oficio FER	OB62929

Según información suministrada por la Secretaria de Educación de Caldas, se indica que radicó la solicitud de cesantías parciales de la demandante, *en el Sistema único (Onbase) dispuesto por el Fomag*, bajo el número 2020—CES-007912 del 26 de febrero de 2020 y que, el acto administrativo de reconocimiento se remitió al Fomag a efectos de pago, por medio del Oficio PS 0363 del **30 de abril de 2020**, “materialmente entregado a la empleada de la firma de digitalización contratada para tales efectos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (empleada Paula Muñoz), como consta con su rúbrica en el documento”.

Del análisis de la captura de pantalla y los soportes remitidos por Secretaria de Educación de Caldas¹⁷ se tiene que, ambas coinciden en que, esta radicó la solicitud de cesantías de la demandante, en el Sistema dispuesto por el Fomag, el 26 de febrero de 2020. En cuanto a la fecha de comunicación del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías al Fomag, si bien la demandada afirma que se realizó el 11 de junio de 2020, se tiene que, dicho acto fue entregado por medio del Oficio PS 0363 del **30 de abril de 2020**, a la empleada Paula Muñoz, según señala la Secretaria de Educación, quien era la persona contratada para tales efectos por el Fomag para su digitalización. Información que no fue discutida por la entidad demandada.

Por lo tanto, como quiera que el acto de reconocimiento de las cesantías quedo en firme el **30 de abril de 2020**, y que en esta misma fecha fue entregado materialmente a la persona dispuesta por el Fomag para la digitalización del documento, la Sala no evidencia que se haya presentado el incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fomag, por lo tanto, no se cumple la condición señalada en el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019.

En consecuencia, la entidad responsable del pago de la sanción por mora, causada en el presente asunto le corresponde a la Nación – Ministerio de Educación Nacional.

Por tanto, no le asiste razón a la demandada en cuanto a las excepciones que denominó: “FALTA DE INTEGRACIÓN DE LITISCONSORCIO NECESARIO - RESPONSABILIDAD DEL ENTE TERRITORIAL”; “INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL FONDO DE PRESTACIONES

¹⁷ Archivo digital: 2022-03-02 (1).pdf

SOCIALES DEL MAGISTERIO PARA EL PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA”, INEPTA DEMANDA POR FALTA DE AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD ATINENTE A LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL” y “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA GENERADA EN EL 2020”.

5. Nulidad y restablecimiento del derecho

Por lo expuesto, se declarará la nulidad del acto ficto derivado de la petición realizada el 26 de febrero de 2021 y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el pago de la sanción moratoria causada desde 10 de julio de 2020 inclusive, hasta el 13 de julio de 2020 inclusive.

En cuanto al salario base para liquidar la sanción, se acudirá a lo establecido por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación antes referida, en virtud de la cual, al tratarse de cesantías parciales, debe tenerse en cuenta la asignación básica vigente en la fecha en que se causó la mora, que para el caso, se dio a partir de julio de 2020.

5. Indexación

La Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996, señaló:

19- Los anteriores criterios jurisprudenciales permiten concluir que los trabajadores no tienen por qué soportar la pérdida del poder adquisitivo de sus prestaciones y remuneraciones laborales, por lo cual los patronos públicos y privados que incurran en mora están obligados a actualizar el valor de tales prestaciones y remuneraciones.

*Sin embargo, lo anterior no implica la inconstitucionalidad de la expresión final del inciso, como lo sugiere el Procurador, por cuanto la sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 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 párrafo 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 trabajo¹⁸. (Se resalta)

El Consejo de Estado en **sentencia de unificación de 18 de julio de 2018**¹⁹ precisó además que, en la medida en que la sanción moratoria se constituye en una penalidad severa a quien incumple con determinada obligación, resulta inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa. Esto señaló la Corporación:

183. Desde la óptica del empleado, si bien la sanción moratoria representa una suma de dinero considerable, sucesiva mientras no se produzca el pago de las cesantías; ella ni lo compensa ni lo indemniza por la ocurrencia de la mora del empleador en cumplir con su obligación de dar, puesto que su propósito es procurar el pago oportuno de la prestación social, razón por la cual, no es posible hablar que estamos ante un derecho o una acreencia derivada de la relación de trabajo o de las eventualidades que el empleador ampare en virtud de lo que ordena la ley.

*184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una **penalidad** económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.*

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

¹⁸Corte suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia de 20 de mayo de 1992. Criterio acogido por la Corte Constitucional en las sentencias T-260/94 y T-102/95.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de unificación CE-SUJ2-012-18 de 18 de julio de 2018, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-15).

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.

[...]

188. Adicionalmente, otro argumento que permite descartar la posibilidad de indexar la sanción moratoria, se encuentra en el régimen anualizado previsto en la Ley 50 de 1990 cuando concurren diversas anualidades de mora, en cuyo caso, según el criterio de la jurisprudencia la base para calcularla será el correspondiente al de la ocurrencia del retardo, en donde el salario como retribución por los servicios prestados por el trabajador necesariamente y por definición viene reajustada cada año con los índices de precios al consumidor o en su defecto, con el aumento que disponga el ejecutivo, si se trata de relaciones legales y reglamentarias.

189. Ahora bien, esta situación debe ser mirada desde la óptica de ser una sanción que se causó al constituirse en mora y cesar con el pago de la cesantías, y ese contexto, la sentencia que la reconoce simplemente declara su ocurrencia y la cuantifica, sin que ello implique el incumplimiento de una obligación generada por ministerio de la ley, tratándose de empleados públicos, susceptible de ser ajustada con los índices de precios al consumidor, cuyo propósito es mantener la capacidad adquisitiva y la finalidad que la justifica en el ordenamiento jurídico”.

Posteriormente, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado²⁰, consideró que, cuando termina la causación de la sanción moratoria se consolida una suma total que sí es objeto de ajuste, por lo que sí es procedente reconocer el ajuste de la condena impuesta, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

Lo anterior, se armoniza con la regla expuesta en la sentencia de unificación antes reseñada en cuanto a la improcedencia de la indexación de la sanción moratoria, «sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA». Al respecto, la Subsección precisó la forma en que debe interpretarse la frase consignada en la regla jurisprudencial sentada en la sentencia de unificación en cuanto a la aplicación del artículo 187 del CPACA.

“No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que “[...] Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.[...]”, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1) sí hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2) quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3) aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 26 de agosto de 2019. Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00406-01(1728-18).

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”. (Se resalta).

Esta tesis ha sido refrendada en recientes pronunciamientos, entre ellos en sentencia del 29 de octubre de 2020²¹.

De acuerdo con las sentencias de la Corte Constitucional y Consejo de Estado antes referida, la sanción moratoria busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora y por ello su monto es en general superior a la indexación; sin embargo, cuando termina la causación de la sanción moratoria se consolida una suma total que sí es objeto de ajuste por indexación, por lo que sí es procedente reconocer el ajuste de la condena impuesta, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

En este orden de ideas, la Sala concluye que, mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse; sin embargo cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste por indexación desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

En este sentido, se ordenará la indexación desde el 14 de julio de 2020, fecha en que terminó la causación de la sanción moratoria y se consolidó una suma total, hasta el momento en el que quede ejecutoriada esta sentencia.

6. Prescripción

La sección segunda el Consejo de Estado²² ha sostenido que, la sanción moratoria de la Ley 244 de 1995²³, se encuentra sujeta al término de prescripción previsto en el artículo 151²⁴ del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y que aquel se hace exigible **desde el momento mismo en que se causa la mora**, ello en atención a lo previsto por la Sentencia de Unificación CE-SUJ 004 de 25 de agosto de 2016²⁵.

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. C.P. William Hernández Gómez. Radicación: 70001-23-31-000-2005-00025-01(0800-18)

²² Véase: Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A, Sentencia de 6 de diciembre de 2018, Rad. 2012-00461-01; Sentencia de 7 de noviembre de 2018, Rad. 2013-00683-01; Sentencia de 14 de febrero de 2019, Rad. 2013-0078-01; Sentencia de 22 de noviembre de 2018, Rad. 2014-00363-01; Sentencia de 24 de enero de 2019, Rad. 2012-90134-01; Sentencia de 25 de octubre de 2018, Rad. 2013-00078-01; Sentencia de 31 de octubre de 2018, Rad. 2013-00295-01, C.P.: Gabriel Valbuena Hernández; Sentencia de Sentencia del 5 de abril del 2018. Rad. 08001-23-33-000-2014-00069-01 (2268-2015). C.P. William Hernández Gómez. Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, Sentencia de 6 de diciembre de 2018, Rad. 2014-00650-01; Sentencia de 2014-00164-01, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

²³ « 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.»

²⁴ ARTICULO 151. 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 {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.

²⁵ Consejo de Estado – Sección Segunda, Sentencia de Unificación CE-SUJ004 de 25 de agosto de 2016, Rad. 2011

Y en sentencia del 11 de junio de 2019 la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado reiteró que: “... *la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995²⁶ se encuentra sujeta al término de prescripción trienal previsto en el artículo 151 del CPTYSS y que su exigibilidad se causa desde el momento en que el empleador incurre en mora en el reconocimiento y pago de la prestación aludida...*” (Se resalta).

En el caso de la demandante no operó la prescripción de la sanción moratoria teniendo en cuenta que: i) la sanción moratoria se generó a partir del 10 de julio de 2020; ii) la demandante interrumpió la prescripción con la reclamación presentada el 26 de febrero de 2021²⁷ y (ii) la demanda fue presentada el 11 de agosto de 2021. Por lo tanto, no hay lugar a decretar la prescripción.

7. Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, y teniendo en cuenta que la condena en costas no procede de manera automática, pues tal y como se indica en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, “(...) *solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (...)*”. Siendo así, teniendo en cuenta que en el trámite no se observa que se hayan causado, ni de las partes un actuar temerario, además de la prosperidad parcial, tanto de las pretensiones como de las excepciones, no se condenará en condena en costas.

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

SENTENCIA

Primero. DECLÁRASE parcialmente acreditada la excepción de “*COBRO INDEBIDO DE LA SANCIÓN MORATORIA*” y no fundadas las excepciones “*FALTA DE INTEGRACIÓN DE LITISCONSORCIO NECESARIO - RESPONSABILIDAD DEL ENTE TERRITORIAL*”; “*INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO PARA EL PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA*”, “*INEPTA DEMANDA POR FALTA DE AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD ATINENTE A LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL*” y “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA GENERADA EN EL 2020*” propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. DECLÁRASE LA EXISTENCIA Y NULIDAD del acto administrativo ficto generado con ocasión de la petición radicada por la accionante el 26 de febrero de 2021, acto mediante el cual se negó el reconocimiento de la sanción por pago extemporáneo de

00628-01.

²⁶ « 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.»

²⁷ F. 23-27 Archivo digital: 002Demanda17867.pdf

cesantías.

Tercero: A título de restablecimiento del derecho, **ORDENASE** a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer y pagar a favor de la señora Dora María Ocampo Henao, la sanción por mora contenida en el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo por el periodo comprendido entre el 10 de julio de 2020 inclusive, hasta el 13 de julio de 2020 inclusive. La sanción será liquidada con la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, en el mes de julio de 2020.

Cuarto: **ORDÉNASE** a la entidad demandada INDEXAR las sumas que resulten a favor de la demandante por concepto de sanción moratoria, en los términos señalados en la parte motiva de esta sentencia.

Quinto: La entidad condenada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y pagará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Sexto. Sin condena en costas.

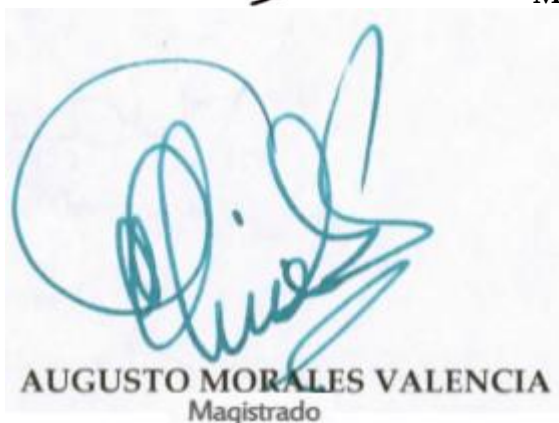
Séptimo. Ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 19 de 2022.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 085

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-23-33-000-2021-00252-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Rubialba Castillo García
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Sala procede a dictar sentencia de primera instancia.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad parcial del acto administrativo 2462-6 del 27 de mayo de 2021, expedido por la Secretaría de Educación de Caldas, en cuanto negó el derecho a la pensión de jubilación.

En consecuencia, se condene a la demandada a que reconozca y pague una pensión de jubilación, equivalente al 75% de los salarios y las primas recibidas, anteriores al cumplimiento del status jurídico de pensionado, es decir a partir de 1º de octubre de 2020. Se ordene que debe dar cumplimiento al fallo que se dicte en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y 195 del CPACA, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las sumas adeudadas y se condene en costas y al pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de los valores adeudados.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, la accionante nació el 1º de octubre de 1965, por lo que tiene más de 55 años; que laboró como docente para el departamento de Caldas - Secretaria de Educación, por contrato de prestación de servicios los años 1993, 1999, 2000, 2001, 2002, y 2003, reconocidas en la sentencia del 28 de noviembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de

Caldas dentro del proceso de radicación 17-001-33-31-008-2011-00015-01.

Que una vez surtidos todos los trámites para el nombramiento, fue vinculada a la docencia oficial el 04 de marzo de 2004 y hasta la fecha de presentación de la demanda, se desempeña como docente oficial en esta entidad. Que solicitó la pensión ordinaria de jubilación, para que le fuera reconocida a partir del 01 de octubre de 2020, fecha en la que completó el status jurídico de pensionada. Que la decisión adoptada por la demandada no se ajusta las disposiciones en que debía fundarse.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Indicó como vulneradas, la Ley 33 de 1985 artículo 1º inciso 2º; Ley 91 de 1989, Artículo 15 Numerales 1 y 2; Ley 60 de 1993. Artículo 6; Ley 115 de 1993. Artículo 115; Ley 100 de 1993. Artículo 279; Ley 812 de 2003. Artículo 81; Decreto 3752 de 2003 artículo 1 y 2.

Luego de realizar una relación cronológica de las normas aplicables a los docentes en la pensión ordinaria de jubilación concluyó que, cuando la Ley 812 de 2003, estableció que el régimen aplicable para los docentes que se encontraban vinculados antes del 26 de junio de 2003, incluyó a quienes fueron vinculados con contratos de prestación de servicios.

2. Pronunciamiento de la entidad demandada

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales se opuso a las pretensiones de la demandante y en cuanto a los hechos señaló que no le constaban, expuso que, en relación con los docentes que se encontraban vinculados al servicio público docente para el 26 de junio de 2003, se les mantiene el régimen prestacional establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812. En cambio, los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de dicha ley, es decir, después del 26 de junio de 2003, tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con todos los requisitos previstos en él, excepción hecha de la edad para pensionarse, la cual se fijó en 57 años para hombres y mujeres.

Formuló la excepción: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”* basada en que, la Entidad no ha actuado con el fin de atentar en contra los derechos laborales de la demandante, por el contrario, los mismos se encuentran debidamente satisfechos y así como tampoco se han violado las disposiciones incoadas por la parte actora, no puede alegarse error o inaplicación de la ley, por lo que no resulta viable el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación sin haber cumplido el lleno de los requisitos.

3. Traslado de las excepciones

La demandante se opuso a la excepción planteada por la demandada señalando que, al estar demostrado que se encontraba vinculada antes del 26 de junio de 2003, incluso con contratos de prestación de servicios reconocidos mediante sentencia, no puede el FNPSM, desconocer el derecho de los aportes realizados antes de esa fecha, los cuales le permiten hacer parte del régimen de transición a que tiene derecho por ser docente del orden nacional.

4. Alegatos de conclusión

La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda y señaló que, en razón a que la demandante ingresó al servicio docente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen que le resulta aplicable para el reconocimiento pensional, es el previsto en la Ley 33 de 1985 y en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969”.

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales reiteró los argumentos expuestos en la contestación a la demanda y señaló que, si bien es cierto en principio el Consejo de Estado a través de la jurisprudencia del 4 de agosto de 2010, había concluido que la base de liquidación debía incluir todos los factores salariales que emerjan de las prestaciones devengadas por la parte actora. También lo es que dicha postura ha cambiado mediante sentencias de unificación del 28 de agosto del 2018 , y del 25 de abril de 2019. Decisiones por medio de las cuales se concluyó que, la sentencia de 4 de agosto de 2010 había desconocido la intención del legislador al expedir las normas que regulaban las prestaciones de los empleados públicos(docentes) y que en todos caso las pensiones de jubilación debían ser reconocidas, liquidadas y pagadas con inclusión en su base de liquidación solo de los factores salariales enlistados en la Ley 33 y 62 de 1985 y en toda cosa teniendo solo aquellos conceptos sobre los cuales se hubieran realizado los aportes a Seguridad Social y pensiones.

El **Ministerio Publico** guardó silencio

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la demanda y su contestación, el asunto se centra en establecer: *¿A la demandante en su calidad de docente le asiste el derecho a la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1989, en cuantía del 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional?*

2. Tesis del Tribunal

A la demandante no le asiste derecho a la liquidación de su pensión conforme a la Ley 33 de 1989, pues su vinculación al servicio de la docencia, ocurrió el 4 de marzo de 2004, esto es, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 -26 de junio de 2003-. La vinculación bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios no otorga la condición de empleado público, así los tiempos laborados por contratos de prestación de servicios sirvan para el computo del tiempo laborado para efectos pensionales. Por otra parte, la accionante tampoco cumple, aún los requisitos de la Ley 100 de 1993 por cuanto no tiene 57 años de edad.

Para fundamentar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) los hechos probados; ii) el régimen pensional aplicable; y iii) el análisis del caso concreto.

3. Lo probado en el proceso

- La accionante nació el 1º de octubre de 1965, de conformidad con el Registro Civil de nacimiento (Fl. 21 C. 1).
- Mediante Resolución 9363-6 del 15 de diciembre de 2014, emitida por la Secretaria de Educación de Caldas, por medio de la cual se da cumplimiento a fallo judicial, se dispuso:

“ARTICULO PRIMERO: RECONOCER a favor de la MARÍA RUBIALBA CASTILLO GARCÍA identificada con C.C. 24.654.793, por concepto de fallo a su favor proferido por autoridades judiciales, las sumas por los conceptos y valores que se relacionan en el considerando número siete de este acto administrativo. Reconocer Personería para actuar al abogado apoderado, en consecuencia Autorizar a la Unidad de Tesorería del Departamento realizar el pago a la señora MARÍA RUBIALBA CASTILLO GARCÍA identificada con C.C. 24.654.793 y en compañía del abogado LUIS ALONSO ARISTIZÁBAL MARÍN C.C. 4.597.967 T.P 80.968 del C.S de la J.

ARTICULO SEGUNDO: AUTORIZAR Y PAGAR a la tesorería del Departamento de caldas para el cumplimiento de la sentencia del 28 de noviembre de 2013 y bajo el radicado número 17001-33-31-008-2011-00015-01, del Tribunal Administrativo de Manizales. Cancelar la suma de POR LOS CONCEPTOS Y LOS VALORES que se relacionan en el cuadro de liquidación y las obligaciones pensionales al FOMAG; a favor de la señora MARÍA RUBIALBA CASTILLO GARCÍA identificada con C.C. 24.654.793, con cargo al rubro 0-0042/1116/2305029815/7010101/120161 “Sentencias y conciliaciones”.

PARÁGRAFO ÚNICO: LA LIQUIDACIÓN DISCRIMINADA EN PARÁGRAFO SIETE SE ENCUENTRA EN FORMATO, EL CUAL SE ANEXA Y HACE PARTE INTEGRAL DEL PRESENTE ACTO ADMINISTRATIVO, POR LO CUAL NO SE HACE NECESARIO LA TRANSCRIPCIÓN DE LOS VALORES PUES EL CUADRO HACE LA DISCRIMINACIÓN RESPECTIVA POR LOS CONCEPTOS, LAS SUMAS Y LOS PORCENTAJES A PAGAR. (...). (Fl. 23-25 C. 1)

- En las consideraciones de la referida resolución se menciona que, el Tribunal Administrativo de Caldas mediante sentencia del 28 de noviembre de 2013 y bajo el radicado 17001-33-31-008-2011-00015-01 revocó parcialmente la sentencia de primera instancia en cuanto declaró de oficio la figura de la prescripción, para en su lugar, condenar al departamento de Caldas a pagar la suma equivalente a las prestaciones sociales legales ordinarias que perciben los empleados públicos docentes del departamento de Caldas en el mismo o similar cargo por la demandante, liquidadas con base a los horarios contractuales por todo el tiempo que prestó sus servicios a la entidad, esto es, en los años 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 y 2003 y autorización 396, sumas que serán ajustadas conforme se estipulo en la sentencia. Que los aportes a pensión serán liquidados con base a los honorarios contractuales por todo el tiempo que la actora prestó sus servicios a la entidad y no con fundamento en el salario mínimo legal mensual vigente, como se habla estipulado en primera instancia. Que al liquidar las sumas dineradas a favor de la demandante, los valores serán ajustados en los términos del artículo 178 del C.C.A.

- Según Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios del Fomag 1881 de 10 de mayo de 2021 la demandante se vinculó al servicio docente mediante Decreto 140 de 27 de febrero de 2004, tomando posesión del cargo el 4 de marzo de 2004, encontrándose aún en servicio activo (Fl 33 C.1).

- La demandante el 29 de abril de 2021 por correo electrónico solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, con el 75% de los salarios y primas percibidas en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada, a partir del 1º de octubre de 2020. (Fls. 43-48 C. 1)

- Mediante Resolución 2462-6 del 27 de mayo de 2021, expedido por la Secretaría de Educación departamental, se negó el reconocimiento de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta que, *“como se colige de los certificados aportados al expediente los periodos servidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, pese a corresponder a periodos laborados a la docencia (según sentencia judicial) y encontrarse afiliado(a) al FOMAG, cesó la relación laboral existiendo solución de continuidad con la actual vinculación laboral, siendo aplicable el régimen correspondiente a su última vinculación al FOMAG por cuanto no se adelantó el trámite de afiliación establecido en los Decretos 196 de 1995 y 3752 de 2003, no encontrándose el Fondo obligado por mandato judicial a reconocimiento prestacional alguno”. “Se encuentra probado que el peticionario ingreso al servicio docente en vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003...”*. (Fls. 49-52 C. 1)

4. Fundamento jurídico

4.1. Régimen pensional aplicable

El artículo 81 de la Ley 812 de 2003, respecto del régimen prestacional aplicable a los docentes, contempló dos eventos:

i) Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.

ii) Para los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019 con el fin de sentar jurisprudencia respecto del ingreso base de liquidación para determinar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fomag, señaló:

“35. Antes de abordar el estudio de los factores que integran el ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación y de vejez de los servidores públicos vinculados al servicio docente, la Sala considera necesario precisar los siguientes aspectos:

- ✓ *Los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, están exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social, por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.*
- ✓ *Al estar exceptuados del Sistema, no son beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como tampoco les aplica el artículo 21 de la citada ley, en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional.*
- ✓ *El régimen pensional para estos docentes está previsto en la Ley 91 de 1989, normativa que no establece condiciones ni requisitos especiales para adquirir la pensión de jubilación, ya que como lo dispuso en el literal B del numeral 2 del artículo 15, gozan del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985.*
- ✓ *De acuerdo con la tesis reiterada de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre el régimen de pensiones para los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio exceptuados del Sistema General de Pensiones, esta clase de servidores públicos no gozan de un régimen especial de jubilación, pues ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 así lo establecieron, y tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994 que ratificó el régimen de jubilación previsto en la Ley 33 de 1985, como norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de 1945 o el Decreto 3135 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones “generales” de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de “especiales”.*
- ✓ *Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres”. (Se resalta).*

Según lo referido, jurisprudencialmente se planteó la importancia de diferenciar cuál es el régimen pensional aplicable a cada docente con observancia de su fecha de vinculación o entrada al servicio público oficial educativo, de suerte que se contemplarían las siguientes opciones:

*La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, así:*

*I) **Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985** para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con **anterioridad** a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.*

*II) **Régimen pensional de prima media** para aquellos docentes que se vincularon **a partir** de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de **57 años** para hombres y mujeres. (Se resalta).*

Adicionalmente, en la referida sentencia de unificación jurisprudencial de 25 de abril de 2019¹, la Sección Segunda del Consejo de Estado fijó el régimen de pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fomag, vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, en los siguientes términos:

“El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985. De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 33 de 1985: “El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”.

49. *Las pensiones de los docentes se liquidan de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.*

50. *El artículo 1º de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional que son : asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio y; iii) la base de liquidación de la pensión, que en todo caso corresponderá a “los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes” .*

(...)

52. *Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.*

53. *La Ley 91 de 1989 estableció en el artículo 8º un esquema de cotizaciones o aportes de la Nación como empleadora, y de los docentes como trabajadores, distinto al de los empleados públicos del orden nacional. En el mencionado artículo 8º, que contiene los recursos con los que se financia el Fomag, se incluyeron en los numerales 1 y 3, el 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo, y el 8% equivalente al aporte de la Nación sobre “los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes”, respectivamente.*

(...)

67. *En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:*

¹ Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019, M.P. César Palomino Cortés

- *Edad: 55 años*
- *Tiempo de servicios: 20 años*
- *Tasa de remplazo: 75%*
- *Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de servicio docente y ii) los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. (...)*

Respecto al segundo grupo de maestros oficiales, conformado por quienes ingresaron al servicio educativo a partir de la Ley 812 de 2003, en el mismo fallo se sostuvo:

*68. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del **régimen pensional de prima media** en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la **edad**, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años². Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.*

69. A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

Así las cosas, de acuerdo con el párrafo transitorio 1º del acto legislativo 1 de 2005, respecto del régimen pensional de los docentes al servicio educativo oficial procede distinguir entre la aplicación de dos sistemas normativos, según las fechas de vinculación del maestro y la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003 (27 de junio), esto es, los conformados por (i) las Leyes 91 de 1985 (letra B del numeral 2 del artículo 15) y 33 de 1985 y (ii) las Leyes 812 de 2003 (artículo 81) y 100 de 1993, las primeras concernientes al régimen de pensión ordinaria de jubilación de los servidores estatales y las segundas atinentes al de prima media con prestación definida del sistema integral de seguridad social.

Por consiguiente, quienes con anterioridad al 27 de junio de 2003 estuviesen vinculados como docentes nacionales, nacionalizados y territoriales tendrán derecho a adquirir la pensión de jubilación de que trata la Ley 33 de 1985, al cumplir 55 años de edad³ y 20 de servicios, en cuantía del 75% de lo cotizado durante el último año de servicios, con inclusión de los factores previstos en el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año.

Por su parte, los educadores que ingresaron con posterioridad a dicha fecha podrán acceder

² La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.

³ A menos que el maestro sea beneficiario del régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985, pues en tal caso le será aplicable la edad pensional prevista en la Ley 6ª de 1945 (50 años, para los educadores territoriales y nacionalizados) y el Decreto 3135 de 1968 (50 años si son mujeres y 55 si son hombres, para los del orden nacional).

a la pensión de vejez contemplada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003), al colmar el número de semanas de cotización establecido en esta última norma y llegar a la edad de 57 años de edad (sin importar el género, pues la Ley 812 de 2003 unificó el requisito de edad para hombres y mujeres), por lo que su liquidación será con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos 10 años de labores (artículo 21 de la Ley 100) y en atención a los factores enunciados en el Decreto 1158 de 1994⁴.

4.2. Reconocimiento del tiempo de servicio prestado a través de contrato de prestación de servicios docente para efectos del reconocimiento de la pensión ordinaria de jubilación

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación jurisprudencial CESUJ2 No. 5 del 25 de agosto de 2016⁵, se refirió al reconocimiento de contrato realidad derivado de la vinculación de docentes a través de contratos de prestación de servicios, en los siguientes términos:

“En lo que se refiere a la vinculación de docentes a través de contratos de prestación de servicios, sea lo primero advertir que el artículo 2 del Decreto ley 2277 de 1979⁴⁰ define como docente a quien ejerce la profesión de educador, es decir, “... el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo”.

Asimismo, les impone la citada normativa una serie de obligaciones y prohibiciones, entre las que se destacan: (i) “Cumplir las órdenes inherentes a sus cargos que les impartan sus superiores jerárquicos”, (ii) “Cumplir la jornada laboral y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias de su cargo” y (iii) no “... abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorización previa”.

(...)

Ahora bien, en relación con las actividades y/o funciones de los docentes temporales y docentes – empleados públicos, en el párrafo primero del artículo 6º de la Ley 60 de 1993⁴⁷ se dispuso un régimen transitorio de seis años, con el objeto de incorporar progresivamente a las plantas de personal a aquellos vinculados por medio de contratos de prestación de servicios, precepto que alentaba la disparidad entre dichos regímenes jurídicos y fue objeto de censura constitucional en la sentencia C-555 de 1994 por infracción al artículo 13 superior, ya que con la citada incorporación progresiva de los “docentes-contratistas” se afianzaba su vocación de permanencia sin discusión alguna y “... la semejanza material de su actividad respecto a la que desempeñan los demás maestros y profesores”, pues de mantenerse la norma, se permitiría una desigualdad material prohibida en la Constitución Política.

⁴ Que prevé los siguientes factores sobre los que se debe efectuar aportes: a) asignación básica mensual, b) gastos de representación; c) prima técnica, cuando sea factor de salario; d) primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor salarial; e) remuneración por trabajo dominical o festivo; f) remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna; y g) bonificación por servicios prestados.

⁵ Radicado núm. 23001233300020130026001 (0088-2015). M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

La Corte Constitucional, en las consideraciones del citado fallo, sostuvo además que la aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, de conformidad con “Las características asociadas a la celebración de contratos administrativos de prestación de servicios con docentes temporales, por las notas de permanencia y subordinación que cabe conferir a la actividad personal que realizan, pueden servir de base para extender a ésta la protección de las normas laborales” .

En sentencia del 13 de febrero de 2020⁶ el Consejo de Estado expuso:

*“Bajo tal entendimiento y dado que en el presente caso la demandante reclama **el computo de los tiempos laborados por contratos de prestación de servicios únicamente para efectos pensionales**, la Sala estima que resulta procedente tal pretensión en forma conjunta o acumulada con la de reconocimiento pensional de la docente⁷, porque su declaración solo tendrá incidencia en cuanto a los aportes pensionales frente a los cuales no opera la prescripción, ni la caducidad, y además, por cuanto la entidad o empresa a cuyo cargo se encuentra el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que legalmente les corresponda.*

Lo anterior no obsta para señalar que debe cumplirse con la carga probatoria que encierra el contrato de prestación de servicios docente, a efectos de establecer con claridad el periodo de inicio y terminación de cada contrato, su objeto, la entidad con la cual se celebró el contrato y la entidad a la cual se efectuaron los aportes pensionales, para efectos de determinar la posibilidad de perseguir la cuota parte pensional y la entidad de previsión o ente responsable de ella”.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 5 de agosto de 2021⁸ ha supeditado el reconocimiento de los tiempos laborados como docente mediante contratos de prestación de servicios para efectos pensionales a que se hubieren realizado los respectivos aportes y/o cotizaciones a pensión durante el tiempo que sostuvo la relación contractual, así:

*“Ahora bien, corresponde entonces a la Sala pronunciarse sobre si los tiempos laborados por la docente mediante contratos de prestación de servicios se pueden tener en cuenta para efectos pensionales. Al respecto esta Sala estima improcedente lo pedido, habida cuenta de que en el plenario **no obra prueba alguna en la que se advierta que la señora Amaya hubiere realizado los respectivos aportes y/o cotizaciones a pensión durante el tiempo que sostuvo la relación contractual.***

En este punto, es menester precisar que el legislador ha impuesto la obligatoriedad de realizar aportes a pensión, a fin de que la entidad de previsión pueda pagar las prestaciones que por ley

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Sentencia de 13 de febrero de 2020. Rad.: 54001-23-33-000-2014-00106-01(0156-15).

⁷ Al tenor del artículo 165 del CPACA se podrán acumular pretensiones cuando el juez pueda conocer de todas, no se excluyan entre sí, no haya operado la caducidad y todas deban tramitarse por el mismo procedimiento.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: César Palomino Cortés. Sentencia de 5 de agosto de 2021. Rad.: 81001-23-33-000-2013-00063-01(4169-14)

*debe reconocer, entre ellas, las pensiones*⁹.

La Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 2019, señaló que el contenido de la sostenibilidad financiera a la que se refiere el artículo 48 de la Constitución se materializa “con la aplicación de las reglas que establece la misma disposición, en particular las relativas a la obligación de realizar aportes, la correspondencia entre la contribución al sistema y la liquidación de la mesada, el establecimiento de topes pensionales, y la prohibición de establecer regímenes especiales. (...) Además, la sostenibilidad exige que “para el conjunto de población protegida por el mismo, se hayan definido las fuentes de financiación de tales prestaciones y se cumplan los requisitos de acceso establecidos por el legislador”. (Subrayado fuera de texto)

*Por su parte, en un caso análogo al presente, esta Subsección manifestó lo siguiente*¹⁰:

“(...) es improcedente el computo del tiempo en que la actora prestó sus labores a través de órdenes de prestación u/o contratos al Departamento de Norte de Santander y al Municipio de Villa del Rosario (años 1988, 1990, 1991 y 1992), pues durante dicho periodo no se evidencia aportes efectivamente cotizados a la seguridad social, los cuales, como ya se dijo, tienen el carácter de parafiscales y son obligatorios, aún antes de la expedición de la misma Ley 100 de 1993, tanto para el empleador como para el empleado y para quienes han suscrito un contrato con el Estado, sin que su pago quede al arbitrio de quienes están en la obligación de efectuarlos, ni llegar a ser objeto de negociación, acuerdo o conciliación. Una vez decretados por la ley, estos aportes deben ser realizados en la forma y tiempo establecidos (...)”. (Se resalta)

4.3. Régimen aplicable cuando la prestación el servicio, anterior a la vigencia de la Ley 812 de 2003 fue por órdenes o contratos de prestación de servicios

Al respecto el Consejo de Estado, ha expuesto lo siguiente¹¹:

“Es importante tener en cuenta, que la actividad que desarrolló la actora es la docencia, a partir de la cual, pretende derivar determinada norma que le asigna un derecho prestacional, para la cual, debe quedar claro que el docente, como el profesional dedicado a la enseñanza a cargo del Estado en los diversos niveles de la educación, corresponde a un verdadero empleado público de naturaleza especial, que tiene una relación laboral legal y reglamentaria, se vincula a través de acto administrativo emitido por la autoridad nominadora competente, y debe tomar posesión de su cargo, conforme lo disponen los artículos 1º y 4º del Decreto Ley 2400 de 1968, en concordancia con el artículo 3º del Decreto Ley 2277 de 1979.

Entonces, la docencia es una profesión adscrita a las actividades permanentes que despliega el Estado en el sector administrativo de la educación, y como tal, quienes la desempeñan tienen la calidad de empleados públicos por definición.

⁹ Sobre el particular, ver la sentencia del 18 de febrero de 2021 con Radicado núm. 81001-23-33-000-2013-00012-02 (4163-2014).

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Expediente 54001-23-33-000-2012-00182-02 (4134-2016), con ponencia de la magistrada Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia de 11 de mayo de 2017, radicado número: 20001-23-33-000-2013-00222-01(1668-15).

En este orden de ideas, es evidente que la vinculación inicial en los términos explicados, se dio el 25 de marzo de 2004, fecha posterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, 27 de junio de 2003, que determina el régimen pensional aplicable.

De acuerdo con la Resolución 000586 del 25 de marzo de 2004 ‘por medio de la cual se nombra provisionalmente a un docente en el Municipio de Valledupar’, la Sala puede ver que la señora (...) se vinculó como docente en provisionalidad en el 2004, laborando en servicio del Centro Educativo (...), de esta manera reforzando lo mencionado a través de la providencia, en el sentido que el régimen aplicable en cuanto a riesgos profesionales es el contenido en la Ley 776 de 2002.

*Por otra parte, si bien es cierto, que el 20 de marzo de 2013, esta Sala, reconoció a la actora el valor de las prestaciones que correspondían a las labores desarrolladas durante los años 2000 al 2002, al declarar la primacía de la realidad sobre la formalidad por los **contratos de prestación de servicio** que en tal periodo celebró, no es menos; que la sentencia que decide **en tales términos respecto de los contratistas de servicios del Estado, no otorga la condición de servidor público, puesto que el ingreso al servicio oficial es una actividad reglada y solemne, ni reconoce salarios ni prestaciones sociales, y porque además lo reconocido se hizo a título de indemnización.***

Además, es pertinente precisar que el fallo también señaló que el tiempo laborado se computaría para efectos pensionales, decisión que debe entenderse exclusivamente para el cumplimiento del requisito de tiempo de servicio alrededor del régimen pensional que le resulte aplicable a la demandante, mas no, para asumir que por ese hecho se declaró la existencia de una relación laboral de naturaleza legal y reglamentaria, que constituye el referente funcional de la actividad docente.

De este modo, una cosa es que el tiempo laborado por prestación de servicios sea tenido en cuenta para efectos pensionales, como quiera que constituye un deber del contratista realizar aportes al sistema de seguridad social, y otra, la condición de empleado público que se obtiene de manera exclusiva con el acto de nombramiento y posterior posesión; a partir de lo cual, pudo constatar la Sala que al momento de entrar en vigencia la Ley 812 de 2003, esto es el 27 de junio de 2003, la demandante no tenía vínculo vigente como docente, y por ende no podía regirse por la norma anterior, tal como recientemente fue concluido por esta Sala:

De acuerdo a ello, se concluye que la actora no logró demostrar su vinculación como docente con anterioridad a lo establecido en la Ley 812 de 2003, razón por la cual el régimen pensional aplicable es el establecido en la Ley 100 de 1993 y normas complementarias, entre éstas la Ley 772 de 2002 en relación con riesgos profesionales, que establece en su artículo 10 que el monto de la pensión de invalidez será del 75% del promedio de lo devengado durante toda la vida laboral; y de esta manera, la Sala confirmará lo decidido en el fallo de primera instancia proferido por el Tribunal Administrativo del Cesar”. (Se destaca).

En sentencia del 5 de marzo de 2021¹² precisó

Revisados los argumentos expuestos para fundamentar la anterior decisión, se observa que el tribunal accionado expuso que las vinculaciones de la docente, anteriores a la vigencia de la Ley 812 de 2003, no podían tenerse en cuenta para efectos de la liquidación de su pensión de invalidez por cuanto fueron por contrato de prestación de servicios y que, en ese sentido, debía entenderse que la vinculación legal y reglamentaria de la señora Chipiaje Rodríguez se produjo a partir del 13 de enero de 2004 hasta el 10 de mayo de 2013.

*La Sala encuentra que es cierto que la mencionada señora fue nombrada, por el término de 3 meses, mediante contrato de prestación de servicios No. 006 del 7 de septiembre de 1998 y con ello, como lo afirmó el tribunal accionado, **no podría tenerse por cumplido el requisito de la existencia de la relación legal y reglamentaria previo a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, dado que ese tipo de vínculo no otorga la condición de empleado público, tal y como lo ha sostenido la Sección Segunda del Consejo de Estado...** (Se destaca).*

Recientemente, en sentencia del 9 de abril de 2021¹³ precisó lo siguiente:

“Ahora bien, en cuanto al desconocimiento del precedente, la accionante alega que en la providencia atacada no se dio aplicación a lo establecido en la sentencia de unificación 260 de 2016, dictada por el Consejo de Estado en el proceso con radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01, la que, a su juicio, hace referencia al régimen pensional y prestacional que corresponde a los docentes vinculados con el Estado bajo la modalidad de prestación de servicios, antes de expedirse la Ley 812 de 2003.

*Al respecto, precisa la Sala que, en la providencia indicada, si bien la Sección Segunda del Consejo de Estado hizo referencia a la labor de los docentes contratistas, lo cierto es que, contrario a lo expuesto por la accionante, **en la misma no se planteó y mucho menos se impuso un régimen pensional y prestacional para los docentes vinculados con el Estado bajo la modalidad de prestación de servicios.***

Lo que allí se unificó fue la tesis jurisprudencial relacionada con el «tema del contrato realidad [...], el ingreso base que ha de tenerse en cuenta para la liquidación de las prestaciones a que haya lugar (asunto que no ha sido delimitado en un fallo de dicha naturaleza) y de la prescripción de los derechos laborales reclamados (dado que existen tesis encontradas de las salas de decisión de esta sección acerca del plazo prescriptivo, así como del momento a partir del cual debe ser contabilizado, y es indispensable fijar reglas frente a este punto)».

Y aunque se reiteró el criterio consolidado de la misma Sección Segunda, sobre la labor del docente contratista, que no es independiente, pues «el servicio se presta de manera personal y subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación», lo cierto es que, tal como se expuso en esa misma decisión, el hecho de que a algunos docentes

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera - Subsección A. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Sentencia de tutela de 5 de marzo de 2021. Rad.: 11001-03-15-000-2020-03966-01 (AC)

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera - Subsección A. C.P.: María Adriana Marín. Sentencia de tutela de 9 de abril de 2021. Rad.: 11001-03-15-000-2020-04418-01 (AC)

vinculados por prestación de servicios se les reconozca en el trámite de un proceso la existencia de un contrato realidad, no quiere decir que adquieren automáticamente la calidad de servidores públicos. Así lo expresó:

No existe discusión en cuanto a que para ostentar la calidad de empleado público es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución, como son que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Adicionalmente se deben cumplir los presupuestos de ley: Nombramiento y Posesión.

El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a, la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.

*Lo anteriormente expuesto concuerda con la tesis esgrimida en la providencia atacada, teniendo en cuenta que esta concluyó que, en el caso concreto, **no podría tenerse a la señora Ávila Barrozo como servidora pública beneficiaria del régimen pensional por invalidez establecido en los artículos 15 de la Ley 91 de 1989 y 23 del Decreto 3135 de 1968, toda vez que su vinculación anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se dio en virtud de un contrato de prestación de servicios.***

Así las cosas, esta Sala no encuentra demostrado el desconocimiento jurisprudencial alegado por la parte actora, frente a la sentencia de unificación 260 de 2016, dictada por el Consejo de Estado en el proceso radicado N° 23001-23-33-000-2013-00260-01.

*Ahora, en cuanto a las sentencias del 19 de enero de 2017, radicado 54001-23-33-000-2012-00180-01 y del 18 de julio de 2018, radicado 68001-23-33-000-2013-00689-01, dictadas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, las cuales, según la accionante, tienen identidad fáctica y jurídica con el caso bajo estudio, **se precisa que las mismas hacen referencia a que el tiempo laborado por prestación de servicios sea tenido en cuenta para efectos pensionales, mas no al régimen pensional aplicable en estos casos anteriores a la Ley 812 de 2003**, razón por la cual tampoco se demostró el desconocimiento del precedente respecto de dichas sentencias, pues en realidad no guardan identidad fáctica ni jurídica con lo que se discutió en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.*

Adicionalmente, cabe anotar que, si bien esta Sala recientemente, en un caso similar¹⁴, revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, accedió a las pretensiones de la demanda, lo cierto es que en esa oportunidad se logró evidenciar que la autoridad judicial accionada había incurrido en defecto fáctico, por no haberle dado el alcance requerido a una prueba que demostraba una vinculación temporal (legal y reglamentaria) de la entonces demandante como docente antes del 27 de junio de 2003 –entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003–, pero no por

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 5 de marzo de 2021, RAD.: 11001-03-15-000-2020-03966-01, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

contrato de prestación de servicios, lo que implicaba que se analizara si el nombramiento que tuvo le había otorgado la condición de empleada pública. En contraste, en el caso bajo estudio no se expuso ni se demostró que la señora Katia Leticia Ávila Barrozo, antes de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, hubiese tenido un vínculo legal y reglamentario con la Secretaría de Educación de Bogotá, sino que, se reitera, dicho vínculo se efectuó bajo la modalidad de contratos u órdenes de prestación de servicios.

De acuerdo a lo actual posición del Consejo de Estado, y que acogerá esta Sala de decisión, la prestación de servicios, anterior a la vigencia de la Ley 812 de 2003 por órdenes o contratos de prestación de servicios no permite afirmar que, por ese hecho se adquiriera la condición de servidor público, ya que el ingreso al servicio oficial es una actividad reglada y solemne.

El tiempo laborado por órdenes o contratos de prestación de servicios se computaría para efectos pensionales, para el cumplimiento del requisito de tiempo de servicio, mas no, para asumir que por ese hecho existió una relación laboral de naturaleza legal y reglamentaria, que constituye el referente funcional de la actividad docente.

5. Caso concreto

5.1. En cuanto al régimen aplicable y el cumplimiento de sus requisitos

De acuerdo con los hechos acreditados y el fundamento jurídico expuesto, encuentra la Sala acreditado que, la demandante prestó sus servicios como docente del departamento de Caldas, registrando al 1º de octubre de 2020, los siguientes tiempos:

Tipo documento aportado	Modalidad	Periodo		Tiempo de servicios
		Desde	Hasta	
Resolución 9363 del 15/12/2014	Orden de prestación de servicios	13/07/1998	1998	5 meses, 18 días
Resolución 9363 del 15/12/2014	Orden de prestación de servicios	09/02/1999	1999	10 meses, 21 días
Resolución 9363 del 15/12/2014	Orden de prestación de servicios	17/03/2000	2000	9 meses, 14 días
Resolución 9363 del 15/12/2014	Orden de prestación de servicios	29/01/2001	2001	11 meses, 2 días
Resolución 9363 del 15/12/2014	Orden de prestación de servicios	04/02/2002	2002	10 meses, 26 días
Resolución 9363 del 15/12/2014	Orden de prestación de servicios	27/01/2003	2003	11 meses, 4 días
Acta de posesión 295	Empleado (docente)	04/03/2004	Activo	16 años, 5 mes, 27 días
Total tiempo				21 años, 4 meses, 22 días

De acuerdo a lo anterior, se encuentra acreditado que, la vinculación de la demandante con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003 – 26 de junio de 2003- se dio a través de **órdenes de prestación de servicios**, que si bien sirven para el computo del tiempo laborado, son situaciones que no son equiparables a la de un servidor público y que no le genera los

derechos propios de una relación legal y reglamentaria, es decir que esa relación no le generó derechos subjetivos ni expectativas legales.

Fue solo a partir de su vinculación mediante Decreto 258 de 15 de marzo de 2004 como docente de la Secretaria de Educación que se forjó el vínculo laboral como servidora pública, es decir, con posterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003 .

Por lo tanto, no puede tenerse a la demandante como servidora pública beneficiaria del régimen pensional establecido en la Ley 91 de 1989 en concordancia con la Ley 33 de 1985, toda vez que su vinculación anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se dio en virtud de varias órdenes de prestación de servicios. En consecuencia se deben negar las pretensiones de la demandante consistente en que se reconozca y pague una pensión de jubilación, equivalente al 75% de los salarios y las primas recibidas, anteriores al cumplimiento del status jurídico de pensionado, es decir a partir del 1º de octubre de 2020.

En ese sentido, se tiene que la demandante en su calidad de docente, con fecha de ingreso posterior a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, esto es, 18 de marzo de 2004, se encuentra regida por lo dispuesto en el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

5.2. Cumplimiento de los requisitos pensionales

Teniendo en cuenta lo anterior, y en aras de verificar si la demandante cumple con los requisitos establecidos en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 9 y subsiguientes de la ley 797 de 2003; esto es, haber cumplido 57 años de edad y haber cotizado 1300 semanas¹⁵ se tiene que:

- La demandante nació el 1º de octubre de 1965, por lo que cumpliría los 57 años el 1º de octubre de 2022.

Por lo tanto se concluye que, la demandante aún no acredita el cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión de vejez, por cuanto aún no ha cumplido la edad requerida.

6. Conclusión

A la demandante no le asiste derecho a la liquidación de su pensión conforme a la Ley 33 de 1989, pues su vinculación al servicio de la docencia, ocurrió el 4 de marzo de 2004, esto es, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2013 -26 de junio de 2003-. La vinculación bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios no otorga la condición de empleado público, así los tiempos laborados por contratos de prestación de servicios sirvan para el computo del tiempo laborado para efectos pensionales.

Por otra parte, la accionante tampoco cumple, aún los requisitos de la Ley 100 de 1993 por

¹⁵ Partiendo de que el mes representa 4.29 semanas y el año tiene 51.42 semanas, las 1.300 semanas divididas entre 51.42= 25.28 años. Lo que equivale a 25 años 4 meses cotizados

17001-23-33-000-2021-00252-00

cuanto no tiene 57 años de edad.

Por las consideraciones expuestas, la Sala declarara probada la excepción de inexistencia del derecho y en consecuencia denegara las pretensiones de la demandante.

7. Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, y teniendo en cuenta que la condena en costas no procede de manera automática, pues tal y como se indica en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, "(...) solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (...)". Siendo así, teniendo en cuenta que en el trámite no se observa que se hayan causado, ni de las partes un actuar temerario, esta Sala no condenará en condena en costas a la parte vencida.

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

FALLA

Primero: Declarar probada la excepción de "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN" formulado por la demandada dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por María Rubialba Castillo García, contra la Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: Negar las pretensiones de la demandante.

Tercero: No se condena en costas en esta instancia.

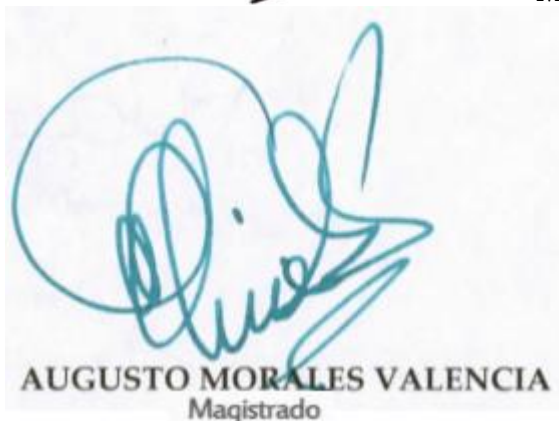
Cuarto: Háganse las anotaciones pertinentes en el programa "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 19 de 2022.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 086

Manizales, veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-23-33-000-2021-00261-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Martha Emma Rojas Díaz
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fomag

La Sala procede a dictar sentencia de primera instancia.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto administrativo 3340-6 del 14 de julio de 2021, expedido por la Secretaría de Educación de Caldas, en cuanto negó el derecho a la cancelación de la pensión de jubilación a los 55 años de edad.

En consecuencia, se condene a la demandada a que reconozca y pague una pensión de jubilación, equivalente al 75% de los salarios y las primas recibidas, anteriores al cumplimiento del status jurídico de pensionado, es decir a partir de 28 de abril de 2019. Se ordene que debe dar cumplimiento al fallo en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y 195 del CPACA, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las sumas adeudadas y se condene en costas y al pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de los valores adeudados.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, la accionante nació el 2 de junio de 1960, por lo que tiene más de 55 años; que laboró como docente a través del Programa de Soluciones educativas del Municipio de Riosucio - Caldas, en la modalidad de hora cátedra el 01 de abril de 1991, en el establecimiento educativo Escuela Rural Mixta Pasmí del municipio hasta noviembre de

17001-23-33-000-2021-00252-00

1991; luego del 01 de febrero de 1992 hasta el 30 de junio de 1992.

Posteriormente fue vinculada como docente por medio de orden de prestación de servicios, en la Institución Educativa Colegio Oficial Mixto de Bonafont del municipio de Riosucio, desde el 11 de abril hasta el 10 de junio de 1994 y desde el 19 de octubre hasta el 09 de diciembre de 1994.

Luego fue vinculada como docente por medio de la Cooperativa del Magisterio Colombiano - Coodemas, en la Institución Educativa Escuela Rural Mixta Sisirra en el municipio de Riosucio, desde el 1º de abril de 1995 hasta el 15 de abril de 1995; desde el 15 de julio de 1996 hasta el 15 de diciembre de 1996; desde el 10 de marzo de 1997 hasta el 20 de junio; del 14 de julio hasta el 28 de noviembre de 1997; desde el 15 de febrero de 1999 hasta el 26 de marzo; desde el 05 de abril hasta el 11 de junio; y desde el 24 de agosto hasta el 03 de diciembre de 1999.

Posteriormente fue vinculada por orden de prestación de servicios, Autorización 1234 del 06 de marzo 2003, en la Secretaría de Educación departamental de Caldas como docente en la institución educativa Escuela Rural San José (Resguardo San Lorenzo) hasta el 30 de diciembre de 2003.

Una vez surtidos todos los trámites para el nombramiento, fue vinculada a la docencia oficial el 01 de marzo de 2004 y hasta la fecha de presentación de la demanda se desempeña como docente oficial en esta entidad.

Que solicitó la pensión ordinaria de jubilación, para que le fuera reconocida a partir del 28 de abril de 2019, fecha en la que completó el status jurídico de pensionada. Que mediante el acto administrativo demandado se negó el reconocimiento pensional.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Indicó como vulneradas, la Ley 33 de 1985 artículo 1º inciso 2º; Ley 91 de 1989, Artículo 15 Numerales 1 y 2; Ley 60 de 1993. Artículo 6; Ley 115 de 1993. Artículo 115; Ley 100 de 1993. Artículo 279; Ley 812 de 2003. Artículo 81; Decreto 3752 de 2003. Artículo 1 y 2.

Luego de realizar una relación cronológica de las normas aplicables a los docentes en la pensión ordinaria de jubilación concluyó que, cuando la Ley 812 de 2003, estableció que el régimen aplicable para los docentes que se encontraban vinculados antes del 26 de junio de 2003, incluyó a quienes fueron vinculados con contratos de prestación de servicios.

2. Pronunciamiento de la entidad demandada

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales no contestó la demanda.

4. Alegatos de conclusión

La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda y señaló que, en razón

a que el demandante ingresó al servicio docente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen que le resulta aplicable para el reconocimiento pensional, es el previsto en la Ley 33 de 1985 y en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales señaló que, si bien es cierto en principio el Consejo de Estado a través de la jurisprudencia del 4 de agosto de 2010, había concluido que la base de liquidación debía incluir todos los factores salariales que emerjan de las prestaciones devengadas por la parte actora. También lo es que dicha postura ha cambiado mediante sentencias de unificación del 28 de agosto del 2018 y del 25 de abril de 2019. Decisiones por medio de las cuales se concluyó que, la sentencia de 4 de agosto de 2010 había desconocido la intensión del legislador al expedir las normas que regulaban las prestaciones de los empleados públicos(docentes) y que en todos caso las pensiones de jubilación debían ser reconocidas, liquidadas y pagadas con inclusión en su base de liquidación solo de los factores salariales enlistados en la Ley 33 y 62 de 1985 y en toda cosa teniendo solo aquellos conceptos sobre los cuales se hubieran realizado los aportes a Seguridad Social y pensiones.

El Ministerio Publico luego de hacer una síntesis de la demanda y el trámite procesal, hizo referencia al régimen pensional de los docentes oficiales, y en cuanto al caso concreto luego de hacer referencia a las pruebas aportadas concluyó que, la demandante se vinculó al servicio docente con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que le es aplicable el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, en concordancia con el artículo 81 de la citada Ley 812. Es por lo anterior que, la situación pensional de la actora no puede resolverse bajo el régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985.

Que, acogiendo la postura sostenida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, en los procesos judiciales promovidos por los docentes oficiales para obtener el reconocimiento pensional, resulta procedente contabilizar el tiempo durante el cual estos prestaron sus servicios al Estado bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación. Que resulta procedente la validación de los tiempos laborados por contratos de prestación de servicios únicamente para efectos pensionales, por cuanto frente a los aportes pensionales no opera la prescripción, ni la caducidad, y, además, por cuanto la entidad a cuyo cargo se encuentra el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de los valores que legalmente les corresponda.

Que la demandante aunque acredita tiempos de servicio laborados en virtud de contratos de prestación de servicios, con anterioridad a la Ley 812 de 2003, no cumple el requisito de tiempo de servicio exigido como docente, toda vez que los períodos de servicio prestados al departamento de Caldas y al municipio de Riosucio que fueron acreditados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 812, no completan el tiempo de 20 años de servicio como docente oficial que se exige para acceder la pensión de jubilación prevista en la Ley 33 de 1985; luego, debe aplicarse a la actora el régimen pensional previsto en la Ley 100 de 1993.

Con fundamento en lo anterior, solicitó negar las pretensiones de la demandante.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la demanda y su contestación, el asunto se centra en establecer: *¿A la demandante en su calidad de docente le asiste el derecho a la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1989, en cuantía del 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional?*

2. Tesis del Tribunal

La demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión ordinaria de jubilación, en su condición de docente oficial, vinculada antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, cumplió con los requisitos previstos en la Ley 33 de 1985, por lo que se ordenará el reconocimiento pensional con base en el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio anterior a la adquisición del estatus pensional, incluyendo únicamente los factores: *asignación básica, la asignación adicional rector 25%, y la bonificación mensual docente*, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

Para fundamentar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) los hechos probados; ii) el régimen pensional aplicable; y iii) el análisis del caso concreto.

3. Lo probado en el proceso

- La accionante nació el 2 de junio de 1960, de conformidad con el Registro Civil de nacimiento (Fl. 26 C. 1).
- De conformidad con el Oficio del 1º de abril de 1991, la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, autorizó a la demandante para laborar en la modalidad de hora catedra, 23 horas semanales, con el fin de satisfacer las necesidades de la Escuela Pasmí del municipio de Riosucio (Fl. 29 C. 1). En febrero de 1992 se autorizó igualmente para laborar mediante el sistema de hora catedra, en la Escuela Pasmí (Fl. 30 C. 1).
- La demandante fue vinculada mediante “orden de prestación de servicios” del 8 de abril de 1994 por la Alcaldía de Riosucio, en el Colegio Oficial Mixto Bonafont - Nocturno del Corregimiento de Bonafont, desde el 11 de abril de 1994 al 10 de junio de 1994 y posteriormente, desde el 19 de octubre de 1994 al 9 de diciembre de 1994. (Fl. 31-32 C. 1).
- La demandante fue vinculada mediante “contrato de prestación de servicios” del 30 de marzo de 1995 por la Cooperativa del Magisterio Colombiano - Coodemas, para prestar sus servicios como docente en el establecimiento educativo Escuela Sisirra del municipio de Riosucio, desde el 1 de abril de 1995 al 15 de diciembre de 1995. (Fl. 33-34 C. 1). Posteriormente fue contratada para prestar sus servicios como docente en la Escuela Rural Mixta La Jagua, desde el 10 de marzo de 1997 al 20 de Junio de 1997 y desde el 14 de Julio de 1997 al 28 de Noviembre de 1997 (Fl. 36-39 C. 1).

- La demandante fue autorizada por Coodemas para prestar sus servicios transitoriamente en el cargo docente *"en el Establecimiento Educativo que le asigne al Secretaria de Educación Municipal"*, del 15 de febrero de 1999 al 26 de marzo de 1999; desde el 5 de abril de 1999 al 11 de junio de 1999 y desde el 24 de agosto de 1999 al 3 de diciembre de 1999. (Fl. 40-42 C. 1).

- De conformidad con la certificación emitida por el Secretario de Educación de Riosucio – Caldas, el 4 de julio de 2002 la demandante laboró *"como Solución Educativa"* en las siguientes instituciones y periodos:

- Escuela Rural Mixta Pasmi, desde el 1 de abril de 1991 hasta noviembre de 1991 laboró en la modalidad de hora cátedra de 23 horas semanales y desde febrero hasta junio de 1992 mediante el sistema hora cátedra de 24 horas semanales.

- Colegio Oficial Mixto Bonafont - Nocturno del Corregimiento de Bonafont, desde el 11 de abril de 1994 al 10 de junio de 1994 y desde el 19 de octubre de 1994 al 9 de diciembre de 1994.

- Escuela Rural Mixta Sisirra, desde el 1 de abril de 1995 al 15 de diciembre de 1995; desde el 12 de febrero de 1996 al 12 de junio de 1996.

- Escuela Rural Mixta La Jagua, desde el 10 de marzo de 1997 al 20 de junio de 1997 y desde el 14 de julio de 1997 al 28 de noviembre de 1997.

- Escuela Rural Mixta Aguas Claras, desde el 15 de febrero de 1999 al 26 de marzo de 1999; desde el 5 de abril de 1999 al 11 de junio de 1999 y desde el 24 de agosto de 1999 al 3 de diciembre de 1999. (Fl. 27 C. 1).

- De conformidad con la certificación emitida por el Secretario de Educación de Riosucio – Caldas, el 4 de julio de 2002, la demandante laboró *"como Solución Educativa"* en las siguientes instituciones:

- Escuela Rural Mixta Sisirra, desde el 17 de abril de 1996 al 12 de junio de 1996 y del 15 de julio de 1996 al 15 de diciembre de 1996. (Fl. 35 C. 1).

- Posteriormente mediante Autorización 1234 del 06 de marzo 2003, de la Secretaria de Educación departamental de Caldas, dirigido al Rector de la institución educativa Escuela Rural San José (Resguardo San Lorenzo) se autorizó a la demandante *"para que preste sus servicios transitoriamente, en el cargo de Licenciada Sociales Grado PU RES DE, Docente tiempo completo, en remplazo de MÁRQUEZ BEDOYA LUZ ELENA..."* se indica que esta autorización solo tiene vigencia por el año 2003, que el pago de los servicios transitorios se hará por reconocimiento mensual, previa certificación de la efectiva prestación del servicio. (Fl. 43 C. 1).

- Según el reporte de semanas cotizadas en pensiones, emitido por Colpensiones el 24 de marzo de 2021, la demandante registró como empleador a la *"COOPERATIVA MULTIACT"*, con cotizaciones interrumpidas desde el 1º de junio de 1995 hasta el 30 de junio de 1998; como independiente del 1º de septiembre de 2001 al 31 de diciembre de 2002; y como empleador Young Ching Ernesto, del 1 de enero de 2003 al 31 de enero de 2003, para un total de 100,86 semanas. (Fl. 44 C. 1).

- Según Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios del Fomag 1889 de 10 de mayo de 2021 la demandante se vinculó al servicio docente mediante Decreto 258 de 15 de marzo de 2004, tomando posesión del cargo el 18 de marzo de 2004, encontrándose aún en servicio activo. Mediante Decreto 1971 de 22 de agosto de 2005 fue encargada como rectora en el Centro Educativo San José. (Fl 45, 48 C.1).

- La demandante el 15 de junio de 2021 por correo electrónico solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, con el 75% de los salarios y primas percibidas en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada, a partir del 28 de abril de 2019. (Fls. 54-62 C. 1)

- Mediante Resolución 3340-6 del 14 de julio de 2021, expedido por la Secretaría de Educación departamental, se negó el reconocimiento de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta que, *“Los certificados aportados al expediente de periodos servidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, como la historia laboral de COLPENSIONES no corresponden a servicios laborados como docente oficial, de igual manera aportó órdenes de prestación de servicios de vinculaciones no laborales, no siendo afiliada al FOMAG...”*. (Fls. 63-67 C. 1)

4. Fundamento jurídico

4.1. Régimen pensional aplicable

El artículo 81 de la Ley 812 de 2003, respecto del régimen prestacional aplicable a los docentes, contempló dos eventos:

i) Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.

ii) Para los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019 con el fin de sentar jurisprudencia respecto del ingreso base de liquidación para determinar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fomag, señaló:

“35. Antes de abordar el estudio de los factores que integran el ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación y de vejez de los servidores públicos vinculados al servicio docente, la Sala considera necesario precisar los siguientes aspectos:

✓ Los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, están exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social, por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

- ✓ *Al estar exceptuados del Sistema, no son beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como tampoco les aplica el artículo 21 de la citada ley, en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional.*
- ✓ *El régimen pensional para estos docentes está previsto en la Ley 91 de 1989, normativa que no establece condiciones ni requisitos especiales para adquirir la pensión de jubilación, ya que como lo dispuso en el literal B del numeral 2 del artículo 15, gozan del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985.*
- ✓ *De acuerdo con la tesis reiterada de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre el régimen de pensiones para los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio exceptuados del Sistema General de Pensiones, esta clase de servidores públicos no gozan de un régimen especial de jubilación, pues ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 así lo establecieron, y tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994 que ratificó el régimen de jubilación previsto en la Ley 33 de 1985, como norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes, reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de 1945 o el Decreto 3135 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones “generales” de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de “especiales”.*
- ✓ *Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres”. (Se resalta).*

Según lo referido, jurisprudencialmente se planteó la importancia de diferenciar cuál es el régimen pensional aplicable a cada docente con observancia de su fecha de vinculación o entrada al servicio público oficial educativo, de suerte que se contemplarían las siguientes opciones:

*La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, así:*

*I) **Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985** para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con **anterioridad** a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.*

*II) **Régimen pensional de prima media** para aquellos docentes que se vincularon **a partir** de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de **57 años** para hombres y mujeres. (Se resalta).*

Adicionalmente, en la referida sentencia de unificación jurisprudencial de 25 de abril de 2019¹, la Sección Segunda del Consejo de Estado fijó el régimen de pensión ordinaria de

¹ Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019, M.P. César Palomino Cortés

jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fomag, vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, en los siguientes términos:

“El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985. De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 33 de 1985: “El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”.

49. *Las pensiones de los docentes se liquidan de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.*

50. *El artículo 1º de la Ley 62 de 1985, establece: i) la obligación de pagar los aportes; ii) los factores que conforman la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado del orden nacional que son : asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio y; iii) la base de liquidación de la pensión, que en todo caso corresponderá a “los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes” .*

(...)

52. *Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.*

53. *La Ley 91 de 1989 estableció en el artículo 8º un esquema de cotizaciones o aportes de la Nación como empleadora, y de los docentes como trabajadores, distinto al de los empleados públicos del orden nacional. En el mencionado artículo 8º, que contiene los recursos con los que se financia el Fomag, se incluyeron en los numerales 1 y 3, el 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo, y el 8% equivalente al aporte de la Nación sobre “los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes”, respectivamente.*

(...)

67. *En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:*

- *Edad: 55 años*
- *Tiempo de servicios: 20 años*
- *Tasa de remplazo: 75%*
- *Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de*

servicio docente y ii) los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. (...)".

Respecto al segundo grupo de maestros oficiales, conformado por quienes ingresaron al servicio educativo a partir de la Ley 812 de 2003, en el mismo fallo se sostuvo:

*68. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del **régimen pensional de prima media** en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la **edad**, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años². Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.*

69. A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

Así las cosas, de acuerdo con el párrafo transitorio 1º del acto legislativo 1 de 2005, respecto del régimen pensional de los docentes al servicio educativo oficial procede distinguir entre la aplicación de dos sistemas normativos, según las fechas de vinculación del maestro y la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003 (27 de junio), esto es, los conformados por (i) las Leyes 91 de 1985 (letra B del numeral 2 del artículo 15) y 33 de 1985 y (ii) las Leyes 812 de 2003 (artículo 81) y 100 de 1993, las primeras concernientes al régimen de pensión ordinaria de jubilación de los servidores estatales y las segundas atinentes al de prima media con prestación definida del sistema integral de seguridad social.

Por consiguiente, quienes con anterioridad al 27 de junio de 2003 estuviesen vinculados como docentes nacionales, nacionalizados y territoriales tendrán derecho a adquirir la pensión de jubilación de que trata la Ley 33 de 1985, al cumplir 55 años de edad³ y 20 de servicios, en cuantía del 75% de lo cotizado durante el último año de servicios, con inclusión de los factores previstos en el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año. Por su parte, los educadores que ingresaron con posterioridad a dicha fecha podrán acceder a la pensión de vejez contemplada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003), al colmar el número de semanas de cotización establecido en esta última norma y llegar a la edad de 57 años de edad (sin importar el género, pues la Ley 812 de 2003 unificó el requisito de edad para hombres y mujeres), por lo que su liquidación será con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos 10 años

² La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.

³ A menos que el maestro sea beneficiario del régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985, pues en tal caso le será aplicable la edad pensional prevista en la Ley 6ª de 1945 (50 años, para los educadores territoriales y nacionalizados) y el Decreto 3135 de 1968 (50 años si son mujeres y 55 si son hombres, para los del orden nacional).

de labores (artículo 21 de la Ley 100) y en atención a los factores enunciados en el Decreto 1158 de 1994⁴.

4.2. En cuanto a la vinculación y el cómputo de tiempos de servicio como docente hora cátedra

Con relación al cómputo del tiempo de servicio docente por hora cátedra, la Corte Constitucional en sentencia C-517 de 1999, advirtió:

“...en ningún caso, esos parámetros de contratación son imputables al docente quien, sin importar la forma como ha de ser vinculado, cumple funciones similares en el campo educativo y, en consecuencia, está obligado a acreditar iguales condiciones de formación y experiencia. Ello, por supuesto, descarta que la ley y las propias instituciones, dentro de la autonomía de que gozan para darse sus propios estatutos, puedan establecer regímenes restrictivos que desconozcan el derecho de los docentes ocasionales y hora cátedra, a percibir las prestaciones sociales reconocidas por el orden jurídico para todos los trabajadores públicos o privados, las cuales deben otorgarse en proporción al tiempo laborado. (...)”.

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 17 de agosto de 2000⁵, respecto de la naturaleza de la vinculación de los docentes en la modalidad de horas y horas cátedra, consideró:

“a) En cuanto a la vinculación por horas y horas cátedra

Las figuras de profesor externo, por horas y por hora cátedra, surgen del desarrollo normativo de un mismo sistema, frente al cual, paulatinamente, el legislador le fue dando connotaciones diferentes, así:

- *El profesor de tiempo completo nombrado además por horas clase, puede ser considerado profesor externo.*

- *La vinculación por horas clase tuvo regulación específica hasta 1982, año en que todavía se fijaron las asignaciones para esta modalidad. Luego se habla de “hora cátedra”, sistema que devino de aquél, sin perjuicio que ya en 1978 se dispusiera que “Las personas que actualmente ocupan cargos docentes de tiempo completo en planteles oficiales, así como las que sean nombradas en el futuro en cargos de esa naturaleza, sólo podrán ejercer, además de uno de dichos empleos, el de profesor externo **por el sistema de hora cátedra** y siempre que los respectivos horarios no se superpongan” pues, como se dejó establecido, la noción de hora clase y de hora cátedra hasta 1986, para el caso, se equiparan en sus efectos y alcances.*

⁴ Que previó los siguientes factores sobre los que se debe efectuar aportes: a) asignación básica mensual; b) gastos de representación; c) prima técnica, cuando sea factor de salario; d) primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor salarial; e) remuneración por trabajo dominical o festivo; f) remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna; y g) bonificación por servicios prestados.

⁵ Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1247 del 17 de agosto de 2000.- Consejero ponente: Flavio Augusto Ramírez Arce.

- *Para la época a que hace alusión la consulta (primeros años de la década de los 70) el profesor de tiempo completo podía ser designado por horas (profesor externo), lo que constituía una excepción a la prohibición de la doble asignación.*
- *Las normas nacionales -decreto 524 de 1975- reconocían el derecho del profesor externo o por horas a disfrutar de vacaciones remuneradas y a devengar prima de navidad, similares a las del personal docente de tiempo completo.*
- *Inicialmente para determinar el valor de la hora clase se tomaron en cuenta los títulos o equivalencias y la preparación del docente (decreto 1457 de 1977).*
- *La vinculación de los docentes de tiempo completo como profesores por hora, no implicaba la existencia de cargos en la planta de personal, por cuanto en la práctica lo que existía era un rubro (partida presupuestal) contra la cual se giraba para cancelar el valor de las horas de clase efectivamente dictadas.*
- *Del sistema hora cátedra empezó a hablarse en el decreto 715 de 1978.*
- *Para 1986, la hora cátedra era la hora clase dictada por un profesional no vinculado a la administración en ninguna jornada o nivel educativo como profesor de tiempo completo.*
- *Desde 1986 la vinculación por el sistema de hora cátedra sólo podía autorizarse hasta por dieciséis (16) horas semanales y por el año lectivo correspondiente.*
- *A partir del decreto 82 de 1995 se dispuso que la vinculación por hora cátedra sólo procedía para prestar el servicio en el Instituto Electrónico de Idiomas, por el respectivo semestre académico. De esta manera desaparecieron las horas cátedra en la enseñanza básica primaria y secundaria.*
- *A partir del decreto 47 de 1998 no se trata el tema de horas cátedra en los niveles mencionados.*

A su turno, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación de 22 de enero de 2015⁶, reconoció la pensión gracia computando el tiempo laborado bajo la modalidad de hora cátedra, así:

“Ahora bien, la Ley 33 de 1985 en el artículo 1º, parágrafo 1º, dispuso lo siguiente:

Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, sólo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda. Radicado 25000-23-42-000-2012-02017-01 (0775-14). Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón.

La precitada norma estableció que para determinar el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación: - Se computará como jornada completa de trabajo docente, aquella compuesta por cuatro (4) horas diarias. - Indicó la fórmula que debía aplicarse para computar dicho tiempo”.

La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 24 de agosto de 2000 indicó que era posible tener en cuenta el verificar para efectos del reconocimiento de la pensión gracia el tiempo de servicio prestado como docente hora cátedra y señaló que para su cálculo se daría aplicación al parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

Posteriormente en sentencia de 8 de agosto de 2003 se ratificó el anterior criterio, para lo cual se concluyó:

*“En lo que tiene que ver con el cómputo de tiempo de servicio que da lugar a **la pensión de jubilación**, el parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 señala que sólo se computaran como jornadas completas de trabajo las de cuatro horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro, el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los del descanso remunerado y de vacaciones conforme a la ley.*

En estas condiciones como el personal docente oficial labora de lunes a viernes y los sábados y los domingos corresponden a días de descanso remunerados, se deberán adicionar estos días, al igual que los días de vacaciones escolares de semana santa (1 semana) y de vacaciones intermedias (4 semanas) de conformidad con el numeral 2º del artículo 3º del Decreto 0174 de 1982 modificado por el artículo 3º del Decreto 1235 de 1982 en armonía con el artículo 58 del Decreto Reglamentario 1860 de 1994.

*Así las cosas, deben entenderse que **cuatro horas diarias de labor académica deberán computarse como una jornada completa de trabajo**, lo que significa que veinte horas semanales suman ochenta mensuales. (...)*

Así las cosas, la Sala considera que no le asiste la razón al Tribunal que negó las súplicas de la demanda porque a su juicio la vinculación como docente externa de hora cátedra comprendido entre los años 1985 y 1993, no tiene incidencia en el reconocimiento de la pensión gracia por cuanto no medió una vinculación laboral con el Departamento de Sucre, en consecuencia se revocará la sentencia apelada para en su lugar entrar a determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del a pensión gracia”. (Se resalta)

Esta postura ha sido reiterada en sentencias del 3 de marzo de 2016⁷ y 30 de noviembre de 2017⁸. En sentencia del 20 de junio de 2019⁹, al analizar la pretensión de reconocimiento de la pensión vitalicia de jubilación, ratificó lo anterior, señalando que:

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Radicado 470012333000201300163 01 (1933-14). Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Radicado 700012333000201300052 01 (3280-14). Consejero ponente: William Hernández Gómez.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Radicado 70001-23-33-000-2014-00005-01 (4533-14). Consejero ponente: Rafael Francisco Suarez Vargas.

“De conformidad con el marco normativo reseñado y del estudio de las pruebas allegadas al expediente, la Sala puede concluir que la condición que ostentó el demandante, como docente de hora cátedra, al servicio del departamento de Sucre fue, sin duda alguna, la de un empleado público.

En efecto, dicha modalidad de prestación de servicios se encuentra reglada expresamente en el ordenamiento legal para el sector docente, el cual, incluso, fija el término, intensidad y monto de la remuneración. El docente por horas no solo desempeñaba su labor en igualdad de condiciones que el de tiempo completo, sino que además tenía un tratamiento prestacional similar. Aún más, su vinculación se efectuaba mediante acto administrativo.

En el caso del actor, las órdenes de autorización laboral por las cuales se vinculó al demandante al sistema de horas cátedra están contenidas en actos administrativos expedidos por el alcalde de Chalán, la primera, y por el gobernador de Sucre, las demás.

Téngase en cuenta, además, que la Secretaría de Educación de Sucre certificó un total de tiempo de servicio de 23 años y 3 meses, periodo en el cual incluyó los lapsos laborados por el actor como docente de hora cátedra.

...

Conforme a los anteriores pronunciamientos y analizadas las disposiciones que han regulado el ejercicio de la docencia bajo la modalidad de hora cátedra, en conjunto con las pruebas aportadas al plenario, la Sala concluye que el tiempo de servicio prestado por el actor como docente de hora cátedra deberá computarse para efectos pensionales. (Se resalta)

En sentencia del 25 de noviembre de 2021¹⁰, al analizar la pretensión de reconocimiento de la mensual vitalicia de jubilación, ratificó lo anterior, señalando que:

“Por consiguiente, esta Subsección acogerá los parámetros trazados en los precedentes jurisprudenciales y en el parágrafo 1 del artículo 1 de la Ley 33 de 1985; y en tal sentido, utilizara la fórmula que prevé que para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, sólo se computarán con jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4)”. (Se resalta)

De acuerdo con lo expuesto, la vinculación de un docente por hora cátedra, le atribuye la condición de empleado público y además, el tiempo laborado se debe computar para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez.

4.3. Reconocimiento del tiempo de servicio prestado a través de contrato de prestación de servicios docente para efectos del reconocimiento de la pensión ordinaria de jubilación

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación jurisprudencial

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Radicado 70001-23-33-000-2016-00260-01(1489-18). Consejero ponente: César Palomino Cortés.

CESUJ2 No. 5 del 25 de agosto de 2016¹¹, se refirió al reconocimiento de contrato realidad derivado de la vinculación de docentes a través de contratos de prestación de servicios, en los siguientes términos:

“En lo que se refiere a la vinculación de docentes a través de contratos de prestación de servicios, sea lo primero advertir que el artículo 2 del Decreto ley 2277 de 1979⁴⁰ define como docente a quien ejerce la profesión de educador, es decir, “... el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo”.

Asimismo, les impone la citada normativa una serie de obligaciones y prohibiciones, entre las que se destacan: (i) “Cumplir las órdenes inherentes a sus cargos que les impartan sus superiores jerárquicos”, (ii) “Cumplir la jornada laboral y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias de su cargo” y (iii) no “... abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorización previa”.

(...)

Ahora bien, en relación con las actividades y/o funciones de los docentes temporales y docentes – empleados públicos, en el párrafo primero del artículo 6º de la Ley 60 de 1993⁴⁷ se dispuso un régimen transitorio de seis años, con el objeto de incorporar progresivamente a las plantas de personal a aquellos vinculados por medio de contratos de prestación de servicios, precepto que alentaba la disparidad entre dichos regímenes jurídicos y fue objeto de censura constitucional en la sentencia C-555 de 1994 por infracción al artículo 13 superior, ya que con la citada incorporación progresiva de los “docentes-contratistas” se afianzaba su vocación de permanencia sin discusión alguna y “... la semejanza material de su actividad respecto a la que desempeñan los demás maestros y profesores”, pues de mantenerse la norma, se permitiría una desigualdad material prohibida en la Constitución Política.

La Corte Constitucional, en las consideraciones del citado fallo, sostuvo además que la aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, de conformidad con “Las características asociadas a la celebración de contratos administrativos de prestación de servicios con docentes temporales, por las notas de permanencia y subordinación que cabe conferir a la actividad personal que realizan, pueden servir de base para extender a ésta la protección de las normas laborales” .

En sentencia del 13 de febrero de 2020¹² el Consejo de Estado expuso:

*“Bajo tal entendimiento y dado que en el presente caso la demandante reclama **el computo de los tiempos laborados por contratos de prestación de servicios únicamente para efectos pensionales**, la Sala estima que resulta procedente tal pretensión en forma conjunta*

¹¹ Radicado núm. 23001233300020130026001 (0088-2015). M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Sentencia de 13 de febrero de 2020. Rad.: 54001-23-33-000-2014-00106-01(0156-15).

o acumulada con la de reconocimiento pensional de la docente¹³, porque su declaración solo tendrá incidencia en cuanto a los aportes pensionales frente a los cuales no opera la prescripción, ni la caducidad, y además, por cuanto la entidad o empresa a cuyo cargo se encuentra el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que legalmente les corresponda.

Lo anterior no obsta para señalar que debe cumplirse con la carga probatoria que encierra el contrato de prestación de servicios docente, a efectos de establecer con claridad el periodo de inicio y terminación de cada contrato, su objeto, la entidad con la cual se celebró el contrato y la entidad a la cual se efectuaron los aportes pensionales, para efectos de determinar la posibilidad de perseguir la cuota parte pensional y la entidad de previsión o ente responsable de ella”.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 5 de agosto de 2021¹⁴ ha supeditado el reconocimiento de los tiempos laborados como docente mediante contratos de prestación de servicios para efectos pensionales a que se hubieren realizado los respectivos aportes y/o cotizaciones a pensión durante el tiempo que sostuvo la relación contractual, así:

*“Ahora bien, corresponde entonces a la Sala pronunciarse sobre si los tiempos laborados por la docente mediante contratos de prestación de servicios se pueden tener en cuenta para efectos pensionales. Al respecto esta Sala estima improcedente lo pedido, habida cuenta de que en el plenario **no obra prueba alguna en la que se advierta que la señora Amaya hubiere realizado los respectivos aportes y/o cotizaciones a pensión durante el tiempo que sostuvo la relación contractual.***

En este punto, es menester precisar que el legislador ha impuesto la obligatoriedad de realizar aportes a pensión, a fin de que la entidad de previsión pueda pagar las prestaciones que por ley debe reconocer, entre ellas, las pensiones¹⁵.

La Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 2019, señaló que el contenido de la sostenibilidad financiera a la que se refiere el artículo 48 de la Constitución se materializa “con la aplicación de las reglas que establece la misma disposición, en particular las relativas a la obligación de realizar aportes, la correspondencia entre la contribución al sistema y la liquidación de la mesada, el establecimiento de topes pensionales, y la prohibición de establecer regímenes especiales. (...) Además, la sostenibilidad exige que “para el conjunto de población protegida por el mismo, se hayan definido las fuentes de financiación de tales prestaciones y se cumplan los requisitos de acceso establecidos por el legislador”. (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, en un caso análogo al presente, esta Subsección manifestó lo siguiente¹⁶:

¹³ Al tenor del artículo 165 del CPACA se podrán acumular pretensiones cuando el juez pueda conocer de todas, no se excluyan entre sí, no haya operado la caducidad y todas deban tramitarse por el mismo procedimiento.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: César Palomino Cortés. Sentencia de 5 de agosto de 2021. Rad.: 81001-23-33-000-2013-00063-01(4169-14)

¹⁵ Sobre el particular, ver la sentencia del 18 de febrero de 2021 con Radicado núm. 81001-23-33-000-2013-00012-02 (4163-2014).

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Expediente 54001-23-33-000-2012-00182-02 (4134-2016), con ponencia de la magistrada Sandra Lisset Ibarra Vélez.

“(…) es improcedente el computo del tiempo en que la actora prestó sus labores a través de órdenes de prestación u/o contratos al Departamento de Norte de Santander y al Municipio de Villa del Rosario (años 1988, 1990, 1991 y 1992), pues durante dicho periodo no se evidencia aportes efectivamente cotizados a la seguridad social, los cuales, como ya se dijo, tienen el carácter de parafiscales y son obligatorios, aún antes de la expedición de la misma Ley 100 de 1993, tanto para el empleador como para el empleado y para quienes han suscrito un contrato con el Estado, sin que su pago quede al arbitrio de quienes están en la obligación de efectuarlos, ni llegar a ser objeto de negociación, acuerdo o conciliación. Una vez decretados por la ley, estos aportes deben ser realizados en la forma y tiempo establecidos (…)”. (Se resalta)

4.4. Régimen aplicable cuando la prestación el servicio, anterior a la vigencia de la Ley 812 de 2003 fue por órdenes o contratos de prestación de servicios

Al respecto el Consejo de Estado, ha expuesto lo siguiente¹⁷:

“Es importante tener en cuenta, que la actividad que desarrolló la actora es la docencia, a partir de la cual, pretende derivar determinada norma que le asigna un derecho prestacional, para la cual, debe quedar claro que el docente, como el profesional dedicado a la enseñanza a cargo del Estado en los diversos niveles de la educación, corresponde a un verdadero empleado público de naturaleza especial, que tiene una relación laboral legal y reglamentaria, se vincula a través de acto administrativo emitido por la autoridad nominadora competente, y debe tomar posesión de su cargo, conforme lo disponen los artículos 1º y 4º del Decreto Ley 2400 de 1968, en concordancia con el artículo 3º del Decreto Ley 2277 de 1979.

Entonces, la docencia es una profesión adscrita a las actividades permanentes que despliega el Estado en el sector administrativo de la educación, y como tal, quienes la desempeñan tienen la calidad de empleados públicos por definición.

En este orden de ideas, es evidente que la vinculación inicial en los términos explicados, se dio el 25 de marzo de 2004, fecha posterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, 27 de junio de 2003, que determina el régimen pensional aplicable.

De acuerdo con la Resolución 000586 del 25 de marzo de 2004 ‘por medio de la cual se nombra provisionalmente a un docente en el Municipio de Valledupar’, la Sala puede ver que la señora (...) se vinculó como docente en provisionalidad en el 2004, laborando en servicio del Centro Educativo (...), de esta manera reforzando lo mencionado a través de la providencia, en el sentido que el régimen aplicable en cuanto a riesgos profesionales es el contenido en la Ley 776 de 2002.

*Por otra parte, si bien es cierto, que el 20 de marzo de 2013, esta Sala, reconoció a la actora el valor de las prestaciones que correspondían a las labores desarrolladas durante los años 2000 al 2002, al declarar la primacía de la realidad sobre la formalidad por los **contratos de***

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia de 11 de mayo de 2017, radicado número: 20001-23-33-000-2013-00222-01(1668-15).

prestación de servicio que en tal periodo celebró, no es menos; que la sentencia que decide en tales términos respecto de los contratistas de servicios del Estado, no otorga la condición de servidor público, puesto que el ingreso al servicio oficial es una actividad reglada y solemne, ni reconoce salarios ni prestaciones sociales, y porque además lo reconocido se hizo a título de indemnización.

Además, es pertinente precisar que el fallo también señaló que el tiempo laborado se computaría para efectos pensionales, decisión que debe entenderse exclusivamente para el cumplimiento del requisito de tiempo de servicio alrededor del régimen pensional que le resulte aplicable a la demandante, mas no, para asumir que por ese hecho se declaró la existencia de una relación laboral de naturaleza legal y reglamentaria, que constituye el referente funcional de la actividad docente.

De este modo, una cosa es que el tiempo laborado por prestación de servicios sea tenido en cuenta para efectos pensionales, como quiera que constituye un deber del contratista realizar aportes al sistema de seguridad social, y otra, la condición de empleado público que se obtiene de manera exclusiva con el acto de nombramiento y posterior posesión; a partir de lo cual, pudo constatar la Sala que al momento de entrar en vigencia la Ley 812 de 2003, esto es el 27 de junio de 2003, la demandante no tenía vínculo vigente como docente, y por ende no podía regirse por la norma anterior, tal como recientemente fue concluido por esta Sala

De acuerdo a ello, se concluye que la actora no logró demostrar su vinculación como docente con anterioridad a lo establecido en la Ley 812 de 2003, razón por la cual el régimen pensional aplicable es el establecido en la Ley 100 de 1993 y normas complementarias, entre éstas la Ley 772 de 2002 en relación con riesgos profesionales, que establece en su artículo 10 que el monto de la pensión de invalidez será del 75% del promedio de lo devengado durante toda la vida laboral; y de esta manera, la Sala confirmará lo decidido en el fallo de primera instancia proferido por el Tribunal Administrativo del Cesar". (Se destaca).

En sentencia del 5 de marzo de 2021¹⁸ precisó

Revisados los argumentos expuestos para fundamentar la anterior decisión, se observa que el tribunal accionado expuso que las vinculaciones de la docente, anteriores a la vigencia de la Ley 812 de 2003, no podían tenerse en cuenta para efectos de la liquidación de su pensión de invalidez por cuanto fueron por contrato de prestación de servicios y que, en ese sentido, debía entenderse que la vinculación legal y reglamentaria de la señora Chipiaje Rodríguez se produjo a partir del 13 de enero de 2004 hasta el 10 de mayo de 2013.

La Sala encuentra que es cierto que la mencionada señora fue nombrada, por el término de 3 meses, mediante contrato de prestación de servicios No. 006 del 7 de septiembre de 1998 y con ello, como lo afirmó el tribunal accionado, no podría tenerse por cumplido el requisito de la existencia de la relación legal y reglamentaria previo a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, dado que ese tipo de vínculo no otorga la condición de empleado público, tal y como lo ha sostenido la Sección Segunda del Consejo de Estado...". (Se

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera - Subsección A. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Sentencia de tutela de 5 de marzo de 2021. Rad.: 11001-03-15-000-2020-03966-01 (AC)

destaca).

Recientemente, en sentencia del 9 de abril de 2021¹⁹ precisó lo siguiente:

“Ahora bien, en cuanto al desconocimiento del precedente, la accionante alega que en la providencia atacada no se dio aplicación a lo establecido en la sentencia de unificación 260 de 2016, dictada por el Consejo de Estado en el proceso con radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01, la que, a su juicio, hace referencia al régimen pensional y prestacional que corresponde a los docentes vinculados con el Estado bajo la modalidad de prestación de servicios, antes de expedirse la Ley 812 de 2003.

*Al respecto, precisa la Sala que, en la providencia indicada, si bien la Sección Segunda del Consejo de Estado hizo referencia a la labor de los docentes contratistas, lo cierto es que, contrario a lo expuesto por la accionante, **en la misma no se planteó y mucho menos se impuso un régimen pensional y prestacional para los docentes vinculados con el Estado bajo la modalidad de prestación de servicios.***

Lo que allí se unificó fue la tesis jurisprudencial relacionada con el «tema del contrato realidad [...], el ingreso base que ha de tenerse en cuenta para la liquidación de las prestaciones a que haya lugar (asunto que no ha sido delimitado en un fallo de dicha naturaleza) y de la prescripción de los derechos laborales reclamados (dado que existen tesis encontradas de las salas de decisión de esta sección acerca del plazo prescriptivo, así como del momento a partir del cual debe ser contabilizado, y es indispensable fijar reglas frente a este punto)».

Y aunque se reiteró el criterio consolidado de la misma Sección Segunda, sobre la labor del docente contratista, que no es independiente, pues «el servicio se presta de manera personal y subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación», lo cierto es que, tal como se expuso en esa misma decisión, el hecho de que a algunos docentes vinculados por prestación de servicios se les reconozca en el trámite de un proceso la existencia de un contrato realidad, no quiere decir que adquieren automáticamente la calidad de servidores públicos. Así lo expresó:

No existe discusión en cuanto a que para ostentar la calidad de empleado público es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución, como son que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Adicionalmente se deben cumplir los presupuestos de ley: Nombramiento y Posesión.

El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a, la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera - Subsección A. C.P.: María Adriana Marín. Sentencia de tutela de 9 de abril de 2021. Rad.: 11001-03-15-000-2020-04418-01 (AC)

*Lo anteriormente expuesto concuerda con la tesis esgrimida en la providencia atacada, teniendo en cuenta que esta concluyó que, en el caso concreto, **no podría tenerse a la señora Ávila Barrozo como servidora pública beneficiaria del régimen pensional por invalidez establecido en los artículos 15 de la Ley 91 de 1989 y 23 del Decreto 3135 de 1968, toda vez que su vinculación anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se dio en virtud de un contrato de prestación de servicios.***

Así las cosas, esta Sala no encuentra demostrado el desconocimiento jurisprudencial alegado por la parte actora, frente a la sentencia de unificación 260 de 2016, dictada por el Consejo de Estado en el proceso radicado N° 23001-23-33-000-2013-00260-01.

*Ahora, en cuanto a las sentencias del 19 de enero de 2017, radicado 54001-23-33-000-2012-00180-01 y del 18 de julio de 2018, radicado 68001-23-33-000-2013-00689-01, dictadas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, las cuales, según la accionante, tienen identidad fáctica y jurídica con el caso bajo estudio, **se precisa que las mismas hacen referencia a que el tiempo laborado por prestación de servicios sea tenido en cuenta para efectos pensionales, mas no al régimen pensional aplicable en estos casos anteriores a la Ley 812 de 2003, razón por la cual tampoco se demostró el desconocimiento del precedente respecto de dichas sentencias, pues en realidad no guardan identidad fáctica ni jurídica con lo que se discutió en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.***

Adicionalmente, cabe anotar que, si bien esta Sala recientemente, en un caso similar²⁰, revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, accedió a las pretensiones de la demanda, lo cierto es que en esa oportunidad se logró evidenciar que la autoridad judicial accionada había incurrido en defecto fáctico, por no haberle dado el alcance requerido a una prueba que demostraba una vinculación temporal (legal y reglamentaria) de la entonces demandante como docente antes del 27 de junio de 2003 –entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003–, pero no por contrato de prestación de servicios, lo que implicaba que se analizara si el nombramiento que tuvo le había otorgado la condición de empleada pública. En contraste, en el caso bajo estudio no se expuso ni se demostró que la señora Katia Leticia Ávila Barrozo, antes de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, hubiese tenido un vínculo legal y reglamentario con la Secretaría de Educación de Bogotá, sino que, se reitera, dicho vínculo se efectuó bajo la modalidad de contratos u órdenes de prestación de servicios.

De acuerdo a lo actual posición del Consejo de Estado, y que acogerá esta Sala de decisión, la prestación de servicios, anterior a la vigencia de la Ley 812 de 2003 por órdenes o contratos de prestación de servicios no permite afirmar que, por ese hecho se adquiriera la condición de servidor público, ya que el ingreso al servicio oficial es una actividad reglada y solemne.

El tiempo laborado por órdenes o contratos de prestación de servicios se computaría para efectos pensionales, para el cumplimiento del requisito de tiempo de servicio, mas no, para asumir que por ese hecho existió una relación laboral de naturaleza legal y reglamentaria, que constituye el referente funcional de la actividad docente.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 5 de marzo de 2021, RAD.: 11001-03-15-000-2020-03966-01, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

5. Caso concreto

5.1. En cuanto al régimen aplicable

De acuerdo con los hechos acreditados y el fundamento jurídico expuesto, encuentra la Sala acreditado que, la demandante prestó sus servicios como docente, en las siguientes modalidades y periodos:

Modalidad	Periodo		Entidad donde laboro y/o presto sus servicios - empleador	Tiempo de servicios
	Desde	Hasta		
Autorización hora catedra 23 H	01-04-1991	30-11-1991	Municipio de Riosucio	8 meses
Autorización hora catedra 24 H	01-02-1992	30-06-1992	Municipio de Riosucio	5 meses
Orden de prestación de servicios	11-04-1994	10-06-1994	Municipio de Riosucio	2 meses
Orden de prestación de servicios	19-10-1994	09-12-1994	Municipio de Riosucio	1 mes, 21 días
Contratista, Coodemas	01-04-1995	15-12-1995	Municipio de Riosucio	8 meses, 15 días
Contratista, Coodemas	12-02-1996	12-06-1996	Municipio de Riosucio	4 meses, 1 día
Contratista, Coodemas	15-07-1996	15-12-1996	Municipio de Riosucio	5 meses, 1 día
Contratista, Coodemas	10-03-1997	20-06-1997	Municipio de Riosucio	3 meses, 11 días
Contratista, Coodemas	14-07-1997	28-11-1997	Municipio de Riosucio	4 meses, 15 días
Contratista, Coodemas	15-02-1999	26-03-1999	Municipio de Riosucio	1 mes, 12 días
Contratista, Coodemas	05-04-1999	11-06-1999	Municipio de Riosucio	2 meses, 7 días
Contratista, Coodemas	24-08-1999	03-12-1999	Municipio de Riosucio	3 meses, 9 días
Empleada - docente	18-03-2004	Activa	Departamento de Caldas	

De acuerdo a lo anterior, se encuentra acreditado que, la vinculación de la demandante con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003 se dio a través de **autorizaciones para laborar en la modalidad de hora catedra**, - desde el 1 de abril de 1991 hasta noviembre de 1991 y desde

febrero hasta junio de 1992- y por contratos y ordenes de prestación de servicios. En cuanto a la primera, como se analizó anteriormente, de conformidad con la reitera jurisprudencia del Consejo de Estado, le atribuye la condición de empleado público y además, el tiempo laborado se debe computar para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, toda vez que:

*“De conformidad con el marco normativo reseñado y del estudio de las pruebas allegadas al expediente, la Sala puede **concluir que la condición que ostentó el demandante, como docente de hora cátedra, al servicio del departamento de Sucre fue, sin duda alguna, la de un empleado público.***

*En efecto, dicha modalidad de prestación de servicios se encuentra reglada expresamente en el ordenamiento legal para el sector docente, el cual, incluso, fija el término, intensidad y monto de la remuneración. El docente por horas no solo desempeñaba su labor en igualdad de condiciones que el de tiempo completo, sino que además tenía un tratamiento prestacional similar. Aún más, su vinculación se efectuaba mediante acto administrativo”.*²¹

En el caso de la actora, las órdenes de autorización laboral por las cuales se al sistema de horas cátedra están contenidas en actos administrativos expedidos por el Secretario de Educación del Departamento de Caldas; además, que la Secretaría de Educación de Riosucio certificó los lapsos laborados por la demandante como docente de hora cátedra.

Conforme a lo expuesto y analizadas las disposiciones que han regulado el ejercicio de la docencia bajo la modalidad de hora cátedra, en conjunto con las pruebas aportadas al plenario, la Sala concluye que, el tiempo de servicio prestado por la actora como docente de hora cátedra le otorgaron la condición de empleado público docente, vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003 –26 de junio de 2003–. En este orden de ideas, el reconocimiento de su pensión de jubilación se encuentra regulado por la Ley 33 de 1985, cuyo artículo 1 dispone:

Artículo 1. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

5.2. Cumplimiento de los requisitos pensionales

Teniendo en cuenta lo anterior, en el expediente se probó que la demandante nació el 2 de junio de 1960, por lo que cumplió 55 años el 2 de junio de 2015.

De acuerdo con las certificaciones expedidas por el Secretario de Educación de Riosucio, el 4 de julio de 2002²² y el Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios del Fomag

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. sentencia del 20 de junio de 2019 Radicado 70001-23-33-000-2014-00005-01 (4533-14). Consejero ponente: Rafael Francisco Suarez Vargas.

²² Fl. 27 y 35 C. 1

17001-23-33-000-2021-00252-00

1889 de 10 de mayo de 2021²³ relacionados en el cuadro anterior, la demandante completó 20 años de servicio el 14 de febrero de 2020, fecha en que se concluye, consolidó el estatus pensional.

Se aclara que, los periodos laborados a través de la modalidad de hora catedra de 23 y 24 horas (es decir, más de 4 horas diarias) y por contratos de prestación de servicios, son tenidos en cuenta para el computo de las semanas de cotización conforme a la jurisprudencia previamente citada.

El periodo reclamado por la demandante entre el 6 de marzo de 2003 y 30 de diciembre de 2003 no será tenido en cuenta, pues si bien se allegó la Autorización 1234 del 6 de marzo de 2003²⁴, expedida por la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, no se aportó el contrato o certificación o prueba que dé cuenta de los tiempos efectivamente laborados; además que, sobre dicho periodo no existe constancia de que se hayan realizado aportes pensionales.

Sobre la carga de la prueba, se reitera que, en sentencia del 13 de febrero de 2020²⁵ expuso:

“Bajo tal entendimiento y dado que en el presente caso la demandante reclama el computo de los tiempos laborados por contratos de prestación de servicios únicamente para efectos pensionales, la Sala estima que resulta procedente tal pretensión en forma conjunta o acumulada con la de reconocimiento pensional de la docente²⁶, porque su declaración solo tendrá incidencia en cuanto a los aportes pensionales frente a los cuales no opera la prescripción, ni la caducidad, y además, por cuanto la entidad o empresa a cuyo cargo se encuentra el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que legalmente les corresponda.

Lo anterior no obsta para señalar que debe cumplirse con la carga probatoria que encierra el contrato de prestación de servicios docente, a efectos de establecer con claridad el periodo de inicio y terminación de cada contrato, su objeto, la entidad con la cual se celebró el contrato y la entidad a la cual se efectuaron los aportes pensionales, para efectos de determinar la posibilidad de perseguir la cuota parte pensional y la entidad de previsión o ente responsable de ella”. (Se resalta)

Y sobre el requisito del pago de aportes de dichos periodos para que sean tenidos en cuenta, el Consejo de Estado afirmó:

“(…) es improcedente el computo del tiempo en que la actora prestó sus labores a través de órdenes de prestación u/o contratos al Departamento de Norte de Santander y al Municipio de Villa del Rosario (años 1988, 1990, 1991 y 1992), pues durante dicho periodo no se

²³ Fl 45, 48 C.1

²⁴ Fl. 43 C. 1

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Sentencia de 13 de febrero de 2020. Rad.: 54001-23-33-000-2014-00106-01(0156-15).

²⁶ Al tenor del artículo 165 del CPACA se podrán acumular pretensiones cuando el juez pueda conocer de todas, no se excluyan entre sí, no haya operado la caducidad y todas deban tramitarse por el mismo procedimiento.

evidencia aportes efectivamente cotizados a la seguridad social, los cuales, como ya se dijo, tienen el carácter de parafiscales y son obligatorios, aún antes de la expedición de la misma Ley 100 de 1993, tanto para el empleador como para el empleado y para quienes han suscrito un contrato con el Estado, sin que su pago quede al arbitrio de quienes están en la obligación de efectuarlos, ni llegar a ser objeto de negociación, acuerdo o conciliación. Una vez decretados por la ley, estos aportes deben ser realizados en la forma y tiempo establecidos (...).²⁷ (Se resalta)

Significa lo anterior que, la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión ordinaria de jubilación, toda vez que, en su condición de docente oficial, vinculada antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, cumplió con los requisitos previstos en la Ley 33 de 1985.

5.3. En cuanto al ingreso base de liquidación

De acuerdo a las pautas jurisprudenciales antes expuestas, este comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: *asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.*

Según Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios del Fomag 1889 de 10 de mayo de 2021 la demandante se encuentra activa, y entre el 1° de enero de 2019 al 30 de abril de 2021 devengó: *asignación básica, prima de navidad, prima de servicios, Asignación adicional Rector 25%, bonificación mensual docente, prima de vacaciones, bonificación pedagógica.* (Fl 35 C.1). Ahora bien, en cuanto a la bonificación mensual, en reciente sentencia proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 31 de octubre de 2019, se estableció que a pesar de que la bonificación de que trata el artículo 1° del Decreto 1566 de 2014, no se halla enumerada dentro del catálogo de factores a que alude el artículo 10 de la Ley 62 de 1985, porque se creó con posterioridad, también es claro que la misma constituye factor salarial para todos los efectos legales.

En efecto, el Decreto 1566 de 2014 consagra:

“ARTÍCULO 1. Créase para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, regidos por el Decreto Ley 2277 de 1979, el Decreto Ley 1278 de 2002 o el Decreto 804 de 1995, y pagados con cargo al Sistema General de Participaciones, una bonificación, que se reconocerá mensualmente a partir del primero (01) de junio de 2014 y hasta el treinta y uno (31) diciembre de 2015, mientras el servidor público permanezca en el servicio.

*La bonificación que se crea mediante el presente Decreto **constituirá factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes.** (Se*

²⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Expediente 54001-23-33-000-2012-00182-02 (4134-2016), con ponencia de la magistrada Sandra Lisset Ibarra Vélez.

destaca)

Dicho decreto a su vez fue derogado, por los Decretos 1272 de 2015, 123 de 2016 y 983 de 2017, 322 de 2018, 1022 de 2019, 298 de 27 de febrero de 2020²⁸ Decreto 965 de 2021 en los cuales se ha previsto aquella bonificación mensual en las vigencias de 2015 a 2021 y en todos, como en el primero de la anunciada normativa, se dispone el carácter salarial de la bonificación para todos los efectos, y ordena que sobre aquella se hagan los aportes de orden legal.

En cuanto a la “*asignación adicional rector 25%*” el Decreto 319 de 2020²⁹, y el Decreto 965 de 2021, que lo derogó, establecen en idénticos términos:

Artículo 11. Asignación adicional para directivos docentes. *Quien desempeñe uno de los cargos directivos docentes que se enumeran a continuación, percibirá una asignación mensual adicional, así:*

- a. Rector de escuela normal superior, el 35%.*
- b. Rector de institución educativa que tenga por lo menos un grado de educación preescolar y los niveles de educación básica y media completos, el 30%,*
- c. Rector de institución educativa que tenga por lo menos un grado del nivel de educación preescolar y la básica completa, el 25%.***
- d. Rector de institución educativa que tenga solo el nivel de educación media completa, el 30%.*
- e. Coordinador de institución educativa, el 20%.*
- f. Director de centro educativo rural, el 10%.*

...

Artículo 14. Condiciones de reconocimiento y pago. *El reconocimiento y pago de las asignaciones adicionales de que trata el presente decreto está sujeto al cumplimiento de las siguientes condiciones:*

- a. El cálculo de cada uno de los porcentajes de las asignaciones adicionales **debe realizarse sobre la asignación básica mensual que le corresponda al respectivo docente o directivo docente**, según lo señalado en el presente Decreto.*
- b. Para el reconocimiento y pago del porcentaje adicional previsto por la oferta de doble y triple jornada, se requiere que hayan contado previamente a su funcionamiento con la autorización de la correspondiente secretaría de educación de la entidad territorial certificada*
- c. Las asignaciones adicionales se tendrán en cuenta, además de lo señalado en el Decreto 691 de 1994 modificado por el Decreto 1158 de 1994, para el cálculo del ingreso base de cotización al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.***
- d. La sola asignación de funciones o encargo sin comisión no da derecho al reconocimiento de las asignaciones adicionales, En el caso de encargo, solo podrá percibir las siempre y cuando el titular del cargo no los devengue.*
- e. En ningún caso la autoridad nominadora podrá incluir en el acto administrativo de nombramiento de un docente o directivo docente alguna de las asignaciones adicionales que*

²⁸ Por el cual se crea una bonificación para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, que se pagan con cargo al Sistema General de Participaciones y otras fuentes de financiación y se dictan otras disposiciones.

²⁹ Por el cual se modifica la remuneración de los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media y se dictan otras disposiciones de carácter salarial para el sector educativo estatal

se determinan en el presente Decreto". (Se resalta)

Entonces, respecto a las condiciones de reconocimiento y pago, el artículo 14 del precitado decreto en sus literales a y c las detalla y se puede interpretar que dicho elemento constituye factor salarial, como quiera que, el mismo debía realizarse "*sobre la asignación básica mensual que le corresponda al respectivo docente o directivo docente*", equiparándose a un sobresueldo. Y adicionalmente, la propia norma indica que esas asignaciones adicionales se tendrían en cuenta para el cálculo del Ingreso Base de Cotización al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Lo anterior, permite concluir que, la nombrada *asignación adicional rector 25%*, remunera el trabajo, constituye factor salarial para todos los efectos legales y debe ser tomada en cuenta para el cálculo del Ingreso Base de Cotización.

5.4. Conclusión

Por las consideraciones expuestas se concluye que, la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión ordinaria de jubilación, en su condición de docente oficial, vinculada antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, cumplió con los requisitos previstos en la Ley 33 de 1985, por lo que se ordenará el reconocimiento pensional con base en el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio anterior a la adquisición del estatus pensional, incluyendo únicamente los factores: *asignación básica, la asignación adicional rector 25%, y la bonificación mensual docente*, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

6. Nulidad y restablecimiento del derecho

Por lo anterior, la Sala accederá parcialmente a las pretensiones de la demandante por lo que, se anulará la Resolución 3340-6 del 14 de julio de 2021, expedida por la Secretaría de Educación del departamento de Caldas y en su lugar se ordenará a la demandada el reconocimiento pensional a favor de la demandante con base en el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio anterior a la adquisición del estatus pensional, en concordancia con lo dispuesto por la Ley 62 de 1985, con efectividad a partir del 15 de febrero de 2020 – día siguiente al cumplimiento de los 20 años de servicios-.

Las sumas a reconocer deberán ser actualizadas a la fecha de la liquidación de la pensión. Así entonces, para efecto del ajuste de la condena, el valor presente (R) se determinará multiplicando el valor histórico (Rh), que es la diferencia dejada de percibir por la demandante por concepto de pensión de jubilación desde la fecha en que ésta se hizo exigible hasta la ejecutoria de la presente sentencia, con inclusión de los reajustes legales correspondientes a dicho período, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el Dane (vigente al último día del mes en que se ejecutorie esta sentencia) por el índice inicial (vigente al último día del mes en que se causó el derecho).

Además, por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional, comenzando desde la fecha de su causación y para

las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

7. Prescripción

No operó la prescripción de las mesadas causadas teniendo en cuenta que: (i) la demandante interrumpió la prescripción con la reclamación presentada el 15 de junio de 2021 (f. 54-62 C. 1) y resuelta mediante el acto demandado, Resolución 3340-6 del 14 de julio de 2021 (Fls. 63-67 C. 1) y (ii) la demanda fue presentada el 12 de octubre de 2021. Por lo tanto, no hay lugar a decretar la prescripción.

8. Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, y teniendo en cuenta que la condena en costas no procede de manera automática, pues tal y como se indica en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, “(...) solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (...)”. Siendo así, y comoquiera que en el trámite no se observa que se hayan causado, ni de las partes un actuar temerario, esta Sala no condenará en condena en costas a la parte vencida.

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

FALLA

Primero: DECLARAR la nulidad de la Resolución 3340-6 del 14 de julio de 2021, emitida por la Secretaría de Educación del departamento de Caldas que negó el reconocimiento de la pensión de jubilación a la demandante.

Segundo: A título de restablecimiento del derecho, **CONDENASE** a la Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer y pagar la pensión de jubilación a la señora Martha Emma Rojas Diaz, identificada con la C.C. 25.058.671, de acuerdo con lo previsto por las Leyes 33 y 62 de 1985. Para el cálculo del monto pensional, la tasa de reemplazo corresponderá al 75% y el IBL al promedio de lo devengado en el último año de servicios anterior a la adquisición del estatus pensional, incluyendo como factores salariales: la asignación básica, la asignación adicional rector 25%, y la bonificación mensual docente, dineros que serán actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el Dane, con efectividad a partir del **15 de febrero de 2020**, día siguiente a la adquisición del estatus pensional.

Tercero: Las sumas que se paguen en favor de la demandante se actualizarán en la forma como se indica en la parte considerativa, a la fecha de la liquidación de la sentencia, de acuerdo al régimen general y se aplicarán sobre las mismas los reajustes de ley.

Cuarto: La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

Quinto: No se condena en costas en esta instancia.

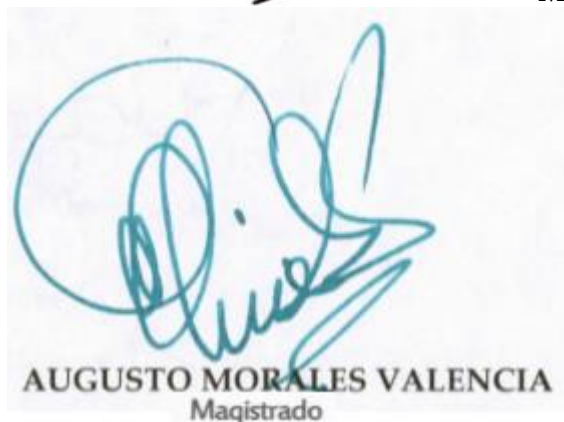
Sexto: Háganse las anotaciones pertinentes en el programa "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 19 de 2022.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

Manizales, veintinueve (29) de marzo de dos mil veintidós (2022).

A.I. 070

Radicado: 17-001-23-33-000-2022-00075-00
Naturaleza: Acción Popular
Demandante: Beatriz Elena Valencia Osorio
Demandado: Agencia Nacional de Infraestructura y otro

Encontrándose a despacho el proceso de la referencia para resolver sí es procedente avocar conocimiento, se advierte que en el proceso de marras, el Despacho del Magistrado Augusto Morales Valencia, dictó providencia declarando la falta de jurisdicción dentro del proceso radicado No. 170012333000-2018-00605-00, el cual fue dirimido por la Corte Constitucional a través de providencia del 9 de diciembre de 2021, asignando la competencia en cabeza de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Así las cosas, se ordena **devolver** el expediente a la Oficina Judicial, para que se efectúe el reparto correctamente toda vez que, el Despacho del Magistrado Augusto Morales Valencia, es el que debe continuar conociendo del proceso del proceso.

CÚMPLASE

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

DOHOR EDWIN VARÓN VÍVAS
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.S.047

Asunto: Despacho Comisorio
Medio de control: Reparación Directa
Radicación: 20-001-23-33-001-2014-00385-01
Demandante: José Agustín Rubiano y otros
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Manizales, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022).

El 18 de marzo de 2022 se recibió por reparto el Despacho comisorio n° 10 del 11 de diciembre de 2018, en el cual el Tribunal Administrativo del Cesar comisiona a esta Corporación para recibir el testimonio del señor José David León Naranjo de acuerdo con lo dispuesto en audiencia inicial celebrada el 21 de noviembre de 2018.

Al respecto, debe anotar este Despacho que además del periodo que ha transcurrido entre la fecha del Despacho comisorio y la asignación por reparto del mismo (3 años y 3 meses), el Código General del Proceso al referirse a la comisión dispone lo siguiente:

***ARTÍCULO 37. REGLAS GENERALES.** La comisión solo podrá conferirse para la práctica de pruebas en los casos que autoriza el artículo 171, para la de otras diligencias que deban surtirse fuera de la sede del juez del conocimiento, y para secuestro y entrega de bienes en dicha sede, en cuanto fuere menester. No podrá comisionarse para la práctica de medidas cautelares extraprocesales.*

La comisión podrá consistir en la solicitud, por cualquier vía expedita, de auxilio a otro servidor público para que realice las diligencias necesarias que faciliten la práctica de las pruebas por medio de videoconferencia, teleconferencia o cualquier otro medio idóneo de comunicación simultánea.

Cuando se ordene practicar medidas cautelares antes de la notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo, a petición y costa de la parte actora y sin necesidad de que el juez lo ordene, se anexará al despacho comisorio una copia del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo, para efectos de que el comisionado realice la notificación personal.

El retiro y entrega de copias de la demanda y sus anexos así como la fecha a partir de la cual debe computarse el término de traslado de la demanda, estará sujeto a lo previsto en el artículo 91 de este código.

Cuando el despacho judicial comitente y el comisionado tengan habilitado el Plan de Justicia Digital, no será necesaria la remisión física de dichos documentos por parte del comitente.

El mismo estatuto procesal en el artículo 171 previó lo siguiente en relación con el juez que debe practicar las pruebas:

ARTÍCULO 171. JUEZ QUE DEBE PRACTICAR LAS PRUEBAS. *El juez practicará personalmente todas las pruebas. Si no lo pudiere hacer por razón del territorio o por otras causas podrá hacerlo a través de videoconferencia, teleconferencia o de cualquier otro medio de comunicación que garantice la inmediación, concentración y contradicción.*

Excepcionalmente, podrá comisionar para la práctica de pruebas que deban producirse fuera de la sede del juzgado y no sea posible emplear los medios técnicos indicados en este artículo.

Es prohibido al juez comisionar para la práctica de pruebas que hayan de producirse en el lugar de su sede, así como para la de inspecciones dentro de su jurisdicción territorial.

No obstante, la Corte Suprema de Justicia podrá comisionar cuando lo estime conveniente.

Las pruebas practicadas en el exterior deberán ceñirse a los principios generales contemplados en el presente código, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales vigentes.

PARÁGRAFO. *La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura podrá autorizar a determinados jueces del circuito para comisionar a jueces municipales para practicar la inspección judicial que deba realizarse fuera de su sede, por razones de distancia, condiciones geográficas o de orden público.*

Así mismo, no puede pasarse por alto que en el marco de la emergencia económica, social y ecológica generada por la epidemia del Covid-19, se expidió el Decreto legislativo 806 de 2020, disposición que si bien es posterior a la fecha de la comisión (diciembre de 2018) también lo es que a la fecha de

reparto del presente trámite (marzo de 2022) resulta aplicable en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Por ello, es preciso citar lo dispuesto en la normativa mencionada respecto del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión de los procesos judiciales y asuntos en curso:

Artículo 2. Uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Se deberán utilizar las tecnologías de la información y de las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales y asuntos en curso, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, como también proteger a los servidores judiciales, como a los usuarios de este servicio público.

Se utilizarán los medios tecnológicos para todas las actuaciones, audiencias y diligencias y se permitirá a los sujetos procesales actuar en los procesos o trámites a través de los medios digitales disponibles, evitando exigir y cumplir formalidades presenciales o similares, que no sean estrictamente necesarias.

Por tanto, las actuaciones no requerirán de firmas manuscritas o digitales, presentaciones personales o autenticaciones adicionales, ni incorporarse o presentarse en medios físicos.

Las autoridades judiciales darán a conocer en su página web los canales oficiales de comunicación e información mediante los cuales prestarán su servicio, así como los mecanismos tecnológicos que emplearán.

En aplicación de los convenios y tratados internacionales se prestará especial atención a las poblaciones rurales y remotas, así como a los grupos étnicos y personas con discapacidad que enfrentan barreras para el acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones, para asegurar que se apliquen criterios de accesibilidad y se establezca si se requiere algún ajuste razonable que garantice el derecho a la administración de justicia en igualdad de condiciones con las demás personas.

Parágrafo 1. Se adoptarán todas las medidas para garantizar el debido proceso, la publicidad y el derecho de contradicción en la aplicación de las tecnologías de la información y de las comunicaciones.

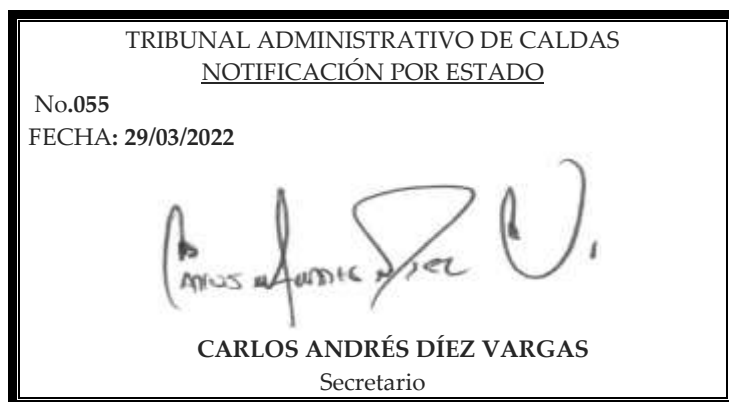
Para el efecto, las autoridades judiciales procurarán la efectiva comunicación virtual con los usuarios de la administración de justicia y adoptarán las medidas pertinentes para que puedan conocer las decisiones y ejercer sus derechos.

Parágrafo 2. Los municipios, personerías y otras entidades públicas, en la medida de sus posibilidades, facilitarán que los sujetos procesales puedan acceder en sus sedes a las actuaciones virtuales.

De acuerdo con lo anterior, se advierte por este Magistrado que en el presente asunto, en virtud de las actuales disposiciones en materia de uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, el juez que debe practicar las pruebas es el Tribunal Administrativo del Cesar por ser el Despacho que conoce del proceso de reparación directa de la referencia Por tal razón se dispone que por la Secretaría de esta Corporación se devuelvan inmediatamente las diligencias al Magistrado del Tribunal Administrativo del Cesar, Doctor Oscar Iván Castañeda Daza, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y Cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



Firmado Por:

Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas

Exp. **20-001-23-33-001-2014-00385-01**

validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto
reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**120d40747fc6b278675de1925e9e06961fc02284e31fa0cffcb7a2
2056ec89d9**

Documento generado en 28/03/2022 02:25:57 PM

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

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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

A.I. 62

Asunto: Modifica Auto y da traslado de alegatos
Medio de control: Ejecutivo
Radicación: 17001-23-33-000-2017-00432-00
Demandante: Francisco Joel Àngel Gómez
Demandados: Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones

Manizales, marzo veintiocho (28) de dos mil veintidós (2022).

Antecedentes

Una vez vencido el término de traslado de excepciones por auto del 25 de febrero se 2022 se fijó fecha de audiencia inicial en aplicación al artículo 443 el CGP. Así mismo se decretaron las pruebas documentales aportadas en el expediente¹.

Asunto

Sobre el particular, es procedente señalar que con la entrada en vigencia de la Ley 2080 de 2021, modificatoria del CPACA, permitió en casos específicos dictar audiencia anticipada antes de la audiencia inicial.

Entonces, en atención a los ordenamientos legales dispuestos en la entrada en vigencia de la Ley 2080 del 2021 que reformó el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es procedente darle el trámite correspondiente en este asunto.

Una vez revisado el expediente se observa que no solicitaron pruebas que se deban decretar, y las aportadas fueron agregadas al expediente conforme al auto en mención.

Corolario de lo anterior, se tiene que en aplicación al artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 182 A del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece los eventos donde es viable dictar sentencia anticipada por escrito, sin que se deba practicar la audiencia inicial, cuando se presente lo siguiente:

“(…) Artículo 42. Adiciónese a la Ley 1437 de 2011 el artículo 182A, el cual será del siguiente tenor:

Artículo 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:

¹ Expediente digital 71AutoFijaFechaAudienciaInstruccionJuzgamiento pág. 3

1. Antes de la audiencia inicial:

- a) *Cuando se trate de asuntos de puro derecho;*
- b) *Cuando no haya que practicar pruebas;*
- c) **Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento;**
- d) *Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles.*

El juez o magistrado ponente, mediante auto, se pronunciará sobre las pruebas cuando a ello haya lugar, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso y fijará el litigio u objeto de controversia.

Cumplido lo anterior, se correrá traslado para alegar en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de este código y la sentencia se expedirá por escrito. (...)

Parágrafo. En la providencia que corra traslado para alegar, se indicará la razón por la cual dictará sentencia anticipada. *Si se trata de la causal del numeral 3 de este artículo, precisará sobre cuál o cuáles de las excepciones se pronunciará. Surtido el traslado mencionado se proferirá sentencia oral o escrita, según se considere. No obstante, escuchados los alegatos, se podrá reconsiderar la decisión de proferir sentencia anticipada. En este caso continuará el trámite del proceso. (...)" rft.*

A su vez el artículo 173 del Código General del Proceso, indica que las pruebas deben ser aportadas dentro de las oportunidades procesales; mismas sobre las cuales el funcionario judicial debe pronunciarse.

Conforme a los preceptos legales señalados se tiene que es viable dictar sentencia anticipada cuando se trate de asuntos de puro derecho, no haya que practicar pruebas, solo se aporten pruebas y no se formule tacha o desconocimiento, o las pruebas sean impertinentes, inconducentes o inútiles, lo que permite la incorporación de las pruebas al proceso, y decidir de fondo sobre el objeto del asunto.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Despacho se pronunciará sobre los aspectos procesales así:

1. Saneamiento:

Analizadas las etapas previamente adelantadas dentro del asunto, no se observa algún vicio o situación que deba ser objeto de saneamiento.

De tal suerte que, ejecutoriada esta actuación, mientras no se trate de situaciones presentadas con posterioridad, no se podrá alegar vicio alguno respecto de las actuaciones surtidas.

2. Fijación del litigio

Por consiguiente, conforme a los hechos las pretensiones de la demanda, la contestación de la misma, y las pruebas aportadas, el litigio se contraerá de la siguiente manera:

En el presente caso se plantearon los siguientes problemas jurídicos:

¿Se ha presentado la prescripción de los derechos reconocidos en la sentencia judicial que constituye título ejecutivo en el presente asunto o en su defecto ha prescrito la acción ejecutiva para su cobro?

En caso negativo; ¿Existió un pago total, parcial o no por parte de COLPENSIONES a favor de la parte ejecutante, respecto de la condena impuesta en la sentencia judicial base de cobro ejecutivo?

3. Alegatos de Conclusión.

En consecuencia, en aplicación de lo literales b y c del numeral 1 del artículo 182 A de la Ley 2080 de 2021 que adicionó el CPACA, se dictará sentencia anticipada por escrito, al reunir los requisitos establecidos en la norma. En virtud de lo anterior, se ordenará previamente correr traslado de alegatos por el término de diez (10) días de conformidad con el numeral 2 del artículo en cita.

Por lo anterior, se modificará el auto que fijó audiencia inicial, de acuerdo a lo indicado.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

Primero. Modificar el auto del 25 de febrero de 2022, de acuerdo a lo expuesto en este proveído.

Segundo. Prescindir de la audiencia inicial con el fin de proceder a emitir fallo por escrito de conformidad en el artículo 182A de la Ley 2080 de 2021.

Tercero. Tener por decretadas las pruebas documentales al expediente digital allegadas con la demanda y el expediente administrativo aportado.

Cuarto. Correr traslado a las partes y al Agentes el Ministerio Público por el término común de diez (10) días de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 182A de la Ley 2080 de 2021, para presentar los alegatos de conclusión.

Notifíquese y cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS**

**NOTIFICACIÓN POR ESTADO
ELECTRÓNICO**

No. **055**
FECHA: **29/03/2022**

Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL: Informo al Señor Magistrado, que correspondió por reparto el presente proceso; está pendiente de admitir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia. Pasa a despacho el expediente para resolver.

Marzo 28 de 2022.



CARLOS ANDRÉS DIEZ VARGAS
Secretario.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 17001-33-39-005-2016-00284-02
Demandante: MARIA ROSMIRA OSORIO ARIAS
Demandado: U.G.P.P



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Unitaria

Manizales, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022)

A.S. 075

De conformidad con lo estipulado en los numerales 3 y 4 del artículo 247 del CPACA, (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el 02 de noviembre de 2021 (Archivo PDF 62 Expediente digital), al haberse interpuesto de manera oportuna, toda vez que el memorial se recibió vía correo electrónico el 24 de noviembre de 2021 (Archivo PDF 64 del ED), es decir dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia (10-11-2021).

Vencido el término de ejecutoria del auto admisorio del recurso de apelación y en el caso de no allegarse por las partes solicitudes, práctica o decreto de pruebas, pasa el expediente a despacho para dictar sentencia.

Notifíquese personalmente al Señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, a las cuales se le enviará el mensaje de datos según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

Notifíquese y cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS**

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 055

FECHA: 29/03/2022

CONSTANCIA SECRETARIAL: Informo al Señor Magistrado, que correspondió por reparto el presente proceso; está pendiente de admitir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia. Pasa a despacho el expediente para resolver.

Marzo 28 de 2022.



CARLOS ANDRÉS DIEZ VARGAS
Secretario.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 17001-33-39-005-2018-00557-02
Demandante: ESTELLA PALACIO MUÑOZ
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y OTRO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Unitaria

Manizales, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022)

A.S. 076

De conformidad con lo estipulado en los numerales 3 y 4 del artículo 247 del CPACA, (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el 10 de junio de 2021 (Archivo PDF 16 Expediente digital), al haberse interpuesto de manera oportuna, toda vez que el memorial se recibió vía correo electrónico el 24 de junio de 2022 (Archivo PDF 18 y 19 del ED), es decir dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia (22-06-2021).

Vencido el término de ejecutoria del auto admisorio del recurso de apelación y en el caso de no allegarse por las partes solicitudes, práctica o decreto de pruebas, pasa el expediente a despacho para dictar sentencia.

Notifíquese personalmente al Señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, a las cuales se le enviará el mensaje de datos según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

Notifíquese y cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS**

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 055

FECHA: 29/03/2022

CONSTANCIA SECRETARIAL: Informo al Señor Magistrado, que correspondió por reparto el presente proceso; está pendiente de admitir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia. Pasa a despacho el expediente para resolver.

Marzo 28 de 2022.



CARLOS ANDRÉS DIEZ VARGAS
Secretario.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 17001-33-39-005-2019-00380-02
Demandante: BERLEY BEDOYA CUPITRA
Demandado: COLPENSIONES



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Unitaria

Manizales, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022)

A.S. 077

De conformidad con lo estipulado en los numeral 3 y 4 del artículo 247 del CPACA, (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el 16 de noviembre de 2021 (Archivo PDF 30 Expediente digital), al haberse interpuesto de manera oportuna, toda vez que el memorial se recibió vía correo electrónico el 07 de diciembre de 2021 (Archivo PDF 32 del ED), es decir dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia (24-11-2021).

Vencido el término de ejecutoria del auto admisorio del recurso de apelación y en el caso de no allegarse por las partes solicitudes, práctica o decreto de pruebas, pasa el expediente a despacho para dictar sentencia.

Notifíquese personalmente al Señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, a las cuales se le enviará el mensaje de datos según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

Notifíquese y cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS**

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 055

FECHA: 29/03/2022

CONSTANCIA SECRETARIAL: Informo al Señor Magistrado, que correspondió por reparto el presente proceso; está pendiente de admitir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia. Pasa a despacho el expediente para resolver.

Marzo 28 de 2022.



CARLOS ANDRÉS DIEZ VARGAS
Secretario.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 17001-33-39-008-2020-00262-02
Demandante: LUIS GUSTAVO ARBELAEZ AGUDELO
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y OTROS



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Unitaria

Manizales, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2022)

A.S. 078

De conformidad con lo estipulado en los numerales 3 y 4 del artículo 247 del CPACA, (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 29 de noviembre de 2021 (Archivo PDF 12 Expediente digital), al haberse interpuesto de manera oportuna, toda vez que el memorial se recibió vía correo electrónico el 13 de diciembre de 2021 (Archivo PDF 15 del ED), es decir dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia (01-12-2021).

Vencido el término de ejecutoria del auto admisorio del recurso de apelación y en el caso de no allegarse por las partes solicitudes, práctica o decreto de pruebas, pasa el expediente a despacho para dictar sentencia.

Notifíquese personalmente al Señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, a las cuales se le enviará el mensaje de datos según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

Notifíquese y cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS**

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 055

FECHA: 29/03/2022

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, veintiocho (28) de marzo del dos mil veintidós (2022)

Auto Interlocutorio 066

Medio de Control : Popular (Protección de los derechos e intereses Colectivos)
Radicado : 170012333002022-00078-00
Demandante : Martha Lucía Micolta González y otros
Demandado : Corpocaldas – Municipio de Manizales – Constructora las Galias

Asunto

Procede el Despacho a resolver sobre la admisión de la demanda de la referencia, en atención al auto que declaró la falta de competencia proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales¹.

Antecedentes

La señora Martha Lucía Micolta González y María Rubiela Martínez de Álzate instauran acción popular en contra de Corporación Autónoma Regional de Caldas Corpocaldas, Municipio de Manizales y Constructora las Galias, por la presunta vulneración de los derechos colectivos consagrados en lo literales a), c), d) y e) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998 con ocasión a la concesión de las licencias de construcción y ejecución de obras civiles en la ladera ambiental (contigua al cerro de oro).

Consideraciones

Antes de decidir sobre la admisión del medio de control de la referencia y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 144 y numeral 4 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, por remisión expresa del artículo 44 de la Ley 472 de 1998. Se concede a la parte actora, un término de tres (03) días, so pena de rechazo, conforme lo prevé el artículo 20 ibídem; para que corrija la demanda, los siguientes aspectos:

¹ Expediente digital 003remiteporcompetencias.pág. 3

1. Deberá allegar el requisito de reclamación administrativa, frente a las entidades accionadas; de acuerdo a los hechos y pretensiones de la demanda, mismas que no militan en los escritos aportados.
2. Deberá aportar todas las pruebas que pretendan hacer valer.

Por lo brevemente expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: INADMITIR la demanda de la referencia, por los motivos expuestos.

SEGUNDO: ORDENAR corregir la demanda en el término de tres (03) días, subsanando los defectos de los que adolece enunciados en la parte considerativa del presente proveído

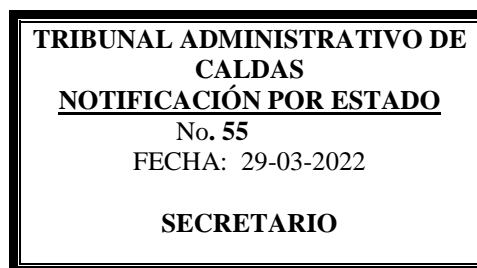
TERCERO: NOTIFÍQUESE la providencia conforme lo prevé el artículo 201 del CPACA.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS



Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

A.I. 64

Asunto: Auto decide excepciones
Medio de control: Reparación Directa
Radicación: 17001-23-33-000-2013-00245-00
Demandante: Ana Cecilia Jaramillo Arango y Otros
Demandados: Nación Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Ministerio de Transporte- Dirección Territorial del Departamento de Caldas- Instituto Nacional Inviás- Municipio de Manizales- Sociedad Expreso Bolivariano S.A.

Acumulación procesos: 17001333300420130032900
17001333300220130036100

Demandante (s) radicado (2013-00329): Yolanda Cespedes, Jowraion Cardona Muñoz y otros

Demandante (s) radicado (2013-361): Oscar González Franco – Oscar Fabian González Castro – Andrés Mauricio González Castro y otros

Llamados en Garantía: Aseguradora QBE Seguros S.A - La previsorora S.A. Compañía de Seguros - Seguros Generales Suramericana S.A. - Compañía Mundial de Seguros S.A - Compañía de Seguros a Liberty Seguros S.A

Manizales, marzo veintiocho (28) de dos mil veintidós (2022).

Asunto

Antes de proceder a resolver las excepciones previas o mixtas formuladas por las accionadas y las llamadas en garantía, el Despacho procede a realizar las siguientes precisiones.

A través del auto proferido el pasado 01 de octubre de 2018, se ordenó decretar la acumulación de los procesos identificados con los radicados 17001333300420130032900 y 17001333300220130036100, del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, con el proceso que se adelanta con radicado

170012333004201300245, que se tramita en este Despacho¹.

Inconforme con la decisión el Municipio de Manizales, interpuso recurso de reposición contra la citada decisión, coadyuvada por la parte actora (2013-245). Posteriormente a través del auto proferido el pasado 9 de febrero de 2021², se ordenó no reponer el auto recurrido.

Conforme a lo indicado en el oficio 1316 del 12 de septiembre de 2017³, expedido por la Secretaría del Juzgado Cuarto Administrativo, los procesos acumulados se encuentran pendientes para fijar audiencia inicial conforme lo prevé el artículo 180 del CPACA.

A su vez, se tiene que los procesos digitales en mención fueron remitidos a este Despacho de acuerdo al oficio del 4 de junio del año 2021, para ser incorporados al expediente digital.

En este sentido, atendiendo que los procesos se encuentran en la misma etapa procesal se procederá a resolver las excepciones previas o mixtas propuestas por las partes accionadas y llamadas en garantía. En aplicación al artículo 175 del CPACA, modificado el artículo 38 de la Ley 2080 del 2021, se procederá a su resolución antes de celebrar la audiencia inicial conforme lo prevén los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso.

Antecedentes

Las demandas fueron admitidas y debidamente notificadas a las partes accionadas y llamadas en garantía, contestaron dentro del término oportuno y propusieron los siguientes medios exceptivos, para cada uno de los procesos de la siguiente manera:

1. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

➤ Proceso de radicación 2013-245-00 - 2013-261-004 - 201300329-004:

- **Nación Ministerio de Defensa Policía Nacional^{5,6}:** Indicó que la entidad no tenía conocimiento de la inminencia de la avalancha que provocaría la quebrada la “Mula”, ni cuenta con equipos que permitieran predecir el momento exacto de la ocurrencia del hecho. Además, que dentro de sus funciones no está el mantenimiento y conservación de obras públicas⁷.

➤ Proceso de radicación 2013-245:

¹ 08Cuaderno1G.pdf pág. 129

² 08Cuaderno1G.pdf pág. 175

³ 08Cuaderno1G.pdf pág. 82

⁴ Expediente digital 14Acumulado17001333300420160026100

⁵ Expediente digital 03Cuaderno1B.pdf pág. 34y ss

⁶ Expediente digital 14Acumulado17001333300420160026100- 01C1fLS1A343.pdf. pág. 90

⁷ Expediente digital 03Cuaderno1B.pdf pág. 71y ss

- **Municipio de Manizales⁸**: Expuso que conforme al Decreto 1735 de 2001, el lugar donde ocurrieron los hechos está bajo la responsabilidad del Invías, toda vez que es el encargado de realizar el mantenimiento sobre dicho sector del siniestro y no del ente territorial⁹.
- **Proceso de radicación 2013-245 y 2013-261^{10- 11}**:
 - **Nación Ministerio de Transporte – Dirección Territorial¹²**: Preciso que no existe una relación de causalidad entre la omisión por los hechos respecto a las funciones ejercidas por la entidad y el daño antijurídico producido, esto es, por el accidente de tránsito presuntamente ocurrido por la falta de mantenimiento vial.
 - **Sociedad Expreso Bolivariano S.A.¹³**: Preciso que el llamado a indemnizar a los accionantes, la debe asumir el Instituto Nacional de Vías Invías, por conforme a sus funciones. Por ello, considero que la empresa Expreso Bolivariano es otra víctima por los hechos ocurridos el 13 de abril de 2011¹⁴.
 - **Sociedad Estudios Técnicos S.A.S, y Paulo Emilio Bravo Consultores S.A.¹⁵. (Consortio ETSA-PEBSA)**: Explicó que no existe ningún fundamento legal que los vincule por alguna acción u omisión en los hechos y causas del fallecimiento de la señora Ángela María Jaramillo; por ende, hace improcedente la demanda en su contra¹⁶.
- **Excepción de Falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por las llamadas en garantía**
 - **Proceso de radicación 2013-245 y 2013-261¹⁷**:
 - **Aseguradora QBE Seguros S.A.18- llamada en garantía por Expreso Bolivariano**: Expuso que la responsabilidad por los hechos ocurridos se encuentra radicada en la entidad INVIAS, quien ejerce las acciones para el mantenimiento y adecuación de la vía. Y por su parte la empresa Expreso Bolivariano presta el servicio de transporte a nivel nacional.
 - **Proceso de radicación 2013-245-00 * 2013-261-00¹⁹ * 201300329-00**:

⁸ Expediente digital 06Cuaderno1E.pdf pág. 243

⁹ Expediente digital 06Cuaderno1E.pdf pág. 268

¹⁰ Expediente digital archivo 14acumulado 17001333300420130026100 01C1Fls1A539.pdf. pág. 136

¹¹ Expediente digital archivo 14acumulado 17001333300420130026100 01C1Fls1A539.pdf. pág. 136

¹² Expediente digital 03Cuaderno1B.pdf pág. 1

¹³ Expediente digital 03Cuaderno1B.pdf pág. 134

¹⁴ Expediente digital 03Cuaderno1B.pdf pág. 155

¹⁵ Expediente digital 03Cuaderno1B.pdf pág. 74

¹⁶ Expediente digital 03Cuaderno1B.pdf pág. 81

¹⁷ Expediente digital archivo 14acumulado 17001333300420130026100 2C1AFIs540A1070.pdf.pág. 80

¹⁸ Expediente digital 07Cuaderno1F.pdf .pdf. pág. 128

¹⁹ Expediente digital archivo 14acumulado 17001333300420130026100 2C1AFIs540A1070.pdf.pág. 80

- **Seguros Generales Suramericana S.A. - llamada en garantía por Invias:**^{20 21} Expuso que conforme a los hechos de la demanda los perjuicios deben ser atribuidos a la entidad Invias, y por esto, existe falta de imputación frente al Consorcio Vías del Centro y a su vez de su integrante Procopal S.A.

➤ **Proceso de radicación 2013-245:**

- **La Previsora S.A. Compañía de Seguros**²² - **llamada en garantía por Municipio de Manizales:** Manifestó que el ente territorial no es el encargado de administrar la carretera que de Manizales conduce a Fresno, como tampoco del mantenimiento, vigilancia o administración, ni de la explotación de la misma; razones por las cuales, no debe generar responsabilidad sobre este.
- **La Previsora S.A. Compañía de Seguros a Liberty Seguros S.A.**²³ - **llamada en garantía por Municipio de Manizales:** Manifestó que el municipio de Manizales no es el ente encargado de administrar el carretable que conduce de Manizales a Fresno, tampoco tiene la posesión material, ni está encargada de la vigilancia, mantenimiento o administración pues dicha función se encuentra bajo la responsabilidad de la entidad INVIAS. Y en este sentido no le asiste responsabilidad, ni amparo contractual de las llamadas en garantía.

➤ **Proceso de radicación 2013-261 - 201300329:**

- **Sociedad Procopal e Ingeniería de Vías S.A. (Consorcio Vías del Centro)**²⁴ – **llamada en garantía por el Instituto Nacional Invias:** Fundamenta la excepción en que los demandantes ni en el llamamiento en garantía hacen referencia a alguna acción u omisión de las sociedades, lo que hace improcedente el debate en su contra e imposible el ejercicio del derecho de defensa.
- **Estudios Técnicos y Paulo Emilio Bravo S.A. (Consorcio ETSA-PEBSA)**²⁵ - **llamada en garantía por el Instituto Nacional Invias:** Explicó que no existe ningún fundamento legal que los vincule por alguna acción u omisión en los hechos y causas del fallecimiento de la señora Ángela María Jaramillo; por ende, hace improcedente la demanda en su contra.

2. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO Y CADUCIDAD DE LA ACCIÓN:

➤ **Proceso de radicación 2013-245**

²⁰ Expediente digital 07Cuaderno1F.pdf pág. 237

²¹ Expediente digital archivo 14acumulado 17001333300420130026100 03C1BFIs1071A1352.pdf.pág. 143

²² Expediente digital 07Cuaderno1F.pdf.pdf pág. 174

²³ Expediente digital 8Cuaderno1G.pdf. pág. 39

²⁴ Expediente digital archivo 14acumulado 17001333300420130026100 2C1AFIs540A1070.pdf.pág.223

²⁵ Expediente digital archivo 14acumulado 17001333300420130026100 2C1AFIs540A1070.pdf.pág.202

- **Municipio de Manizales:** Solicitó se tenga en cuenta para decretar la excepción, la fecha de la ocurrencia de los hechos, presentación de la solicitud de la conciliación prejudicial y la presentación de la demanda.
- **Proceso de radicación 2013-245-00 y 2013-261-00 y 201300329-00:**
- **Seguros Generales Suramericana S.A.^{26,27}:** La sustenta en que de configurarse alguno de los medios exceptivos propuestos se extingue cualquier tipo de obligación relacionada con el objeto de la litis.
- **La Previsora S.A. Compañía de Seguros a Liberty Seguros S.A.²⁸:** Señaló que se presentó el fenómeno de caducidad, atendiendo que la demanda fue presentada cuando ya transcurrió el término oportuno, como quiera que los hechos ocurrieron el 13 de abril de 2011, y aunque se solicitó la audiencia de conciliación dentro del término oportuno, la demanda fue presentada el 21 de junio de 2013, esto es, más de cinco meses desde la celebración de la audiencia de conciliación, la cual se llevó a cabo el día 23 de enero de 2013. Y por ello, no se interrumpió el término de prescripción y caducidad.

3. INEPTA DEMANDA

- **AUSENCIA O INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES:**
- **Proceso de radicación 2013-245**
- **La previsora S.A. Compañía de Seguros²⁹:** Indicó con apoyo en los artículos 75 y 82 del CPC, así como del 82 y 88 del CGP, que las pretensiones no gozan de precisión o claridad. Lo anterior respecto a los perjuicios materiales e indexación sobre los salarios mínimos mensuales legales vigentes solicitados.
- **La previsora S.A. Compañía de Seguros a Liberty Seguros S.A.³⁰:** Preciso que de conformidad con los artículos 75 y 85 del CPC, las pretensiones no gozan de precisión, claridad y coherencia entre las mismas, atendiendo que no es posible decretar alguna, por concepto de perjuicios materiales o patrimoniales como consecuencia de la muerte en favor de la hija y la nieta cuando en realidad quien debía aportar los alimentos era la hija a favor de la progenitora; así mismo, discrepa de la solicitud de indexación sobre los salarios mínimos mensuales legales vigentes.
- **Proceso de radicación 2013-245**

²⁶ Expediente digital 07Cuaderno1F.pdf pág. 237

²⁷ Expediente digital archivo 14acumulado 17001333300420130026100 03C1BFIs1071A1352.pdf.pág. 143

²⁸ Expediente digital 8Cuaderno1G.pdf. pág. 39

²⁹ Expediente digital 07Cuaderno1F.pdf.pdf pág. 174

³⁰ Expediente digital 8Cuaderno1G.pdf. pág. 39

- **Liberty Seguros S.A., llamada por La Previsora S.A. Compañía de Seguros** ³¹:
- **IMPOSIBILIDAD DE VINCULAR A LA PREVISORA S.A., Y POR ENDE A LIBERTY SEGUROS S.A., POR NO HABÉRSELE NOTIFICADO DEL AUTO ADMISORIO DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA HECHO POR EL MUNICIPIO DE MANIZALES A LA PREVISORA S.A., DENTRO DE LOS 90 DÍAS O DENTRO DE LOS SEIS MESES CONFERIDOS POR LA LEY.** Expresó con base en los artículos 55 y 56 del CPC, que la llamante en garantía debe lograr la vinculación del llamado, se notificó por correo electrónico el día 21 de abril de 2014 al municipio de Manizales, y a la previsora el día 19 de septiembre de 2016, para la cual ya había pasado más de los noventa (90) días.

Por ello, considera que la vinculación de la Previsora S.A., quien llama en garantía a Liberty Seguros S.A., no fue válidamente vinculada por llevarse a cabo de manera posterior, sin que pueda generar obligación alguna sobre la aseguradora Liberty Seguros S.A.

Conforme a las excepciones previas o mixtas precitadas se realizan las siguientes;

Consideraciones del Tribunal

El artículo 38, de la Ley 2080 de 2021, por el cual se modificó el parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, previó el trámite y resolución de las excepciones previas en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

*“Parágrafo 2º: De las excepciones presentadas se correrá traslado en la forma prevista en el artículo 201. A por el término de tres (3) días. **En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre las excepciones previas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en ellas. En relación con las demás excepciones podrá también solicitar pruebas.**”*

*Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, e/ juez o magistrado ponente las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicarán. **Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.**”*

Antes de la audiencia inicial, en la misma oportunidad para decidir las excepciones previas, se declarará la terminación del proceso cuando se advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se declararán fundadas mediante sentencia anticipada, en los términos previstos en el número tercero del artículo 182A. rft.

Conforme a lo anterior, se procederá a resolver las excepciones previas propuestas

³¹ Expediente digital 8Cuaderno1G.pdf. pág. 39

según lo sustentado por las entidades accionadas como se expresó con anterioridad.

Falta de legitimación en la causa por pasiva

En cuanto a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por las accionadas y llamadas en garantía precitadas, se cita jurisprudencia del Consejo de Estado, que se refiere a la falta de legitimación en la causa, donde se realiza un paralelo entre la legitimación material y formal, explicó que:

*"La legitimación en la causa por pasiva -a diferencia de la capacidad para obrar o legitimación ad procesum- constituye un presupuesto de la sentencia de mérito o de fondo, de tal manera que, **en esencia, no es una excepción previa que pueda ser alegada en sede de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA**, porque no tiene la virtualidad de enervar la continuidad del proceso.(...) el profesor Hernando Morales Molina, puntualizó en relación con la legitimación en la causa que esta titularidad configura una posición de sujeto activo y del sujeto pasivo de la pretensión anterior al proceso y se examina en la sentencia". En otros términos, la legitimación en la causa consiste en la relación que existe entre el sujeto (activo o pasivo) con el objeto jurídico que se debate en el proceso. (...) el a quo se equivocó en resolver, en la audiencia del artículo 180 del CPACA, la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva comoquiera que constituye un presupuesto de la sentencia de mérito cuyo pronunciamiento debió diferir o postergar para la sentencia. (...) el Despacho modificará la decisión apelada para abstenerse de pronunciar frente a la excepción propuesta., toda vez que, se itera, es un presupuesto procesal que se analizará al momento de proferir el fallo que decida la controversia, momento en que se definirá si las partes tienen interés sustancial por activa o pasiva en relación con el objeto del proceso es necesario que se adelante toda la actuación y se valoren las pruebas aportadas y solicitadas por las partes (...) ³².*

Por otra parte, en esta instancia procesal no es posible determinar si existe o no falta de legitimación en la causa, conforme lo ha indicado la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado³³:

*"(...) esta Corporación ha manifestado en cuanto a la legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo, sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable bien a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado. Así mismo, ha diferenciado **entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, siendo la legitimación en la causa de hecho la relación procesal existente entre demandante legitimado en la causa de hecho por activa y demandado legitimado en la causa de hecho** por pasiva y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma quien asumirá la posición de demandado; dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el*

³² Consejo de Estado, MP. Hernán Andrade Rincón, sección tercera Subsección A, radicado número: 25000-23-36-000-2015-01157-01 (57440) auto del 18 de abril de 2017.

³³ Consejo de Estado, MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sección Segunda Subsección A, radicado número 05001-23-31-000-2000-02571-01 (1275-08), sentencia del 25 de marzo de 2010.

trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción, la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño. En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales: por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues, la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra. Rft.

Visto lo anterior, considera el Despacho que las demandas acumuladas los demandantes pretenden se declare la responsabilidad de las entidades accionadas por los hechos ocurridos el día 13 de abril de 2011, entre la vía que conduce de Manizales a la ciudad de Bogotá, entre el tramo sector Maltería – Alto letras, que dio lugar al siniestro y en consecuencia al fallecimiento de varios ocupantes que abordaron el servicio de bus de la empresa Expreso Bolivariano.

Frente a los supuestos fácticos las demandas y los llamamientos en garantía citaron los hechos u omisiones que fundamentarían la responsabilidad de los proponentes de las excepciones.

En materia jurídica se tiene que existe una relación procesal entre la parte actora y las demandadas, por el hecho de ser la parte en el proceso. Además, de existir una conexidad sustancial frente a los hechos de la demanda, dado que los demandantes pretenden la indemnización de perjuicios por el accidente ocasionado en el servicio público de transporte como consecuencia de la avalancha de la quebrada la Multa, que arrastró al automotor.

En este sentido, esta excepción se niega como previa y se ordena analizar y resolver en el momento de proferir sentencia de fondo.

Por lo anterior, no prospera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

➤ **Sobre la caducidad**

El medio de control de reparación directa debe interponerse dentro del plazo fijado por el artículo 164.2.d) del CPACA: “*Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.*”

Las demandas de los procesos 2013-245-00, 2013-00329-00 y 2013-00361 se basan en el deceso de tres personas en los hechos ocurridos el 13 de abril de 2011.

➤ **Respecto del proceso radicación 17001-23-33-000-2013-00245**

Una revisada la demanda se observa que se pretende la indemnización de perjuicios por el fallecimiento de la señora Ángela María Jaramillo de Jaramillo, que conforme al registro civil de defunción su muerte data del 13 de abril de 2011³⁴.

Que la demanda se debió haber presentado el 14 de abril de 2013; sin embargo, dicho término se interrumpió por un mes y 7 días, con la presentación de la solicitud de conciliación judicial ante la Procuraduría 28 Judicial II Administrativa de Manizales el día 7 de marzo de 2013³⁵;

Luego, entre la suscripción de la constancia que declara fallida la conciliación que data del 22 de mayo de 2013 y la presentación de la demanda que lo fue el 21 de junio de 2013³⁶, no transcurrió más del término de la interrupción. En este sentido la demanda se presentó dentro del término oportuno

➤ **Respecto del proceso radicación 17001-23-33-000-2013-00329**

Una revisada la demanda se observa que se pretende la indemnización de perjuicios por el fallecimiento de la señora Nayive Lorena Ortiz Céspedes, que conforme al registro civil de defunción su muerte data del 13 de abril de 2011³⁷.

Que la demanda se debió haber presentado el 14 de abril de 2013. Sin embargo, dicho término se interrumpió por 2 días, con la presentación de la solicitud de conciliación judicial ante la Procuraduría 29 Judicial II Administrativa de Manizales el día 12 de abril de 2013³⁸;

Luego, entre la suscripción de la constancia que declara fallida la conciliación que data del 12 de junio de 2013 y la presentación de la demanda que lo fue el 13 de junio de 2013³⁹, no transcurrió más del término de la interrupción. En este sentido la demanda se presentó dentro del término oportuno.

➤ **Respecto del proceso radicación 17001-23-33-000-2013-00361**

Una revisada la demanda se observa que se pretende la indemnización de perjuicios por el fallecimiento de la señora Blanca Nora Quiceno, que conforme al registro civil de defunción su muerte data del 13 de abril de 2011⁴⁰.

Que la demanda se debió haber presentado el 14 de abril de 2013. Sin embargo, dicho término se interrumpió por 3 días, con la presentación de la solicitud de conciliación judicial ante la Procuraduría 70 Judicial I Administrativa de Manizales el día 11 de

³⁴ Expediente digital expediente 17001233300020130024500- 01Cuaderno1.pdf. pág. 118

³⁵ Expediente digital expediente 17001233300020130024500- 02Cuaderno1A.pdf. pág. 311

³⁶ Expediente digital expediente 17001233300020130024500- 01Cuaderno1.pdf. pág. 1

³⁷ Expediente digital expediente 15 acumulado 17001333300420130032901.C1fLS1A343.pdf. pág. 22

³⁸ Expediente digital expediente 15 acumulado 17001333300420130032901.C1fLS1A343.pdf. pág. 33

³⁹ Expediente digital expediente 15 acumulado 17001333300420130032901.C1fLS1A343.pdf. pág. 3

⁴⁰ Expediente digital expediente 15 acumulado 17001333300420130032901.C1fLS1A343.pdf. pág. 22

abril de 2013⁴¹;

Luego, entre la suscripción de la constancia que declara fallida la conciliación que data del 27 de mayo de 2013 y la presentación de la demanda que lo fue el 28 de mayo del 2013⁴², no transcurrió más del término de la interrupción. En este sentido la demanda se presentó dentro del término oportuno.

En conclusión, de acuerdo al análisis realizado respecto de la caducidad de cada uno de los procesos acumulados se observa que las demandas se presentaron dentro del término oportuno y por ello no habrá de declararse la excepción de caducidad.

➤ **Inepta demanda**

- **Ausencia o indebida acumulación de pretensiones (2013-245)**

La Aseguradora Compañía de Seguros manifestó que las pretensiones no gozan de precisión o claridad respecto de los perjuicios materiales o patrimoniales en relación con la muerte ocurrida de la señora Ángela María Jaramillo Arango en favor de sus familiares, esto es sus hijos y nietos; así mismo, discute el monto solicitado como indemnización.

Al respecto al Despacho abordará de manera conjunta, si se presenta inepta demanda por ausencia o indebida acumulación de pretensiones.

Inicialmente cabe indicar que la excepción de inepta demanda se presenta ante la omisión de la parte actora en dar cumplimientos a los presupuestos procesales de la demanda contenidos en los artículos 161, 162, 163, 164, 165 y 166 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021.

A su turno, el Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 16 de julio del 2016⁴³, sobre la excepción de inepta demanda ha señalado respecto a los diferentes supuestos que las configuran, entre ellos la falta de requisitos formales y por indebida acumulación de pretensiones, así como las herramientas procesales que permiten corregir los vicios, a lo cual expuso:

“En efecto, el ordenamiento jurídico colombiano consagra de manera expresa la excepción previa denominada “Ineptitud de la demanda”, encaminada fundamentalmente a que se adecúe la misma a los requisitos de forma que permitan su análisis en sede judicial, so pena de la terminación anticipada del proceso. Esta se configura por dos razones:

*a) **Por falta de los requisitos formales.** En este caso prospera la excepción cuando no se reúnen los requisitos relacionados con el contenido y anexos de la demanda regulados en los artículos 162, 163, 166 y 167 del CPACA., en cuanto indican qué debe contener el texto de la misma, cómo se individualizan las pretensiones y los anexos que*

⁴¹ Expediente digital expediente 14 acumulado 170013333300420130026100.01C1FIs1A539.pdf,pág.24

⁴² Expediente digital expediente 14 acumulado 170013333300420130026100.01C1FIs1A539.pdf,pág.1

⁴³ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Dr. William Hernández Gómez, rad. 47-001-23-33-000-2013-00171-01 del 21 de julio de 2016.

se deben allegar con ella (salvo los previstos en los ordinales 3.º y 4.º del artículo 166 ib. que tienen una excepción propia prevista en el ordinal 6.º del artículo 100 del CGP).

Pese a ello, hay que advertir que estos requisitos pueden ser subsanados al momento de la reforma de la demanda (Art. 173 del CPACA en concordancia con el ordinal 3.º del artículo 101 del CGP), o dentro del término de traslado de la excepción respectiva, al tenor de lo previsto en el párrafo segundo del artículo 175 del CPACA y 101 ordinal 1.º del CGP.

***Por indebida acumulación de pretensiones.** Esta modalidad surge por la inobservancia de los presupuestos normativos contenidos en los artículos 166 y 165 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

(...)

Considera el Despacho conforme a las normas precitadas y pronunciamientos jurisprudenciales, para que se configure la excepción de ineptitud de la demanda, por falta de requisitos formales la demanda debe carecer de las exigencias relacionados con el contenido de la demanda y regulados en el artículo 162, 163, 166 y 167 del CPACA.

Por consiguiente, la excepción debió estar encaminada con apoyo en las falencias determinadas en los artículos precitados. Sin embargo, la excepción solo se fundamentó en los sujetos que se encuentran legitimados para solicitar la indemnización como consecuencia del fallecimiento de la señora Ángela María Jaramillo, y del monto solicitado por cada uno de ellos.

Empero, como se expuso en precedencia las causales que configuran la inepta demanda, se refiere a requisitos formales de la demanda, y no de fondo como es el caso de analizar la viabilidad de reconocer los perjuicios y el monto de los mismos, toda vez que el mismo se encuentra supeditado al acervo probatorio arribado al plenario.

En este sentido, no es dable declarar la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones.

De otro lado, respecto a la excepción de **Imposibilidad de Vincular a la Previsora S.A., y por ende a Liberty Seguros S.A., por no habersele notificado del auto admisorio del llamamiento en garantía hecho por el Municipio de Manizales a la Previsora S.A.**, dentro de los 90 días o dentro de los seis meses conferidos por la ley, solicitado en el llamamiento en garantía de la Previsora S.A., compañía de Seguros frente a Liberty Seguros S.A.

Al respecto considera el Despacho que dichos argumentos no configuran la excepción de inepta demanda, dado que no ataca los requisitos formales de la demanda, sino del procedimiento de notificación del llamado en garantía solicitado por el Municipio de Manizales, frente a la Previsora S.A., respecto a la notificación del auto admisorio del llamamiento que excedió los términos para la misma.

Sin embargo, se analizará la solicitud de ineficacia del llamado en garantía, por extralimitación del término para su notificación. En este sentido, es procedente traer

a colación el artículo 66 del CGP el cual dispone:

“Artículo 66. Trámite. Si el juez halla procedente el llamamiento, ordenará notificar personalmente al convocado y correrle traslado del escrito por el término de la demanda inicial. Si la notificación no se logra dentro de los seis (6) meses siguientes, el llamamiento será ineficaz. La misma regla se aplicará en el caso contemplado en el inciso segundo del artículo anterior.

El llamado en garantía podrá contestar en un solo escrito la demanda y el llamamiento, y solicitar las pruebas que pretenda hacer valer. En la sentencia se resolverá, cuando fuere pertinente, sobre la relación sustancial aducida y acerca de las indemnizaciones o restituciones a cargo del llamado en garantía.”

Una vez observado la constancia secretarial⁴⁴, se tiene que el día 19 de septiembre de 2016 se notificó a través de correo electrónico el auto admisorio de los llamamientos en garantía proferido el 11 de abril de 2014, y se dio traslado de la demanda y los escritos de solicitud de los llamamientos efectuados, entre ellos el solicitado por el municipio de Manizales a la Previsora S.A. Y posteriormente corregido a través del auto del 24 de abril de 2014⁴⁵.

En el numeral 10 del auto se indicó a las partes sobre la necesidad de sufragar los gastos para realizar la notificación. Luego, mediante auto del pasado 19 de mayo de 2014, se concedió el recurso de apelación interpuesto por el municipio de Manizales, en contra del auto proferido el 11 de abril de 2014 que decidió sobre las vinculaciones en el efecto suspensivo.

O sea, el auto no estaba ejecutoriado.

Posteriormente, a través del auto del 2 de mayo de 2016, la Sección Tercera del Consejo de Estado, confirmó la providencia recurrida siendo notificada el 20 de mayo de 2016⁴⁶. Por consiguiente, mediante proveído del 4 de agosto de 2016, se profirió el auto de estése por el superior, y se notificó a las partes por estado del 8 de agosto de 2016.

El día 31 de agosto del año 2016, la apoderada del municipio de Manizales, informó sobre la cancelación de las fotocopias que le fueron solicitadas para la notificación del llamamiento en garantía⁴⁷.

En este sentido, se tiene que, como consecuencia del recurso de apelación formulado por el municipio de Manizales, en contra del auto que resolvió sobre las intervenciones y llamados en garantía, el trámite del proceso fue suspendido hasta tanto el Consejo de Estado, desatara el recurso de apelación precitado.

Entonces se tiene, que la suspensión terminó con la notificación del auto proferido el 8 de agosto de 2016, que ordenó lo dispuesto por el superior, respecto a confirmar la orden de las intervenciones siendo notificado el 19 de septiembre de 2016.

⁴⁴ Expediente digital proceso 1700123330002013-245-00 archivo 07cuaderno 1f. pdf pág. 119

⁴⁵ Expediente digital proceso 1700123330002013-245-00 archivo 07cuaderno 1f. pdf pág. 14

⁴⁶ Expediente digital proceso 1700123330002013-245-00 archivo 07cuaderno 1f. pdf pág. 104

⁴⁷ Expediente digital proceso 1700123330002013-245-00 archivo 07cuaderno 1f. pdf pág. 110

En conclusión, no les asiste razón a las llamadas en garantías la Previsora Compañía de Seguros y Liberty Seguros S.A., en indicar que la notificación sea ineficaz, por cuanto la notificación del llamamiento en garantía solicitado por el Municipio de Manizales, a la aseguradora se hubiese surtido por fuera del término de seis (6) meses, pues como se indicó entre la ejecutoria del auto de ordenó las intervenciones y la notificación a las entidades no transcurrió más de dicho término.

En este sentido, se denegará la excepción de inepta demanda por ineficacia del llamado en garantía.

- **Excepción de prescripción**

Por otra parte, respecto la excepción debe precisarse que, si bien esta tiene el carácter de mixta, y al tenor de lo dispuesto en el artículo 180 del CPAPA, debería igualmente resolverse junto con las previas, lo cierto es que para ello, es necesario pronunciarse sobre el fondo de la controversia, determinando si le asiste razón a las Aseguradoras Seguros Generales Suramericana y la Previsora S.A. Compañía de Seguros en calidad de llamas en garantía.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión

RESUELVE

Primero. NEGAR la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por el Ministerio de Defensa Nacional, Municipio de Manizales, Nación Ministerio de Transporte, Sociedad Expreso Bolivariano, Sociedad Estudios Técnicos S.A.S, y Paulo Emilio Bravo Consultores S.A. (Consortio ETSA-PEBSA), Aseguradora QBE Seguros S.A., Seguros Generales Suramericana S.A., La Previsora S.A. Compañía de Seguros, Sociedad Procopal e Ingeniería de Vías S.A. (Consortio Vías del Centro).

Segundo. DENEGAR las excepciones de caducidad, y prescripción formuladas respectivamente por el Municipio de Manizales, Seguros Generales Suramericana S.A., y la Previsora S.A., Compañía de Seguros, por los motivos expuestos.

Tercero. DENEGAR la excepción de inepta demanda por ausencia o indebida acumulación de pretensiones e imposibilidad de vincular a la Previsora S.A., por no habersele notificado el auto admisorio del llamamiento en garantía dentro del término oportuno.

Cuarto. Proceso Radicación 2013-245: Se reconoce personería para actuar al doctor Ricardo Vélez Ochoa, portador de la tarjeta profesional número 67.706 del CS de la Judicatura en representación de los intereses de Zurich Colombia Seguros S.A., conforme al poder conferido por el apoderado general, según consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la Cámara de Comercio de Bogotá⁴⁸.

Se reconoce personería para actuar al abogado Gustavo Adolfo Arias Jiménez

⁴⁸ 08Cuaderno1G.pdf pág. 168

portador de la tarjeta profesional número 127.267 del CS de la Judicatura para representar los intereses de las sociedades Consorcio Etsa – Pebsa y la sociedad Estudios Técnicos SAS⁴⁹, conforme al poder conferido.

Quinto: Ejecutoriada esta providencia, continúese con el trámite procesal.

Notifíquese y cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
<u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO</u>
No. 55
FECHA: 29/03/2022
Secretario

⁴⁹ Expediente digital 15Acumulado17001333300420130032900- 03C1BFIs588A889.pdf3.ág. 336

17-001-23-33-000-2021-00003-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veintiocho (28) de marzo dos mil veintidós (2022)

A.I. 099

A través de mensaje de correo electrónico, el señor FARUK URRUTIA JALILE, informa al Tribunal que en virtud de lo dispuesto en la Resolución N° 2022320000000864-6 del 8 de marzo del 2022, la SUPERINTENDENCIA DE SALUD ordenó la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar a MEDIMÁS E.P.S., además, que fue designado como liquidador de esa entidad (PDF N° 70).

Al mensaje de correo fue aportado el acto administrativo mencionado, que fuera de la orden de liquidación de la entidad, dispuso en efecto en su artículo 5°, “*DESIGNAR como LIQUIDADOR de MEDIMÁS E.P.S. S.A.S al señor al doctor FARUK URRUTIA JALILE, identificado con cédula de ciudadanía 79.690.804 (...) Así mismo ejercerá la función de representante legal de la entidad objeto de liquidación, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva del presente acto administrativo*” /Destaca la Sala Unitaria/.

Por modo, se tendrá al Dr. URRUTIA JALILE, en su condición de liquidador de MEDIMÁS E.P.S. S.A.S., como representante legal de dicha entidad, demandada dentro del presente proceso de reparación directa, por lo que también se dispondrá notificarle este proveído, y las actuaciones procesales que en lo sucesivo se profieran, al correo suministrado por él (liquidador@medimas.com.co); adicionalmente se le remitirá el enlace para consulta del expediente digital.

De igual manera, se aceptará la renuncia al poder presentada por la abogada MAIRA ALEJANDRA MENDOZA MEJÍA, el que le fuera conferido por la multicitada E.P.S., de conformidad con el memorial visible en el documento digital N° 74.

Finalmente, en cuanto a la solicitud de remitir el expediente identificado con el número de radicación 2020-00136-00, donde funge como demandante la E.S.E. ERASMO MEOZ y como demandada MEDIMÁS, el despacho no hará pronunciamiento alguno, toda vez que se trata de un proceso diferente al que ocupa la atención de esta Sala Unitaria, y tampoco cursa en este Tribunal.

Es por lo expuesto que,

RESUELVE

TENER EN LO SUCESIVO, al señor FARUK URRUTIA JALILE, identificado con la C.C. N° 79'690.80 como REPRESENTANTE LEGAL DE MEDIMÁS E.P.S. S.A.S EN LIQUIDACIÓN, demandada dentro del proceso de REPARACIÓN DIRECTA promovido por el señor NORBERTO RÍOS MONROY contra la citada E.P.S., la E.S.E. HOSPITAL SAN MARCOS DE CHINCHINÁ (CALDAS) y la CLÍNICA ROQUE ARMANDO LÓPEZ ÁLVAREZ, expediente en el que también actúan como llamadas en garantía, además de las mencionadas E.S.E. e I.P.S, la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA S.A. y SEGUROS DEL ESTADO S.A.

NOTIFÍQUESE personalmente este proveído al liquidador de MEDIMÁS E.P.S. EN LIQUIDACIÓN, al correo liquidador@medimas.com.co añadiendo el vínculo de acceso al expediente digital.

ACÉPTASE la renuncia al poder hecha por la abogada MAIRA ALEJANDRA MENDOZA MEJÍA y que le fuera conferido por la multicitada E.P.S., de conformidad con el memorial visible en el documento digital N° 74

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que la única dirección de correo para remitir memoriales es sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co **Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por NO presentado.**

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente