

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 094

Manizales, primero (1) de abril de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17-001-23-33-000-2018-00466-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jorge Enrique Ríos Ayala
Demandado: Municipio de Supía

La Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, procede a emitir fallo de primera instancia.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita se declare la nulidad del oficio AMSC. 0001 del 03 de enero de 2018 , expedido por el alcalde de Supía - Caldas, mediante el cual se negó el reconocimiento de la existencia de una relación laboral entre el señor Jorge Enrique Ríos Ayala y dicho ente territorial, y en consecuencia se ordene el pago de las acreencias laborales dejadas de percibir durante el tiempo lo que duró la configuración del contrato laboral, entre 2008 y 2015, así como al pago de la indemnización moratoria por la no consignación de las prestaciones debidas, y su indexación.

1.2. Hechos

Se señaló en síntesis que, el demandante celebró varios contratos de prestación de servicios con el municipio de Supía desde el 1° de febrero de 2008 y hasta el 1° de diciembre de 2015, donde cumplió horario, prestó sus servicios personalmente, recibió remuneración y tenía jefe a cargo, es decir se configuró contrato laboral.

El demandante solicitó el 21 de diciembre del 2017 al municipio de Supía el reconocimiento de la existencia de una relación laboral y el correspondiente pago de los créditos laborales y prestacionales adeudados. Petición que fue negada mediante el acto demandado notificado a su poderdante el 03 de enero de 2018.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

Señaló como normas vulneradas por el acto demandado los artículos 53, de la Constitución Política; 21 y 25 de la Ley 909 de 2004.

Argumentó que, a pesar de la celebración de contratos de prestación de servicios, el accionante realizó labores inherentes al objeto misional de la entidad, funciones y labores que fueron señaladas en los sucesivos contratos, cumplió un horario, realizaba y cumplía sus funciones personalmente durante el tiempo laborado con el municipio, reconocía ser un subordinado y con ello llevaba una continua dependencia con la entidad, y adicionalmente recibía una remuneración por las labores desempeñadas; Lo anterior, aunado a que, los contratos de prestación de servicios tienen una naturaleza *pro tempore*, pero en este asunto la relación laboral perduró durante siete años.

Así, arguye que el acto demandado se encuentra falsamente motivado, y que se está vulnerando los lineamientos trazados por el Consejo de Estado en cuanto a la configuración del contrato realidad, ya que las funciones para las cuales fue contratado el demandante y la forma en que estas se desarrollaron se enmarcan dentro de la órbita de una clara relación de naturaleza laboral.

2. Contestación de la demanda

El **municipio de Supía** se opuso a las pretensiones del demandante, afirmó que no se configuró una relación laboral sino un vínculo basado en contratos de prestación de servicios con total libertad para llevar a cabo las tareas objeto del contrato, por lo que no existió algún tipo de subordinación o dependencia en la ejecución de tales funciones.

Señaló que, el acto administrativo demandado goza de presunción de legalidad por estar conforme al ordenamiento jurídico, al igual que los contratos de prestación de servicios celebrados; por tanto, es inadmisibles alegar la existencia de una obligación relacionada con la sanción moratoria por el no pago de prestaciones o cesantías, pues nunca ha existido tal obligación incumplida.

Finalmente advirtió que, de accederse a las pretensiones, se debe aplicar la prescripción de todos los créditos laborales, en los términos del artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

Propuso las excepciones de mérito denominadas: *"Inexistencia de relación laboral - No existió subordinación entre el demandante y el Municipio de Supía"*, *"Inexistencia de la relación laboral - solución de continuidad"*, *"Vocación legal y legítima de los contratos de prestación de servicios suscritos entre el demandante y el Municipio"*, *"Temeridad de la acción- abuso de la figura del contrato realidad"*, *"Ausencia de material probatorio - No se desvirtúa la presunción de legalidad del contrato de prestación de servicios"*, *"Improcedencia de la sanción a cargo del Municipio de Supía"* y *"Cobro de lo no debido"*.

3. Alegatos de Conclusión.

La **parte actora** señaló reiteró los argumentos expuestos en su escrito de demanda, trayendo a colación la sentencia de unificación jurisprudencial SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de

septiembre de 2021 para insistir en que no resulta acorde con la jurisprudencia del H. Consejo de Estado enmascarar verdaderas relaciones laborales como la que sostuvo el demandante al servicio del municipio de Supia.

El **municipio de Supia** y el **Ministerio Público** no se pronunciaron en esta etapa.

II. Consideraciones

1. Cuestión Previa - Caducidad de la acción

La parte demandante solicita se declare la nulidad del oficio AMSC 001 del 03 de enero de 2018, mediante el cual el municipio de Supía resolvió negativamente la petición de declarar la existencia de una relación laboral entre las partes, acto administrativo que fue notificado al apoderado de la parte demandante en la fecha de su expedición.

El artículo 164 del CPACA¹ indica las oportunidades en las cuales se pueden presentar los diferentes medios de control y frente al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho indica:

“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. (...)” (Negrillas del Despacho)

La anterior norma consagra el término dentro del cual los ciudadanos deben acudir a la Jurisdicción con el fin de atacar un acto de la administración, sin que opere el fenómeno jurídico de la caducidad, término legal que se cuenta desde el momento en que quien pretenda demandar tenga conocimiento del acto administrativo contrario a sus intereses.

Mediante Sentencia de Unificación del 25 de agosto del 2016², el Tribunal de cierre de la Jurisdicción Contencioso – Administrativo fijó las reglas respecto de la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en asuntos en que se debata la existencia de una relación laboral entre una entidad pública y un particular, así:

“(...) las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA) 30, y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la

¹ Código De Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

² Rad: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.

Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo...".

Lo anterior indica que, al debatirse la reclamación de aportes pensionales, el medio de control tendiente al reconocimiento de una relación laboral, no es susceptible del fenómeno de la caducidad, empero respecto de dichos créditos pensionales, ello por su naturaleza irrenunciable e imprescriptible.

Asimismo, indicó frente a los aportes ya realizados a los fondos de pensiones que: “(iii) lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal...”, lo que indica que, frente a las pretensiones de naturaleza económica ajenas al derecho pensional, sí opera la caducidad.

Con base en el anterior marco normativo y jurisprudencial se tiene que, el señor Jorge Enrique Ríos Ayala presentó petición ante el municipio de Supía con el fin que fuera reconocida su vinculación laboral con dicho ente territorial, la cual fue resuelta³ y notificada⁴ el 3 de enero de 2018, por lo que de conformidad con el artículo 164 numeral 2 literal D, del CPACA, el actor contaba con el término de cuatro meses para presentar la demanda, los cuales vencerían el 4 de mayo de 2018.

Ahora bien, como se observa en la constancia de la Procuraduría 28 Judicial II Para Asuntos Administrativos⁵, el demandante presentó solicitud de conciliación extrajudicial el 18 de abril de 2018, fecha desde la cual se suspende el término de caducidad, ello cuando faltaban 16 días calendario⁶ para que operara dicho fenómeno.

La constancia de no conciliación expedida por la Procuraduría 28 Judicial II Para Asuntos Administrativos data del 31 de mayo del año anterior, calenda desde la cual deben contarse los 16 días restantes para que operara la caducidad, los cuales vencieron el 16 de junio de 2018, por lo que, habiéndose radicado la demanda el **3 de julio de dicha anualidad** ante los Juzgados Administrativos de la ciudad⁷, fuerza concluir que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho fue presentado fuera del plazo establecido para el efecto.

En tal sentido, se advierte desde ya que, la Sala descenderá al análisis de los elementos de una relación laboral entre el demandante y el municipio de Supía, únicamente con la finalidad de determinar el reconocimiento o no de los aportes pensionales a que pueda tener derecho el señor Jorge Ríos Ayala en caso de determinarse la existencia de dicha relación, pues no podría pretenderse por la parte actora que la naturaleza irrenunciable e imprescriptible de los aportes pensionales que da lugar al análisis de fondo de la presente

³ Ver folios 98 a 101 del cuaderno 1.

⁴ Ver folios 119 anverso y 163 del cuaderno 1.

⁵ Ver folio 108 del cuaderno 1.

⁶ Días calendario en razón al artículo 62 de la Ley 4ª de 1913.

⁷ Ver folio 108 del cuaderno 1.

controversia -a pesar de la existencia del fenómeno de caducidad-, se extienda a las pretensiones de contenido meramente económico.

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta lo anterior y de conformidad con la posición asumida por las partes, se debe establecer: *¿Se presentaron en el sub lite los elementos necesarios para considerar que entre el señor Jorge Ríos Ayala y la entidad demandada se sostuvo una relación de índole laboral, especialmente el elemento de la subordinación o dependencia?*

3. Tesis del Tribunal

Se acreditaron suficientemente los elementos configurativos de una relación laboral entre el municipio de Supía y el señor Jorge Ríos Ayala y que fue enmascarada mediante la celebración de sucesivos contratos de prestación de servicios para el desempeño en forma personal por parte del accionante de funciones propias y misionales del ente territorial demandando, bajo su subordinación y dependencia, con la consecuente remuneración por el servicio prestado.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia: i) al marco normativo y jurisprudencial sobre el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades y el contrato de prestación de servicios; para luego descender al análisis del ii) caso concreto.

4. Marco normativo y jurisprudencial⁸

4.1. La primacía de la realidad sobre las formalidades

La Constitución Política, en su preámbulo, asegura a sus integrantes *“la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que asegure un orden político, económico y social justo”*.

La anterior premisa fue desarrollada en los artículos 13 y 25 ibidem, según los cuales: i) Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y *“recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”*; y, ii) se garantiza el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, el cual surge como uno de los valores y propósitos del Estado al ser consagrado en el Preámbulo de la Constitución con particular importancia.

Como sustento de lo anterior, el artículo 53 consagró el principio de la *“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”*, como aquella garantía de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado.

⁸ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 16 de agosto de 2018, Radicación número: 19001-23-31-000-2006-01070-01(1007-12)

La finalidad de este articulado es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley.

Desde tiempo atrás, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.)⁹, expresamente consagró en su Preámbulo el *“reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor”* premisa que se fundamentó en el artículo 2 del Convenio 111 de la OIT¹⁰ al señalar que: *“todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva los métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”*.

Dicho Convenio es fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: *“los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”*, cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Constitución Política.

4.2. El contrato de prestación de servicios

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 regula el contrato de prestación de servicios en los siguientes términos:

“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:

[...]

3. 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 ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”

Las expresiones *“no puedan realizarse con personal de planta o”* y *“en ningún caso... generan relación laboral ni prestaciones sociales”*, fueron revisadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997, en la que precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, de la siguiente forma:

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

⁹ Aprobada en 1919

¹⁰ Aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967

“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. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

“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.”

De conformidad con lo expuesto, se concluye que: i) a trabajo igual salario igual, ii) la relación laboral se estructura ante la presencia de los elementos legalmente establecidos en la regulación laboral -C.S.T.-; iii) es válido suscribir contratos de prestación de servicios, porque así lo autoriza el artículo 32, numeral 3º de la Ley 80 de 1993⁸ y, iv) a pesar de lo expuesto, estos contratos deben celebrarse dentro del término estrictamente necesario, dada su naturaleza temporal, pues si la administración desborda tales presupuestos se estructura el denominado “contrato realidad”.

4.3. Elementos propios de la relación laboral

A su turno, se encuentra que el Código Sustantivo de Trabajo en sus artículos 23 y 24 estableció los elementos para estructurar una relación laboral, así: i) La actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia “del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al País”; y iii) un salario como retribución del servicio.

Al respecto, el H. Consejo de Estado, en sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021¹¹ retomando los desarrollos jurisprudenciales previos sobre estos elementos los condesó bajo los siguientes parámetros:

Sobre el elemento de la prestación personal del servicio, señaló que el mismo puede ser identificado, en tanto “*Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este¹²; pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas¹³.*”.

En lo referente a la subordinación o dependencia dicha providencia señaló una serie de situaciones indicativas de su existencia y que deben ser valoradas a la luz de cada caso particular, las mismas se sintetizan así:

“104. i) El lugar de trabajo. Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

105. ii) El horario de labores. Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.

106. iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar. Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del ius variandi, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

¹¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

¹² **Cita de cita:** Código Sustantivo del Trabajo, literal b) del artículo 23: [Es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo] «La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo».

¹³ **Cita de cita:** Al respecto, véase, entre otras sentencias, la del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; de 1 de marzo de 2018; radicado 2013-00117-01 (3730-2014); C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

107. iv) *Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral. El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.”*

Finalmente, sobre la existencia de remuneración por las actividades desarrolladas precisó que *“Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado.”*

De conformidad con lo expuesto, se concluye que la denominada figura del contrato realidad en aplicación del principio de realidad sobre las formas debe ser aplicada en aquellos asuntos en que se presenten los tres elementos esenciales de la relación laboral (prestación personal, remuneración y subordinación o dependencia).

5. Análisis caso concreto

A continuación se analizará si conforme a las pruebas aportadas al proceso los referidos elementos esenciales de la relación laboral se encuentra acreditados.

5.1. Prestación personal y remuneración

En el escrito de la demanda, el accionante relata que trabajó para la entidad demandada desde el 1° de febrero de 2008 hasta el 1° de diciembre de 2015 y a su vez deprecia que se disponga que no existió solución de continuidad para el pago de las prestaciones sociales derivadas de la relación laboral que alega existente.

De conformidad con la prueba documental aportada se encuentra acreditado que, el señor Jorge Ríos Ayala estuvo vinculado con el municipio de Supía bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, según se desprende de los siguientes contratos:

Contrato	Fecha Inicial	Fecha Final	Duración
----------	---------------	-------------	----------

No. 060 de 2008 ¹⁴	01/02/2008	30/04/2008	3 meses
Interrupción – 8 días			
No. 242 de 2008 ¹⁵	09/05/2008	31/07/2008	2 meses, 22 días
Interrupción – 1 mes y 17 días			
No. 527 de 2008 ¹⁶	18/09/2008	01/12/2008	2 meses, 14 días
Interrupción – 17 días			
No. 758 de 2008 ¹⁷	18/12/2008	31/12/2008	14 días
Interrupción – 2 meses, 3 días			
No. 065 de 2009 ¹⁸	04/03/2009	03/05/2009	2 meses
Interrupción – 14 días			
No. 194 de 2009 ¹⁹	17/05/2009	05/06/2009	1 mes, 19 días
Interrupción – 3 días			
No. 215 de 2009 ²⁰	09/06/2009	05/07/2009	26 días
Interrupción – 1 día			
No. 288 de 2009 ²¹	07/07/2009	05/09/2009	1 mes, 29 días
Interrupción – 10 días			
No. 540 de 2009 ²²	16/09/2009	31/12/2009	3 meses, 15 días
Interrupción – 9 días			
No. 003 de 2010 ²³	10/01/2010	29/06/2010	5 meses, 20 días
Interrupción – 1 día			
No. 223 de 2010 ²⁴	01/07/2010	30/11/2010	5 meses
Interrupción – 1 mes, 8 días			
No. 021 de 2011 ²⁵	09/01/2011	10/08/2011	7 meses, 2 días
Interrupción – 8 días			
No. 238 de 2011 ²⁶	19/08/2011	20/09/2011	1 mes, 2 días
Interrupción – 1 mes, 12 días			
No. 292 de 2011 ²⁷	03/11/2011	30/12/2011	1 mes, 28 días
Interrupción – 5 días			
No. 031 de 2012 ²⁸	05/01/2012	31/03/2012	2 meses, 26 días
Interrupción – 2 días			
No. 111 de 2012 ²⁹	03/04/2012	30/06/2012	2 meses, 28 días
No. 205 de 2012 ³⁰	01/07/2012	20/11/2012	4 meses, 20 días
Interrupción – 10 días			

¹⁴ Fls. 15-17, cdo. 1.

¹⁵ Fls. 18-19, cdo. 1.

¹⁶ Fls. 20-22, cdo. 1.

¹⁷ Fls. 23-26, cdo. 1.

¹⁸ Fls. 27-30, cdo. 1.

¹⁹ Fls. 31-34, cdo. 1.

²⁰ Fls. 35-38, cdo. 1.

²¹ Fls. 39-42, cdo. 1.

²² Fls. 43-46, cdo. 1.

²³ Fls. 47-50, cdo. 1.

²⁴ Fls. 51-54, cdo. 1.

²⁵ Fls. 55-58, cdo. 1.

²⁶ Fls. 59-62, cdo. 1.

²⁷ Fls. 63-66, cdo. 1.

²⁸ Fls. 67-70, cdo. 1.

²⁹ Fls. 71-74, cdo. 1.

³⁰ Fls. 75-78, cdo. 1.

No. 352 de 2012 ³¹	01/12/2012	28/12/2012	28 días
Interrupción – 10 días			
No. 014 de 2013 ³²	09/01/2013	08/07/2013	6 meses
Interrupción – 3 días			
No. 148 de 2013 ³³	12/07/2013	31/12/2013	5 meses, 19 días
Interrupción – 1 día			
No. 004 de 2014 ³⁴	02/01/2014	01/12/2014	11 meses
Interrupción – 1 mes			
No. 009 de 2015 ³⁵	02/01/2015	01/12/2015	11 meses

Ahora bien, de acuerdo con las referidas documentales es claro que, la relación sostenida entre el municipio de Supía y el aquí demandante, imponía la prestación personal del servicio, contratación que según advierten los referidos contratos atiende a la idoneidad, experiencia y capacidad acreditada según la hoja de vida del contratista; así mismo se pactó la remuneración del servicio a título de honorarios.

Cabe destacar, que aunado a lo anterior, los testigos James Antonio Castro Agudelo y Omar Enrique Bueno Tapazco fueron consistentes en señalar sobre su conocimiento de la realización de funciones en forma directa por parte del señor Jorge Ríos Ayala al servicio del municipio de Supía, el primero de los referidos declarantes como usuario recurrente de los servicios prestados por la alcaldía municipal a la junta de acción comunal de la cual era participe y el segundo como par laboral del actor en la alcaldía municipal³⁶.

Ahora bien, la apoderada del municipio de Supía, formuló tacha respecto del testigo James Antonio Castro Agudelo al advertir que este se conectó a la sesión remota de la audiencia durante la recepción de la declaración de parte del señor Jorge Enrique Ríos Ayala, situación que podría afectar su credibilidad o imparcialidad por haber escuchado lo relatado por la referida parte, vedando de validez o espontaneidad su testimonio.

Sobre este tópico, debe señalar la Sala que, al margen que el testigo haya efectuado su conexión durante la recepción de la declaración de parte del demandante, no se evidencia algún tipo de dirección o coacción sobre sus manifestaciones, o un interés en beneficiar a la parte demandante o afectar a la entidad demandada. Además, lo expuesto por el testigo coincide con lo indicado en la prueba documental aportada y con la declaración del testigo Omar Enrique Bueno Tapazco en cuanto a la forma y los hitos temporales de la vinculación.

5.2. De la subordinación o dependencia en el desarrollo de las labores contratadas

Superado lo referente a los extremos temporales de la relación, la efectiva prestación personal del servicio y la consecuente remuneración del mismo, la Sala descenderá al análisis del elemento de la relación laboral que en la cual se ha centrado la discusión entre

³¹ Fls. 79-80, cdo. 1.

³² Fls. 81-84, cdo. 1.

³³ Fls. 85-88, cdo. 1.

³⁴ Fls. 89-93, cdo. 1.

³⁵ Fls. 94-97, cdo. 1.

³⁶ V. Exp. digital, archivo: "31GrabacionAudienciaPruebas", minuto 52:00 y s.s.

las partes, esto es, la existencia de subordinación o dependencia en el desarrollo de las funciones de la demandante al servicio del ente territorial demandado, lo cual se hará a partir del análisis de los indicios o situaciones indicativas de existencia de este elemento como fueron esbozadas en la líneas atrás citada sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021.

5.2.1. Indicios con respecto al lugar de desarrollo de las actividades y la existencia de un horario de trabajo

Con respecto a la existencia de un horario de trabajo y a la necesidad de cumplir con las funciones contratadas en el sitio dispuesto por la entidad accionada, debe destacarse en primera medida que como uno de los aspectos comunes a los objetos contractuales de todos los contratos celebrados entre el municipio de Supía y el demandante se pactó la atención de las juntas de acción comunal y los procesos de participación ciudadana, así como la aplicación de tal instrumento a la población urbana residente en el municipio.

De lo anterior, debe destacarse como primer indicio relevante para la identificación de una relación de verdadera naturaleza laboral que, las referidas funciones u objetos contractuales imponen necesariamente que las labores sean ejercidas en la instalaciones asignadas por la administración municipal para la atención de los usuarios respectivos y por ende en los sitios que la propia entidad hubiese determinado para el efecto, pues el desarrollo de tales tareas en otros espacios o lapsos no hubiese sido posible, aseveración que parte de simples reglas de experiencia y de la inexistencia de planteamiento alguno por la entidad accionada que permita arribar a otra conclusión, sin perjuicio de que como se señalará líneas adelante haya sido plenamente corroborado con la prueba testimonial recaudada.

Ahora bien, sobre la prestación de los servicios a cargo de la contratista en los horarios y en el lugar dispuesto por la contratista se recaudaron los testimonios de los señores James Antonio Castro Agudelo y Omar Enrique Bueno Tapazco quienes a grandes rasgos señalaron que se desempeñaron como presidente de una junta de acción comunal del municipio y como contratista de la entidad, respectivamente, ello durante similares lapsos a los que el demandante prestó sus servicios, por lo que conocieron de primera mano a la accionante y le distinguieron como encargado de atender los usuarios de las juntas de acción comunal y el apoyo a los procesos de dichas organizaciones cívicas en el municipio.

Por ejemplo, el señor James Antonio Castro Agudelo manifestó³⁷:

“...yo quede elegido como presidente de la junta de acción comunal, a partir de allí exigieron una serie de requisitos de formularios que teníamos que llenar, porque este señor Jorge hacia la parte coordinación comunitaria y a él le teníamos que allegar una serie de formatos y documentos con el fin de registrar la junta elegida ante la gobernación de Caldas, entonces tuve contacto de manera permanente, además que posterior a esa elección hubieron varios encuentros en el cual él organizaba y se pedían de pronto las necesidad o inquietudes que tenían en los barrios allí exponíamos nuestras necesidades con el fin de que el sirviera de interlocutor entre la administración y las comunidades para sacar adelante los proyectos del barrio, también

³⁷ *Ibidem* minuto 62:55 y s.s.

pues acudía a los diferentes encuentros o reuniones que se organizaban a través de la alcaldía y coordinación con él...”

Al preguntarle al testigo donde laboraba el aquí demandante, refirió: *“En la alcaldía municipal de Supía, Caldas... en la oficina de desarrollo comunitario y era coordinador de las juntas de acción comunal.” “Pues prácticamente nosotros tenemos un horario de martes a domingo... Las labores de ella eran efectivas y durante toda la semana, solicitudes a diario”*

Por su parte, el señor Omar Enrique Bueno Tapazco manifestó³⁸:

“...de abril de 2012 hasta el 2017 estuve vinculado en la alcaldía de Supía... estuve bajo la modalidad de prestación de servicios en la Secretaría de Gobierno... Yo también laboré bajo la misma modalidad de contratación, pero a nosotros y en especial a él, nos tocaba cumplir un horario que era de lunes a viernes 8 de la mañana 12 del día, 2 de la tarde 6 y media de la tarde, sábados hasta las 4 de la tarde. De hecho, cuando yo labore allá, como auxiliar en la secretaría de gobierno entre otras de las funciones mías era revisar las actividades, o el cumplimiento de ellas, de los compañeros, entre ellos don Jorge Ríos Ayala, en el momento en que no cumplieran ese horario se hacían merecedor a una llamada de atención o llamada telefónica o por qué no estaba en la oficina durante ese horario laboral...”

Corolario, de la naturaleza de las funciones y de conformidad con lo relatado por los testigos citados previamente, se observa que el señor Jorge Ríos Ayala cumplió las funciones del objeto contractual en las instalaciones de la contratante y en el horario estipulado por la entidad, situaciones que serán valoradas en conjunto con lo referente a las demás situaciones indicativas de la existencia de subordinación, que se pasan a analizar.

5.2.2. Indicios con respecto a la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar más allá de la simple coordinación

En este punto, la Sala abordará el análisis de los medios probatorios arribados a la litis, con miras al análisis de la existencia o no de actividades de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad contratante que se alejen de un ejercicio normal de coordinación entre contratante y contratista, ello en aplicación de criterios de sana crítica.

Para el efecto, se torna necesario traer a colación lo relatado por el testigo Omar Enrique Bueno Tapazco quien relató que, dentro de sus funciones estaba la vigilancia de los contratistas como es el caso del aquí demandante, testigo que refirió:

“...dentro de las funciones que yo tenía, era revisar el cumplimiento de las actividades contractuales de los compañeros... él [Jorge Ríos] pasaba informes mensuales de las actividades realizadas... visualmente 8 de la mañana que estuviera dentro de la oficina... El jefe inmediato de nosotros era la doctora Claudia Patricia Alarcón, Secretaria de Gobierno... pese a que eran contratación de prestación de servicios, a nosotros primero se nos exigían unas actividades o desarrollo de ellas, funciones... segundo horario, si nosotros no estábamos

³⁸ *Ibidem* minuto 77:00 y s.s.

presentes... y ella era quien velaba por el cumplimiento no solamente de las actividades, sino del horario también...

Cuando eran reuniones organizadas por la Secretaria de Gobierno... debíamos estar presentes en esas reuniones... muchas de las veces para evaluarnos como íbamos en el desempeño de nuestras funciones."

Como puede verse, existen bastantes criterios indicativos del cumplimiento de órdenes por parte de la accionante, las cuales sobrepasan lo que podría catalogarse lógicamente como una simple coordinación de actividades entre contratante y contratista, pues como lo señalaron los testigos aquel era requerido y vigilado para la asistencia obligatoria a reuniones desarrolladas por la alcaldía municipal para impartir órdenes y evaluar el desarrollo de sus actividades, aunado a la constante exigencia de cumplimiento de un horario y la realización de llamados de atención en caso de incumplimiento a tales exigencias, situaciones que para este Tribunal tuvieron una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual.

5.2.3. Indicios contenidos en las cláusulas del contrato de prestación de servicios con referencia al desarrollo de actividades misionales de la entidad con vocación de continuidad

En los contratos suscritos entre el demandante y el municipio de Supía arriba referenciados se pactó un objeto contractual consistente en el desarrollo de actividades proyectos y programas comunitarios a través de las juntas de acción comunal; en otros fortalecer el esquema de organización e integración de las JAC en veredas y barrios y los procesos de participación ciudadana e integración del municipio de Supía; y en otros, prestar el servicio de apoyo a la gestión para la coordinación y fortalecimiento de los programas de desarrollo comunitario y social a través del esquema de organización de las juntas de acción comunal en veredas y barrios así mismo apoyar los procesos de participación ciudadana en el municipio de Supía.

En línea con lo anterior, cabe advertir que la Ley 743 de 2002, que estructura los organismos de acción comunal señala como una garantía de los representantes de estas a ser atendidos *"por lo menos dos (2) veces al mes en días no laborables por las autoridades del respectivo municipio o localidad"*, a su vez la Ley 136 de 1994 determina que *"Las autoridades municipales garantizarán el acceso de los ciudadanos a lo público a través de la concertación y cooperación para que tomen parte activa en las decisiones que inciden en el ejercicio de sus derechos y libertades políticas, con arreglo a los postulados de la democracia participativa, vinculando activamente en estos procesos a particulares, organizaciones civiles, asociaciones residentes del sector y grupos de acción comunal"*.

Así las cosas, de las cláusulas de los contratos de prestación de servicios se infiere que, las funciones al contratista, corresponden a tareas establecidas en cabeza de los municipios como una función legal y por ende inherente a la función misional y permanente del ente territorial, no hallándose por ende justificación a que se pretenda su desarrollo por medio de personal externo a la entidad mediante contratos de prestación de servicios, los cuales como se advirtió líneas arriba deben apuntar al manejo de funciones extraordinarias al que hacer habitual de la entidad o a un conocimiento técnico o profesional de especialísimas

características que no pueda ser cubierto por el personal de planta, mucho menos en asuntos como el que es objeto de control jurisdiccional en el cual dicha situación se presentó en forma continuada entre 2008 y 2015.

Sobre este punto, cabe destacar que el Consejo de Estado³⁹ ha precisado que, los contratos de prestación de servicios se realizan para adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, por lo tanto, si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios, pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración y si la tarea acordada no corresponde a actividades nuevas, que no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados⁴⁰ o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta.

Así se tiene que, en este caso la contratación del demandante a través de los contratos de prestación de servicios que ya fueron referidos se extendió por cerca de siete años, lo que desvirtúa esta vocación transitoria o accidental que debe caracterizar al contrato de prestación de servicios.

5.3. Conclusión

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, esto es, el objeto de los contratos de prestación de servicios, las obligaciones del contratista, la sujeción a un horario laboral, que las actividades desarrolladas por aquel son inherentes a la misión y función legal permanente del ente territorial, que tales tareas debían realizarse con sujeción a las directrices ordenadas por el secretario de gobierno, aunado a las condiciones de permanencia de las labores por cerca de siete años, para la Sala tales situaciones son pruebas indicativas de la existencia de subordinación y dependencia del accionante respecto de la entidad demandada, elemento que aunado a la existencia de una prestación del servicio y una remuneración -elementos que no fueron objeto de discusión- conllevan a la conclusión de que existió una verdadera relación laboral entre el señor Jorge Ríos Ayala y el municipio de Supía.

Así las cosas, para la Sala no pueden ser de recibo los argumentos de defensa propuestos por la entidad accionada al señalar que, el simple cumplimiento de un horario o la coordinación de funciones no son indicativos de la existencia del elemento de subordinación o dependencia, pues como se vio líneas atrás, esta situación no fue el único indicio que demostró tal poder de control sobre el empleado, pues este se conjuró con muchas otras situaciones -ya expuestas- que permiten aseverar la existencia de dicho elemento constitutivo de la relación laboral, así como también se pudo concluir que la imposición de órdenes y directrices para el desarrollo del contrato sobrepasaron lo que lógicamente podría catalogarse como una simple coordinación entre contratante y contratista.

³⁹ Consejo de Estado sentencia de 3 de marzo de 2011. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Rad 15001-23-31-000-1999-02528-01(0693-10).

⁴⁰ Consejo de Estado Sección Segunda Subsección "A" Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón Rad.: 68001231500020020210401 (0233-08)

6. Reconocimiento de los aportes pensionales dejados de cancelar

En atención a las consideraciones presentadas, y en armonía con la normativa y la jurisprudencia citada, aunado al escenario de caducidad advertido en la parte inicial de esta considerativa, se declarará la nulidad del acto administrativo demandado, en cuanto no reconoció al accionante el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, empero únicamente con efectos pensionales, ello en atención al carácter fundamental e imprescriptible del derecho a la seguridad social.

En tal sentido se ordenará al municipio de Supía tomar como base los honorarios pactados con el demandante durante los periodos que este laboró a su servicio, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por el accionante como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar **únicamente con destino al respectivo fondo de pensiones** la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Las sumas a cancelar por concepto de aportes para pensión se actualizarán atendiendo a los correspondientes cálculos actuariales que sean señalados por el fondo de pensiones al cual se halle vinculado el demandante.

7. Costas

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP), no se impondrá condena en costas al accederse en forma parcial a las pretensiones de la demanda.

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

RESUELVE

Primero: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de *“Inexistencia de relación laboral - No existió subordinación entre el demandante y el Municipio de Supía”, “Inexistencia de la relación laboral - solución de continuidad”, “Vocación legal y legítima de los contratos de prestación de servicios suscritos entre el demandante y el Municipio”, “Temeridad de la acción- abuso de la figura del contrato realidad”, “Ausencia de material probatorio - No se desvirtúa la presunción de legalidad del contrato de prestación de servicios”* propuestas por el municipio de Supía.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo AMSC.0001 del 03 de enero de 2018, expedido por el alcalde municipal de Supía - Caldas, mediante el cual se negó el reconocimiento de la existencia de una relación laboral entre el señor Jorge Enrique Ríos Ayala y dicho ente territorial.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** al **MUNICIPIO DE SUPÍA** liquidar y pagar la totalidad de los aportes respectivos para pensión a favor del señor **JORGE ENRIQUE RÍOS AYALA** en el porcentaje que le corresponda por ley al empleador, tomando los honorarios pactados como base de cotización (IBC) pensional del demandante dentro de los periodos efectivamente laborados por prestación de servicios mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizando al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Por su parte, el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como empleado.

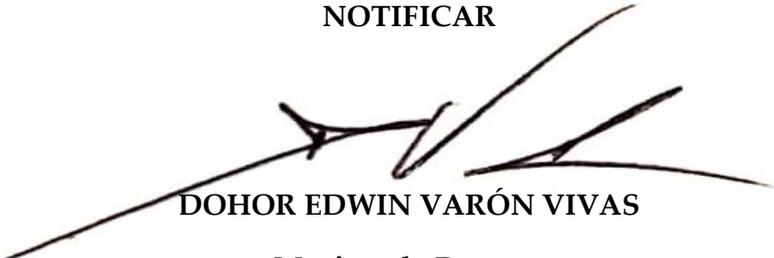
Las sumas a cancelar por concepto de aportes para pensión se actualizarán atendiendo a los correspondientes cálculos actuariales que sean señalados por el fondo de pensiones al cual se halle vinculado el demandante.

CUARTO: **SIN COSTAS** en esta instancia.

QUINTO: **EJECUTORIADA** la presente providencia, **DEVUÉLVANSE** los remantes si los hubiere y **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones en el sistema Justicia Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 21 de 2022.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
(AUSENTE CON PERMISO)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala 2ª. Oral de Decisión
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, primero (1º) de abril de dos mil veintidós (2022).

Radicación	17001-33-33-008-2015-00245-02
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Yolanda Martínez Ramírez
Accionado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM y Departamento de Caldas
Providencia	Sentencia No. 57

La Sala 2ª Oral de Decisión desata el recurso de **apelación** interpuesto por la parte **demandante** contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 15 de agosto de 2018, mediante la cual se **declaró la nulidad parcial del acto administrativo enjuiciado**.

I. **Antecedentes**

1. **Pretensiones.**

La parte demandante deprecia lo siguiente:

“PRIMERA: Se Declare la Nulidad Absoluta del acto administrativo - Oficio Nom 156 del 03 de marzo de 2015, notificado en fecha 10 de marzo de 2015, expedido por la Secretaria de Educación del Departamento De Caldas, en cuanto negó a mi mandante el reconocimiento y pago de los INTERESES DE MORA SOBRE LA LIQUIDACIÓN DEL RETROACTIVO DE NIVELACIÓN SALARIAL del periodo comprendido de Febrero 10 de 1997 al 31 de Diciembre de 2009, que solo fue pagado hasta el día 15 de Mayo de 2013, ello de conformidad con lo prescrito en el artículo 1617 numeral 2º, artículos 1645 a 1649 del Código Civil y demás normas concordantes y pertinentes.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la manifestación de Nulidad del acto administrativo antes descrito, se declare que mi mandante tiene derecho a que LA NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL DEPARTAMENTO DE CALDAS-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL, le Reconozca y Pague los Intereses Moratorios adeudados por el retardo injustificado en el Reconocimiento y Pago de dicha Nivelación y Homologación salarial.

TERCERO: Que como consecuencia de la Declaración de Nulidad del acto administrativo antes descrito, se ordene como Restablecimiento del

Derecho, el Reconocimiento y Pago de los Intereses Moratorios a favor de mi representada, con ocasión de la tardanza injustificada por parte de las entidades demandadas en el pago de las acreencias a que tenía derecho la demandante por concepto de Nivelación y Homologación Salarial, liquidando dichos intereses a la tasa doble del interés bancario, contado desde el día siguiente a la efectividad del derecho, hasta cuando se hizo efectivo el pago del mismo, el cual se efectuó el día 15 de Mayo de 2013,

CUARTA, Que se Condene a las Demandadas al Cumplimiento del Fallo que se profiera en el presente proceso, de conformidad con el art. 192 y Subsiguientes del C.P.A.C.A. QUINTA. Que se condene a las demandadas en Costas y Gastos del Proceso en los términos del art. 171 del C.P.A.C.A.

2. Hechos.

En síntesis, los fundamentos fácticos de las pretensiones, son los siguientes:

El Ministerio de Educación Nacional, con Directiva Ministerial N° 10 de Junio 30 de 2005, se pronunció de fondo respecto a la viabilidad de la homologación de los funcionarios administrativos del sector educativo que como consecuencia del proceso de descentralización del servicio educativo fueron incorporados a las entidades territoriales, pronunciamiento que se dio con base en la consulta hecha al H. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, con relación a la procedencia de la homologación de los cargos de las plantas de personal administrativo transferida a las entidades territoriales certificadas en virtud de la descentralización del servicio educativo, dispuesta por las leyes 60 de 1993 y 715 de 2001.

[...]

A la señora, YOLANDA MARTÍNEZ RAMIREZ, en calidad de funcionaria administrativa de los Establecimientos Educativos del departamento de Caldas, FINANCIADOS CON RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES, a través de la Secretaría de Educación Departamental, le fue reconocida y pagada la Nivelación Salarial, mediante Resolución 1856-6 del 22 de marzo de 2013, Aclarada mediante Resolución N° 4556-6 del 04 de julio de 2013.

El periodo pagado por concepto de dicha homologación salarial fue de 10 de Febrero de 1997 al 31 de Diciembre de 2009, el cual debió homologarse de manera inmediata.

La demandante, YOLANDA MARTÍNEZ RAMIREZ, recibió el pago de dicha nivelación salarial, sólo hasta el día 15 de Mayo de 2013, transcurriendo así, más de 10 años para que los trabajadores pudieran recibir salarios justos.

La obligación del pago de la nivelación salarial, debe hacerse igual que el salario, por periodos de treinta días (30) días, por lo tanto una vez ocurrido dicho vencimiento, su no pago automáticamente genera la obligación de cancelar los intereses con su respectiva indexación.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Se invocan los artículos 1, 13 y 53 de la Constitución Política; 1617 numeral 2 del Código Civil y demás normas concordantes.

Indica que la Homologación y Nivelación Salarial de los empleados administrativos de las Secretarías de Educación generó una obligación de pago desde el mismo momento de su incorporación a la planta departamental, razón por la cual, la demora en el pago las acreencias derivadas de tal nivelación, genera intereses moratorios desde cuando nació el derecho. Aduce que, tanto el Gobierno Nacional como el Departamental debieron haber contemplado dentro del presupuesto, el pago de esta deuda laboral generada por la transferencia del personal administrativo a las entidades territoriales certificadas en virtud de la descentralización del servicio educativo, dispuesta por las leyes 60 de 1993 y 715 de 2001; que para el caso de Caldas se dio en 1997, consolidándose el pago de dichos dineros solo en el año 2013, casi 16 años después, generando un alto detrimento patrimonial y económico a dichos funcionarios, lo que justifica a la luz de la ley y la jurisprudencia, el derecho de reclamar que se le reconozcan intereses moratorios, acordes con la tasa real vigente en el mercado.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Ministerio de Educación Nacional – FNPSM.

Se advierte en esta instancia que los argumentos expuestos por la demandada al contestar la demanda giran en torno al reconocimiento de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, tema ajeno al objeto de este proceso, en donde se discute el derecho al pago de intereses moratorios frente al pago de un retroactivo de homologación y nivelación salarial. (fls. 41 a 51, C. 1)

4.2. Departamento de caldas.

Contestó la demanda refiriéndose a las prestaciones sociales de los docentes afiliados al FNPSM, tema que no guarda relación directa con el objeto de este proceso. (fls. 60-66, C. 1)

5. Fallo de primera instancia.

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales profirió sentencia el 15 de agosto de 2018, declarando nulo el Oficio No. 156 del 3 de marzo de 2015, expedido por la Secretaría de Educación del departamento de Caldas; y a título de restablecimiento del derecho ordenó indexar las sumas reconocidas por concepto de homologación y nivelación salarial al demandante, tomando en cuenta la fórmula indica por el Consejo de Estado, desde la fecha de ejecutoria de la resolución que reconoció las sumas por concepto de nivelación (10 de abril de 2013) hasta el día anterior a la fecha de pago del retroactivo (14

de mayo de 2013). Lo anterior, citando el artículo 53 de la Constitución Política y el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. (fls. 136 a 142, C.1)

6. Recurso de apelación.

6.1. Parte demandante.

Itera que la parte demandada procedió a reconocer y pagar en mayo de 2013 a la aquí demandante, los dineros correspondientes a una nivelación salarial que debió haberse efectuado desde el año 1997, como consecuencia de la descentralización del servicio educativo dispuesta por las leyes 60 de 1993 y 715 de 2001; luego entonces, asegura que debieron haber sido homologados y nivelados sus salarios de manera inmediata.

Aduce que con ocasión de la injustificada demora en el pago de dichas acreencias laborales, conforme lo ha dicho reiterada jurisprudencia, no sólo debe reconocerse la indexación de los valores adeudados, sino que deben pagarse los correspondientes intereses de mora, pues de ninguna manera la indexación monetaria excluye el derecho a reclamar intereses moratorios cuando existe retardo en los pagos debidos, tal como fue indicado en Sentencia T-418 de 1996, Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional.

Colige entonces, que no resulta desproporcionado ni fuera de los fundamentos constitucionales y legales que rigen el derecho que tiene todos los trabajadores al pago oportuno de su remuneración salarial, el hecho de cobrar intereses moratorios por el pago tardío de las acreencias laborales; es así como está plenamente establecido y definido que la indexación y la mora corresponde a dos conceptos totalmente diferentes que deben ser asumidos por quien incurra en el retraso en el pago de las acreencias laborales. Expone que la mora hace referencia al interés que se debe pagar por el no pago oportuno de una deuda y la indexación, entre tanto, corresponde a la actualización de la deuda en razón a la pérdida del valor de la moneda con el paso del tiempo, es decir por la inflación. Insiste, en consecuencia, que a la parte actora le asiste derecho al reconocimiento de la sanción mora deprecada. (fls. 152 – 155, C. 1)

6.2. Departamento de Caldas.

La entidad territorial allegó un memorial de apelación en el cual se refiere al régimen legal de las cesantías de los docentes adscritos al FNPSM, materia que no alude a aquello que es materia de debate en este proceso. (fls. 144 a 151, C. 1)

7. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

Las partes guardaron silencio.

El Ministerio Público no emitió concepto.

II. Consideraciones de la Sala

Pretende la parte demandante se declare nulo el acto administrativo que negó el reconocimiento y pago de intereses moratorios con ocasión de la cancelación tardía del retroactivo por homologación y nivelación salarial, y en su lugar, se acceda al pago de dichos intereses.

1. Problemas jurídicos.

Los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se contraen a los siguientes:

- ¿Tiene derecho la parte actora al reconocimiento de intereses moratorios y el ajuste de indexación sobre la liquidación del retroactivo salarial cancelado?
- En caso de ser procedente el pago de los valores solicitados por concepto de intereses moratorios sobre la suma liquidada por concepto de retroactivo ¿cuáles serían los extremos temporales para hacer dicho pago?
- ¿Cuál de las entidades demandadas o ambas es la llamada a responder sobre las pretensiones de la parte accionante?

2. Homologación y nivelación salarial del personal administrativo de la educación.

El proceso de homologación y nivelación salarial para los empleados del área administrativa de los establecimientos educativos oficiales tiene su origen en la descentralización del servicio educativo.

Inicialmente, a través de la Ley 43 de 1975 *“Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías; se redistribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones.”* se llevó a cabo el proceso de nacionalización de la educación en los siguientes términos:

“Artículo 1º.- La educación primaria y secundaria oficiales serán un servicio público a cargo de la Nación.

En consecuencia, los gastos que ocasione y que hoy sufragan los departamentos, intendencias, comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios, serán de cuenta de la Nación, en los términos de la presente Ley”.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 60 de 1993, comenzó a revertirse la nacionalización y en cambio, se abrió paso la descentralización del servicio educativo para los departamentos y municipios; los artículos 2º y 3º de la mencionada ley establecieron:

“Artículo 2º.- *Competencias de los municipios. Corresponde a los municipios, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas municipales competentes, en su carácter de entidades ejecutoras principales de las acciones en materia social, dirigir, prestar o participar en la prestación de los servicios directamente, conforme a la ley, a las normas técnicas de carácter nacional, a las ordenanzas y a los respectivos acuerdos municipales, así:*

1.- En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y a las disposiciones legales sobre la materia:

- Administrar los servicios educativos estatales de educación preescolar, básica primaria y secundaria y media.*
- Financiar las inversiones necesarias en infraestructura y dotación y asegurar su mantenimiento y participar con recursos propios y con las participaciones municipales en la financiación de los servicios educativos estatales y en la cofinanciación de programas y proyectos educativos.*
- Ejercer la inspección y vigilancia, supervisión y la evaluación de los servicios educativos estatales.*

Artículo 3º.- *Competencias de los departamentos. Corresponde a los departamentos, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas departamentales competentes, conforme a la Constitución Política, la ley, a las normas técnicas nacionales y a las respectivas ordenanzas:*

1.- Administrar los recursos cedidos por la Nación; planificar los aspectos relacionados con sus competencias para los sectores de educación y salud y ejercer funciones de coordinación, subsidiariedad y concurrencia relacionadas con las competencias municipales, conforme a la Constitución, a la Ley y a los reglamentos que sobre tales aspectos expidan los respectivos ministerios.

En desarrollo de estas funciones promoverá la armonización de las actividades de los municipios entre sí y con el departamento y contribuirá a la prestación de los servicios a cargo de los municipios cuando éstos presenten deficiencias conforme al sistema de calificación debidamente reglamentado por el respectivo Ministerio.

(...)

3.- Actuar como instancia de intermediación entre la Nación y los municipios, para los fines del ejercicio de las funciones que conforme a esta Ley, son de competencia de la Nación.

4.- Asesorar y prestar asistencia técnica, administrativa y financiera a los municipios y a las instituciones de prestación de los servicios para el ejercicio de las funciones asignadas por la presente Ley; realizar la evaluación, control y seguimiento de la acción municipal y promover ante las autoridades competentes las investigaciones disciplinarias a que haya lugar.

5.- Las anteriores competencias generales serán asumidas por los departamentos así:

A. En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y las disposiciones legales sobre la materia:

- Dirigir y administrar directa y conjuntamente con sus municipios la prestación de los servicios educativos estatales en los niveles de preescolar, básica primaria y secundaria y media.
- Participar en la financiación y cofinanciación de los servicios educativos estatales y en las inversiones de infraestructura y dotación.
- Asumir las funciones de administración, programación y distribución de los recursos del situado fiscal para la prestación de los servicios educativos estatales.
- Promover y evaluar la oferta de capacitación y actualización de los docentes, de acuerdo con los desarrollos curriculares y pedagógicos y facilitar el acceso a la capacitación de los docentes públicos vinculados a los establecimientos educativos del área de su jurisdicción.
- Regular, en concurrencia con el municipio, la prestación de los servicios educativos estatales.
- Ejercer la inspección y vigilancia y la supervisión y evaluación de los servicios educativos estatales.
- Incorporar a las estructuras y a las plantas departamentales las oficinas de escalafón, los fondos educativos regionales, centros experimentales piloto y los centros auxiliares de servicios docentes.
- Asumir las competencias relacionadas con currículo y materiales educativos.

La prestación de los servicios educativos estatales y las obligaciones correspondientes, con cargo a los recursos del situado fiscal, se hará por los departamentos, caso en el cual los establecimientos educativos y la planta de personal tendrán carácter departamental, distribuida por municipios, de acuerdo con las necesidades de prestación del servicio; de todas maneras la administración del personal docente y administrativo se hará conforme a lo previsto en el artículo 6o. de la presente Ley”.

Y el artículo 15 definió la forma cómo se asumían dichas competencias:

“Artículo 15º.- Los departamentos y distritos que acrediten el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 14 en el transcurso de cuatro años, contados a partir de la vigencia de esta Ley, recibirán mediante acta suscrita para el efecto, los bienes, el personal, y los establecimientos que les permitirán cumplir con las funciones y las obligaciones recibidas. En dicha acta deberán definirse los términos y los actos administrativos requeridos para el cumplimiento de los compromisos y obligaciones a cargo de la Nación y las entidades territoriales respectivas”.

Así mismo, respecto de la administración de las plantas de personal preceptuó:

“Administración del personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales.

Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.

Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute”.

A su turno, la Ley 715 de 2001 estableció normas en materia de recursos y competencias, entre otros temas, en el servicio público de educación, disponiendo en sus cánones 37 y 38:

“Organización de plantas. *Las plantas de cargos docentes y de los administrativos de las instituciones educativas serán organizadas conjuntamente por la Nación, departamentos, distritos y municipios, en un período máximo de dos años, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la presente ley.*

Incorporación de docentes, directivos docentes y administrativos a los cargos de las plantas. *La provisión de cargos en las plantas financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones, se realizará por parte de la respectiva entidad territorial, dando prioridad al personal actualmente vinculado y que cumpla los requisitos para el ejercicio del cargo.*

Los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos vinculados a la carrera docente a la expedición de la presente ley, no requieren nueva vinculación o nuevo concurso para continuar en el ejercicio del cargo, sin perjuicio del derecho de la administración al traslado del mismo.

A los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que se financien con recursos del Sistema General de Participaciones, sólo se les podrá reconocer el régimen salarial y prestacional establecido por ley o de acuerdo con esta (...).”

A su vez, el Ministerio de Educación Nacional, atendiendo el Concepto N° 1607 emitido el 9 de diciembre de 2004¹ proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, profirió la Directiva Ministerial N° 10 del 30 de junio de 2005 en la que expresa:

“Una vez elaborado el estudio técnico y fundamentándose en éste, la entidad territorial certificada procederá a realizar, bajo la responsabilidad del secretario de educación y del jefe de personal o quien haga sus veces, la homologación y nivelación salarial de los cargos administrativos conforme a la normatividad vigente, mediante acto administrativo general.

Con base en este último, la homologación de cada funcionario administrativo se realizará, mediante acto administrativo individualizado el cual debe

¹ Consejero ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

especificar el cargo al cual es homologado y la nivelación salarial respectiva -si a ella hay lugar según el estudio técnico- que rige a partir de la fecha de expedición de dicho acto administrativo, previo certificado de disponibilidad presupuestal. El certificado de disponibilidad presupuestal será emitido contra recursos del Sistema General de Participaciones -SGP. Si el costo de la planta de personal administrativo aprobada, incluido el aumento por concepto de la nivelación y homologación, no alcanza a ser cubierto con los recursos del SGP asignados por alumno atendido para el pago de la prestación del servicio, la entidad territorial podrá solicitar al MEN su cubrimiento por concepto de complemento de planta.”

De lo anterior se concluye que en el marco del proceso de descentralización del servicio público de educación, las entidades territoriales certificadas asumieron la administración del personal educativo y el administrativo que antes pertenecía a la Nación, lo cual implicó a su vez un proceso de ajuste de los cargos a la planta de personal de los departamentos y municipios (homologación) y la correspondiente compensación de las diferencias salariales y prestacionales que resultaron con la incorporación a las nuevas plantas de personal (nivelación salarial), que en principio, se sufragaba con recursos del Sistema General de Participaciones.

3. Indexación e intereses moratorios.

Tradicionalmente se ha identificado la indexación como la actualización del dinero en el tiempo para mantener su valor y evitar la pérdida adquisitiva de la moneda, es decir, una equivalencia financiera en la cual unidades monetarias del pasado (VP) se expresan en unidades monetarias del futuro (VF), que tienen el mismo poder adquisitivo, siendo la diferencia entre dichos valores temporales la corrección monetaria del dinero, con base en los índices determinados por el ordenamiento jurídico.

El Consejo de Estado en sentencia del treinta (30) de mayo de 2013 con ponencia de la Consejera María Elizabeth García González (radicado 2006-00986-01), precisó:

“(…) el propósito de la indexación es uno: mantener el valor o poder adquisitivo constante de la moneda en razón la depreciación que ha sufrido por el paso del tiempo. La indexación o corrección monetaria no tiene por finalidad incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo, es decir, traerlo a valor presente”.

A su turno la Corte Constitucional en la Sentencia C-862 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) indicó respecto a la indexación:

“(…) La indexación persigue entonces mantener el valor originario del crédito dinerario, mediante el empleo de pautas preestablecidas, aplicables a todas las obligaciones dinerarias que se especifican. Mediante este procedimiento

de ajuste periódico y automático se pueden actualizar salarios, rentas, ahorros, impuestos y en general todas aquellas prestaciones originadas en obligaciones que se prolongan en el tiempo”.

Por su parte, los intereses moratorios tienen una función indemnizatoria por los perjuicios que causa la mora en el cumplimiento de las obligaciones, conforme al artículo 1617 del Código Civil que reza:

“INDEMNIZACIÓN POR MORA EN OBLIGACIONES DE DINERO. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1a.) *Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.*

El interés legal se fija en seis por ciento anual.

2a.) *El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.*

3a.) *Los intereses atrasados no producen interés.*

4a.) *La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas”.*

Ahora bien, respecto de la procedencia del pago de intereses moratorios sobre sumas indexadas, el Consejo de Estado ha aclarado:²:

“En vista de lo anterior, se observa que la sentencia de primera instancia no sólo condena a Cajanal E.I.C.E. liquidada, a pagar al actor intereses por mora como mecanismo indemnizatorio de los perjuicios sufridos por el demandante, sino además a la indexación prevista en el artículo 178 del C.C.A., condenas que resultan completamente incompatibles, en cuanto ambas cargas económicas tienen una misma finalidad que es mitigar los efectos adversos devenidos por la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones y de configurarse en conjunto tendría como resultado un enriquecimiento sin justa causa a favor del acreedor.

La Corporación, en varias oportunidades ha venido sosteniendo que recibir ambas compensaciones constituye un doble pago, máxime cuando se ha declarado la recuperación del valor perdido por las sumas adeudadas, en este caso, el relativo a la actualización de los salarios devengados por el actor como funcionario de planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores a moneda colombiana como efecto de la inflación, al respecto se ha precisado:

“Por el contrario, no procede reconocer intereses moratorios pues si el ex-empleado inconforme con la decisión recurre a la acción judicial, además del

² Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección "A". C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-25-000-01312(2506-2013).

reconocimiento de las sumas de dinero dejadas de cancelar por efecto del acto ilegal, se ordena su ajuste conforme al artículo 178 del C.C.A., con lo cual se previene la devaluación, buscando que el restablecimiento del derecho represente el valor real al momento de la condena que es el equivalente al perjuicio recibido.

En gracia de discusión, si se ordenara el reconocimiento de intereses por mora se estaría condenando a la entidad a un doble pago por la misma causa” /Destaca el Tribunal/.

De otro lado, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo ha aludido a la improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios sobre las sumas pagadas por concepto del proceso de homologación y nivelación salarial en el sector de la educación, puntualizando lo siguiente³:

“(…) Por otro lado, tampoco hay lugar a reconocer intereses moratorios en el presente caso, teniendo en cuenta la naturaleza eminentemente sancionatoria de los mismos, en cuanto buscan castigar al deudor incumplido. Bajo este entendido si no se dijo nada al respecto en las resoluciones que reconocieron el retroactivo, como tampoco hay norma que expresamente lo consagre, no se puede en consecuencia, entrar a reconocerse los intereses moratorios.

Recordemos que por su carácter sancionatorio, los intereses moratorios deben estar consagrados en una norma que los autorice expresamente, es decir, que faculte el cobro de los mismos para los casos de pagos retroactivos por homologación y nivelación, o estar claramente incluidos en el documento que reconoce el derecho, supuestos, que no se evidencian en el presente asunto”.

En este orden de ideas, en caso de llegar a hallarse probado que a la parte demandante le fueron indexadas las sumas reconocidas a título de nivelación salarial, resultaría totalmente improcedente ordenar el reconocimiento de intereses moratorios sobre valores ya indexados, dada la incompatibilidad que existe entre estos dos conceptos.

4. Caso Concreto.

En el expediente se encuentra acreditado lo siguiente:

➤ Mediante Resolución N° 1856-6 de 22 de marzo de 2013, aclarada por la Resolución N° 4556-6 de 4 de julio de 2013, a la aquí demandante le fue reconocido el pago por homologación y nivelación salarial del período comprendido a partir del 10 de febrero de 1997 al 31 de diciembre de 2009, incluyendo la indexación. (fls. 3 a 9, C. 3)

³ Sección Segunda, Subsección A, C.P: William Hernández Gómez, sentencia del 7 de Diciembre de 2017, radicado 2014-00311-01 (0905-15).

- Dicho pago se le realizó el 15 de mayo de 2013 según se advierte de la certificación expedida por la Secretaría de Educación de Caldas (fl. 24 cdno. 1).
- Mediante petición dirigida al Ministerio de Educación Nacional y a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, la accionante solicitó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios por la falta de pago oportuno de la nivelación y homologación salarial causados desde el año de 1997 al año 2009, la cual fue negada a través del acto demandado (fls. 15 a 16; y 23 del cdno. 1).

Por ende, teniendo en cuenta que a la parte actora le fue reconocida la indexación sobre las sumas pagadas por concepto de homologación y nivelación salarial, atendiendo el marco normativo y jurisprudencial citado, la pretensión de obtener intereses de mora por el pago tardío del retroactivo no encuentra eco de prosperidad, dada la incompatibilidad entre ambos conceptos.

En este punto, cabe destacar que en casos similares este Tribunal, mediante postura mayoritaria y acudiendo al canon 53 Constitucional, ha venido reconociendo la actualización de sumas de dinero pagadas de manera tardía en sede administrativa, ya que en esos asuntos ocurrió que entre la fecha de ejecutoria de la resolución de reconocimiento de homologación y su pago, había transcurrido un lapso entre de uno o varios meses, lo que a juicio de la Sala mayoritaria, hacía variar el IPC y por ende se hacía procedente realizar la actualización monetaria; además por cuanto no hubo resolución posterior que modificara el valor de la indexación para hacer un reconocimiento mayor por ajuste a este concepto.

Sin embargo, el Consejo de Estado mediante sentencia de 12 de septiembre de 2019, revocó uno de los fallos que había adoptado el Tribunal en ese sentido, esgrimiendo las siguientes razones (C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 17001-23-33-000-2016-00993-01):

“(...) Se observa que el juez de primera instancia condenó a la Nación-Ministerio de Educación Nacional al reconocimiento y pago de “los ajustes de indexación únicamente sobre el valor pagado a título de retroactivo menos el valor correspondiente a la indexación ya reconocida a partir del día siguiente a la ejecutoria de la Resolución 570 de 11 de abril de 2014, data en cobró firmeza el reconocimiento del retroactivo hasta el día anterior a la fecha efectiva del pago (...)” frente a lo cual, se establece, teniendo en cuenta que jurisprudencialmente la indexación se tiene como la figura por la cual se actualiza la moneda que ha perdido su valor por el paso del tiempo, que entre la fecha en que adquirió ejecutoria la Resolución 570 de 11 de abril de 2014 y el día anterior al pago de la obligación, el cual tuvo lugar en el mes de mayo de 2014, esto es, aproximadamente un mes después, no transcurrió la suficiente temporalidad que en consecuencia generara la depreciación del valor reconocido por concepto del retroactivo, por lo que, no había lugar a su reconocimiento y en tal virtud se revocará la providencia enjuiciada en ese sentido” /Resalta el Tribunal/.

En la referida sentencia, se ratificó además algunas reglas jurídicas que reforzaron la decisión adversa a la pretensión de pago de intereses de mora por el pago tardío del retroactivo de la homologación y nivelación salarial, las cuales sintetiza el Tribunal en los siguientes puntos:

(i) El lapso transcurrido entre la fecha de reconocimiento y el pago del retroactivo por homologación y nivelación salarial en la mayoría de casos resulta razonable, a la luz de las diferentes gestiones de orden administrativo que deben adelantar las entidades públicas para efectuar este tipo de reconocimientos, como ocurre en el caso que sirve de parámetro, en el que apenas transcurrió un mes, tiempo en el cual no se presenta una depreciación significativa del valor de la suma reconocida.

(ii) Si el beneficiario del pago por homologación y nivelación salarial no presentó oposición o recursos contra el acto administrativo que contiene la suma reconocida, el asunto no puede subsanarse generando una nueva discusión a través de una petición posterior de reconocimiento de intereses.

(iii) No existe una norma que consagre la obligación de pago inmediato de la suma reconocida por concepto de homologación y nivelación salarial, pues como se anotó, dicho trámite está compuesto por una sucesión de etapas administrativas que incluyen la respectiva apropiación presupuestal, por lo que no resultan aplicables las normas civiles sobre intereses de mora a este tipo de casos.

(iv) Aun cuando exista retardo, no procede el pago de intereses de mora, pues como lo ha señalado esa corporación en repetidas oportunidades, al constatarse que la suma reconocida fue indexada, reconocer intereses de mora constituiría un doble pago por el mismo concepto, atendiendo la incompatibilidad entre ambas figuras, aspecto que se abordó líneas atrás.

(v) Finalmente, atendiendo al carácter eminentemente sancionatorio de los intereses de mora, su reconocimiento se halla supeditado a la existencia de una norma que expresamente los consagre en el supuesto de pago tardío de la homologación y nivelación salarial, lo cual no ocurre en este caso.

También sobre este punto, el Consejo de Estado dictó recientemente dos (2) sentencias, en las que revocó igual número de fallos de esta corporación que concedían la aludida indexación al amparo del criterio de equidad.

La primera de ellas data del 23 de octubre de 2020, con ponencia del Magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del expediente N° 170012333000-2018-00143-01 (4932-2019), en la cual sostuvo el alto tribunal:

“(…) En lo atañadero a la presunta facultad que se atribuye el a quo, para decidir extra petita, la Corte Constitucional, en fallo T-873 de 16 de agosto de 2001⁴, indicó que «[a]l contrario de los procesos laborales a los cuales asimila el demandante su asunto, el ejercicio de la función judicial en materia contencioso administrativa⁵, la competencia del juez al momento de fallar no le permite decidir ultra petita o extra petita, porque la resolución judicial que se extienda más allá de lo pedido o que se tome fuera del petitum de la demanda, a más de resultar violatoria del derecho de defensa de la contraparte sería contraria a la estructura misma del proceso que en esta materia se guía por el principio de que la materia del litigio se define por las partes y, estas al hacerlo, delimitan la competencia del juzgador».

En similar sentido, se pronunció esta Corporación el 20 de mayo de 2010⁶, al sostener que «[l]a sentencia proferida por el juez de lo contencioso administrativo, a su turno, debe ser motivada y resolver todos los puntos objeto de controversia formulados por las partes demandante y demandada dentro de la oportunidad procesal respectiva. En este sentido, a la luz de lo establecido en el artículo 170 del C.C.A.⁷ [hoy 187⁸ del CPACA], debe concluirse que la sentencia proferida por el juez de lo contencioso administrativo no puede ser infra, extra o ultra petita, sino, en virtud de la naturaleza predominantemente rogada de la jurisdicción, sujetarse a todos y cada uno de los aspectos sometidos a su decisión».

Derrotero reiterado por esta sala el 17 de octubre de 2017⁹, al precisar que «[...] el juez debe tomar su decisión de manera congruente con los hechos, pretensiones y excepciones probadas dentro del proceso. Por lo tanto, no podrá proferir una sentencia en la que se pronuncie acerca de algo que no fue solicitado por las partes (extra petita) o en la que otorgue más de lo pedido (ultra petita), pero tampoco podrá fallar sin pronunciarse acerca de todas las pretensiones, pues de lo contrario deberá explicar de manera suficiente las razones por las cuales omitió referirse a algún pedimento, por ello, el principio de congruencia de la sentencia garantiza el oportuno uso del derecho de defensa por las partes, puesto que les permite hacer uso de cada una de las herramientas establecidas en la ley para tal propósito».

En ese orden de ideas, conforme a lo anterior, resultaría contrario a

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-873 de 2001, M. P. Jaime Araujo Rentería.

⁵ *Acerca del proceso contencioso administrativo* Cfr. BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho procesal administrativo*, Cuarta ed. 4a. reimpresión. Señal Editora. Medellín: 1998, pags. 196 y ss.

⁶ Consejo de Estado, sección segunda, expediente: 25000-23-25-000-2002-12297-01 (3712-2004), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

⁷ «La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones [...]».

⁸ «La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen».

⁹ Consejo de Estado, sección segunda, expediente: 66001-23-33-000-2012-00161-01 (3605-14).

la naturaleza de esta jurisdicción admitir la aplicación de las facultades ultra y extra petita, que invocó el Tribunal de instancia, como sí opera en la jurisdicción ordinaria laboral¹⁰, dado que ello vulneraría el principio de justicia rogada, el cual impone la carga a la persona que acude al aparato jurisdiccional de solicitar en la demanda, de manera específica, lo que se quiere; así como el de congruencia, que consiste en la obligación que tiene la autoridad judicial de decidir de acuerdo con lo pedido y probado; por lo tanto, deberá revocarse la orden impuesta en el fallo apelado, al constatarse que lo pretendido por la actora era el pago de los intereses moratorios, en los términos analizados en precedencia, y no la indexación dispuesta por el a quo” /Destaca la Sala/.

La hermenéutica esbozada fue objeto de reiteración en sentencia de 3 de diciembre de 2020, con ponencia del Magistrado Rafael Francisco Suárez Vargas (Exp. 170012333000-2016-00270-01 1245-19), en la que añadió:

“Lo anterior quiere decir que, en momento alguno, el señor Hernández Osorio requirió reemplazar el pago de los intereses moratorios, por la indexación de las sumas reconocidas, en caso de que su pretensión principal no tuviera acogida, ni mucho menos pidió que se indexara la suma indicada por el tribunal, en el período por él ordenado;¹¹ por lo tanto, se debe concluir que la decisión de indexación adoptada por el juzgador de primera instancia excede el marco de la pretensión del demandante, pues, se repite, su pretensión solo se orientaba al pago de los intereses respectivos, en la forma transcrita.

(...) La situación que se analizó en la providencia en cita, coincide plenamente con la sentencia bajo análisis, toda vez que la indexación ordenada por el juzgador de primera instancia se sustentó en la Resolución 2179-6 del 22 de marzo de 2013, la cual determinó que la actualización de los valores reconocidos, comprendía el período transcurrido entre el 10 de febrero de 1997 y el 31 de diciembre de 2009; sin embargo, como el pago se materializó el 15 de julio de 2013¹², atendiendo los principios de equidad y justicia, debían traerse al valor presente del momento del pago, los valores reconocidos.

No obstante lo anterior, como un pronunciamiento de tal naturaleza no se formuló por la parte demandante, mal podría el a quo reconocerlo, en consideración al carácter rogado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, razón que conlleva revocar la condena que, en tal sentido, impuso el tribunal, en el numeral tercero de la sentencia apelada (...)” /Resaltado del Tribunal/.

¹⁰ Las facultades ultra y extra petita de las que se reviste a un juez ordinario laboral están consagradas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, al prever que «[e]l Juez ~~de primera instancia~~ podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas».

¹¹ Sí hubo un requerimiento relativo a actualización, pero este se concretó en un ajuste a aquella, lo que no es coincidente con los parámetros y/o motivaciones de la decidida por el a quo, pues en ella, se pretendió sanear la descompensación que se pudo producir entre la última fecha tomada para la indexación en el acto de reconocimiento, y en la que efectivamente se produjo el pago.

¹² Folio 41.

En conclusión, acogiendo las nóveles pautas jurisprudenciales sobre la materia, resulta clara la imposibilidad de exceder el objeto del litigio, con el fin de conceder una indexación no planteada ante la administración ni solicitada en el escrito introductor, más aún, atribuyéndole a dicha indexación el carácter de derecho laboral a la luz del canon 53 Superior, condición que no le es propia pues consiste simplemente en una técnica de actualización de valores monetarios para corregir la inflación.

Sumado a lo anterior, ha quedado acreditado que la suma reconocida a la parte actora fue debidamente actualizada y que dicha actualización es incompatible con los intereses que se imploran, lo que fuerza a denegar las pretensiones de la parte demandante y, en consecuencia, a revocar la sentencia de primera instancia.

5. Costas

Sin costas en esta instancia toda vez que no se causaron.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala 2ª. de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se revoca la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 15 de agosto de 2018, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **Yolanda Martínez Ramírez** contra la **Nación - Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas**. En su lugar, se **NIEGAN** las pretensiones de la demanda.

Segundo: Sin condena en costas.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, **liquídense** los gastos del proceso, **devuélvase** los remanentes si los hubiere. **Archívense** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el Programa Justicia Siglo XXI.

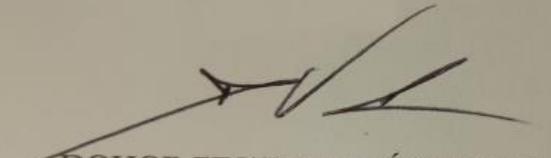
Cuarto: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha.

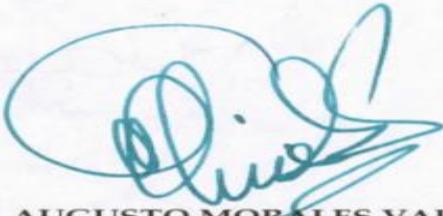
NOTIFÍQUESE

Patricia Valencia

Magistrada Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala 2ª. Oral de Decisión
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, primero (1º) de abril de dos mil veintidós (2022).

Radicación:	17001 23 33 000 2017 00099 00
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	José René Rodríguez Gordillo
Demandado:	Municipio de Manizales
Providencia:	Sentencia No. 58

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala 2ª de Decisión Oral, de conformidad con lo previsto en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), procede a dictar sentencia dentro del proceso de **nulidad y restablecimiento del derecho** promovido por el señor **José René Rodríguez Gordillo** contra el **Municipio de Manizales**.

Al no encontrarse irregularidad alguna que pueda dar lugar a la nulidad de lo actuado, se procede a proferir la sentencia que finalice la instancia.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante pidió declarar la nulidad de las Resoluciones No. 637-15, No. 120-16, No. 445-16, mediante las cuales se modificó unas órdenes de pago; se desató un recurso de reposición; y se resolvió un recurso de apelación; respectivamente.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho instó a:

- Que se solicite el consentimiento escrito y expreso del demandante para proceder a modificar los respectivos actos administrativos de carácter particular mediante los cuales el Municipio de Manizales pagó el crédito contenido en las sentencias emitidas en su contra por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, contenidas en las Resoluciones No. 748 de 2014 y Resolución No. 784 de 2014.
- Que se decrete la terminación del proceso ejecutivo que en vía administrativa adelanta el Municipio de Manizales en contra del demandante basándose para ello en el artículo 91 del

CPACA, que establece la pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo por desaparición de sus fundamentos de hecho y de derecho.

- Que junto con la terminación del proceso ejecutivo solicitado en el numeral anterior, y de manera coetánea, se cancelen las medidas cautelares ordenadas en dicho proceso, y se proceda a la devolución de los dineros retenidos en forma indexada.
- Que se realicen los ajustes de valor conforme al índice de precios al consumidor según lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.
- Que se paguen los intereses de mora de conformidad con el artículo 195 del CPACA.
- Que se cancelen las costas y agencias en derecho.

2. Hechos.

La parte actora fundamentó sus pretensiones en los hechos que se narran a continuación:

El demandante presentó demanda contra el Municipio de Manizales ante la jurisdicción contenciosa administrativa reclamando el pago de trabajo suplementario ordenado en el Decreto 1042 de 1978, proceso en el que resultó condenado el ente territorial

A través de Resolución No. 748 de 2014 el ente territorial procedió a liquidar el crédito contenido en la sentencia, acto administrativo contra el cual se interpuso recurso de reposición, el cual fue desatado mediante Resolución No. 784 de 2014 confirmando la decisión inicial.

A través de la Resolución No. 637 de 2015 el Municipio de Manizales de forma unilateral, y sin consentimiento del demandante, modificó la resolución No. 748 de 2014, acto administrativo contra el cual se interpusieron los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron desatados a través de Resoluciones 120 de 2016, y 445 de 2016, respectivamente, sin modificar la decisión.

Una vez en firme los anteriores actos administrativos, se inició el proceso de cobro coactivo, ordenando además el embargo de salarios, prestaciones sociales y demás bienes del empleado accionante.

3. Fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de violación.

- Constitución Política: artículos 6 y 29.
- Ley 1437 de 2011: artículo 97.

Sostuvo que se presenta una vulneración al debido proceso, el cual se centra en el hecho que la resolución mediante la cual se ordenó el pago de una sentencia es un acto administrativo de carácter particular, y por consiguiente no podía ser modificado de manera unilateral por el ente territorial, pues para hacerlo, debía contar con el consentimiento expreso del titular.

Precisó que la administración, en la Resolución No. 637 de 2015, consideró que había incurrido en errores en la liquidación del crédito, olvidando que en esos eventos debía ceñirse a los parámetros establecidos en el CPACA para la revocatoria de los actos administrativos.

Aseveró que la administración, una vez presentados los recursos de reposición y apelación, observó su yerro, y en lugar de corregirlo se dio a la tarea de buscar otro argumento que le permitiese sostener la modificación unilateral del acto administrativo en cuestión, invocando un error aritmético, el cual no es cierto que se haya presentado; para el efecto procedió a enlistar 12 razones por las que consideró que la administración incurrió en errores de fondo al momento de liquidar la sentencia judicial.

Finalmente procedió a citar fallos de tutela y de constitucionalidad, en los cuales se hace alusión al trámite de la revocatoria de los actos administrativos.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Municipio de Manizales.

Comenzó por oponerse a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, al considerar que la sentencia fue liquidada conforme a derecho, encontrándose la actuación administrativa ajustada a la ley.

Sobre los hechos sostuvo que son ciertos los alusivos a las sentencias de la jurisdicción contenciosa administrativa; la expedición de los actos administrativos que dieron cumplimiento a los fallos judiciales; las resoluciones que resolvieron los recursos, y las que ordenaron un reintegro de unas sumas de dinero; más aseveró que no son ciertos los relativos a la modificación unilateral de las resoluciones sin el consentimiento del particular, ni los que indican que la liquidación de la sentencia que se encuentra en firme, se hizo de manera errónea.

Manifestó que la condena proferida por la jurisdicción contenciosa administrativa fue en abstracto, pues no señaló de manera concreta las cantidades liquidadas de dinero que debían pagarse por el ente territorial, aduciendo que era carga de la parte demandante adelantar en

su momento el incidente de liquidación, el cual indicó debió presentarse dentro del término de 2 meses contados a partir de la ejecutoria del fallo, de conformidad con el artículo 172 del CCA, y 137 del CPC, normas vigentes para la época de los hechos.

Sostuvo que el municipio expidió la Resolución No. 748 de 2014, la cual ordenó el pago de unas horas extras, indexación, más reliquidación de cesantías, para un total de \$111.134.501, cálculo que resaltó se realizó de manera equivocada, situación por la cual se modificó el acto administrativo.

Enfatizó en que al haberse advertido que se había presentado un pago en exceso, y de acuerdo a las facultades otorgadas por el artículo 45 de la Ley 1437 de 2011, el artículo 127 del Decreto Ley 1333 de 1985, y el artículo 35 de la Ley 734 de 2002, se procedió a corregir el error, actuación que claramente se encontraba ajustada a derecho.

Propuso como excepciones las siguientes:

- **Caducidad de la acción y prescripción del derecho:** Con soporte en los artículos 307 y 308 del CPC, y 172 del CCA, vigentes para la época de presentación de la demanda 2010-00795, los cuales fueron subrogados por los artículos 283, 284 del CGP, y 189 de la Ley 1437 de 2011, el interesado debió tramitar incidente de liquidación de la sentencia con el fin de obtener las sumas liquidas de dinero; vencido entonces el plazo establecido por el legislador para ello sin que la demandante lo hubiera promovido, caducó el derecho, y el Juez debe rechazar de plano la liquidación extemporánea.

- **Legalidad de la actuación administrativa:** Indicó que de oficio por parte de la autoridad que haya expedido el acto administrativo, se pueden enmendar los errores formales contenidos en los actos administrativos, amparado en la facultad de corrección de los errores aritméticos, resaltando que en este caso no se varió la parte sustancial, ya que lo acontecido fue que se presentaron inconsistencias en los cálculos numéricos por el concepto equivocado en la forma y procedimiento como se liquidó el trabajo suplementario, el trabajo complementario, así como la manera en que se hizo la liquidación de los dineros saldados por prestaciones sociales, y la omisión de la indexación.

- **Falta de prueba para soportar las pretensiones de la parte actora:** Adujo que en el sub lite están huérfanas de pruebas las pretensiones de la parte actora.

- **Sobre la aplicación de los principios generales del derecho en nuestra legislación, y más especialmente sobre los principios prohibitivos del abuso del derecho y del principio de que nadie puede beneficiarse de su propia culpa:** Sostuvo que se evidencia el deseo de lucro de la parte actora, ya que la administración en la resolución enjuiciada precisó que se incurrió en un error y realizó un pago en exceso, por lo que es deber de la parte actora devolver al erario los recursos percibidos sin justo título; resaltando nuevamente

que la demandante omitió adelantar el incidente de liquidación de la sentencia, lo que contribuyó al error de la administración.

- **Genérica:** Solicitó al despacho declarar cualquier otra excepción que se encontrara probada. (fls. 79-96, C. 1)

4.2. La Previsora S.A

En relación con los hechos de la demanda, la llamada en garantía sostuvo que no participó en ninguno de ellos, y por lo tanto deben probarse los mismos; sobre las pretensiones adujo que se opone a todas y cada una de ellas, atendiendo a las eximentes de responsabilidad opuestas por el ente territorial.

En relación con el llamamiento en garantía, adujo que es cierto que existe la póliza de responsabilidad civil para servidores públicos No. 1003531; pero aludió a que la misma goza de una serie de condiciones en cuanto a amparos, coberturas, valores asegurados, deducibles y exclusiones, las cuales deben ser aplicadas irrestrictamente.

Propuso como excepciones frente al llamamiento en garantía:

- **Inexistencia de cobertura de la póliza de responsabilidad para servidores públicos, para los hechos de la demanda:** Explicó que la póliza por medio de la cual se vinculó a la Previsora, se encuentra regulada por un clausulado que permite inferir que carece de cobertura para los hechos de la demanda, y por ello el llamamiento se debió basar en una póliza diferente, pues la No. 1003531 tiene por objeto cubrir detrimentos patrimoniales sufridos por el Estado derivados de actos incorrectos cometidos por sus funcionarios, así como juicios de responsabilidad fiscal, más nunca tiende a cubrir la responsabilidad civil contractual del Estado en virtud de una relación de carácter laboral o un incumplimiento de normas.

- **Falta de cobertura por ausencia de siniestro:** Toda vez que según las condiciones generales de la póliza, el siniestro lo constituye una reclamación y enumera 6 casos que pueden constituir reclamación y ninguno de ellos encaja en el caso que nos ocupa porque la demanda no está dirigida contra ningún funcionario asegurado sino contra el municipio de Manizales.

- **Ausencia de amparo bajo la póliza de responsabilidad civil, ante la no notificación oportuna del siniestro:** Señala que la póliza se expidió bajo la modalidad de seguro por reclamación, lo cual significa que el evento debe ser reclamado y notificado por primera vez dentro del término de su vigencia. Explica que en este caso la póliza estuvo vigente entre el 1 de enero de 2014 y se renovó hasta el 1 de enero de 2016, fecha a partir de la cual se

fueron haciendo prórrogas hasta el 1 de octubre de 2016, porque a partir de esa fecha y hasta el 16 de marzo de 2017 la póliza fue expedida por Axa Colpatria. Entre tanto, advierte que la conciliación extrajudicial para agotar el requisito de procedibilidad se solicitó el 10 de noviembre de 2016 y se celebró el 9 de febrero de 2017, lo que quiere decir que ambas fechas se dieron después de terminada la vigencia de la póliza contratada con la Previsora S.A.

- **Límite del valor asegurado:** Solicitó que en el evento en que se condene al asegurado, debe tenerse en cuenta que para la época de la sentencia la suma asegurada de la póliza de responsabilidad civil servidores públicos, para la vigencia afectada, puede encontrarse agotada por pagos hechos con anterioridad, con cargo a la misma vigencia; situación que no dejaría suma disponible para atender la reclamación pretendida, lo que desligaría a La Previsora de cualquier obligación. Resaltó además que no es posible condenar directamente a la compañía, sino que lo que procedería sería un reembolso de lo pagado por el ente territorial.

5. Audiencia inicial.

Se prescindió de la audiencia inicial en aplicación del artículo 13 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020. (fl. 249, C. 1)

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante.

Guardó silencio.

6.2. Parte demandada.

6.2.1. Municipio de Manizales.

La entidad territorial alega que la naturaleza jurídica del acto administrativo cuestionado no es de aquella de la cual se requiera el consentimiento expreso y escrito del titular para su revocatoria; para sustentar su argumento cita sentencias del Consejo de Estado. (fls. 253-255, C. 1 A9)

6.2.2. La previsora S.A.

Reitera los argumentos expuestos en la contestación del llamamiento e insiste en la ausencia de responsabilidad de dicha compañía. (fls. 266 – 268, C. 1 A)

7. Concepto del Ministerio Público.

Guardó silencio.

II. Consideraciones de la Sala

Solicita la parte demandante en este proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido contra el municipio de Manizales, que por esta Corporación se declare la nulidad de las Resoluciones No. 637-15, No. 120-16, No. 445-16, mediante las cuales se modificó unas órdenes de pago; se desató un recurso de reposición; y se resolvió un recurso de apelación; respectivamente.

La entidad demandada, por su parte, se opone a las pretensiones del demandante pues según dice, dichos actos administrativos fueron expedidos con apego a la ley, recalcando que para su expedición no era obligatorio contar con la autorización del titular del derecho que resultó modificado con aquellos.

1. Problemas Jurídicos.

¿La Resolución No. 637 de 2015, por medio de la cual el municipio de Manizales modificó la Resolución No. 748 de 2014 – con la cual se ordenó liquidar al aquí demandante una suma de dinero por concepto de créditos laborales reconocidos en sentencia judicial – podía ser expedida de manera unilateral por el ente territorial o, por el contrario, debió contar con el consentimiento del señor José René Rodríguez Gordillo?

Así mismo se deberá estudiar, en caso de que el anterior problema jurídico sea resuelto de manera positiva:

¿Tiene derecho el Municipio de Manizales a que La Previsora S.A. Compañía de Seguros, en virtud de la póliza de responsabilidad civil No. 1003531, le reembolse los dineros que el ente territorial deba pagar como resultado de esta sentencia?

A fin de resolver los anteriores problemas jurídicos resulta necesario aclarar previamente que el Consejo de Estado, mediante sentencia del 14 de julio de 2016, Radicación número: 25000-23-41-000-2012-00644-01, ha precisado que los actos mediante los cuales se da cumplimiento a lo ordenado en una sentencia judicial, pueden excepcionalmente ser susceptibles de control judicial en los siguientes eventos:

*“i) cuando se aparte de lo ordenado en la sentencia, dándole un alcance diferente; ii) cuando se abstiene de dar cumplimiento a la decisión judicial; iii) **cuando introduce modificaciones sustanciales al acto administrativo o a la sentencia judicial que se pretenda ejecutar**; y iv) cuando se presentan circunstancias que afectan la competencia de la entidad demandada o condenada.” (Negrilla y subrayado fuera del texto)*

En el sub lite es claro que la Resolución No. 637 del 4 de diciembre de 2015, por medio de la cual se modificó la Resolución No. 748 de 2014, introdujo un cambio sustancial en la situación del aquí demandante, al pasar éste de acreedor de una obligación laboral, reconocida mediante sentencia judicial, a deudor del Municipio de Manizales por un presunto error del ente territorial al efectuar la correspondiente liquidación del crédito.

Lo anterior permite inferir que el acto demandado contiene una manifestación de voluntad de la administración modificatoria de una situación jurídica del demandante, convirtiéndolo en un acto susceptible de control jurisdiccional.

2. Revocatoria de los actos administrativos de contenido particular y concreto.

En nuestro ordenamiento legal vigente se encuentra establecido un procedimiento para revocar los actos administrativos de carácter particular y concreto. Al respecto el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, vigente al momento de proferir la resolución, consagró:

“Artículo 97. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

PARÁGRAFO. *En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa”.*

Sobre el sentido y alcance de dicha figura, el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A, en providencia del 30 de noviembre de 2017, Consejero ponente doctor William Hernández Gómez, proceso con radicado interno 0551-15, señaló:

“Así las cosas, en vigencia de la Ley 1437 de 2011 la administración sólo podrá revocar un acto administrativo de carácter particular, en los eventos en que cuente con el consentimiento del administrado. En caso contrario, deberá cuestionar su constitucionalidad o legalidad a través del respectivo medio de control, en los términos del artículo 97 ibídem.

Con respecto a la figura de la revocatoria directa, esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha sostenido:

«[...] Advierte la Sala que la revocatoria directa es una de las formas como un acto administrativo puede desaparecer de la vida jurídica.¹ Respecto de esta figura, la jurisprudencia ha dicho:

«[...]»

En nuestro ordenamiento esta figura no tiene una naturaleza jurídica definida. No obstante, del examen de la normativa positiva que la regula (artículos 69 a 74 del Código Contencioso Administrativo)² se puede concluir que tiene dos modalidades: de un lado, como mecanismo de utilización directa por parte del sujeto pasivo del acto frente a la autoridad que lo produjo o ante su inmediato superior y, de otro, como medida unilateral de la Administración para dejar sin efecto decisiones adoptadas por ella misma.

[...]

En el segundo caso, es un mecanismo ya no alternativo sino adicional al de la vía gubernativa, del que puede hacer uso la Administración de manera oficiosa, bajo ciertas circunstancias y limitaciones, para revisar y corregir la manifiesta antijuridicidad, inconveniencia, o el agravio injustificado que cause alguno de sus actos administrativos. Es, en efecto, un mecanismo unilateral de la administración otorgado por el legislador, con el fin de revisar sus propias actuaciones y, dentro del contexto de la actuación oficiosa, sacar del tránsito jurídico decisiones por ella misma adoptadas”.³

[...]

Mediante esta figura, la Administración, de oficio o a solicitud de parte, deja sin efecto los actos administrativos expedidos por ella misma, por las causales y conforme con el trámite consagrado en la ley. [...]»⁴

En efecto, la revocatoria de los actos administrativos por parte de la administración, está relacionada indiscutiblemente con el principio de autotutela o auto control, que le permite quitar del ordenamiento jurídico sus propios actos, claro está en atención a las causales expresamente previstas para ello.

Mención especial merece la situación referida en el artículo 97 del CPACA, esto es la revocatoria de actos administrativos de carácter particular y concreto, escenario que resulta relevante en el caso sub lite, pues se trata de aquellos asuntos donde: i) se modificó o creó una situación jurídica, o ii) se reconoció un derecho con categoría de particular y concreto.

En estos eventos, el legislador claramente consagró para la procedencia de la figura de revocación, que el titular del acto administrativo donde se reflejen las situaciones antes descritas, manifieste previamente su consentimiento de manera expresa y por escrito, es decir, que antes que la administración emita un

¹ Sentencia de 11 de junio de 2014, Exp. 19274. M.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

² Hoy artículos 93 a 97 de la Ley 1437 de 2011.

³ Sentencia del 3 de noviembre de 2011, radicado No. 2006-00225-00, Consejero ponente Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

⁴ Providencia de 25 de octubre de 2017. Expediente 20566. Ponente Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

pronunciamiento relacionado con la revocación, debe contar con la manifestación de la voluntad expresa y escrita del titular del derecho en ese sentido”.

3. Caso concreto.

De las pruebas allegadas al expediente se desprende lo siguiente:

- Mediante sentencia proferida el 16 de mayo de 2013, el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales dentro del proceso instaurado por el señor José René Rodríguez Gordillo contra el Municipio de Manizales, se declaró la nulidad de los oficios con los cuales se había negado a éste el reconocimiento y pago de los derechos derivados del trabajo suplementario, dominical y festivo, recargos nocturnos, horas extras diurnas y nocturnas, y reliquidación de prestaciones sociales; allí mismo, a título de restablecimiento del derecho, se ordenó al ente territorial pagar al señor José René Rodríguez Gordillo, el trabajo suplementario cumplido entre el 3 de marzo de 2006, por prescripción trienal, y en los demás años subsiguientes mientras subsistiera una relación laboral, de conformidad con los lineamientos descritos por el Decreto 1042 de 1978. De igual manera, se le ordenó reliquidar los dineros reconocidos por prestaciones sociales teniendo en cuenta el concepto que correspondiera a trabajo suplementario desde el 3 de marzo de 2006, por prescripción trienal, y en los demás años subsiguientes mientras subsistiera una vinculación laboral. Finalmente, a cancelar los valores debidamente indexados (prueba que obra entre folios 97 y 131 del cuaderno 1).
- A través de sentencia del 15 de mayo de 2014, este Tribunal Administrativo modificó parcialmente los ordinales tercero, cuarto y quinto de la providencia de primera instancia, en el sentido de reconocer el valor de las horas extras, los recargos nocturnos y dominicales laborados desde el 3 de marzo de 2006 al 25 de marzo de 2014, con estricta sujeción a las órdenes del día obrantes en el expediente, y a reliquidar los dineros reconocidos por concepto de prestaciones sociales teniendo en cuenta el concepto de horas extras, recargos nocturnos y dominicales, para ese mismo periodo (prueba que reposa de folio 133 a 162 del expediente).
- El Municipio de Manizales mediante Resolución No. 748 del 30 de diciembre de 2014 dio cumplimiento a la sentencia judicial, y ordenó reconocer a favor del señor José René Rodríguez Gordillo la suma de \$95.408.247 equivalente a las horas extras, dominicales y festivos causados entre el 3 de marzo de 2006 y el 31 de diciembre de 2013; y \$15.726.254, equivalente a la indexación; (prueba que obra de folio 22 a 30 del expediente).
- A través de la Resolución No. 637 del 4 de diciembre de 2015 se modificó el artículo primero de la Resolución No. 748 del 2014, y se ordenó al señor Rodríguez Gordillo

reintegrar la suma de \$48.224.324 como mayor valor pagado en la Resolución No. 748 de 2014, ordenando consignar esa suma de dinero a una cuenta del banco Bancolombia, so pena de iniciar proceso de jurisdicción coactiva (prueba que obra de folio 33 a 37 del expediente).

- La Resolución No. 120 del 26 de febrero de 2016 desató el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión; y la Resolución 0445 del 18 de marzo de 2016 resolvió el recurso de apelación; ambos actos administrativos confirmaron la decisión inicial (prueba que obra de folio 38 a 42 del expediente).
- A través de documento RTT.MV.35-16 del 30 de agosto de 2016, se libró mandamiento de pago a favor del Tesoro Municipal y a cargo del aquí demandante por la suma de \$48.224.324. Además, se ordenó la medida cautelar de embargo y retención de la quinta parte de lo que excediera el salario mínimo vigente, y de los demás emolumentos embargables que percibiera o llegare a percibir el accionante; también el embargo y secuestro de un vehículo de su propiedad. (prueba que obra a folio 43 del expediente).

La parte demandante estima que el municipio de Manizales no podía, *motu proprio*, expedir la Resolución No. 637 de 2015, pues si consideraba que se habían presentado vicios en el acto administrativo contenido en la Resolución No. 748 de 2014, debió acudir al procedimiento establecido en el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011 para así contar con el consentimiento del particular y proceder a modificar la manifestación de voluntad de la administración; no le era dado al municipio ampararse en la figura de la corrección por error formal, pues claramente el acto aquí enjuiciado introdujo cambios sustanciales en la Resolución 748 de 2014 con el cual se daba cumplimiento a una sentencia judicial.

Por su parte el municipio de Manizales aseveró que la Resolución No. 748 de 2014 sí incurrió en errores aritméticos y formales que ameritaban ser enmendados, añadiendo que esos yerros se presentaron porque el demandante nunca adelantó el incidente de liquidación de sentencia, lo que significa que ahora pretende beneficiarse de su propia culpa, y no devolver unos dineros que fueron obtenidos sin justo título.

No obstante lo anterior, lo que emerge claro en esta instancia es que el ente territorial, sin mediar ninguna actuación administrativa previa, profirió la Resolución No. 637 de 2015 con el fin de modificar el artículo primero de la Resolución No. 748 de 2014, ordenando al actor reintegrar cierta suma de dinero pagado de más. Para el efecto realizó las siguientes consideraciones:

*“(..)
- Que una vez verificada la liquidación de los factores salariales de dominicales y festivos se encontró inconsistencias en su liquidación, toda vez que las mismas debieron ser liquidadas conforme a la ley, equivalente al doble del valor de un día.*

- *Que una vez verificada la liquidación del reconocimiento de compensatorios, los mismos no tenían derecho a ello como les fue reconocido.*
 - *Que igualmente, los dominicales reconocidos no fueron descontados del total de horas laboradas al mes, constituyéndose en un pago superior.*
 - *Que igualmente en la verificación efectuada, se encontró que los factores de horas laboradas al mes, debió ser sobre la suma de 190 horas y no 176 horas.*
 - *Que los pagos parciales por concepto de dominicales reconocidos en su época por parte de la administración no fueron indexados.*
- Que una vez verificado la reliquidación conforme a la ley, se encontró una diferencia en favor del Municipio de Manizales (...)*”.

Contra el anterior acto administrativo se interpuso recurso de reposición, y al momento de desatarse el mismo sostuvo la administración para confirmar la decisión anterior, que: *“los actos de ejecución proferidos por la administración municipal, nunca generaron o crearon derecho o situaciones administrativas distintas a las ordenadas por el Juez, por tal motivo se encuentran excluidos de control de legalidad, toda vez que allí, no se creó, reconoció, modificó o extinguió una situación jurídica, simplemente se procedió de conformidad a una sentencia judicial”*.

Así mismo, al resolverse el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 637 de 2015, que también confirmó la decisión inicial, se indicó por parte de la administración municipal que la Secretaría de Servicios Administrativos no había desconocido lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Administrativo; pero que al encontrar un error formal contenido en un acto administrativo, con base en lo establecido en el artículo 45 de la Ley 1437 de 2011, y en el artículo 286 del Código General del Proceso, procedió a modificar el mismo, realizando la corrección aritmética correspondiente.

Contrario a lo sostenido por la entidad demandada, esta Sala de Decisión considera que aquella no podía de manera unilateral modificar la Resolución No. 748 de 2014, pues se trataba de un acto administrativo de contenido particular y concreto, que había creado un derecho en favor del demandante, es decir, había consolidado una situación en su favor.

Téngase en cuenta además, que la Resolución No. 637 de 2015 no tuvo como finalidad el corregir un simple error aritmético o error en la operación matemática llevada a cabo para obtener los valores a pagar por concepto del crédito laboral reconocido mediante sentencia judicial; su objetivo fue replantear las bases para calcular el valor de cada crédito, más no para corregir el cálculo u operación aritmética propiamente dicha, una vez planteada. Es por ello que, el acto cuya nulidad se depreca, más que corregir un error meramente formal o aritmético, lo que hizo fue revocar parte del valor del crédito inicialmente reconocido y de contera, ubicó al demandante como deudor del ente territorial por las supuestas sumas pagadas de más.

De las resoluciones enjuiciadas se desprende que su objeto fue variar una situación jurídica consolidada en cabeza del señor José René Rodríguez Gordillo en aras de efectuar precisiones

conceptuales sobre la forma de liquidar el crédito, reduciendo el monto a pagar. Su propósito, se itera, no era el de subsanar yerros aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras al amparo del artículo 45 de la Ley 1437 de 2011.

Adicionalmente es importante señalar, con respecto a la solicitud que hace la apoderada de la parte demandada - en cuanto a que se aplique el precedente de un fallo del Tribunal proferido por la doctora Francia Nauffal en el año 2006 -, que si bien es cierto en esa oportunidad estaba vigente el antiguo Código Contencioso Administrativo, el cual permitía que la entidad administrativa pudiese revocar de oficio aún sin el consentimiento del administrado cuando el origen del acto fuese ilícito, también lo es que esa norma fue modificada con el artículo 97 del CPACA, precepto legal que claramente consagra que *“si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional”*. Esto es, que le permite a la administración simplemente obviar un procedimiento de conciliación extrajudicial para demandar, pero a diferencia del antiguo Código Contencioso Administrativo, cuando el origen del acto sea ilícito ya no puede revocarlo de oficio, tiene que demandarlo, pero con el beneficio de que no requiere conciliación extrajudicial.

Le asiste razón entonces a la parte actora cuando argumenta que se violó el derecho al debido proceso del demandante, pues se omitió por parte del municipio de Manizales adelantar una actuación establecida en la ley para revocar parcialmente el acto administrativo por medio del cual se había liquidado un crédito reconocido judicialmente en su favor.

En relación con no haberse adelantado el incidente de liquidación de la sentencia, debe indicarse que la misma no fue proferida en abstracto como lo afirma la parte demandada, primero porque en la parte resolutive nunca se consignó una condena en tal sentido; segundo, porque se trataba de un asunto laboral, es decir, un tema regulado por la ley; y tercero, porque la forma en que se ordenó al ente territorial proceder a la liquidación del trabajo suplementario era determinable, pues se estableció el límite temporal para el reconocimiento, con base en qué debía hacerse el mismo (documentos que daban cuenta de las horas extras, dominicales, festivos, entre otros laborados), recordando que cuando en la sentencia se hace la condena in genere, ahí mismo en un aparte de esa decisión se le ordena a las partes que ejecutoriada la misma se acuda al incidente de liquidación. Lo anterior claramente demuestra que era innecesario adelantar un trámite judicial posterior.

Al evidenciar entonces este Juez Plural la ilegalidad de la Resolución No. 637 de 2015, así como de la Resolución No. 120 de 2016, que resolvió el recurso de reposición, y de la Resolución No. 0445 de 2016 que desató el recurso de apelación, no le queda más que declarar su nulidad.

Ahora, la parte actora solicitó como restablecimiento del derecho, que se decrete la terminación del proceso ejecutivo que se adelanta en su contra y de manera coetánea se cancelen las

medidas cautelares, procediendo a la devolución de los dineros retenidos, de manera indexada.

Atendiendo entonces que los actos administrativos demandados se declaran nulos y que son éstos los que fundamentan o soportan el proceso de cobro coactivo adelantado por el municipio de Manizales en contra del actor para recuperar la suma de \$48.224.324, así como el embargo y retención de la quinta parte de lo que excediera el salario mínimo legal vigente y de los demás emolumentos embargables que percibiera o llegara a percibir el señor Rodríguez Gordillo; y el embargo y secuestro de un vehículo de su propiedad, se puede inferir que este trámite coercitivo se queda sin soporte jurídico, pues la Resolución No. 637 de 2015 no puede seguir teniendo la calidad de título ejecutivo.

Ello tiene fundamento si se tiene en cuenta que la nulidad de un acto administrativo produce efectos *ex - tunc*, es decir, se retrotrae la actuación desde el momento en que se profirió el acto administrativo anulado. Por consiguiente, queda la situación jurídica en el estado en que se encontraban antes de la expedición de dicho acto, para el caso en concreto, en ausencia de título para el cobro coactivo.

En consecuencia, se ordenará al municipio de Manizales que dé por terminado el proceso de cobro coactivo que adelanta en contra del señor José René Rodríguez Gordillo con respecto a este título, y que cualquier cantidad de dinero que haya sido retenida al demandante con fundamento en el mandamiento de pago y las medidas cautelares, le sea devuelta; también que sea cancelado el registro del embargo ordenado respecto del vehículo DKV -823 marca Volkswagen – Cross Fox 1.6 ante la Secretaría de Tránsito y Transporte del municipio de Manizales.

En relación con la indexación, deberá señalarse que la misma es procedente, y en tal sentido se ordenará que la suma reembolsada se actualice teniendo como base el Índice de Precios al Consumidor, con la utilización de la siguiente fórmula financiera:

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

En la que el valor ajustado (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el dinero retenido a la demandante, por el número que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial, esto es, el vigente al momento de realizar la última retención de dineros.

3.1. Relación de garantía de la Fidupervisora S. A. frente al Municipio de Manizales.

En relación con el llamamiento en garantía, debe indicarse que la finalidad de esta figura jurídica

al tenor del artículo 225 de la Ley 1437 de 2011, es que un tercero, en virtud de un derecho legal o contractual, repare integralmente el perjuicio que la parte llegare a sufrir, o reembolse total o parcial del pago que tuviera que hacer como resultado de la sentencia.

En el presente caso, el municipio de Manizales llamó en garantía a la Previsora S.A compañía de seguros con base en la póliza de 1003531 – responsabilidad civil de servidores públicos – para que respondiera por las eventuales resultas del proceso.

Del clausulado de la póliza de responsabilidad de servidores públicos visible de folio 220 a 238 del expediente se desprende que éste consignó que el seguro amparaba los actos incorrectos cometidos por los funcionarios asegurados en el desempeño de las funciones administrativas propias de su cargo; amparo que entre otros se extendía además, a las reclamaciones de carácter laboral que por razón de un acto incorrecto real o presunto se presenten durante la vigencia de la póliza contra cualquier trabajador al servicio de la entidad tomadora, por o en nombre de otro trabajador de la misma entidad, al tenor de las normas legales vigentes, en especial por la Ley 1010 de 2006.

Concatenado con lo anterior, en el acápite de definiciones se estipuló frente a los funcionarios asegurados, que estos eran: *“los miembros de la Junta Directiva y las demás personas que durante la vigencia de esta póliza, tengan o hubieren tenido o llegasen a tener la calidad de servidores públicos vinculados en cargos de nómina de la entidad tomadora, durante la vigencia de la póliza o el periodo de retroactividad otorgado bajo la misma, cuyos cargos se encuentren relacionados en la carátula u otro documento anexo a la presente póliza”*.

En relación con los servidores públicos plasmó: *“Para efectos de la cobertura otorgada bajo esta póliza se entenderá por servidor público toda persona natural que en calidad de empleado público, trabajador oficial o en cualquier otro carácter al tenor de lo dispuesto en la Ley 734 de 2002, preste servicios a la entidad tomadora, siempre y cuando su cargo se encuentre específicamente relacionado en la carátula u otro documento anexo a la presente póliza”*.

Sobre la entidad tomadora dispuso: *“Es la persona jurídica de naturaleza pública que se designa en la carátula de esta póliza y a cuyo servicio se desempeñen los funcionarios asegurados”*.

Y por evento se determinó: *“Se entiende como evento el Acto Incorrecto cometido o presuntamente cometido por uno o más Funcionarios Asegurados, del cual se derive una o más de una Reclamación de perjuicios o la apertura de uno o más procesos por organismos de vigilancia del Estado”*; y por siniestro: *“Reclamación presentada por un Tercero o por la Entidad Tomadora dentro de la vigencia de la póliza o del periodo de extensión de la misma, si hubiere lugar al mismo, derivada de un Acto Incorrecto cometido o presuntamente cometido por algún Funcionario Asegurado en el ejercicio de las funciones propias del cargo, de la cual pudiera derivarse una responsabilidad amparada en la póliza”*.

De acuerdo a lo expuesto, le asiste razón a la llamada en garantía cuando afirma que el objeto de la póliza es cubrir detrimentos patrimoniales sufridos por el Estado derivados de actos incorrectos cometidos por sus funcionarios asegurados en desempeño de funciones propias del cargo, siempre que sean declarados civil o administrativamente responsables del deterioro patrimonial o que sea un acto incorrecto respecto del cual se siga o debiera seguir un juicio de responsabilidad fiscal, acción de repetición o llamamiento en garantía con fines de repetición.

La Previsora hace ver, con razón, que en el caso que nos ocupa no se discute la responsabilidad de uno de los funcionarios asegurados sino de la entidad territorial – municipio de Manizales – derivada de obligaciones laborales reconocidas y luego modificadas de manera unilateral mediante acto administrativo.

Así las cosas, se concluye que el municipio de Manizales no probó la relación contractual que le daba derecho a que La Previsora S.A reembolsara alguna suma de dinero que éste tuviera que pagar como resultado de la sentencia, ya que la póliza en la que fundamentó el ente territorial el llamamiento en garantía, no cubre el evento que originó la presente demanda.

Las demás excepciones propuestas por la llamada en garantía, relacionadas con la póliza, no serán resueltas por sustracción de materia.

Conclusiones:

Probado como está que el municipio de Manizales modificó la situación jurídica del demandante al haber expedido un acto administrativo que ordenó reintegrar una suma de dinero sin haber acudido al procedimiento establecido en el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, es claro que los actos administrativos demandados se encuentran viciados de nulidad; y que cualquier trámite que haya adelantado la administración municipal para recuperar las sumas de dinero que considera fueron pagadas por error con base en esos actos administrativos, se queda sin respaldo jurídico, es decir, sin título, y en consecuencia deberá ser finiquitado el proceso coactivo, reintegrando los dineros que fueron embargados a la actora y cancelando los gravámenes sobre el vehículo de su propiedad.

4. Condena en costas

Conforme al artículo 188 del C.P.A.C.A., se condenará en costas a la parte demandada, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso. Se fijan las agencias en derecho equivalentes al 4% de las pretensiones de la demanda a cargo de la parte demandada, teniendo en cuenta la gestión realizada por el apoderado de la parte demandante en esta instancia. Lo anterior de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016 – “Por el cual se establecen las tarifas

de agencias en derecho”.

En mérito de lo expuesto, la **Sala 2ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se declaran infundadas las excepciones denominadas “*Caducidad de la acción y prescripción del derecho*”, “*legalidad de la actuación administrativa*”, “*sobre la aplicación de los principios generales del derecho en nuestra legislación, y más especialmente sobre los principios prohibitivos del abuso del derecho y del principio de que nadie puede beneficiarse de su propia culpa*”, propuestas por el municipio de Manizales.

Segundo: Se declara probada la excepción de “*inexistencia de la cobertura de la póliza de responsabilidad para servidores públicos número 1003531, para los hechos de la demanda*”, propuesta por La Previsora S.A Compañía de Seguros.

Tercero: Se declara la nulidad de la Resoluciones números 637 de 2015, 120 de 2016, y 0445 de 2016, que modificaron la Resolución 748 de 2014, y ordenaron al actor reintegrar la cantidad de \$48.224.324.

Cuarto: Se ordena al municipio de Manizales que declare terminado el proceso de cobro coactivo adelantado contra el demandante José René Rodríguez Gordillo, y le devuelva las sumas de dinero que hayan sido objeto del embargo o retenidas en cumplimiento de la medida cautelar proferida dentro de ese trámite. La suma resultante a favor del aquí demandante para ser reembolsadas, se ajustará el valor aplicando la fórmula financiera indicada en la parte considerativa.

Igualmente, se ordena al municipio que cancele el registro del embargo ordenado por dicha entidad territorial respecto del vehículo DKV -823 marca Volkswagen – Cross Fox 1.6 ante la Secretaría de Tránsito y Transporte.

Quinto: Se absuelve a la Previsora S.A Compañía de Seguros como llamada en garantía por parte del municipio de Manizales.

Sexto: Se condena en costas a la parte demandada, en la cuantía indicada en la parte motiva.

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: Se reconoce personería para actuar como apoderado del municipio de Manizales al abogado Gilberto Antonio Ríos Sánchez, de conformidad y en los términos del poder a él conferido, visible a folio 256 del cuaderno 1 A.

Noveno: Ejecutoriada esta providencia, **liquídense** los gastos del proceso, **devuélvase** los remanentes si los hubiere, y **archívese** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

Notifíquese

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

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala 2ª. de Decisión Oral
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, primero (1º) de abril de dos mil veintidós (2022).

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación	17-001-23-33-000-2018-00066-00
Demandante	Luz Inés Correa García
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas
Providencia	Sentencia No. 59

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala 2ª de Decisión Oral, de conformidad con lo previsto en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), procede a dictar sentencia dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por la señora Luz Inés Correa García contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas.

Al no encontrarse irregularidad alguna que pueda dar lugar a la nulidad de lo actuado, se procede a proferir la sentencia que finalice la instancia.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

“1. Declarar la nulidad del Artículo Quinto de la Resolución No. 8096 - 6 del 20/10/2017, por medio de la cual las demandadas negaron el reconocimiento y pago de la SANCION POR MORA equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantías definitivas ante las demandadas, hasta cuando se hizo efectivo el pago total de la prestación, mediante el ajuste reconocido por medio de

la resolución 7817-6 del 12/10/2017, conforme a los hechos y fundamentos de derecho de la demanda o como resulte probado en el proceso.

A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

*1. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y al DEPARTAMENTO DE CALDAS SECRETARIA DE EDUCACION, al reconocimiento y pago a favor de mi mandante de la SANCION POR MORA establecida en la las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, en suma equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta (70) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud de la cesantía definitivas ante la entidad, hasta cuando se hizo efectivo el pago de la totalidad de las cesantías reconocidas mediante la resolución No. 8096 - 6 del 20/10/2017, conforme a los hechos y fundamentos de derecho de la demanda o como resulte probado en el proceso.
[...]"*

1. Hechos.

La demandante solicitó al Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas el 19/03/2015.

Por medio de la Resolución Nro. 5837-6 del 23/06/2015, le fueron reconocidas las cesantías definitivas teniendo como factores salariales el sueldo mensual, las primas de navidad, vacaciones y alimentación. Las referidas cesantías fueron canceladas el día 23/10/2015, por intermedio de entidad bancaria BBVA.

Mediante petición radicada el 08/08/2017, la parte actora solicitó el ajuste de las cesantías definitivas con inclusión de la Prima de Servicios, así como el pago de la sanción por mora desde los 70 días siguientes a la radicación de la petición inicial de las cesantías definitivas, hasta cuando fuera realizado el pago total de la prestación por medio del deprecado ajuste.

Por medio de la resolución No. 8096 - 6 del 20/10/2017, fue otorgado el ajuste de las cesantías definitivas reconocidas inicialmente mediante la resolución No. 5837-6 del 23/06/2015, teniendo finalmente como factores salariales la Prima de Servicios, ordenando el reconocimiento y pago como suma insoluta de \$3.080.918.

En la resolución No. 8096 - 6 del 20/10/2017, por medio de la cual se ajusta una cesantía definitiva a favor del docente, fue negado el reconocimiento de la sanción moratoria solicitada.

La demandante solicitó las cesantías definitivas el 19/03/2015, siendo el plazo para cancelarlas el 06/07/2015, transcurriendo hasta la fecha en la cual fue realizado el pago total de las cesantías definitivas mediante el ajuste reconocido por medio de la Resolución No. 8096 - 6 del 2017, un total de 892 días de mora.

2. Normas Violadas y Concepto de Violación

Considera vulneradas las siguientes:

Constitución Política

Artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989.

Artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995.

Artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Consideró que las entidades obligadas a responder por dicha prestación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, han estado menoscabando las disposiciones que regulan la materia, al incurrir en una mora injustificada en el pago de las prestaciones sociales.

Sostuvo que la Ley 1071 del 2006 fue desconocida por parte de las entidades demandadas tanto en el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías, como en la negativa y pago de los intereses moratorios. Trae a colación jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con el trámite y términos legales dispuestos para el reconocimiento de las cesantías en la Ley 244 de 1995.

3. Contestación de la Demanda

3.1. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante y frente a los hechos precisó que unos son ciertos y otros no le constan.

Se refirió a la naturaleza jurídica del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al régimen prestacional aplicable a los docentes afiliados al mismo, destacando la ley 91 de 1989 y su Decreto Reglamentario 2831 de 2005.

Propuso las excepciones que denominó “Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación Nacional”; “Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del Ministerio de educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado”; “caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho”; “prescripción”; “Régimen prestacional especial e inaplicabilidad de la Ley 1071 de 2006 al

régimen docente”; “Detrimento patrimonial al Estado”; “cobro de lo no debido”; “buena fe”; y “genérica”. (fls. 101 a 124, C. 1)

3.2. Departamento de Caldas.

Al contestar la demanda manifestó su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la parte demandante, aceptó algunos hechos y otros los negó o adujo no constarles.

Considera aplicable al caso el Decreto 2831 de 2005, mediante el cual se establecieron las reglas para el reconocimiento de las prestaciones al personal docente afiliado al FNPSM.

Plateó las excepciones de “falta de legitimación en la causa por pasiva”; “buena fe”; “inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”; e “inaplicabilidad de la sanción moratoria”. (fls. 133 a 146, C. 1)

4. Audiencia Inicial.

Mediante auto del 25 de septiembre de 2020 se prescindió de la audiencia inicial de conformidad con el artículo 13 del Decreto 806 de 2020. (fl. 157, C. 1)

5. Alegatos de Conclusión.

5.1. Parte demandante: guardó silencio.

5.2. Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM: Insistió en que, de conformidad con las normas aplicables, no se genera sanción moratoria por el pago de las diferencias que surjan del ajuste a la liquidación de las cesantías. Al respecto se sirve citar una sentencia del Consejo de Estado, proferida el 12 de abril de 2018, con Ponencia del Consejero Francisco Suárez, expediente No. 2017-15. Concluye que las pretensiones de la parte demandante deben ser negadas. (fls. 161-163, C. 1)

5.3. Departamento de Caldas: Se refiere en primer lugar a la competencia del FNPSM en materia del pago de las prestaciones sociales del magisterio. De otro lado itera que la Ley 1071 de 2006 no derogó el procedimiento establecido en el Decreto 2831 de 2005, motivo por el cual es esta última norma la que se aplica en estos casos. (fl. 175, C. 1)

II. Consideraciones de la Sala

1. Cuestión previa.

Resulta importante indicar que, en asuntos similares al aquí estudiado, existen pronunciamientos por parte de este Tribunal Administrativo – Sala Oral, en sentencias de primera instancia proferidas en audiencia simultánea llevada a cabo el día 07 de marzo de 2013¹, relacionadas con el pago tardío de las cesantías parciales, y se llegó a las siguientes conclusiones, las cuales se tendrán como precedente para el análisis del caso *sub-examine*:

- 1) Es aplicable por identidad o analogía la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 27 de marzo 2007, con ponencia de Jesús María Lemus², y por tanto, la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe y puede conocer de la presente controversia, a la luz del artículo 104 del CPACA, y en sede de juicio ordinario declarativo, medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del CPACA.
- 2) La Ley 1071 de 2006 es aplicable en su integridad al régimen especial de los docentes, y por tanto, se debe acatar el mandato legal allí contenido, relacionado con el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías parciales y definitivas.
- 3) Acorde con lo indicado en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, “(...) 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 (...)”. Claro está, previo descuento de un total de 65³ días hábiles, transcurridos los cuales, se causará la sanción moratoria.

2. Problemas Jurídicos:

Teniendo claridad en lo expuesto anteriormente, compete a la Sala despejar los siguientes interrogantes:

¹Sala Oral del Tribunal Administrativo de Caldas. Ponente: William Hernández Gómez. Radicados 17001-23-33-000-2012-00012-00 y 17001-23-33-000-2012-00080-00 demandado Nación-Ministerio de Educación – FNPSM – Ver también la sentencia del veintiséis (26) de agosto de 2015 M.P. William Hernández Gómez Rad: 2015-189.

²Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruiz. Demandado: Municipio de Cali.

³ O de 70 días si la solicitud fue presentada en vigencia del C.P.A.C.A., pues en estos casos el término de ejecutoria de la Resolución de reconocimiento es de 10 días.

¿Es procedente efectuar el reconocimiento de la sanción por mora consagrada en la Ley 1071 de 2006 como consecuencia del ajuste o reliquidación de cesantías inicialmente reconocidas por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio?

¿En caso de ser procedente dicho reconocimiento, cuál es la fecha a partir de la cual se produce su causación y hasta qué fecha se causó?

¿Se configuró la prescripción?

Sea lo primero indicar que el pago de las cesantías así como el reajuste de las mismas cuando hay lugar a ello, corresponde a la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM por las siguientes razones:

a) El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 es diáfano al indicar que las prestaciones sociales las reconoce y paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

b) El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica. Por tanto, es conclusión ineludible que judicialmente actúa a través de la Nación, y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación.

c) El artículo 288, superior, resalta que las competencias propias de la función administrativa se deben ejercer de conformidad con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley. En concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política⁴.

d) En ese sentido, la Ley 489 de 1998 define los *Principios de la función administrativa*, acorde con los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

e) El Consejo de Estado, en providencia de 5 de marzo de 2015⁵, confirmó una decisión proferida en audiencia inicial por este Tribunal – Sala Oral, en la cual se declaró infundada

⁴“**Artículo 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, auto de 5 de marzo de 2015, Expediente N° 170012333000 201300654 01.

la excepción denominada “no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”.
Veamos el aparte pertinente de la providencia mencionada.

“[...] De acuerdo con lo regulado por el artículo 61 del Código General del Proceso y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el litisconsorcio se considera necesario cuando tiene la connotación o importancia de impedir que el proceso se adelante si uno de los sujetos que integran la parte activa o pasiva y resulta afectado con la decisión, no está enterado del proceso; entonces, es requisito sine qua non que tal sujeto de la relación jurídica o acto jurídico integre el proceso y pueda ejercer sus derechos de defensa y debido proceso.

En este orden de ideas, se considera que en el caso que se decide, la Secretaría de Educación del ente territorial, no es litisconsorte necesario de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que es a ésta quien por ley está obligada al pago de las prestaciones sociales del magisterio, y que las secretarías de educación de los entes territoriales solo actúan como colaboradoras de la entidad nacional mencionada.

Así, pues, en el sub examine, el proceso se puede tramitar y decidir sin que se requiera la presencia, en este caso, de la Secretaría de Educación de Manizales como lo pretende la excepción formulada por la apoderada de la entidad demandada, pues, se repite, ésta no es litisconsorcio necesario de aquella. [...]”.

Así las cosas, se concluye en este punto que efectivamente es la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM quien debe asumir el pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías reconocidas a los docentes.

3. Términos para el reconocimiento y pago de las cesantías.

En torno al reconocimiento y pago de las cesantías al personal docente afiliado al FNPSM, advierte este Tribunal lo siguiente:

- La Ley 91 de 1989 regula con máxima claridad que las prestaciones sociales del magisterio son de cargo de la Nación, y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- El numeral 5 del artículo 2º y el artículo 5º de la Ley 91 de 1989 disponen lo siguiente:

*“**Artículo 2º.**- De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:*

[...]

5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.”

*“**Artículo 5º.**- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:*

1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado...”

- Según el artículo 4º de la Ley 1071, la entidad a cargo tendrá un plazo máximo de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, para expedir la resolución correspondiente, si el solicitante reúne todos los requisitos determinados en la ley. Al respecto se resalta:

*“... **Artículo 4º. 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...”.
(Subrayado fuera de texto).

- Así mismo, el artículo 5º de la ley 1071 de 2006 regula que para efectuar el pago, la entidad tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que lo ordena. Dice la norma:

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

- La Ley 1071 de 2006 es una típica regla o norma jurídica de acción⁶, y por tanto está destinada a evitar la ponderación por parte de la administración, porque son concluyentes y perentorios los términos allí establecidos, cuando se dan las condiciones de aplicación, en este caso, del reconocimiento y pago oportuno de las cesantías. Por ello los órganos jurisdiccionales deben dar aplicación a la norma jurídica, en razón de su fuente y mandato incuestionable⁷.
- En la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, citada como precedente para este asunto, se precisó: “[...] En este sentido cabe afirmar que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y

⁶ Las normas antes citadas están compuestas por enunciados que caracterizan las normas deónticas o regulativas, esto es, mandar, permitir, prohibir, o castigar (art. 4º L. 57 de 1887). Kelsen destacaba que la auténtica norma tiene consecuencias jurídicas, y a ello llamó la norma jurídica completa⁶. Por su parte Dworkin resaltó que las reglas de derecho, contrario a los principios, son mandatos de carácter binario, esto es, que se cumplen o no se cumplen; y Manuel Atienza sostiene que “[...] Las reglas de acción permiten simplificar el proceso de decisión de quien debe comportarse de acuerdo con ellas (el de quien debe cumplirlas o controlar su cumplimiento): lo único que debe hacer es comprobar si se han dado o no determinadas condiciones para hacer o dejar de hacer una determinada acción, desentendiéndose de las consecuencias, esto es, del proceso causal que va a desencadenar su comportamiento [...]”⁶.

⁷ *Ibidem.* Atienza. pp.32, 35.

expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores [...]”⁸.

La anterior afirmación también se predica de la Ley 1071 de 2006⁹ (arts. 4, 5 y 6).

- En la exposición de motivos del proyecto de ley que a la postre se convirtió en la Ley 244 de 1995, la cual fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, se precisó que la finalidad de la norma es la de lograr el pago puntual de las cesantías del servidor público, mediante un cronograma y un procedimiento ágil, que eviten que éste reciba una suma devaluada.

“[...] Si bien es cierto el inciso tercero del artículo 53 de la Constitución Nacional establece que ‘...el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales...’, ello no significa que las demás prestaciones y retribuciones por el trabajo no deban ser pagadas oportunamente. Todo lo contrario, los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados oportunamente entre otras razones porque ese fruto es el sustento de los trabajadores y de sus familias.

No obstante lo anterior, la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites [...]”¹⁰.

- El reconocimiento y pago oportuno, de que trata el artículo 6º de la ley 1071 de 2006, no se opone al cumplimiento del orden en que debe pagarse, porque la teleología de la norma es la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas).

No se puede olvidar que las cesantías son ahorros del servidor público, que está administrando el Estado - patrono, para entregar al servidor en el momento que lo necesite, bien cuando quede cesante de manera definitiva, o bien en los eventos contemplados en la ley, que autoriza el anticipo parcial de las mismas, por vivienda o educación, básicamente. En consecuencia, advierte este Tribunal que la Ley 1071 de 2006 es una regla de acción, con mandatos perentorios de términos dentro de los cuales debe reconocerse y pagarse las cesantías, los cuales deben cumplirse, so pena de la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5º *ibidem*¹¹.

⁸ Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruíz. Demandado: Municipio de Cali.

⁹ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”

¹⁰ Gaceta del Congreso 225 de 1995, página 1.

¹¹ “[...] 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

3.1. Precedente jurisprudencial aplicable.

En sentencia de unificación de fecha 18 de julio de 2018¹² el Consejo de Estado, definió las siguientes reglas jurisprudenciales para dar solución a los problemas jurídicos relacionados con el reconocimiento de sanción por mora en el sector docente:

*“3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.*

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

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley¹³ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

*195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.*

*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.*

*3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.” (Resaltado original)*

Mediante sentencia de unificación, el Consejo de Estado se ha encargado de precisar el modo

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. [...]”

¹² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018.

¹³ Artículos 68 y 69 CPACA.

en que han de computarse los términos en cada sub etapa, a efectos de establecer el momento a partir del cual se genera la mora por parte de la Administración.

Como puede verse, el reconocimiento de las cesantías comprende varias sub etapas a saber: expedición del acto administrativo de reconocimiento, para lo cual la administración dispone de un término de 15 días; notificación de dicho acto administrativo, dentro del término que corresponda según se trate de notificación personal, por aviso o por medios electrónicos; ejecutoria del acto administrativo que será de 5 días si la petición de cesantías se hizo en vigencia del C.C.A., o de 10 días si lo propio se hizo en vigencia del CPACA; finalmente, ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento, comienza a correr el término de 45 días para el pago efectivo de la cesantía, sea esta parcial o definitiva.

4. Caso concreto.

En el caso concreto se tiene acreditado:

Mediante la Resolución No. 5837-6 del 23 de junio de 2015 se reconoció y ordenó el pago de las cesantías definitivas a la señora Luz Inés Correa García, liquidada con base en los siguientes factores: sueldo mensual, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de alimentación. (fls.33, C. 1)

Mediante derecho de petición del 17 de julio de 2017 la demandante solicitó el ajuste del valor de las cesantías definitivas incluyendo los factores de prima de servicios y bonificación por servicios prestados, así como el reconocimiento y pago de la sanción mora hasta que fuera realizado el pago del ajuste (fls. 22, C. 1)

A través de la Resolución No. 8096-6 del 20 de octubre de 2017 se accedió al ajuste de la cesantía definitiva incluyendo como base de liquidación la prima de servicios y la bonificación mensual. En el ordinal quinto de la referida resolución se negó la sanción moratoria (fls.35-36)

A juicio de esta Sala de Decisión, la demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción mora derivada de la reliquidación de las cesantías definitivas porque la mora no se causa por el reajuste de la prestación sino por el retardo en el reconocimiento y pago de la misma. En efecto, el hecho que el monto inicialmente reconocido deba ser recalculado y ello arroje un mayor valor final que a la postre reconoce la entidad, no es generador de sanción mora, se itera, esta se causa por el retraso en el reconocimiento y pago de la

prestación inicial. Es decir, la sanción castiga la demora en el pago pero no el error en la liquidación, como en reciente providencia explicó el Consejo de Estado¹⁴:

“Establecido ello, tampoco se encuentra de recibo el argumento según el cual hubo un pago incompleto de la prestación social y por tanto, procede el reconocimiento de la penalidad pretendida, pues la jurisprudencia de esta Corporación¹⁵ ha sido clara en señalar que una indebida liquidación de las cesantías anualizadas, como lo pretende hacer ver la parte demandante, en tanto no fue incluido dentro del periodo 2009 a 2012 el factor bonificación por servicios prestados, no conlleva a condenar al pago de la sanción moratoria, pues de conformidad con la Ley 50 de 1990¹⁶, aquella se causa únicamente el evento en que el empleador incumpla la obligación de efectuar el aporte correspondiente al valor liquidado por la anualidad o la fracción correspondiente, antes del 15 de febrero de cada vigencia fiscal; situación que no se encuentra acreditada en el sub júdice si se tiene en cuenta que el actor pretende su reconocimiento a partir de una reliquidación de la prerrogativa por las anualidades de 2009 a 2012.

21. En otras palabras una indebida liquidación de las cesantías por un pago que en sentir del actor es incompleto, no implica que el empleador haya incurrido en el supuesto de la norma que lo apremia con una sanción al no haber cancelado dentro de la oportunidad legal las cesantías anualizadas, pues una cosa es efectuar liquidación y cancelación de acuerdo a las directrices tomadas por la entidad demandada en su momento y otra es reconocer fuera del plazo determinado la prestación aludida”.

Y en oportunidad anterior había explicado¹⁷:

“Al respecto, esta Corporación, en reiteradas ocasiones, ha sostenido que la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías no procede respecto de las diferencias de valor de dicha prestación, en los siguientes términos:

*“En el caso analizado, la entidad demandada sí reconoció oportunamente las prestaciones y cesantías definitivas del demandante al momento de su desvinculación¹⁸; sin embargo, con ocasión de la expedición de la sentencia C- 1433 de 2000 y del Decreto 2720 de diciembre 27 de 2000, **se causó una diferencia en la liquidación de las mismas, pero el pago inoportuno de esa diferencia no puede considerarse mora en la consignación de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma trascrita.**”¹⁹ (Resaltado fuera de texto).*

¹⁴ SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B, CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, 20 de septiembre de 2019, Rad. 08001-23-33-000-2016-01120-01.

¹⁵ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, sentencia de 8 de septiembre de 2017, Rad. 2014-00355-01, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁶ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

¹⁷ SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, M.P CÉSAR PALOMINO CORTÉS, 4 de octubre de 2018, Radicado: 080012333000201400420 01.

¹⁸ Cita propia del texto transcrito: Folios 14 a 16.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de abril de 2014, radicación 13001-23-

Esta Subsección, en sentencia del 17 de octubre de 2017, dentro del expediente con radicación No. 080012333000201200017101 (2839-14), con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló:

“(…) En tal sentido, si bien se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías definitivas, la cancelación pago inoportuna de esa diferencia no puede considerarse mora en la pago de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma señalada.

(…)

La Sección Segunda del Consejo de Estado, ha sostenido que la finalidad del legislador con la norma aludida, fue determinar el término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos, sin que una diferencia en la liquidación de la prestación social, conlleve a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley²⁰. (Subrayado fuera de texto).

Corolario con lo expuesto, la Sala concluye que el pago inoportuno de la diferencia originada en el reajuste salarial del que fuera objeto la demandante, que evidentemente incide en la liquidación de las cesantías reconocidas en un primer momento, no configura el derecho a la sanción moratoria pretendida en la demanda, pues ello no implica que la prestación se hubiese pagado en forma inoportuna, como tampoco se enmarca dentro de los presupuestos que la norma regula. Además, por tratarse de una sanción, que hace parte del derecho sancionatorio, en donde deben ser expresamente previstas en la ley, no se puede extender, o aplicar la analogía, a supuestos de hecho, o de derecho, diferentes a las que la norma prevé expresamente.”

Los anteriores razonamientos imponen negar las pretensiones de la demanda puesto que la parte actora pretende derivar la sanción mora por el solo hecho del reajuste de las cesantías.

5. Costas y Agencias en Derecho

No se condena en costas a la parte demandante, pues la demanda no careció de un fundamento razonable.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

31-000-2007-00225-01, número interno 1483-13. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

²⁰ Cita propia del texto transcrito: Al respecto: Subsección A. Sentencia de 9 de abril de 2014. Rad. 13001-23-31-000-2007-00225-01(1483-13). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.; Subsección B. Sentencia de 8 de septiembre de 2017. Rad. 08001233300020140035501. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En el mismo sentido, sentencias de 17 de agosto de 2017. Rad. 08001233300020140035501; Sentencia de 18 de mayo de 2017. Rad. 66001233300020130021301.

III. Falla

Primero: Se declara probada la excepción de “cobro de lo no debido” propuesta por la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM; y “falta de legitimación en la causa por pasiva”; “inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”; e “inaplicabilidad de la sanción moratoria” propuestas por el departamento de Caldas.

Segundo: Se niegan las pretensiones de la parte demandante por lo considerado.

Tercero: Sin condena en costas en esta instancia.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

Discutido y aprobado en Sala de Ordinaria de Decisión celebrada en la fecha.

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala 2ª. de Decisión Oral
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, primero (1º) de abril de dos mil veintidós (2022).

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación	17-001-23-33-000-2018-00078-00
Demandante	Lucy Ocampo Flórez
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas
Providencia	Sentencia No. 60

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala 2ª de Decisión Oral, de conformidad con lo previsto en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), procede a dictar sentencia dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por la señora Lucy Ocampo Flórez contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas.

Al no encontrarse irregularidad alguna que pueda dar lugar a la nulidad de lo actuado, se procede a proferir la sentencia que finalice la instancia.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

“1. Declarar la nulidad del Artículo Quinto de la Resolución No. 7819 - 6 del 12/10/2017, por medio de la cual las demandadas negaron el reconocimiento y pago de la SANCION POR MORA equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantías definitivas ante las demandadas, hasta cuando se hizo efectivo el pago total de la prestación, mediante el ajuste reconocido por medio de

la resolución 7819-6 del 12/10/2017, conforme a los hechos y fundamentos de derecho de la demanda o como resulte probado en el proceso.

A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

*1. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y al DEPARTAMENTO DE CALDAS SECRETARIA DE EDUCACION, al reconocimiento y pago a favor de mi mandante de la SANCION POR MORA establecida en la las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, en suma equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta (70) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud de la cesantía definitivas ante la entidad, hasta cuando se hizo efectivo el pago de la totalidad de las cesantías reconocidas mediante la resolución No. 7819 - 6 del 12/10/2017, conforme a los hechos y fundamentos de derecho de la demanda o como resulte probado en el proceso.
[...]"*

1. Hechos.

La demandante solicitó al Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas el 16/03/2015.

Por medio de la Resolución Nro. 3937-6 del 14/05/2015, le fueron reconocidas las cesantías definitivas teniendo como factores salariales el sueldo mensual, las primas de navidad, vacaciones y alimentación. Las referidas cesantías fueron canceladas el día 3/08/2015, por intermedio de entidad bancaria BBVA.

Mediante petición radicada el 08/08/2017, la parte actora solicitó el ajuste de las cesantías definitivas con inclusión de la Prima de Servicios y la bonificación por servicios, así como el pago de la sanción por mora desde los 70 días siguientes a la radicación de la petición inicial de las cesantías definitivas, hasta cuando fuera realizado el pago total de la prestación por medio del deprecado ajuste.

Por medio de la resolución No. 7819 - 6 del 12/10/2017, fue otorgado el ajuste de las cesantías definitivas reconocidas inicialmente mediante la resolución No. 3937-6 del 14/05/2015, teniendo finalmente como factores salariales la Prima de Servicios y la bonificación por servicios, ordenando el reconocimiento y pago como suma insoluta de \$2.767.281.

En la resolución No. 7819 - 6 del 12/10/2017, por medio de la cual se ajusta una cesantía definitiva a favor del docente, fue negado el reconocimiento de la sanción moratoria solicitada.

La demandante solicitó las cesantías definitivas el 16/03/2015, siendo el plazo para cancelarlas el 03/07/2015, transcurriendo hasta la fecha en la cual fue realizado el pago

total de las cesantías definitivas mediante el ajuste reconocido por medio de la Resolución No. 7819 - 6 del 2017, un total de 868 días de mora.

2. Normas Violadas y Concepto de Violación

Considera vulneradas las siguientes:

Artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989.

Artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995.

Artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Consideró que las entidades obligadas a responder por dicha prestación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, han estado menoscabando las disposiciones que regulan la materia, al incurrir en una mora injustificada en el pago de las prestaciones sociales.

Sostuvo que la Ley 1071 del 2006 fue desconocida por parte de las entidades demandadas tanto en el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías, como en la negativa y pago de los intereses moratorios. Trae a colación jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con el trámite y términos legales dispuestos para el reconocimiento de las cesantías en la Ley 244 de 1995.

3. Contestación de la Demanda

3.1. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante y frente a los hechos precisó que unos son ciertos y otros no le constan.

Se refirió a la naturaleza jurídica del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al régimen prestacional aplicable a los docentes afiliados al mismo, destacando la ley 91 de 1989 y su Decreto Reglamentario 2831 de 2005.

Propuso las excepciones que denominó “Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación Nacional”; “Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del Ministerio de educación para expedir el acto administrativo y reconocer el

derecho reclamado”; “caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho”; “prescripción”; “Régimen prestacional especial e inaplicabilidad de la Ley 1071 de 2006 al régimen docente”; “Detrimento patrimonial al Estado”; “cobro de lo no debido”; “buena fe”; y “genérica”. (fls. 131 a 154, C. 1)

3.2. Departamento de Caldas.

Al contestar la demanda manifestó su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la parte demandante, aceptó algunos hechos y otros los negó o adujo no constarles.

Considera aplicable al caso el Decreto 2831 de 2005, mediante el cual se establecieron las reglas para el reconocimiento de las prestaciones al personal docente afiliado al FNPSM.

Plateó las excepciones de “falta de legitimación en la causa por pasiva”; “buena fe”; “inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”; e “inaplicabilidad de la sanción moratoria”. (fls. 117 a 130, C. 1)

4. Audiencia Inicial.

Mediante auto del 25 de septiembre de 2020 se prescindió de la audiencia inicial de conformidad con el artículo 13 del Decreto 806 de 2020. (fl. 169, C. 1)

5. Alegatos de Conclusión.

5.1. Parte demandante: guardó silencio.

5.2. Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM: guardó silencio.

5.3. Departamento de Caldas: Se refiere en primer lugar a la competencia del FNPSM en materia del pago de las prestaciones sociales del magisterio. De otro lado itera que la Ley 1071 de 2006 no derogó el procedimiento establecido en el Decreto 2831 de 2005, motivo por el cual es esta última norma la que se aplica en estos casos. (fl. 173, C. 1)

II. Consideraciones de la Sala

1. Cuestión previa.

Resulta importante indicar que, en asuntos similares al aquí estudiado, existen

pronunciamientos por parte de este Tribunal Administrativo – Sala Oral, en sentencias de primera instancia proferidas en audiencia simultánea llevada a cabo el día 07 de marzo de 2013¹, relacionadas con el pago tardío de las cesantías parciales, y se llegó a las siguientes conclusiones, las cuales se tendrán como precedente para el análisis del caso *sub-examine*:

- 1) Es aplicable por identidad o analogía la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 27 de marzo 2007, con ponencia de Jesús María Lemus², y por tanto, la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe y puede conocer de la presente controversia, a la luz del artículo 104 del CPACA, y en sede de juicio ordinario declarativo, medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del CPACA.
- 2) La Ley 1071 de 2006 es aplicable en su integridad al régimen especial de los docentes, y por tanto, se debe acatar el mandato legal allí contenido, relacionado con el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías parciales y definitivas.
- 3) Acorde con lo indicado en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, “(...) 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 (...)”. Claro está, previo descuento de un total de 65³ días hábiles, transcurridos los cuales, se causará la sanción moratoria.

2. Problemas Jurídicos:

Teniendo claridad en lo expuesto anteriormente, compete a la Sala despejar los siguientes interrogantes:

¿Es procedente efectuar el reconocimiento de la sanción por mora consagrada en la Ley 1071 de 2006 como consecuencia del ajuste o reliquidación de cesantías inicialmente reconocidas por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio?

¿En caso de ser procedente dicho reconocimiento, cuál es la fecha a partir de la cual se produce su causación y hasta qué fecha se causó?

¹Sala Oral del Tribunal Administrativo de Caldas. Ponente: William Hernández Gómez. Radicados 17001-23-33-000-2012-00012-00 y 17001-23-33-000-2012-00080-00 demandado Nación-Ministerio de Educación – FNPSM – Ver también la sentencia del veintiséis (26) de agosto de 2015 M.P. William Hernández Gómez Rad: 2015-189.

²Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruiz. Demandado: Municipio de Cali.

³ O de 70 días si la solicitud fue presentada en vigencia del C.P.A.C.A., pues en estos casos el término de ejecutoria de la Resolución de reconocimiento es de 10 días.

¿Se configuró la prescripción?

Sea lo primero indicar que el pago de las cesantías así como el reajuste de las mismas cuando hay lugar a ello, corresponde a la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM por las siguientes razones:

a) El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 es diáfano al indicar que las prestaciones sociales las reconoce y paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

b) El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica. Por tanto, es conclusión ineludible que judicialmente actúa a través de la Nación, y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación.

c) El artículo 288, superior, resalta que las competencias propias de la función administrativa se deben ejercer de conformidad con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley. En concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política⁴.

d) En ese sentido, la Ley 489 de 1998 define los *Principios de la función administrativa*, acorde con los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

e) El Consejo de Estado, en providencia de 5 de marzo de 2015⁵, confirmó una decisión proferida en audiencia inicial por este Tribunal – Sala Oral, en la cual se declaró infundada la excepción denominada “no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”. Veamos el aparte pertinente de la providencia mencionada.

“[...] De acuerdo con lo regulado por el artículo 61 del Código General del Proceso y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el litisconsorcio se considera necesario cuando tiene la connotación o importancia de impedir que el proceso se adelante si uno de los sujetos que integran la parte activa o pasiva y resulta afectado con la decisión, no está enterado del proceso; entonces, es requisito sine qua non que tal sujeto de la relación jurídica o acto jurídico integre el proceso y pueda ejercer sus derechos de defensa y debido proceso.”

⁴“**Artículo 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, auto de 5 de marzo de 2015, Expediente N° 170012333000 201300654 01.

En este orden de ideas, se considera que en el caso que se decide, la Secretaría de Educación del ente territorial, no es litisconsorte necesario de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que es a ésta quien por ley está obligada al pago de las prestaciones sociales del magisterio, y que las secretarías de educación de los entes territoriales solo actúan como colaboradoras de la entidad nacional mencionada.

Así, pues, en el sub examine, el proceso se puede tramitar y decidir sin que se requiera la presencia, en este caso, de la Secretaría de Educación de Manizales como lo pretende la excepción formulada por la apoderada de la entidad demandada, pues, se repite, ésta no es litisconsorcio necesario de aquella. [...].”

Así las cosas, se concluye en este punto que efectivamente es la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM quien debe asumir el pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías reconocidas a los docentes.

3. Términos para el reconocimiento y pago de las cesantías.

En torno al reconocimiento y pago de las cesantías al personal docente afiliado al FNPSM, advierte este Tribunal lo siguiente:

- La Ley 91 de 1989 regula con máxima claridad que las prestaciones sociales del magisterio son de cargo de la Nación, y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- El numeral 5 del artículo 2º y el artículo 5º de la Ley 91 de 1989 disponen lo siguiente:

*“**Artículo 2º.**- De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:*

[...]

5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.”

*“**Artículo 5º.**- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:*

1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado...”

- Según el artículo 4º de la Ley 1071, la entidad a cargo tendrá un plazo máximo de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, para expedir la resolución correspondiente, si el solicitante reúne todos los requisitos determinados en la ley. Al respecto se resalta:

*“... **Artículo 4º. 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...". (Subrayado fuera de texto).

- Así mismo, el artículo 5º de la ley 1071 de 2006 regula que para efectuar el pago, la entidad tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que lo ordena. Dice la norma:

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

- La Ley 1071 de 2006 es una típica regla o norma jurídica de acción⁶, y por tanto está destinada a evitar la ponderación por parte de la administración, porque son concluyentes y perentorios los términos allí establecidos, cuando se dan las condiciones de aplicación, en este caso, del reconocimiento y pago oportuno de las cesantías. Por ello los órganos jurisdiccionales deben dar aplicación a la norma jurídica, en razón de su fuente y mandato incuestionable⁷.
- En la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, citada como precedente para este asunto, se precisó: “[...] En este sentido cabe afirmar que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores [...]”⁸.

La anterior afirmación también se predica de la Ley 1071 de 2006⁹ (arts. 4, 5 y 6).

⁶ Las normas antes citadas están compuestas por enunciados que caracterizan las normas deónticas o regulativas, esto es, mandar, permitir, prohibir, o castigar (art. 4º L. 57 de 1887). Kelsen destacaba que la auténtica norma tiene consecuencias jurídicas, y a ello llamó la norma jurídica completa⁶. Por su parte Dworkin resaltó que las reglas de derecho, contrario a los principios, son mandatos de carácter binario, esto es, que se cumplen o no se cumplen; y Manuel Atienza sostiene que “[...] Las reglas de acción permiten simplificar el proceso de decisión de quien debe comportarse de acuerdo con ellas (el de quien debe cumplirlas o controlar su cumplimiento): lo único que debe hacer es comprobar si se han dado o no determinadas condiciones para hacer o dejar de hacer una determinada acción, desentendiéndose de las consecuencias, esto es, del proceso causal que va a desencadenar su comportamiento [...]”⁶.

⁷ *Ibidem.* Atienza. pp.32, 35.

⁸ Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruíz. Demandado: Municipio de Cali.

⁹ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”

- En la exposición de motivos del proyecto de ley que a la postre se convirtió en la Ley 244 de 1995, la cual fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, se precisó que la finalidad de la norma es la de lograr el pago puntual de las cesantías del servidor público, mediante un cronograma y un procedimiento ágil, que eviten que éste reciba una suma devaluada.

"[...] Si bien es cierto el inciso tercero del artículo 53 de la Constitución Nacional establece que '...el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales...'; ello no significa que las demás prestaciones y retribuciones por el trabajo no deban ser pagadas oportunamente. Todo lo contrario, los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados oportunamente entre otras razones porque ese fruto es el sustento de los trabajadores y de sus familias.

No obstante lo anterior, la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites [...]"¹⁰.

- El reconocimiento y pago oportuno, de que trata el artículo 6º de la ley 1071 de 2006, no se opone al cumplimiento del orden en que debe pagarse, porque la teleología de la norma es la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas).

No se puede olvidar que las cesantías son ahorros del servidor público, que está administrando el Estado - patrono, para entregar al servidor en el momento que lo necesite, bien cuando quede cesante de manera definitiva, o bien en los eventos contemplados en la ley, que autoriza el anticipo parcial de las mismas, por vivienda o educación, básicamente. En consecuencia, advierte este Tribunal que la Ley 1071 de 2006 es una regla de acción, con mandatos perentorios de términos dentro de los cuales debe reconocerse y pagarse las cesantías, los cuales deben cumplirse, so pena de la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5º ibídem¹¹.

3.1. Precedente jurisprudencial aplicable.

En sentencia de unificación de fecha 18 de julio de 2018¹² el Consejo de Estado, definió las siguientes reglas jurisprudenciales para dar solución a los problemas jurídicos relacionados

¹⁰ Gaceta del Congreso 225 de 1995, página 1.

¹¹ "[...] 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. [...]"

¹² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018.

con el reconocimiento de sanción por mora en el sector docente:

“3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

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

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley¹³ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

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.

3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.” (Resaltado original)

Mediante sentencia de unificación, el Consejo de Estado se ha encargado de precisar el modo en que han de computarse los términos en cada sub etapa, a efectos de establecer el momento a partir del cual se genera la mora por parte de la Administración.

Como puede verse, el reconocimiento de las cesantías comprende varias sub etapas a saber: expedición del acto administrativo de reconocimiento, para lo cual la administración dispone de un término de 15 días; notificación de dicho acto administrativo, dentro del término que corresponda según se trate de notificación personal, por aviso o por medios electrónicos;

¹³ Artículos 68 y 69 CPACA.

ejecutoria del acto administrativo que será de 5 días si la petición de cesantías se hizo en vigencia del C.C.A., o de 10 días si lo propio se hizo en vigencia del CPACA; Si se interponen recursos en vía gubernativa, la administración cuenta con un término de 15 días para resolverlos; finalmente, ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento, comienza a correr el término de 45 días para el pago efectivo de la cesantía, sea esta parcial o definitiva.

4. Caso concreto.

En el caso concreto se tiene acreditado:

Mediante la Resolución No. 3937-6 del 14 de mayo de 2015 se reconoció y ordenó el pago de las cesantías definitivas a la señora Lucy Ocampo Flórez, liquidada con base en los siguientes factores: sueldo mensual, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de alimentación. (fls.36, C. 1)

Mediante derecho de petición del 17 de julio de 2017 la demandante solicitó el ajuste del valor de las cesantías definitivas incluyendo los factores de prima de servicios y bonificación por servicios prestados, así como el reconocimiento y pago de la sanción mora hasta que fuera realizado el pago del ajuste (fls. 25, C. 1)

A través de la Resolución No. 7819-6 del 12 de octubre de 2017 se accedió al ajuste de la cesantía definitiva incluyendo como base de liquidación la prima de servicios y la bonificación mensual. En el ordinal quinto de la referida resolución se negó la sanción moratoria (fls. 38-39)

A juicio de esta Sala de Decisión, la demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción mora derivada de la reliquidación de las cesantías definitivas porque la mora no se causa por el reajuste de la prestación sino por el retardo en el reconocimiento y pago de la misma. En efecto, el hecho que el monto inicialmente reconocido deba ser recalculado y ello arroje un mayor valor final que a la postre reconoce la entidad, no es generador de sanción mora, se itera, esta se causa por el retraso en el reconocimiento y pago de la prestación inicial. Es decir, la sanción castiga la demora en el pago pero no el error en la liquidación, como en reciente providencia explicó el Consejo de Estado¹⁴:

“Establecido ello, tampoco se encuentra de recibo el argumento según el cual hubo un pago incompleto de la prestación social y por tanto, procede el reconocimiento de la penalidad pretendida, pues la jurisprudencia de esta Corporación¹⁵ ha sido clara en señalar que una indebida liquidación de las

¹⁴ SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B, CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, 20 de septiembre de 2019, Rad. 08001-23-33-000-2016-01120-01.

¹⁵ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, sentencia de 8 de septiembre de 2017, Rad. 2014-00355-01, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

cesantías anualizadas, como lo pretende hacer ver la parte demandante, en tanto no fue incluido dentro del periodo 2009 a 2012 el factor bonificación por servicios prestados, no conlleva a condenar al pago de la sanción moratoria, pues de conformidad con la Ley 50 de 1990¹⁶, aquella se causa únicamente el evento en que el empleador incumpla la obligación de efectuar el aporte correspondiente al valor liquidado por la anualidad o la fracción correspondiente, antes del 15 de febrero de cada vigencia fiscal; situación que no se encuentra acreditada en el sub júdice si se tiene en cuenta que el actor pretende su reconocimiento a partir de una reliquidación de la prerrogativa por las anualidades de 2009 a 2012.

21. En otras palabras una indebida liquidación de las cesantías por un pago que en sentir del actor es incompleto, no implica que el empleador haya incurrido en el supuesto de la norma que lo apremia con una sanción al no haber cancelado dentro de la oportunidad legal las cesantías anualizadas, pues una cosa es efectuar liquidación y cancelación de acuerdo a las directrices tomadas por la entidad demandada en su momento y otra es reconocer fuera del plazo determinado la prestación aludida”.

Y en oportunidad anterior había explicado¹⁷:

“Al respecto, esta Corporación, en reiteradas ocasiones, ha sostenido que la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías no procede respecto de las diferencias de valor de dicha prestación, en los siguientes términos:

“En el caso analizado, la entidad demandada sí reconoció oportunamente las prestaciones y cesantías definitivas del demandante al momento de su desvinculación¹⁸; sin embargo, con ocasión de la expedición de la sentencia C- 1433 de 2000 y del Decreto 2720 de diciembre 27 de 2000, **se causó una diferencia en la liquidación de las mismas, pero el pago inoportuno de esa diferencia no puede considerarse mora en la consignación de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma trascrita.**”¹⁹ (Resaltado fuera de texto).

Esta Subsección, en sentencia del 17 de octubre de 2017, dentro del expediente con radicación No. 080012333000201200017101 (2839-14), con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló:

“(…) En tal sentido, si bien se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías definitivas, la cancelación pago inoportuna de esa diferencia no puede considerarse mora en la pago de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma señalada.

(…)

¹⁶ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

¹⁷ SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, M.P CÉSAR PALOMINO CORTÉS, 4 de octubre de 2018, Radicado: 080012333000201400420 01.

¹⁸ Cita propia del texto transcrito: Folios 14 a 16.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de abril de 2014, radicación 13001-23-31-000-2007-00225-01, número interno 1483-13. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, ha sostenido que la finalidad del legislador con la norma aludida, fue determinar el término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos, sin que una diferencia en la liquidación de la prestación social, conlleve a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley²⁰. (Subrayado fuera de texto).

Corolario con lo expuesto, la Sala concluye que el pago inoportuno de la diferencia originada en el reajuste salarial del que fuera objeto la demandante, que evidentemente incide en la liquidación de las cesantías reconocidas en un primer momento, no configura el derecho a la sanción moratoria pretendida en la demanda, pues ello no implica que la prestación se hubiese pagado en forma inoportuna, como tampoco se enmarca dentro de los presupuestos que la norma regula. Además, por tratarse de una sanción, que hace parte del derecho sancionatorio, en donde deben ser expresamente previstas en la ley, no se puede extender, o aplicar la analogía, a supuestos de hecho, o de derecho, diferentes a las que la norma prevé expresamente.”

Los anteriores razonamientos imponen negar las pretensiones de la demanda puesto que la parte actora pretende derivar la sanción mora por el solo hecho del reajuste de las cesantías.

5. Costas y Agencias en Derecho

No se condena en costas a la parte demandante, puesto que la demanda no careció de fundamento razonable en derecho.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se declara probada la excepción de “cobro de lo no debido” propuesta por la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM; y “falta de legitimación en la causa por pasiva”; “inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”; e “inaplicabilidad de la sanción moratoria” propuestas por el departamento de Caldas.

Segundo: Se niegan las pretensiones de la parte demandante por lo considerado.

²⁰ Cita propia del texto transcrito: Al respecto: Subsección A. Sentencia de 9 de abril de 2014. Rad. 13001-23-31-000-2007-00225-01(1483-13). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.; Subsección B. Sentencia de 8 de septiembre de 2017. Rad. 08001233300020140035501. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En el mismo sentido, sentencias de 17 de agosto de 2017. Rad. 08001233300020140035501; Sentencia de 18 de mayo de 2017. Rad. 66001233300020130021301.

Tercero: Sin condena en costas en esta instancia.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Notifíquese y cúmplase

Discutido y aprobado en Sala de Ordinaria de Decisión celebrada en la fecha.

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala 2ª. Oral de Decisión
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, primero (1º) de abril de dos mil veintidós (2022).

Radicación	17001-33-33-006-2018-00195-02
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Fernando William Ordoñez Hernández
Accionado	Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional
Providencia	Sentencia No. 61

La Sala 2ª Oral de Decisión desata el recurso de **apelación** interpuesto por la parte **demandante** contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 29 de noviembre de 2019, mediante la cual se **negaron** las pretensiones de la parte demandante en relación con la reliquidación de su salario.

I. Antecedentes

1. Pretensiones.

La parte demandante deprecia lo siguiente:

1. Se INAPLIQUEN POR INCONSTITUCIONALES E INCONVENCIONALES LAS SIGUIENTES NORMAS:

- a. El artículo 23 Decreto 122 del año 1997.*
- b. El artículo 29 Decreto 58 del año 1998.*
- c. El artículo 30 del Decreto 062 del 1999*
- d. El artículo 30 del Decreto 2724 del año 2000.*
- e. El artículo 29 del Decreto 2737 del año 2001.*
- f. El artículo 29 del Decreto 745 del año 2002.*
- g. El artículo 29 del Decreto 3552 del año 2003.*
- h. El artículo 29 del Decreto 4158 del año 2004.*
- i. El artículo 29 del Decreto 923 del año 2005.*
- j. El artículo 29 del Decreto 407 del año 2006.*

k. El artículo 29 del Decreto 1515 del año 2007.

l. El artículo 28 del Decreto 673 del año 2008.

m. El artículo 27 del Decreto 737 del año 2009.

n. El artículo 27 del Decreto 1530 del año 2010.

o. El artículo 27 del Decreto 1050 del año 2011.

p. El artículo 27 del Decreto 842 del año 2012.

q. El artículo 27 del Decreto 1017 del año 2013.

r. El artículo 27 del Decreto 187 del año 2014.

s. El artículo 27 del Decreto 1028 del año 2015.

t. El artículo 27 del Decreto 214 del año 2016.

u. El artículo 27 del Decreto 984 del año 2017.

v. El artículo 28 del Decreto 324 del año 2018.

2. Se declare la nulidad de Resolución u Oficio No. S- 2017-023133 / ANOPA - GRUNO-1.10 del 28 de junio del año 2017, mediante la cual se negó la reliquidación del salario del señor FERNANDO WILLIAM ORDOÑEZ HERNÁNDEZ incluyendo el subsidio familiar en un 30% del salario básico por concepto de su esposa y un 5% del salario básico por concepto de su primer hijo.

3. A título de restablecimiento del derecho se condene a LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICIA NACIONAL a reconocer y a pagar a mi poderdante la reliquidación del salario que devenga por parte de la Policía Nacional, donde se incluya la partida de SUBSIDIO FAMILIAR bajo los siguientes parámetros:

a) En un 30% del salario básico, porcentaje que corresponde por su esposa, LILIANA NARVAEZ MARTINEZ, junto con los intereses e indexación que en derecho corresponda desde el 27 de septiembre del año 2002 fecha de matrimonio.

b) En un 5% del salario básico, porcentaje que corresponde por su primer hijo, JUAN JOSÉ ORDOÑEZ NARVAEZ, junto con los intereses e indexación que en derecho corresponda desde el 25 de mayo del año 2001, fecha de nacimiento.

4. A título de restablecimiento se condene a LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL POLICIA NACIONAL a pagar a mi poderdante los dineros retroactivos correspondientes a prestaciones, subsidios, aumentos anuales, o cualquier otro derecho causado, más la indexación que en derecho corresponda, incluyendo el subsidio familiar como factor salarial.

5. En el evento que mi poderdante se retire o sea retirado de la Policía Nacional, se incluya como factor prestacional el "SUBSIDIO FAMILIAR" en un 35% de su salario básico mensual, lo cual deberá constar en su hoja de servicios.

6. Que se dé cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos

192 y 195 del Código Contencioso Administrativo.”

2. Hechos

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

1. Mi poderdante ingresó a las filas de la Policía Nacional en el año 1995 ostentando la categoría de alumno. Luego de la aprobación del respectivo curso de formación, ascendió al grado de patrullero, y en consecuencia inició su vida laboral bajo el régimen denominado "Nivel Ejecutivo".

2. En su recorrido laboral y, bajo su esfera personal, mi poderdante contrajo nupcias con la señora Liliana Narváez Martínez, y así mismo, procreó al menor Juan José Ordoñez Narváez.

3. El accionante, luego de observar las diferencias salariales por concepto de subsidio familiar en la institución a la cual pertenece, presentó ante la Dirección General de la Policía Nacional solicitud para que se le reliquidara su salario mensual e incluyera la prima de subsidio familiar en los mismos porcentajes que se les reconoce al restante de uniformados de la institución.

4. Teniendo en cuenta la petición elevada por el aquí demandante, la Policía Nacional, mediante su delegado, expidió la Resolución u Oficio No. S-2017-023133/ANOPA GRUNO -1.10 del 28 de junio del año 2017, por medio de la cual resolvió negar las pretensiones del petitorio extendido, sustentando su posición en las normas que actualmente gobiernan el régimen salarial y prestacional de los miembros del Nivel Ejecutivo.

3. Normas violadas y concepto de la violación

Se indica que el subsidio familiar es reconocido a una determinada población del sector laboral, bajo unas condiciones especiales. Adicionalmente si bien es cierto, la pluricitada prima se debe pagar junto con los demás emolumentos que componen el salario del trabajador, ello no quiere decir que el beneficiario directo del subsidio sea el empleado.

Para clarificar lo anterior, trae a colación la sentencia T-623 de 2016 de la Corte Constitucional que aclara que el subsidio familiar, además de constituir un apoyo económico para los trabajadores de medianos y menores ingresos, también es una prebenda legal donde el titular es el núcleo familiar es decir que, el reflejo económico se vislumbra en el salario del trabajador pero su último destinatario será la familia de dicho empleado, por lo cual, sin lugar al equivoco, es necesario afirmar que el soporte en dinero que se brinda por concepto de subsidio familiar tiene un receptor por excelencia: la familia.

Que posterior a la expedición de los Decretos 1212 y 1213 del 08 de junio de 1990, el Congreso de la República y el Gobierno Nacional consideraron necesario reformar la estructura interna de la Policía Nacional, por lo cual se manifestó la posibilidad de implementar una nueva categoría institucional. De acuerdo a ello, se expidió la Ley 62 de 1993, mediante la cual otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para

que modificara las normas de la Policía Nacional con base en estas normas en la actualidad todos los miembros del nivel ejecutivo, sin distinción de cargo, grado o función, perciben la suma de (\$31.319) por persona a cargo.

Desde una lectura de la Constitución, se vislumbra la clara intención de proteger al menor de edad en todos sus ámbitos, por las múltiples características que los cobijan. No se puede perder de vista que, si bien es cierto, la familia es el núcleo esencial del Estado, a su vez, el menor de edad es el eje focal de la familia, por ende, sin niños y adolescentes, la figura más importante de la Nación se desdibuja por completo, quedando a merced de un futuro sin nuevas generaciones.

Finalmente indica que, la demandada transgredió el principio de progresividad y prohibición de retroceso en materia salarial y prestacional contenido en el artículo 48 de la Constitución.

4. Contestación de la demanda.

La Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional se opuso a las pretensiones del demandante; aceptó como ciertos los hechos de la demanda pero precisó que, el subsidio familiar reconocido al demandante, se efectuó conforme a las leyes vigentes que regulan el régimen de carrera que éste ostenta.

Señaló que el actor se vinculó a la Policía Nacional como patrullero y en la actualidad figura con el grado de intendente jefe, el cual ha estado regido desde la fecha de su creación por el Decreto 1091 de 1995, norma que establece el régimen de asignaciones y prestaciones para el personal del nivel ejecutivo, precisando que en los artículos 16 y 17 de la referida norma no se toma en cuenta el cónyuge o compañero permanente para pago del subsidio familiar.

Concluye que “las normas concernientes a los soldados del ejército nacional no son equiparables ni aplicables a los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional. No existe en el presente caso una violación al derecho de la igualdad, así como tampoco se observa un grave perjuicio o detrimento en el demandante. Respecto a la equivalencia de los grados del personal del Nivel Ejecutivo y los grados en las Fuerzas Militares, es imperativo afirmar que el escalafón del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no puede ser asimilado a cualquier otro dentro de las Fuerzas Militares, toda vez que sólo existe en la Institución y que la única equivalencia que se permite dentro del mismo, es la establecida en el artículo 9 del Decreto Ley 1791 de 2000 respecto al ingreso de suboficiales al nivel ejecutivo.”

Por lo anterior, solicita se absuelva a la entidad de toda responsabilidad frente a lo pretendido por la parte actora. (fls. 93-99, C. 1)

5. La sentencia apelada.

El 29 de noviembre de 2019, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia, negando las pretensiones de la parte demandante. Como sustento de su decisión, expuso que el demandante, en su condición de miembro del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, reclama el reconocimiento y pago de la bonificación familiar en iguales condiciones a las otorgadas antes de la expedición Decreto 1091 de 1995, es decir, que se le reliquide el salario incluyendo el subsidio familiar en un 30% por concepto de esposa y en un 5% del salario básico por concepto de primer hijo, motivo por el cual procedió a hacer un comparativo del Decreto Ley 1212 de 1990 con lo consagrado en el Decreto 1091 de 1995, concluyendo que, tanto el Decreto 1212 de 1990 como el Decreto 1091 de 1995 contemplan el subsidio familiar, sin embargo el 1091 no establece porcentajes, dejando al Gobierno la regulación de las cuantías a pagar por ese factor. Recalca que el Decreto 1091 excluye el 30% de subsidio por cónyuge o compañera, así como el 5% por el primer hijo, y el 4% por cada uno de los demás sin sobrepasar el 17%. Indica que si bien el subsidio familiar fue reducido, ello por sí solo no implica que el régimen del nivel ejecutivo haya sido desfavorable para los miembros de la Policía Nacional, pues la comparación entre uno y otro no se puede hacer en forma aislada ni fraccionada respecto de cada uno de los factores prestacionales, bonificaciones o auxilios, sino que es necesario verificar la existencia de una desmejora en la generalidad de componentes que integran su remuneración, dentro de la cual está incluida la asignación básica mensual que fue el principal elemento diferencial entre uno y otro régimen, y el motivo por el cual los agentes y suboficiales de la Institución se acogieron a la homologación.

Aduce que las Subsecciones A y B de la Sección Segunda del Consejo de Estado ya han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre controversias similares y han concluido, en reiteradas providencias, que el régimen salarial y prestacional de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, analizado en su integridad, resulta más favorable que el que cobijaba a los suboficiales y agentes de la institución, en particular, porque la asignación salarial les resultó favorable, por ende, no se puede entender que hubo vulneración a los derechos adquiridos o detrimento salarial, como el que alega el demandante. (fls. 114 – 120, C. 1)

6. Recurso de apelación

- Tal y como se edificó el libelo inicial, así como en la fijación del litigio, se considera vulnerado el derecho a la igualdad de la familia del demandante. Que teniendo en cuenta lo anterior, en los eventos donde se considere presuntamente trasgredido el artículo 13 constitucional, surge la necesidad judicial de aplicar lo que la Corte Constitucional ha denominado “*Juicio Integrado de Igualdad*”.

Que la sentencia de primera instancia no hace referencia a dicha figura, situación extraña ya que, en los alegatos de conclusión se realizó tal aseveración. Lo cual trae consigo una falta de interpretación judicial, ya que, se repite, es necesario aplicar en el caso bajo examen el juicio constitucional.

Que los sujetos a comparar son, por una parte, los hijos, hijas, esposa, esposo, compañeras permanentes y compañeros permanentes de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, por otro lado, los hijos, hijas, esposa, esposo, compañeras permanentes y compañeros permanentes de los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional. Nótese que nos encontramos frente a dos grupos de idéntica naturaleza, toda vez que, los dos poseen su eje constitucional en el artículo 42 de la Constitución Política, así mismo, los hijos e hijas poseen idénticas prebendas de acuerdo con el Código de la Infancia y la adolescencia, así como por el artículo 44 de la Constitución.

El bien, beneficio o ventaja respecto del cual se da el tratamiento desigual: el beneficio o ventaja que reciben las familias de los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional con respecto de los miembros del Nivel Ejecutivo, corresponde a un mayor porcentaje de reconocimiento a título de subsidio familiar, ya que los primeros perciben hasta un 47% del sueldo básico del uniformado, y a las familias de los miembros del Nivel Ejecutivo no se reconoce ningún porcentaje por la esposa, esposo, compañera o compañero permanente, y por los hijos, se reconoce un valor inferior por cada uno de ellos. Por lo anterior, estamos frente a un plano jurídico, más exactamente normativo, donde se reconoce una ventaja adicional entre grupos iguales.

- Que el primer argumento utilizado por el *a quo* fue la imposibilidad de mixturar dos regímenes, extrayendo lo más favorable de cada uno, para así crear un tercer régimen, situación que trasgrede el principio de inescindibilidad de la norma laboral. Al respecto el recurrente afirma que difiere de dicho argumento por cuanto: desde una óptica constitucional, de conformidad con la teoría universal de los derechos fundamentales suscrita por el maestro Robert Alexy, la diferencia diametral entre un principio y una regla recae en su estructura normativa, en su eje esencial y en su estructura general o particular.

Que para estos efectos, la inescindibilidad no se encuentra plasmada en los 380 artículos de la Constitución, pero si está consagrada en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo. Que la fuente de la inescindibilidad es de carácter legal, y teniendo en cuenta que estamos frente a una consecuencia jurídica directa y específica, bajo la estructura normativa transliterada, no cabe la menor duda que se trata de una regla.

Que partiendo de lo anterior, se debe tener en cuenta la existencia de un serio conflicto entre una regla legal como lo es la inescindibilidad y los derechos constitucionales como lo

son la igualdad, familia e interés del menor, aclarando que estos derechos poseen una doble dimensión, principio y derecho fundamental, ya que de su estructura normativa se extrae la generalidad y ámbito amplificador.

Que teniendo en cuenta la sentencia emitida por el *a quo*, se manifiesta que si bien es cierto la fuente de la inescindibilidad es legal, por vía jurisprudencial se elevó esta figura jurídica a la categoría de principio; manifiesta estar en desacuerdo ya que, la función de la Corte Constitucional, entre otras, es la de interpretar los principios, valores y derechos fundamentales, más no la de erigir preceptos legales a un rango constitucional, más cuando la diferencia entre regla y principio es clara y no depende de interpretación de la norma sino de la estructura de la misma.

Que en el evento que se considere la inescindibilidad como principio, no cabe duda que entonces estaríamos frente a lo que Robert Alexy denomina un caso difícil, toda vez que, existe un choque entre principios constitucionales, para lo cual es necesario aplicar reglas de ponderación, en otras palabras, con claridad el eje problemático sería lo siguiente: *¿Qué pesa más, el principio de inescindibilidad o los principios y derechos fundamentales a la igualdad, menor y familia?*

- Que no es de recibo la aseveración lanzada por el *a quo* cuando anuncia que el régimen salarial del demandante es mejor que el de los demás miembros de la Policía Nacional, por simple deducción piramidal de la institución es dable manifestar que los oficiales perciben un mejor salario que los miembros del nivel ejecutivo. Sin embargo, tal y como se adujo en la demanda, es entendible que los oficiales perciban un mejor salario en razón a su carga, funciones y lineamiento institucional, sin embargo, con respecto del subsidio familiar, teniendo en cuenta su finalidad y titularidad, de conformidad con las sentencias T-942 de 2014 y T-623 de 2016, no es constitucionalmente válido manifestar que los oficiales deban percibir un mejor subsidio familiar, más cuando las familias (titulares de la prebenda) son los directamente afectados, en caso contrario, se estaría afirmando que el núcleo familiar del oficial merece una mejor y mayor protección por parte del Estado que las familias de los miembros del Nivel Ejecutivo.

Que el subsidio familiar es un reconocimiento que no tiene que ver con la categoría, funciones, ingreso, jerarquía o elementos de los uniformados, su función exclusiva es la protección de la familia, por lo cual son indiferentes todos estos elementos enunciados por el despacho, resaltando el hecho que el núcleo familiar del trabajador es el titular de la prebenda.

- Que el *a quo* manifiesta que el ingreso al nivel ejecutivo por parte del demandante fue voluntario y teniendo en cuenta ello, quedó sometido a todo el régimen salarial y

prestacional que gobierna dicha categoría, por lo cual no puede venir a reclamar derechos que él conocía desde su inicio laboral. Al respecto el recurrente considera que, desde una óptica legal sería válido, sin embargo, es constitucionalmente reprochable tal aseveración, por el simple hecho que los derechos fundamentales son irrenunciables, inherentes al ser humano e intransferibles, por lo que, así el demandante conociera el sistema laboral que lo iba a gobernar, no es admisible afirmar que él debía renunciar a sus derechos fundamentales para pertenecer a la categoría del nivel ejecutivo, es relevante e imperioso entender el conflicto constitucional del presente asunto.

- Que el *a quo* consideró negar las pretensiones en protección de la sostenibilidad fiscal del sistema laboral y en consideración a que el Consejo de Estado, mediante sentencia de Unificación del 29 de abril del año 2019, al verificar el sistema prestacional de los soldados profesionales manifestó que, en protección del principio de sostenibilidad fiscal, solo serán partidas computables para la asignación de retiro las que estén expresamente contempladas en el decreto reglamentario. Al respecto el recurrente considera que dicho argumento lesiona fuertemente el sistema social de derecho toda vez que, si bien es cierto protege los intereses estatales en razón a la sostenibilidad fiscal del sistema, permite que el “supuesto principio” desplace la protección de derechos de carácter fundamental como lo son la igualdad, la familia y la protección del menor y adolescente. La sostenibilidad fiscal no es un principio, se trata de un eje orientador que permite cumplir los fines del estado, más no es un valor, principio o derecho constitucional, por lo cual no es posible su materialización por sí mismo, requiere de complementos que permitan adecuarse a las necesidades de la administración.
- Que existen sentencias del Consejo de Estado donde se analizó un tema similar al caso que nos ocupa, sin embargo, la esencia de esa línea jurisprudencial no es aplicable al caso bajo examen por cuanto: En esos casos se verificó la existencia de un presunto desmejoramiento del personal que, siendo suboficial o agente de la Policía Nacional, se homologó al nivel ejecutivo, es decir, se observó si hubo trasgresión del principio de progresividad de conformidad con la homologación. - Bajo ninguna esfera de la demanda se manifestó que existió un desmejoramiento salarial, por el contrario, los argumentos centrales del libelo poseen su fuente en la trasgresión del principio y derecho constitucional a la igualdad de la familia de mi poderdante.
- Que el fallador en primera instancia manifiesta que el subsidio familiar del nivel ejecutivo no es factor computable en la asignación de retiro del demandante; por lo que es necesario realizar un profundo análisis de la jurisprudencia que rodea la materia. Al respecto trajo a colación varios pronunciamientos de la Corte Constitucional (C-337 de 2011, C-629 de 2011, T-942 de 2014, T- 623 de 2016) y del Consejo de Estado, (Exp: 0686-10 del 08 de junio de 2017; Exp: 3337-14 del 19 de abril de 2018; Exp: 1936-16 del 10 de mayo de

2018), sobre el tema objeto de examen, para concluir que, los oficiales, tanto de las fuerzas militares, como de la policía nacional, perciben una remuneración mayor a los miembros del nivel ejecutivo, y así mismo, se les reconoce un porcentaje mucho más alto por concepto de subsidio familiar, y también se les incluye en la liquidación de sus asignaciones y pensiones, es decir, también existe una incongruencia en la aplicación del subsidio familiar en este aspecto, situación que termina de consolidar el hecho de la desigualdad que se presenta en el reconocimiento de esta especial prima. (fls. 125 – 146, C. 1)

7. Alegatos de conclusión en segunda instancia

7.1. Parte demandante.

Iteró en la aplicación del precedente de la Corte Constitucional (C-337 de 2011, C-629 de 2011, T-942 de 2014, T- 623 de 2016) y del Consejo de Estado, (Exp: 0686-10 del 08 de junio de 2017; Exp: 3337-14 del 19 de abril de 2018; Exp: 1936-16 del 10 de mayo de 2018). Reiteró los argumentos expuestos en primera instancia en torno al entendimiento que debe darse a la figura de la inescindibilidad de la norma, la cual estima es de origen legal y no constitucional; luego entonces, estima que ante el conflicto entre un precepto legal y otros de naturaleza constitucional (derecho a la igualdad, familia e interés del menor) debe darse protección a estos últimos tal y como se encuentra previsto en el artículo 4 de la Carta.

De otro lado, insiste en que la jurisprudencia del Consejo de Estado citada en el fallo materia de apelación, no resulta aplicable a este caso, pues allí se analiza la eventual trasgresión del principio de progresividad en razón al proceso de homologación al nivel ejecutivo que se surtió al interior de la Policía Nacional, sin embargo, lo que se alega en esta instancia no es un desmejoramiento salarial sino puntualmente la trasgresión del principio y derecho constitucional a la igualdad de la familia del demandante. (fls. 7 a 15, C. 1)

7.2. Parte demandada.

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. (fls. 17 – 20, C. 1)

7.3. Concepto del Ministerio Público.

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

II. Consideraciones de la Sala

Al analizar la sentencia de instancia y los argumentos pertinentes de apelación se tiene que, los problemas jurídicos se centran en dilucidar:

¿Le asiste derecho al demandante a que se reliquide su salario incluyendo el subsidio familiar en un porcentaje del 30% del salario básico por su esposa, y 5% por su primer hijo?

1. Fundamento jurídico

1.1. Régimen de asignaciones y prestaciones del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional

El Gobierno Nacional expidió el Decreto 132 del 13 de enero de 1995, por el cual se desarrolló la carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, así:

“Artículo 13. *Podrán ingresar al primer grado del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, los agentes en servicio activo siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos:*

(...)

Parágrafo 1°. Los agentes en servicio activo que no sean bachilleres, tendrán plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente decreto, para acreditar este requisito, o en su defecto, deberán adelantar y aprobar un curso de nivelación académica de acuerdo con reglamentación que expida la Dirección General de la Policía Nacional.

Parágrafo 2°. Los agentes que al momento de ingresar al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, hayan cumplido ocho (8) o más años de servicio activo como tales, ingresarán al grado de Subintendente, sin perjuicio de los requisitos exigidos en los numerales 1°, 2°, y 3° de este artículo.

Artículo 15. *El personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, se someterá al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional.*

Artículo 82. *El ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional.”*

Posteriormente el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1091 de 1995, por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, que en cuanto al subsidio familiar para el personal del nivel ejecutivo señaló:

Artículo 15. *El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, en proporción al número de personas a cargo y de acuerdo a su remuneración mensual, con el fin de disminuir las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia. Esta prestación estará a cargo del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional.*

Parágrafo. El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso. /Destaca la Sala/

Artículo 16. El subsidio familiar se pagará al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo. El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo.

Artículo 17. Darán derecho al subsidio familiar las personas a cargo del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, que a continuación se enumeran:

- a. Los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros menores de doce (12) años.
- b. Los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros mayores de doce (12) años y menores de veintitrés (23) años, que acrediten estar adelantando estudios primarios, secundarios y post-secundarios en establecimientos docentes oficialmente aprobados.
- c. Los hermanos huérfanos de padre menores de dieciocho (18) años.
- d. Los hijos y hermanos huérfanos de padre que sean inválidos o de capacidad física disminuida, que hayan perdido más del 60% de su capacidad normal de trabajo.
- e. Los padres mayores de sesenta (60) años, siempre y cuando no reciban salario, renta o pensión alguna.

Para efecto del pago del subsidio se consideran personas a cargo las enumeradas, cuando convivan y dependan económicamente del personal del nivel ejecutivo y se hallen dentro de las condiciones aquí estipuladas.

Artículo 18. La Junta Directiva del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional reglamentará el reconocimiento y pago del Subsidio Familiar.

Artículo 19. El subsidio familiar dejará de ser percibido por el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, en los siguientes casos:

- a) Por muerte de la persona a cargo;
- b) Por independencia económica;
- c) Por incumplimiento de los requisitos establecidos para su reconocimiento y pago;
- d) Por constitución de familia por vínculo natural o jurídico;
- e) Por cumplir la edad límite.

Artículo 20. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, deberá informar al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional por conducto de la Dirección General de la Policía, los nacimientos o muertes del personal a cargo, el término de la convivencia y cualquier otro hecho que determine modificaciones en la cuantía del subsidio, dentro del mes siguiente en que cualquiera de dichos eventos ocurra.

Artículo 21. En ningún caso habrá lugar al reconocimiento de doble subsidio familiar. Cuando el cónyuge o compañero(a) permanente del miembro del nivel ejecutivo, preste sus servicios en el Ministerio de Defensa o en la Policía Nacional, el subsidio familiar se reconocerá al que perciba mayor sueldo básico: si éste fuere igual, recibirá el subsidio quien acredite mayor tiempo de servicio.

El miembro del nivel ejecutivo cuyo cónyuge o compañero (a) permanente, preste servicio en otra entidad oficial, para tener derecho al subsidio familiar, deberá acreditar que su cónyuge o compañero(a) ha renunciado a dicha

prestación en la entidad donde trabaja, mediante certificación expedida por esta última.

Por otro lado, el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1791 de 2000 “*Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional*” dispuso en los artículos 9 y 10, que los suboficiales y agentes de la Policía Nacional podían ingresar a la escala jerárquica del Nivel Ejecutivo y que, en todo caso, el referido personal estaría sometido al régimen salarial y prestacional establecido para el citado nivel.

Ahora bien, es cierto que los artículos 7 de la Ley 180 de 1995, 82 del Decreto 132 de 1995 y, a su turno, la Ley 923 de 2004 establecieron, cada una en su ámbito, una protección a favor del personal de suboficiales y agentes de la Policía Nacional que decidieron voluntariamente ingresar, a través de homologación, al Nivel Ejecutivo de dicha institución; que las referidas normas prohibieron la discriminación y/o desmejora de las condiciones que venían disfrutando los referidos suboficiales y agentes antes de hacer parte del Nivel Ejecutivo, esto con el fin de evitar la afectación o variación de sus condiciones laborales; y que, incluso, a través de la sentencia de 12 de abril de 2012, proferida por el Consejo de Estado, se declaró la nulidad del párrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 en cuanto incrementaba los requisitos, referido concretamente al tiempo de servicio, para que el personal del Nivel Ejecutivo que venía vinculado a la Policía Nacional, con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida norma, obtuviera el reconocimiento de una asignación de retiro.¹

1.2. Derecho a la igualdad entre miembros del nivel ejecutivo y oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional

El Consejo de Estado, en sentencia del 25 de noviembre de 2019², refiriéndose a la nulidad propuesta contra algunos artículos de los decretos reglamentarios 1029 de 1994, 1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1858 de 2012, referentes entre otros al subsidio familiar, señaló:

106. Ahora bien, al estudiar el régimen prestacional de los Oficiales, Suboficiales, Agentes frente al personal ejecutivo de la Policía Nacional, encuentra la Sala que sus miembros no se les reconocen los mismos emolumentos. Sobre el particular, se tiene:

DECRETO 1212 DE 1990	DECRETO 1213 DE 1990	DECRETO 1091 DE 1995
... SUBSIDIO FAMILIAR		

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Bogotá, D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 25000-23-42-000-2013-04582-01(1667-14)

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. sentencia de 25 de noviembre de 2019, expedientes: 110010325000201400186-00 (0444-2014) y 110010325000201401554-00 (5008-2014).

<p>Art. 82 "A partir de la vigencia del presente Decreto los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así: a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo. b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. Del presente artículo. c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%)."</p>	<p>Art. 46 "A partir de la vigencia del presente Decreto, los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así: a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo. b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. del presente artículo. c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%). (...)"</p>	<p>Art. 16 "Pago en dinero del subsidio familiar. "El subsidio familiar se pagará al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo. El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo."</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

107. Del cuadro comparativo expuesto, observa la Sala lo siguiente:

...

- **Los decretos que regulan a los Oficiales, Suboficiales y Agentes señalan la forma de liquidar el subsidio familiar, sobre el sueldo básico. Mientras que para los miembros del Nivel Ejecutivo se indica que será el Gobierno Nacional quien determinará la cuantía del subsidio.**

108. En este sentir, se tiene que esta Corporación ha sostenido en reiteradas oportunidades,³ que si bien el régimen del Nivel Ejecutivo no contempla el pago de las primas de actividad y antigüedad, ni del subsidio familiar con carácter salarial, no se generó una desmejora de las condiciones laborales de los agentes y suboficiales que se acogieron a la homologación. Es así como, en sentencia de 15 de marzo de 2018,⁴ esta Subsección señaló:

«En efecto, si bien en el régimen salarial y prestacional del Nivel Ejecutivo no se contemplaron las primas de actividad y antigüedad, entre otras, y el monto del subsidio familiar fue reducido; no obstante, ello, de por sí, no implica que el régimen al que se acogió le haya sido desfavorable, pues la comparación entre uno y otro no se puede hacer en forma

³ Ver sentencias Subsección A, sentencia de 3 de marzo de 2016, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero; radicación: 25000-23-42-000-2013-00067-01(3546-13); Subsección A, sentencia de 19 de mayo de 2016, M.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación 25000-23-25-000-2012-00108-01(3396-14); Subsección A, sentencia de 17 de noviembre de 2016, M.P. William Hernández Gómez, radicación: 25000-23-42-000-2013-05603-01(2296-14); Subsección A, sentencia de 15 de febrero de 2018, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 17001233300020130008101 (4370-2013); Subsección A, sentencia de 7 de marzo de 2018, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 08001233300020140146501 (0221-2017).

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Expediente: 630012333000201300121 01 (0387-2015); Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

aislada ni fraccionada respecto de cada uno de los factores prestacionales, bonificaciones o auxilios, sino que es necesario verificar la existencia de una desmejora en la generalidad de componentes que integran su remuneración, dentro de la cual está incluida la asignación básica mensual que fue el principal elemento diferencial entre uno y otro régimen, y el motivo por el cual los agentes y suboficiales de la Institución se acogieron a la homologación.

En otras palabras, este desmejoramiento no puede mirarse aisladamente o factor por factor, pues ello permitiría la posibilidad de crear, sin competencia para el efecto, un tercer régimen, compuesto por aquellos elementos más favorables de cada uno de las normativas en estudio (en este caso, el de los Suboficiales - Decreto 1212 de 1990, por un lado; y, el del Nivel Ejecutivo - Decreto 1091 de 1995, por el otro).

Además en virtud del principio de inescindibilidad, la favorabilidad del Nivel Ejecutivo a la que se acogió libremente el demandante debe aplicarse en su integridad, pues es posible que en la nueva normativa (Decreto 1091 de 1995) existan ventajas no estipuladas mientras ostentó la condición de Suboficial y que, a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual su condición de integrante del Nivel Ejecutivo le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales.

...

“110. De acuerdo con lo expuesto, se concluye que no se presentó una «regresión» en materia laboral respecto de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, toda vez que desde su creación, cuenta con un régimen salarial y prestacional propio. En tal medida no se da un desconocimiento de los principios de favorabilidad, condición más beneficiosa y progresividad, pues atendiendo al principio de inescindibilidad, no podía el Gobierno Nacional tomar los aspectos favorables de cada régimen para su creación. Ello cobra especial importancia respecto del personal homologado, quienes pese a que recibían unos emolumentos que al cambiarse de grado desaparecieron o cambiaron su carácter salarial, mejoraron sus condiciones salariales en atención a otras ventajas que se le otorgaron al nivel ejecutivo, y por las cuales decidieron unirse a este.” (Se resalta)

2. Caso concreto.

De conformidad con el acervo probatorio allegado al proceso se puede establecer que el demandante ha prestado sus servicios a la Policía Nacional como alumno del nivel ejecutivo desde el 06 de febrero de 1995 y como patrullero en el nivel ejecutivo desde el 01 de febrero de 1996 hasta el 18 de abril de 2018. Que contrajo nupcias con la señora Liliana Narváz Martínez el 27 de septiembre de 2002 y procreó a Juan José Ordóñez Narváz, nacido el 25 de mayo de 2001.

Está acreditado que el actor pertenece al nivel ejecutivo de la Policía Nacional y por lo tanto la normatividad aplicable - en lo que al subsidio familiar respecta -, es la dispuesta en los artículos 15 y siguientes del Decreto 1091 de 1995, en donde se encuentra expresamente señalado que dicho subsidio no es salario ni se computa como factor del mismo en ningún caso; así mismo, se indica en qué casos se causa el derecho a percibir ese emolumento,

sin que la existencia de cónyuge o compañero permanente sea una de las causales para su pago.

Se encuentra acreditado además que, el actor recibió en abril de 2018, el pago por concepto de subsidio familiar nivel ejecutivo por valor de \$62.638, valor que se encuentra en consonancia con el artículo 16 del decreto ibidem, que señala que “*El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo*”, y con el artículo 28 del Decreto 324 de 2018, mediante el cual se fijan los sueldos básicos del personal del nivel ejecutivo y que señala la suma de \$31.319, por persona a cargo, para ese año⁵.

Por lo tanto, se colige que, la prestación reclamada está siendo reconocida conforme a la normatividad aplicable, la cual no contempla el reconocimiento del subsidio familiar como parte del salario, en los porcentajes y por las razones solicitadas por el demandante.

Téngase en cuenta que el Consejo de Estado reiteradamente ha sostenido que no existe vulneración al derecho a la igualdad entre el régimen salarial y prestacional de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, analizado en su integridad, frente al que cobija a los suboficiales y agentes de la institución, en particular, porque la asignación salarial les resultó favorable. En efecto precisó que⁶:

“Contrario a lo afirmado por el interesado, lo que se observa es que el Ejecutivo no lesionó el mandato de no regresividad, pues de la comparación global entre el antiguo y nuevo régimen es evidente que el Decreto No. 1091 de 1995 le reporta nuevos beneficios que compensan los que le fueron suprimidos, tales como la prima de retorno a la experiencia y la prima del nivel ejecutivo; y, tampoco se allegó prueba dentro del expediente por parte del actor tendiente a probar la desmejora de su situación salarial y prestacional, por el contrario, se advierte un aumento significativo en el salario básico.

Tampoco se evidencia una discriminación del actor, toda vez que la aplicación del Decreto 1091 de 1995 deviene de su situación legal y reglamentaria de servicio público con vinculación en el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

Por último, como se dejó expuesto en el marco normativo y jurisprudencial, la Sala⁷ ya se había pronunciado sobre el presunto desmejoramiento de la situación salarial y prestacional del personal activo que ingresó al Nivel Ejecutivo. En aquella oportunidad, sostuvo la Sala:

“El citado desmejoramiento, no obstante, no puede mirarse aisladamente o, dicho de otra forma, factor por factor, pues ello permitiría la posibilidad de crear, sin competencia para el efecto, un tercer régimen, compuesto por aquellos elementos más favorables de cada uno de los regímenes en estudio [en este caso, el de Agentes - Decreto 1213 de 1990, por un lado; y, el del

⁵ Es de aclarar que en el expediente no se encuentra acreditado en razón a quien (madre, segundo hijo o hermano) se generan los otros \$31.319 que hacen parte del valor total reconocido por concepto de subsidio familiar en favor del aquí demandante.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 9 de febrero de 2015, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación número: 17001-23-33-000-2012-00152-01(2987-13).

⁷ Cita de cita: Sentencia de 31 de enero de 2013. NI. 0768-12.

Nivel Ejecutivo - Decreto 1091 de 1995, por el otro]. Por el contrario, y en virtud del principio de inescindibilidad [ampliamente delineado por la jurisprudencia laboral contenciosa], la favorabilidad del Nivel ejecutivo al que se acogió libremente el interesado debe observarse en su integridad, pues es posible que en la nueva normativa aplicable [la contenida en el Decreto 1091 de 1995] existan ventajas no estipuladas mientras ostentó la condición de Agente y que, a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual, en su conjunto, su condición de integrante de Nivel Ejecutivo le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales”.

Además se ha precisado que, la disparidad existente en dichos regímenes tiene origen, entre otras cosas, en el nivel de requisitos y responsabilidades de cada uno de esos cargos. Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia del 22 de abril de 2021⁸ precisó que:

“...la interpretación jurisprudencial vigente consiste en que dicha disparidad no comporta, per se, una discriminación, puesto que ello tiene origen, entre otras cosas, en el nivel de requisitos y responsabilidades de cada uno de esos cargos, tal como se aclaró en la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019 proferida por la Sección Segunda de esta corporación, providencia que, si bien se ocupó de analizar dicha temática en relación con los soldados profesionales, guarda estrecha similitud con el asunto bajo examen en cuanto a sus supuestos fácticos y jurídicos y, por tanto, en criterio de las autoridades judiciales, es plenamente aplicable.

...

Así las cosas, esta Sala considera que las providencias cuestionadas contienen una carga argumentativa suficiente y razonable que condujo a negar las pretensiones de la demanda instaurada por el señor HIGINIO AVILEZ GUTIÉRREZ encaminada a que se inaplicaran, por excepción de inconstitucionalidad, las normas que excluyeron el subsidio familiar como partida computable para el reconocimiento de su asignación de retiro, pues ambas autoridades hicieron referencia a las diferentes posiciones jurisprudenciales que se han suscitado en torno al tema y las razones por las cuales consideraron aplicable la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, en la que, se repite, se descartó una violación de principios y derechos constitucionales con ocasión de dicha diferenciación, con lo que se encuentra acreditada la carga de transparencia”. (Se resalta)

Unido a lo anterior, en aplicación del principio de inescindibilidad, el demandante no se puede favorecer de las ventajas de uno y otro régimen, máxime cuando la decisión de acogerse al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, surgió en forma libre y espontánea, y ello conlleva la aceptación de las normas que fijaban los salarios y prestaciones sociales del régimen salarial que se fijó para el personal del nivel ejecutivo.

Además, ante regímenes tan disímiles, como son, el nivel ejecutivo y el de los Oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, no es procedente continuar con el estudio de las demás etapas del test de igualdad, ya que para la prosperidad de un juicio de igualdad se precisa la existencia de supuestos o situaciones que objetiva, material y funcionalmente

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda. C.P. Gabriel Valbuena Hernández, sentencia de tutela de 22 de abril de 2021. expediente: 11001-03-15-000-2020-05145-01(AC)

sean equiparables, a fin de establecer qué es lo igual que merece un trato igual. Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia del 18 de marzo de 2021⁹ precisó que:

“76. Nótese además que, la conclusión a la que llegó la autoridad judicial demandada resulta proporcional, razonable y adecuada, pues afirmó, que los regímenes especiales son inescindibles por lo que no es dable pretender la aplicación y beneficio de todas las normas que rigen los diferentes niveles al interior de la Policía Nacional, además el estatuto de carrera consagra que el personal del Nivel Ejecutivo, está en una categoría inferior a la de los Suboficiales, por lo que es lógico que tengan un régimen salarial más benéfico que quienes se encuentran en el grado inmediatamente inferior.

77. De manera que, ante regímenes tan disímiles (del nivel ejecutivo y demás miembros de la fuerza pública) no era procedente continuar con el estudio de las demás etapas del test de igualdad, como lo advirtió la Corporación acusada, ya que para la prosperidad de un juicio de igualdad se precisa la existencia de supuestos o situaciones que objetiva, material y funcionalmente sean equiparables, a fin de establecer “qué es lo igual que merece un trato igual y qué es lo divergente que exige, por consiguiente, un trato diferenciado”.

78. Lo anterior permite concluir que los defectos sustantivo y desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional invocados por la señora Ahumada Marciales, no están llamados a prosperar y, en consecuencia, la Sala negará la tutela deprecada”. (Se resalta)

Por la misma razón, esto es, que ese trato diferenciado entre los integrantes y sus familias del nivel ejecutivo por un lado, y los oficiales, suboficiales y agentes y sus familias de la Policía Nacional por el otro, está justificado en las funciones y responsabilidad que se asumen en el desarrollo de las actividades, tampoco se evidencia la vulneración de las garantías superiores a la igualdad y la familia invocadas por el demandante. Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia del 5 de febrero de 2021¹⁰ precisó que:

“Así las cosas, aunque el subsidio familiar no repercute en la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, como sí sucede en las reconocidas a los agentes, suboficiales y oficiales de la fuerza pública, ello no involucra trasgresión de las garantías superiores a la igualdad y la familia, por cuanto ese trato diferenciado está justificado en las funciones y responsabilidad que asumen.

Por consiguiente, los señores magistrados al no aplicar la excepción de inconstitucional no inobservaron la Carta Política, porque, se reitera, el trato prestacional disímil entre el personal del nivel ejecutivo y los agentes, suboficiales y oficiales de la Policía Nacional, en lo concerniente a la inclusión del subsidio familiar en sus asignaciones de retiro, resulta razonable, por lo que tampoco se configuró la violación directa de la Constitución Política.

A partir de los anteriores prolegómenos y comoquiera que la sentencia cuestionada no adolece de desconocimiento del precedente ni de violación

⁹ Consejo de Estado, Sección Quinta. C.P. Rocío Araújo Oñate, sentencia de tutela de 18 de marzo de 2021. expediente: 11001-03-15-000-2021-00004-00(AC)

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección B. C.P.: Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia de tutela de 5 de febrero de 2021. Radicación número: 11001-03-15-000-2020-05145-00(AC)

directa de la Constitución, esta Sala negará el amparo deprecado". (Se resalta)

Conclusión

Al demandante no le asiste derecho a que se reliquide su salario incluyendo el subsidio familiar por concepto de su cónyuge en un porcentaje del 30% y por concepto de su primer hijo en un porcentaje del 5%, por cuanto el reconocimiento del subsidio familiar se ha efectuado de conformidad con los artículos 15 y siguientes del Decreto 1091 de 1995.

Además, no existe vulneración del derecho a la igualdad del demandante y de su familia, como miembro de la Policía Nacional del nivel ejecutivo, en comparación con los suboficiales y oficiales de esa institución en lo relacionado con el reconocimiento y pago del subsidio familiar.

Por lo tanto, no es procedente inaplicar en el caso concreto el artículo 28 del Decreto 673 del año 2008; artículo 27 del Decreto 737 del año 2009; artículo 27 del Decreto 1530 del año 2010; artículo 27 del Decreto 1050 del año 2011; artículo 27 del Decreto 842 del año 2012; artículo 27 del Decreto 1017 del año 2013; artículo 27 del Decreto 187 del año 2014; artículo 27 del Decreto 1028 del año 2015; artículo 27 del Decreto 214 del año 2016; artículo 27 del Decreto 984 del año 2017; artículo 28 del Decreto 324 del año 2018, que fijan anualmente el valor del subsidio familiar para el "*... Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional...*".

Por las razones expuestas, no prosperan los argumentos señalados por el apelante y en consecuencia se confirmará la sentencia de primera instancia

3. Costas en segunda instancia.

No hay condena en costas en esta instancia porque la demanda no careció de fundamento razonable en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala 2ª. Oral de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia del 29 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que **negó** las súplicas de la demanda dentro

del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Fernando William Ordóñez Hernández contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

Segundo: Sin condena en costas.

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

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen y **háganse** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

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

Notifíquese y cúmplase

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

A. de Sustanciación: 76-2022
Asunto: Segunda instancia
Medio control: Nulidad y Restablecimiento
. Radicación: 17-001-33-33-008-2019-00325-02
Demandante: Melva Salazar Alzate
Demandado: FPSM

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, primero (1) de abril de dos mil veintidós (2022).

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 16 de noviembre de 2021. La anterior providencia fue notificada a las partes el día 17 del mismo mes y año.

La parte **demandante** presentó recurso de apelación el 19 de noviembre de 2021, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

Notifíquese y Cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Dohor Edwin Varón Vivas', written over a horizontal line.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 091

Manizales, primero (1) de abril de dos mil veintidós (2022)

Proceso No. 17-001-33-39-008-2019-00335-02
Clase: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Francisco Javier Marulanda Ospina
Accionado: Nación - Ministerio De Educación – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – FNPSM y departamento de Caldas

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia mediante la cual se negó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita se declare la nulidad de la Resolución 9314-6 del 28 de noviembre de 2017 emitida por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM. En consecuencia se ordene a las demandadas: aplicar el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; reintegrar el monto los porcentajes descontados en exceso y reajustar las mesadas anuales con base en el artículo 1º de la ley 71 de 1988, es decir en porcentaje igual al aumento del salario mínimo legal mensual y de manera retroactiva al año en que se consolidó el derecho; se ordene la indexación de los valores a reintegrar, al pago de los intereses y costas del proceso.

Subsidiariamente solicitó se ordene el reintegro de los valores descontados de las mesadas de junio y diciembre correspondientes al 12% de la mesada pensional de manera retroactiva, indexada y con intereses y se ordene cesar los descuentos de las mesadas de junio y diciembre con destino al sistema de salud.

1.2. Sustento fáctico relevante

En síntesis expresa que, en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación, las demandadas dispusieron efectuar descuentos con destino al sistema de salud,

equivalentes al 12%, los cuales vienen siendo descontados no solo de las mesadas ordinarias, sino de las adicionales (de junio y diciembre, esta última que se cancela en noviembre de cada año); que además se consagró que la pensión sería reajustada anualmente conforme al artículo 1º de la ley 71 de 1988, no obstante la mesada se ha venido incrementando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Que solicitó al FNPSM la aplicación de descuentos sólo del 5% y la devolución de los aportes pagados en exceso, así como el reajuste conforme a la Ley 71 de 1988, petición que fue negada a través de la Resolución demandada.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas entre otras, la Ley 71/88; Ley 91/89; Ley 100/93; Ley 812/03; Ley 797/03; Ley 1151/07. Consideró que, los docentes afiliados al FNPSM no se hallan obligados a pagar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (también llamadas mesadas 13 y 14); además el FNPSM en ocasiones inaplica las normas en mención mientras que en otros casos las aplica de manera indebida, contrariando su verdadero alcance y la hermenéutica jurisprudencial.

Añade que, se aplica indebidamente el artículo 81 de la Ley 812 de 2013 en lo referente a la tasa de cotización para servicios de salud, pues debe ser del 5% conforme el artículo 8 de la ley 91 de 1989 que es norma especial. En virtud del principio de inescindibilidad de la ley, no se pueden aplicar concomitantemente dos regímenes y por ello se equivoca la demandada a la aplicar a los docentes la ley 100 de 1993.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se opuso a las pretensiones de la parte demandante. Citó como sustento las Leyes 91 de 1989, 100 de 1993, 797 de 2003 y 812 de 2003. Afirmó que no debe ordenarse el reajuste en favor de un pensionado con base en el mecanismo consagrado en la Ley 71 de 1988, pasando por alto la modificación de la Ley 100 de 1993, toda vez que este beneficio sólo aplicó para aquellos pensionados que adquirieron su estatus antes de la vigencia de esta última ley.

Propuso las excepciones de mérito *“inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido”* y *“prescripción”*.

Departamento de Caldas se opuso a las pretensiones de la parte demandante. Señaló que estas carecen de fundamento legal, de conformidad con lo prescrito en la Ley 812 de 2003. Que al hacer un estudio de las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 y el artículo 1 de la Ley 1150 de 2008, se concluye que el pensionado tiene la obligación de cancelar un aporte en salud del 12%. Trajo a colación providencia del Consejo de Estado del 19 de mayo de 2005, Consejero Ponente Alberto Arango Mantilla, radicado 11001-03-25-000-2002-00162-01 (3165-02).

Propuso las excepciones de “*falta de legitimación en la causa por pasiva*”, “*inaplicabilidad de las normas que regulan los descuentos en salud régimen docente e inexistencia del derecho reclamado*”, “*buena fe*” y “*prescripción*”.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* negó las pretensiones de la parte demandante; para ello señaló que este es beneficiario del régimen especial docente, puesto que se vinculó al servicio del Magisterio antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y por ende está excluida del régimen de prima media. Por ende, le asiste razón a la demandada al negar el incremento de las mesadas pensionales del demandante de forma distinta a la ordenada en la primera parte del artículo 14 de la ley 100 de 1993, máxime que la mesada pensional que le fue reconocida y que devenga, es muy superior al salario mínimo mensual legal vigente. Es más el propio acto de reconocimiento pensional remite en la parte motiva a efectos del reajuste a la Ley 71 de 1988 norma que como se dijo, fue derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Que, así mismo, le es aplicable el descuento del 12% no sólo sobre las mesadas ordinarias sino sobre las mesadas adicionales como aportes para el servicio de salud, en acatamiento de las previsiones contenidas en el numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989. Esto es, dada la sujeción de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la ley 100 en materia de descuentos para salud y siendo dicho descuento aplicable a cada una de las mesadas recibidas por el titular con destino a la salud, no es procedente ordenar la devolución buscada.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; precisó inicialmente sobre la *indebida aplicación del precedente jurisprudencial*, por parte del *a quo*, toda vez que no corresponde a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones en relación con el convocado; por tanto la providencia carece de los presupuestos procesales previstos en los artículos 162, 187 de la Ley 1437 de 2011, como quiera que “... *el objeto real del litigio fue determinar la fórmula aplicable para el incremento del debate corresponde al incremento de la pensión de jubilación de los docentes dentro del régimen exceptuado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 1º de la Ley 238 de 1995... sino determinar la fórmula de incremento más favorable dentro del régimen exceptuado conforme a la posibilidad otorgadas por el artículo 1º de la Ley 238 de 1995*”.

Se refirió a los alcances de la Ley 238 de 1995, en el sentido que no pretendió modificar el sistema actualizado pensional de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; toda vez, que la disposición busca recuperar el poder adquisitivo de las pensiones y en el caso de los docentes se mantuviera, aplicando el régimen especial.

Aludió a los reajustes prestacionales aplicados a los miembros de la Fuerza Pública, afiliados a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional; y con apoyo en los pronunciamientos jurisprudenciales, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, precisó, que este sector, como los docentes del Magisterio, son exceptuados de la Ley 100 de 1993; pero en caso, de

ser el régimen general más beneficioso se le puede aplicar la Ley 238 de 1995, bajo el principio de favorabilidad.

Afirmó que por disposición normativa contenida en el acto legislativo 01 de 2005, los docentes afiliados hasta la expedición de la Ley 812 de 2003, se encontraban bajo la disposición contenida en la Ley 33 de 1985; y conservando los beneficios del exceptuado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Solicitó que, al no encontrarse los beneficios otorgados en el régimen general de pensiones, resulta ilegal para las pensiones otorgadas dentro del régimen exceptuado docente, la aplicación de la fórmula del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; por tanto, se debe declarar la nulidad del acto demandado otorgando un incremento pensional conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988, mismo que no figura dentro de las derogatorias expresas del artículo 289.

Respecto de los aportes en salud citó apartes de las sentencias T-348 de 1997; C-956 de 2001 y C-980 de 2002, según las cuales en caso de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el FNPSM el descuento de la cotización del 5% para la salud se hace sobre cada mesada pensional incluida las adicionales; en el caso de docentes vinculados a partir del 27 de junio de 2003 que se encuentra en pensionados por el referido fondo, la cotización del 12% para salud se descuenta de la respectiva mesada pensional mensual y no de las mesadas adicionales.

5. Pronunciamiento no recurrentes

La Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y solicitó confirmar el fallo, atendiendo que la entidad ha actuado de buena fe y ha cumplido con lo preceptuado por el ordenamiento jurídico.

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 de 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 si:

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

¿Le asiste derecho a la parte actora a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso?

3. Primer problema jurídico

Tesis del Tribunal: La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones; con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el Dane para el año inmediatamente anterior.

Para fundamentar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) hechos probados; ii) régimen general de seguridad social; iii) ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; y iv) el análisis del caso concreto.

3.1. Lo probado

- Mediante Resolución 2481 del 15 de mayo de 2012 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor del demandante. (Fl. 43-44 C. 1)
- La demandante mediante escrito radicado el 20 de noviembre de 2017 ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestación Social del Magisterio, solicitó se reajuste la pensión de jubilación, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al IPC y que se realicen los descuentos de salud en porcentaje del 5% de la mesada pensional sobre las mesadas ordinarias y adicionales conforme a la Ley 71 de 1989 y la devolución de los cobros en exceso. (Fl. 34-41 C. 1)
- A través de la Resolución 9314-6 del 28 de noviembre de 2017, la demandada denegó el ajuste deprecado. (Fl. 45-46 C. 1)

3.2. Régimen general de seguridad social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con

sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, servicio prestado por entidades públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional, establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadora de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Por su parte, el artículo 11 Ibidem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003; prevé su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes”.

3.3. Ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones

El artículo 1 de la Ley 4 de 1976², determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988³ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían

² Ley 4 de 1989, “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”

³ Ley 71 de 1988 por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras

reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1º lo siguiente: *“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”*.

Del recuento normativo citado se concluye que, por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976, se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

A su turno la Ley 100 de 1993, en el artículo 289, indicó en relación con las vigencias y derogatorias lo siguiente: *“La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y **deroga** todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2º. de la Ley 4ª de 1966, el artículo 5º de la Ley 33 de 1985, **el párrafo del art. 7º de la Ley 71 de 1988**, los artículos 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen”*.

O sea que, al derogarse el párrafo 7 de la Ley 71 de 1988, se derogó la norma que disponía un régimen de reconocimiento pensional para las personas que tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, y continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

Además, este párrafo de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional Sentencia C-012 de 1994.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados a dicho régimen quedando contemplado, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, y señaló que estas excepciones no implican negación de los beneficios y derechos determinados en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra el reajuste anual de las pensiones en el IPC:

“ARTÍCULO 279. Excepciones. 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 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.

(...)

PARÁGRAFO 4º Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados. (Se resalta)

Concerniente al reajuste de las pensiones el Régimen General de Pensiones previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, precisó:

“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incrementa dicho salario por el Gobierno.

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁴, en la que señaló:

*“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. **En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.***

...

“Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

....

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos

⁴ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; Exp. D-529.

valores no han sido constantes, y no podían serlo, porque su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

“Veamos el comportamiento de la tasa de inflación y el porcentaje de incremento del salario mínimo, durante los últimos diez años:

“Año	Inflación	Salario mínimo
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%”

“Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2º), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada”.

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo solo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensionados que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; a su vez, que la determinación del índice de precios al consumidor para los demás pensionados para establecer el incremento pensional, se ajusta a factores circunstancias económicas y políticas.

De otro lado, la Ley 238 de 1995 dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; al respecto señaló:

“ARTÍCULO 1º Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:

*“Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los **beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados**”.*

Si bien, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, dispuso las excepciones de su aplicación al personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, posteriormente la Ley 238 de 1995, integró a este sector en la aplicación del reajuste pensional contemplado en el Régimen General de Pensiones.

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado⁵, en providencia del 17 de agosto del 2017, en pronunciamiento dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994; expuso **que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993** derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988:

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

« [...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 Ibidem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994.[...]

*En esas condiciones, **no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al***

⁵ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección A- Consejero Ponente: William Hernández Gómez - 17 de agosto de 2017 –Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

Conclusión: Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales.

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella”

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae que, si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir que, en cuanto al incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, dicha norma quedó derogada por ésta última, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

Referente a los motivos que alega el libelista, de aplicar artículo 1 de la Ley 71 de 1988, en armonía con el principio de favorabilidad, al ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos por la Corte Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad se demanda la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; concerniente al reajuste de pensiones, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

“Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la garantía de la seguridad social” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método más favorable al pensionado”. Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado

es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”, como si este fuese expresamente el mandato constitucional.

(...)

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementarían en el mismo porcentaje que ese salario, “con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna”.

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”.

Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.

(...)

*Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio **margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles.***

3.4. Conclusión

Conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados se tiene que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigor, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 Ibidem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el Dane para el año inmediatamente anterior.

En ese orden de ideas, no le asiste razón a la parte accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, y no conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

4. Segundo problema jurídico *¿Le asiste derecho a la parte actora a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso?*

Tesis del Tribunal: A la parte demandante no le asiste derecho a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso, toda vez que, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

Además, los descuentos sobre mesadas adicionales se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por *'El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados'*, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria.

4.1. Descuentos con destino al sistema de salud

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el

mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

En relación con los pensionados, la Ley 100 de 1993 los cataloga como afiliados con capacidad de pago, por lo que se encuentran en el régimen contributivo del sistema de salud (art. 175, lit. A, núm. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigor de la norma, tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional⁶ expresó:

“(…) Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en la sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

“(…) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

En conclusión, todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución...”. (Resalta el Tribunal).

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso: “A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión”.

⁶ Sentencia T-835 de 2014.

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se haya constituida, entre otros, por '*El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados*'.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales 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.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones” (Subraya el Tribunal).

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio: “(...) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado” (Se resalta).

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

(i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser 'del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el

cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.

(ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que ‘*La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.*

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM, así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado⁷, que en reciente oportunidad puntualizó:

“Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)

(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	<i>5%</i>
<i>Ley 812 de 2003, Artículo 8, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...)”. (Se subraya)

⁷ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, 10 de mayo de 2018 -Radicación: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010.

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social – *entre ellos los pensionados*- el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes destinados a generar su viabilidad financiera. Así mismo, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

Finalmente, en lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por *'El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados'*, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 –*régimen especial para los docentes afiliados al FNPSM*- sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no conlleva la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado⁹ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

"(...) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo." (Se subraya).

⁹ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

4.2. Análisis del caso concreto

Mediante Resolución 2481 del 15 de mayo de 2012 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor del demandante, efectiva a partir del 3 de enero de 2012. El demandante solicitó la aplicación de descuentos sólo del 5% y la devolución de los aportes pagados en exceso. A través de la Resolución 9314-6 del 28 de noviembre de 2017, emitida por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del FNPSM denegó lo solicitado.

De acuerdo con lo expuesto, el acto administrativo demandado se ajusta a la legalidad, en tanto dispone realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas pensionales, incluidas las adicionales, de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

4.3. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso y en tal sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

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

5. 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. Además que no se advierte una manifiesta carencia de fundamento legal de las pretensiones de la parte demandante.

Por lo discurrido, 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: CONFÍRMASE la sentencia del 17 de noviembre de 2021 emanada del Juzgado Octavo Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por Francisco Javier Marulanda Ospina dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación-Ministerio De Educación-FNPSM y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia.

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

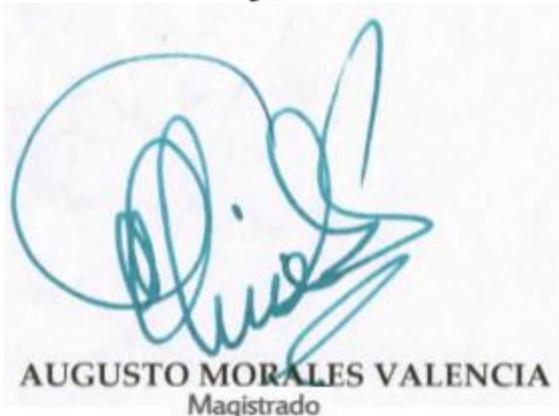
CUARTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 21 de 2022.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
(AUSENTE CON PERMISO)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 090

Manizales, primero (1) de abril de dos mil veintidós (2022)

Proceso No. 17-001-33-33-004-2019-00526-02
Clase: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: María Oliva Sabogal De Ojeda
Accionado: Nación - Ministerio De Educación – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – FNPSM y departamento de Caldas

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia mediante la cual se negó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita se declare la nulidad de la Resolución 9513-6 del 5 de diciembre de 2017 emitida por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM. En consecuencia se ordene a las demandadas: aplicar el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; reintegrar el monto los porcentajes descontados en exceso y reajustar las mesadas anuales con base en el artículo 1º de la ley 71 de 1988, es decir en porcentaje igual al aumento del salario mínimo legal mensual y de manera retroactiva al año en que se consolidó el derecho; se ordene la indexación de los valores a reintegrar, al pago de los intereses y costas del proceso.

Subsidiariamente solicitó se ordene el reintegro de los valores descontados de las mesadas de junio y diciembre correspondientes al 12% de la mesada pensional de manera retroactiva, indexada y con intereses y se ordene cesar los descuentos de las mesadas de junio y diciembre con destino al sistema de salud.

1.2. Sustento fáctico relevante

En síntesis expresa que, en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación, las demandadas dispusieron efectuar descuentos con destino al sistema de salud, equivalentes al 12%, los cuales vienen siendo descontados no solo de las mesadas ordinarias, sino de las adicionales (de junio y diciembre, esta última que se cancela en noviembre de cada año); que además se consagró que la pensión sería reajustada anualmente conforme al artículo 1º de la ley 71 de 1988, no obstante la mesada se ha venido incrementando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Que solicitó al FNPSM la aplicación de descuentos sólo del 5% y la devolución de los aportes pagados en exceso, así como el reajuste conforme a la Ley 71 de 1988, petición que fue negada a través de la Resolución demandada.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas entre otras, la Ley 71/88; Ley 91/89; Ley 100/93; Ley 812/03; Ley 797/03; Ley 1151/07. Consideró que, los docentes afiliados al FNPSM no se hallan obligados a pagar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (también llamadas mesadas 13 y 14); además el FNPSM en ocasiones inaplica las normas en mención mientras que en otros casos las aplica de manera indebida, contrariando su verdadero alcance y la hermenéutica jurisprudencial.

Añade que, se aplica indebidamente el artículo 81 de la Ley 812 de 2013 en lo referente a la tasa de cotización para servicios de salud, pues debe ser del 5% conforme el artículo 8 de la ley 91 de 1989 que es norma especial. En virtud del principio de inescindibilidad de la ley, no se pueden aplicar concomitantemente dos regímenes y por ello se equivoca la demandada a la aplicar a los docentes la ley 100 de 1993.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se opuso a las pretensiones de la parte demandante. Citó como sustento las Leyes 91 de 1989, 100 de 1993, 797 de 2003 y 812 de 2003. Afirmó que no debe ordenarse el reajuste en favor de un pensionado con base en el mecanismo consagrado en la Ley 71 de 1988, pasando por alto la modificación de la Ley 100 de 1993, toda vez que este beneficio sólo aplicó para aquellos pensionados que adquirieron su estatus antes de la vigencia de esta última ley.

Propuso las excepciones de mérito *“inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido”* y *“prescripción”*.

Departamento de Caldas no contestó la demanda.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* negó las pretensiones de la parte demandante; para ello señaló que este es beneficiario del régimen especial docente, puesto que se vinculó al servicio del Magisterio antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y por ende está excluida del régimen de prima media. Por ende, le asiste razón a la demandada al negar el incremento de las mesadas pensionales del demandante de forma distinta a la ordenada en la primera parte del artículo 14 de la ley 100 de 1993, máxime que la mesada pensional que le fue reconocida y que devenga, es muy superior al salario mínimo mensual legal vigente. Es más el propio acto de reconocimiento pensional remite en la parte motiva a efectos del reajuste a la Ley 71 de 1988 norma que como se dijo, fue derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Que, así mismo, le es aplicable el descuento del 12% no sólo sobre las mesadas ordinarias sino sobre las mesadas adicionales como aportes para el servicio de salud, en acatamiento de las previsiones contenidas en el numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989. Esto es, dada la sujeción de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la ley 100 en materia de descuentos para salud y siendo dicho descuento aplicable a cada una de las mesadas recibidas por el titular con destino a la salud, no es procedente ordenar la devolución buscada.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y acceder a sus pretensiones; precisó inicialmente sobre la *indebida aplicación del precedente jurisprudencial*, por parte del *a quo*, toda vez que no corresponde a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones en relación con el convocado; por tanto la providencia carece de los presupuestos procesales previstos en los artículos 162, 187 de la Ley 1437 de 2011, como quiera que “... *el objeto real del litigio fue determinar la fórmula aplicable para el incremento del debate corresponde al incremento de la pensión de jubilación de los docentes dentro del régimen exceptuado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 1º de la Ley 238 de 1995... sino determinar la fórmula de incremento más favorable dentro del régimen exceptuado conforme a la posibilidad otorgadas por el artículo 1º de la Ley 238 de 1995*”.

Se refirió a los alcances de la Ley 238 de 1995, en el sentido que no pretendió modificar el sistema actualizado pensional de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; toda vez, que la disposición busca recuperar el poder adquisitivo de las pensiones y en el caso de los docentes se mantuviera, aplicando el régimen especial.

Aludió a los reajustes prestacionales aplicados a los miembros de la Fuerza Pública, afiliados a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional; y con apoyo en los pronunciamientos jurisprudenciales, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, precisó, que este sector, como los docentes del Magisterio, son exceptuados de la Ley 100 de 1993; pero en caso, de ser el régimen general más beneficioso se le puede aplicar la Ley 238 de 1995, bajo el principio de favorabilidad.

Afirmó que por disposición normativa contenida en el acto legislativo 01 de 2005, los docentes afiliados hasta la expedición de la Ley 812 de 2003, se encontraban bajo la

disposición contenida en la Ley 33 de 1985; y conservando los beneficios del exceptuado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Solicitó que, al no encontrarse los beneficios otorgados en el régimen general de pensiones, resulta ilegal para las pensiones otorgadas dentro del régimen exceptuado docente, la aplicación de la fórmula del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; por tanto, se debe declarar la nulidad del acto demandado otorgando un incremento pensional conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988, mismo que no figura dentro de las derogatorias expresas del artículo 289.

Respecto de los aportes en salud citó apartes de las sentencias T-348 de 1997; C-956 de 2001 y C-980 de 2002, según las cuales en caso de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el FNPSM el descuento de la cotización del 5% para la salud se hace sobre cada mesada pensional incluida las adicionales; en el caso de docentes vinculados a partir del 27 de junio de 2003 que se encuentra en pensionados por el referido fondo, la cotización del 12% para salud se descuenta de la respectiva mesada pensional mensual y no de las mesadas adicionales.

5. Pronunciamiento no recurrentes

La Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y solicitó confirmar el fallo, atendiendo que la entidad ha actuado de buena fe y ha cumplido con lo preceptuado por el ordenamiento jurídico.

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 de 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 si:

¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

¿Le asiste derecho a la parte actora a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso?

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

3. Primer problema jurídico

Tesis del Tribunal: La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste periódico de la mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones; con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el Dane para el año inmediatamente anterior.

Para fundamentar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) hechos probados; ii) régimen general de seguridad social; iii) ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; y iv) el análisis del caso concreto.

3.1. Lo probado

- Mediante Resolución 61660 del 8 de junio de 1993 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la demandante. (Fl. 42-43 C. 1)
- La demandante mediante escrito radicado el 17 de noviembre de 2017 ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestación Social del Magisterio, solicitó se reajuste la pensión de jubilación, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al IPC y que se realicen los descuentos de salud en porcentaje del 5% de la mesada pensional sobre las mesadas ordinarias y adicionales conforme a la Ley 71 de 1989 y la devolución de los cobros en exceso. (Fl. 33-37 C. 1)
- A través de la Resolución 9513-6 del 5 de diciembre de 2017, la demandada denegó el ajuste deprecado. (Fl. 44-46 C. 1)

3.2. Régimen general de seguridad social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, servicio prestado por entidades públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional, establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadora de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Por su parte, el artículo 11 Ibidem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003; prevé su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes”.

3.3. Ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones

El artículo 1 de la Ley 4 de 1976², determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988³ precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1º lo siguiente: *“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores*

² Ley 4 de 1989, *“Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”*

³ Ley 71 de 1988 *por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras*

público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.

Del recuento normativo citado se concluye que, por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976, se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

A su turno la Ley 100 de 1993, en el artículo 289, indicó en relación con las vigencias y derogatorias lo siguiente: *“La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y **deroga** todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2º. de la Ley 4ª de 1966, el artículo 5º de la Ley 33 de 1985, **el párrafo del art. 7º de la Ley 71 de 1988**, los artículos 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen”.*

O sea que, al derogarse el párrafo 7 de la Ley 71 de 1988, se derogó la norma que disponía un régimen de reconocimiento pensional para las personas que tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, y continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

Además, este párrafo de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional Sentencia C-012 de 1994.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados a dicho régimen quedando contemplado, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, y señaló que estas excepciones no implican negación de los beneficios y derechos determinados en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra el reajuste anual de las pensiones en el IPC:

“ARTÍCULO 279. Excepciones. 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 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.*

(...)

***PARÁGRAFO 4º Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.”** (Se resalta)*

Concerniente al reajuste de las pensiones el Régimen General de Pensiones previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, precisó:

“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incrementa dicho salario por el Gobierno.

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994⁴, en la que señaló:

*“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. **En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.***

...

“Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

....

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, porque su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

⁴ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; Exp. D-529.

“Veamos el comportamiento de la tasa de inflación y el porcentaje de incremento del salario mínimo, durante los últimos diez años:

<i>“Año</i>	<i>Inflación</i>	<i>Salario mínimo</i>
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%”

“Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2º), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada”.

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo solo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensiones que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; a su vez, que la determinación del índice de precios al consumidor para los demás pensionados para establecer el incremento pensional, se ajusta a factores circunstancias económicas y políticas.

De otro lado, la Ley 238 de 1995 dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; al respecto señaló:

“ARTÍCULO 1º Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:

*“Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los **beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados**”.*

Si bien, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, dispuso las excepciones de su aplicación al personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, posteriormente la Ley 238 de 1995, integró a este sector en la aplicación del reajuste pensional contemplado en el Régimen General de Pensiones.

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado⁵, en providencia del 17 de agosto del 2017, en pronunciamiento dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994; expuso **que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993** derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988:

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

« [...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 Ibidem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994.[...]

*En esas condiciones, **no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían***

⁵ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección A- Consejero Ponente: William Hernández Gómez - 17 de agosto de 2017 –Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

Conclusión: Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales.

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella”

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae que, si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir que, en cuanto al incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, dicha norma quedó derogada por ésta última, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

Referente a los motivos que alega el libelista, de aplicar artículo 1 de la Ley 71 de 1988, en armonía con el principio de favorabilidad, al ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos por la Corte Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad se demanda la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; concerniente al reajuste de pensiones, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

“Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la garantía de la seguridad social” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método más favorable al pensionado”. Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de

medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”, como si este fuese expresamente el mandato constitucional.

(...)

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementarían en el mismo porcentaje que ese salario, “con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna”.

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”.

Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.

(...)

*Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio **margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles.***

3.4. Conclusión

Conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados se tiene que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigor, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 Ibidem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el Dane para el año inmediatamente anterior.

En ese orden de ideas, no le asiste razón a la parte accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, y no conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

4. Segundo problema jurídico ¿Le asiste derecho a la parte actora a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso?

Tesis del Tribunal: A la parte demandante no le asiste derecho a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso, toda vez que, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

Además, los descuentos sobre mesadas adicionales se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por *'El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados'*, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria.

4.1. Descuentos con destino al sistema de salud

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los

afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

En relación con los pensionados, la Ley 100 de 1993 los cataloga como afiliados con capacidad de pago, por lo que se encuentran en el régimen contributivo del sistema de salud (art. 175, lit. A, núm. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigor de la norma, tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional⁶ expresó:

“(...) Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en la sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

“(...) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

En conclusión, todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución...”. (Resalta el Tribunal).

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso: “A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión”.

⁶ Sentencia T-835 de 2014.

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se haya constituida, entre otros, por *'El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados'*.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

"ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales 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.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. *La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones" (Subraya el Tribunal).*

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio: *"(...) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado" (Se resalta).*

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

(i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser 'del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado'.

(ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que 'La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional'.

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM, así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado⁷, que en reciente oportunidad puntualizó:

"Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)

(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, Artículo 8, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

⁷ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, 10 de mayo de 2018 -Radicación: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010.

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...)". (Se subraya)

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social – *entre ellos los pensionados*- el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes destinados a generar su viabilidad financiera. Así mismo, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

Finalmente, en lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por *'El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados*', disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 –*régimen especial para los docentes afiliados al FNPSM*- sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no conlleva la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

Finalmente, el Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado⁹ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

"(...) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las

⁹ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.” (Se subraya).

Por modo, aun cuando los descuentos sobre las mesadas adicionales no se encuentren previstos de manera explícita en la Ley 812 de 2003, la Sala es del criterio que dicha obligación no ha cesado, pues en atención al principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, los descuentos por este concepto se avienen al ordenamiento jurídico.

4.2. Análisis del caso concreto

Mediante Resolución 61660 del 8 de junio de 1993 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la demandante, efectiva a partir del 16 de julio de 1992. La demandante solicitó la aplicación de descuentos sólo del 5% y la devolución de los aportes pagados en exceso. A través de la Resolución 9513-6 del 5 de diciembre de 2017, emitida por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del FNPSM denegó lo solicitado.

De acuerdo con lo expuesto, el acto administrativo demandado se ajusta a la legalidad, en tanto dispone realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas pensionales, incluidas las adicionales, de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

4.3. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que se aplique el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; cesar el descuento actual del 12% y a que se reintegre el monto los porcentajes descontados en exceso y en tal sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

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

5. 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. Además que no se advierte una manifiesta carencia de fundamento legal de las pretensiones de la parte demandante.

Por lo discurrido, 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: CONFÍRMASE la sentencia del 24 de septiembre de 2021 emanada del Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por María Oliva Sabogal De Ojeda dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación-Ministerio De Educación-FNPSM y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia.

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

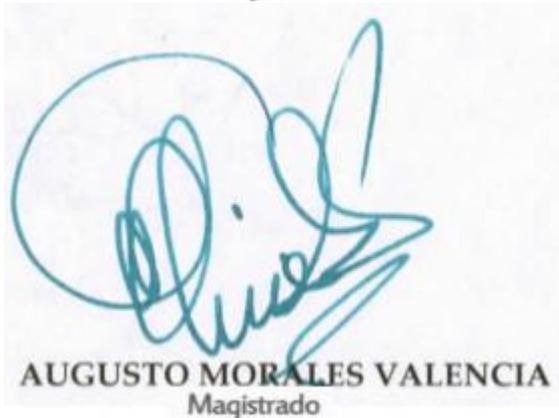
CUARTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 21 de 2022.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
(AUSENTE CON PERMISO)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 092

Manizales, primero (1) de abril de dos mil veintidós (2022)

Proceso: 17001-33-33-004-2020-00264-02
Clase: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho
Accionante: José Mauricio Franco Peláez
Accionado: Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM)

Se dicta sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el fallo que negó las pretensiones

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto surgido con ocasión a la petición presentada el 03 de julio de 2019, en cuanto negó el reconocimiento de la prima de junio establecida en el artículo 15, Numeral 2, literal B, de la Ley de 91 de 1989.

Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a reconocer y pagar a la demandante, la prima de junio establecida en el artículo 15 Numeral 2, literal B, de la Ley de 91 de 1989, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia debido a que fue vinculado por primera vez a la docencia oficial, en fecha posterior al 1 de enero de 1981, equivalente a una mesada pensional; que, sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución y la ley; el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

1.2. Fundamento Factivo

Se señala que el accionante fue vinculado por primera vez como docente oficial en fecha posterior al 1 de enero de 1981, razón por la cual, en condición de pensionada por el FNPSM, no tiene derecho a que Cajanal, hoy "UGPP" reconozca a su favor la pensión de gracia. La pensión fue reconocida por Resolución 0455-6 del 27 de enero de 2014

expedida por la Secretaría de Educación del departamento, en representación legal de la Nación, y con fundamento legal en la Ley 91 de 1989.

Que el fundamento jurídico de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional está consagrado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 destinada de manera especial para los profesores afiliados al FNPSM que por el haber ingresado por primera vez al servicio de la docencia oficial no tienen derecho a la pensión gracia.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Ley 91 de 1989 Artículo 15 y la Sentencia de unificación, SUJ—014— CE—S2—2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Como sustentó del concepto de violación señaló que, el objetivo de haber establecido esta prestación, fue en compensación por haber perdido la pensión de gracia, sumado al hecho de que el derecho solicitado fue establecido mucho antes de reconocerse la mesada en la ley 100 de 1993.

Señaló que, cuando se estableció el pago de una mesada adicional para los pensionados en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, ya existía para los docentes del Magisterio que fueron vinculados después de 1981, conforme lo establece la ley 91 de 1989 una prima de medio año equivalente a una mesada pensional a partir de la adquisición del derecho pensional, sin que se realizara alguna derogatoria del beneficio reclamado.

Agregó que es claro que, el numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, nada tiene que ver con la mesada pensional causada con posterioridad al año 2005, pues el régimen especial, que contiene la misma, identifica una prima, que "equivale" a una mesada pensional, situación diferente a la prestación acontecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año.

2. Contestación de la demanda

La Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM: se opuso a las pretensiones de la parte demandante, en cuanto a los hechos aceptó como cierto el referente al reconocimiento de la pensión.

Propuso las excepciones de *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO"*: basada en que, la mesada 14 no puede ser reconocida a personas cuyo derecho pensional se consolide con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo N° 01 de 2005, salvo aquellas que perciban una pensión igual o inferior a 3 SMLMV, y que la misma se hubiere causado antes del 31 de julio de 2011. De esta manera, se encuentra acreditado que el demandante causó su derecho pensional con posterioridad de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 de 2005, por lo que no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14. *"GENÉRICA"*.

3. Fallo de primera instancia

El *a quo* negó las pretensiones de la parte demandante y la condenó en costas después de plantearse como problema jurídico principal, si al demandante le asistía el derecho a que se le reconozca la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989.

Tras hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional consagrada en la Ley 91 de 1985, concluye que, para determinar si un docente es beneficiario de la mesada 14 se debe determinar si se causó la pensión antes del 31 de julio de 2011 y si la prestación reconocida es inferior a tres salarios mínimos mensuales vigentes.

Concluyó que el actor no tiene derecho a lo solicitado en la demanda toda vez que, adquirió el estatus jurídico de pensionado el 19 de marzo de 2013, esto es, con posterioridad al 31 de julio de 2011.

4. Recurso de apelación

La parte accionante solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones; para ello, después de hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional de mitad de año, señaló que cumple con los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento a la prima de mitad de año, equivalente a una mesada pensional, pues se vinculó al magisterio después del 01 de enero de 1981, por lo tanto cumple con el primer requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y que indica a que tiene derecho a la prima de mitad de año, aquellos docentes que se hayan vinculado a partir del 01 de enero de 1981.

Que la prima de mitad de año, fue prevista por el legislador como un beneficio adicional a la pensión de jubilación, para aquellos docentes que por su fecha de vinculación no tenían derecho a la pensión gracia. De ahí que por el hecho de que se pague en junio y que equivalga a una mesada pensional, no desnaturaliza su calidad de prima de beneficio solo para los docentes que cumplen los requisitos establecidos en el numeral 2, literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y tampoco la convierte en la mesada adicional creada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, pues la naturaleza de ambas es diferente.

En cuanto a la condena en costas señaló que, acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en busca de protección judicial para sus derechos salariales, con la firme convicción de que existe una vulneración de sus garantías constitucionales y legales. Por otro lado, señaló que, si bien es cierto con las reformas introducidas a través de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) como la ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 se adicionó *“En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”*.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en el siguiente interrogante:

¿Tiene derecho la demandante a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del tribunal

A la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada o prima adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, pues, adquirió su status pensional después de 2005 y su pensión no es inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo que no se encuentran dentro de las excepciones contempladas para que sea procedente el reconocimiento de la mesada adicional consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, ello en virtud del Acto Legislativo 01 del 25 de julio de 2005.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) los hechos acreditados; ii) el régimen aplicable a los docentes; iii) la mesada 14; para descender al análisis del iv) caso concreto.

2.2. Hechos probado

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

➤ Mediante Resolución 0455-6 del 27 de enero de 2014 expedida por la Secretaría de Educación de Caldas, se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor del accionante, efectiva a partir del 19 de marzo de 2013, por un valor mensual de \$2.672.218. (Fl. 19-20 C.1)

➤ A través de petición radicada el 03 de julio de 2019 el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985. (Fl. 16-17 C.1)

2.3. Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003, que reguló dos eventos:

- i) El régimen prestacional de 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) 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.

El Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el párrafo transitorio 1º, lo siguiente:

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1º. *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

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

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

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

2. *Pensiones:[...]*

B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. [...] (Negrillas fuera de texto)

2.4. La mesada adicional de medio año o mesada catorce prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993

Respecto de la mesada catorce contemplada para los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia, el Consejo de Estado - Sala de Servicio Civil y consulta en concepto del 22 de noviembre de 2007¹, esgrimió:

2. La mesada adicional del mes de junio:

2.1. Su origen y evolución:

Como lo reseña la consulta de la señora Ministra, la mesada adicional del mes de junio fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4ª de 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberle significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988 18. Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexequibles 19, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales pensionados: Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado, y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994. / Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

"Parágrafo. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual."

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 1993²⁰, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."

Por sus antecedentes y su ubicación en el cuerpo normativo, la mesada adicional es parte del sistema general de pensiones. Esta afirmación se refuerza al observar que la misma ley 100, artículo 279, excluía del régimen general a varios grupos de pensionados, pese a lo cual el texto del artículo 142 incluyó de manera expresa uno de esos grupos, el de "los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía", para que pudieran gozar del beneficio de la mesada adicional. En este sentido, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-461-95, al ordenar aplicar un beneficio similar a los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio:

"La excepción al régimen general, consagrada en el artículo 279 de la ley 100, es total. Vale decir, a los afiliados del mencionado Fondo no se les aplica la Ley 100, en ninguna de sus partes, en lo referente al Sistema Integral de Seguridad Social. El artículo 142 – que consagra la mesada adicional para pensionados – tampoco se aplicaría a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que tal artículo forma parte del Sistema Integral de Seguridad Social."

Ahora bien, en nuestro ordenamiento es claro que los requisitos, condiciones y beneficios que configuran un régimen general o un régimen especial, son excluyentes, de manera que los destinatarios de uno y de otro se sujetan en su integridad al que les sea aplicable; salvo disposición legal en contrario que extienda un beneficio del régimen general a los pensionados bajo regímenes especiales, pero sin modificar estos últimos, como es el caso que nos ocupa.

Es claro que la mesada adicional creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 es un beneficio del sistema general de pensiones, y por lo mismo, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente por el artículo 279 de la misma ley 100; al analizar esta última disposición, la Corte Constitucional con base en la ley 91 de 1989 encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión de gracia y los vinculados al fondo de Prestaciones del Magisterio, antes del 1º de enero de 1988, sin derecho a esa pensión, configuraban una excepción arbitraria pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados; y tomó esta situación como ejemplo de comparación entre el régimen general y los regímenes especiales, a fin de determinar la constitucionalidad de estos; así, en la sentencia C-080-99, se lee:

"...7. Con base en los anteriores criterios, la Corte concluyó que, por ejemplo, la exclusión de la mesada pensional adicional prevista por la Ley 100 de 1993 a ciertos maestros desconocía la igualdad, por cuanto estos no gozaban, dentro de su régimen especial, de ningún beneficio similar o equivalente 'que obre como compensación por el deterioro que causa la inflación sobre el poder adquisitivo de las pensiones... 8. El análisis precedente muestra que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, en principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a otras prestaciones..."

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-94 que declaró inexecutable las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988", del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda" afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio

tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPETROL y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

Destaca la Sala que la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.

Es decir, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

2.2. La supresión de la mesada adicional del mes de junio:

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 2004, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

"Las personas a las que se les reconozca pensión a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año."

Esta propuesta no encontró reparos en el Congreso y desde el inicio de los debates fue modificada para que la prohibición no quedara referida al reconocimiento de la pensión sino a su causación; así, la norma aprobada como inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, ordena:

"Artículo 1º...

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento."

En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el párrafo transitorio 6º del Acto Legislativo No. 01 del 2005:

"Párrafo transitorio 6º. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8º. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 2005, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el párrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del párrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo.

Con base en las premisas anteriores,

SE RESPONDE:

"1. Desde la perspectiva jurídica, por gozar los docentes de un régimen especialísimo de pensiones y al haber sido excluidos de la aplicación del Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional del mes de junio?"

Los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio del 2005,

a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio del 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

"2. De acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005, ¿la vigencia del régimen exceptuado de los docentes afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expirará el 31 de julio del año 2010?"

Sí; de manera que en virtud del Acto Legislativo No. 01 del 2005, son tres los regímenes pensionales aplicables al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

a). el de la ley 91 de 1989 y demás leyes vigentes al 27 de junio del 2003, para los docentes vinculados al servicio con antelación al 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007).

b). el de prima media con prestación definida de las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003, pero con edad de 57 años para hombres y mujeres, tratándose de los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007);

c). el del Sistema General de Pensiones, para las pensiones que se causen después del 31 de julio del 2010 (parágrafo transitorio segundo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005). [...] (negrillas y subrayas de la Sala)

Ahora bien, respecto de la aplicación del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado en providencia del 1 de febrero de 2018 expuso:

La accionante, centra su inconformidad en la interpretación que fue dada por el Tribunal Administrativo del Tolima, a las normas del Acto Legislativo 01 de 2005 que hace referencia a los regímenes pensionales exceptuados, especialmente, el relacionado con la carrera docente y sus derechos pensionales.

Al respecto, indicó que en relación con la mesada catorce, la procedencia para su reconocimiento es la fecha en que se presentó la vinculación al servicio oficial de educación, y no, como razón la autoridad judicial accionada, la fecha de adquisición del estatus pensional por parte de quien pretende el reconocimiento de dicha prestación económica.

Sobre el particular, este juez constitucional encuentra que la interpretación dada por el tribunal accionado, resulta razonable y por lo tanto, los defectos alegados por la parte accionante, no se configuran. Lo anterior, bajo las siguientes consideraciones:

Como se expuso en el acápite de hechos probados en de la presente providencia, en la sentencia que resolvió en segunda instancia sobre las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de la actora, el fallador parte de la base de establecer con claridad el régimen aplicable (i) tanto al reconocimiento pensional docente, así como a (ii)

Respecto al segundo de los aspectos, el cual resulta ser el relevante para el sub lite, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, señaló que tras la inclusión de la mesada catorce como un beneficio de los docentes oficiales (a través de la Ley 238 de 1995), con el Acto Legislativo 01 de 2005 se establecieron condiciones específicas para su reconocimiento, de las cuales se puede concluir que (i) la mesada adicional catorce no será pagada a quienes causen su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del acto reformativo de la constitución y (ii) se exceptúan de ello a quienes obtenga su estatus pensional antes del 31 de julio del 2011, y tengan igual o menos de tres salarios mínimos como monto reconocido.

La conclusión expuesta en precedencia, tuvo como sustento una lectura armónica de las disposiciones del citado acto reformativo de la constitución, especialmente, lo fijado en el inciso 8º del artículo 1º del mismo, el cual señala que “las personas cuyo derecho de pensión se cause a partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.

Fundamentó la autoridad judicial accionada dicha interpretación, no sólo en la lectura de las normas, sino también en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 22 de noviembre del 2007, radicado 2007-0084, en donde se expuso lo dicho en precedencia.

A su vez, la autoridad judicial accionada señaló que conforme al concepto del Consejo de Estado, el beneficio de la mesada catorce en favor de los docentes oficiales, si bien fue incluido excepcionalmente, ello no implica una modificación del régimen que regula su situación pensional, razón por la cual, al mantenerse como un beneficio del régimen general (Ley 100 de 1993), “la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales”.

Así las cosas, para esta judicatura, la interpretación dada por la el Tribunal Administrativo del Tolima es razonable, toda vez que obedece a un criterio derivado de la lectura de las normas aplicables al caso concreto, lo que implica que el defecto alegado no se configure.

De acuerdo a lo anterior, es claro concluir que, la mesada catorce consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985 solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 del 2005, o que, habiendo causado su derecho pensional antes del 31 de julio del 2011, su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

2.5. Análisis de los hechos probados a la luz de la normatividad aplicable

➤ De acuerdo a lo probado en el expediente, mediante Resolución 0455-6 del 27 de enero de 2014 expedida por la Secretaría de Educación de Caldas, se reconoció y ordenó el

pago de una pensión de jubilación a favor del accionante, efectiva a partir del 19 de marzo de 2013, por un valor mensual de \$2.672.218. (Fl. 19-20 C.1)

Conforme a lo anterior evidencia la Sala que, el actor adquirió su estatus pensional con posterioridad al 25 de Julio de 2005, fecha a partir de la cual entró a regir el Acto legislativo 01 del 22 de Julio de 2005, además tampoco se encuentra dentro de la excepción contemplada, ya que adquirió su status después del 31 de julio de 2011.

2.6. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados se concluye que, a la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia mediante la cual se niegan las pretensiones del demandante.

3. Segundo Problema Jurídico *¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?*

Tesis del Tribunal: Fue adecuada la imposición de condena en primera instancia a cargo de la parte demandante por cuanto el *a quo* aplicó el criterio objetivo valorativo.

Señala la apelante que la condena en costas impuesta en primera instancia debe ser revocada por cuanto acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en busca de protección judicial para sus derechos salariales, con la firme convicción de que existe una vulneración de sus garantías constitucionales y legales; que si bien es cierto con las reformas introducidas a través de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) como la ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 se adicionó "*En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal*", por lo que considera que la demanda cuenta con todo el fundamento legal y jurídico.

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 Constitucional² ha explicado que las costas, esto es, "*aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso*

² C-539 de 1999. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1°, numeral 198 (parcial) del Decreto

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.

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 corporación³ 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 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.”

Cabe resaltar además que, la reforma introducida por la Ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 adicionó una regla o criterio para la imposición de condena en costas, consistente en que, en aquellos casos en que se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas; sin que se pueda afirmar que hace inaplicable las demás reglas señaladas en Ley 1437 de 2011 y el 365 del CGP (Código General del Proceso).

Por lo tanto, en el presente asunto, si bien no puede afirmarse que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, era procedente el análisis de las demás reglas de imposición de condena en costas.

Así, 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, en la que se tuvo en cuenta que, la parte demandada actuó a través de apoderado judicial.

De acuerdo al análisis precedente, a la redacción del artículo 188 de la ley 1437 de 2011, y al atender y acoger el criterio objetivo valorativo, se confirmará la condena en costas impuestas a la parte demandante en primera instancia.

4. Costas en esta instancia

No se condenará en costas de conformidad con el artículo 365 del CGP, toda vez que no se encuentra acreditada su causación en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de

FALLA

PRIMERO: Se confirma la sentencia del 23 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por José Mauricio Franco Peláez contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

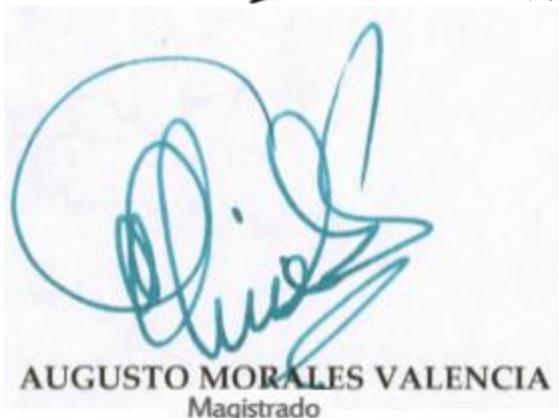
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen y HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 21 de 2022.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
(AUSENTE CON PERMISO)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 093

Manizales, primero (1) de abril de dos mil veintidós (2022)

Proceso: 17001-33-33-004-2020-00268-02

Clase: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho

Accionante: Ana María Lucero Jiménez

Accionado: Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM)

Se dicta sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó las pretensiones

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto surgido con ocasión a la petición presentada el 24 de julio de 2019, en cuanto negó el reconocimiento de la prima de junio establecida en el artículo 15, Numeral 2, literal B, de la Ley de 91 de 1989.

Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a reconocer y pagar a la demandante, la prima de junio establecida en el artículo 15 Numeral 2, literal B, de la Ley de 91 de 1989, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia debido a que fue vinculado por primera vez a la docencia oficial, en fecha posterior al 1 de enero de 1981, equivalente a una mesada pensional; que, sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución y la ley; el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

1.2. Fundamento Factivo

Se señala que la accionante fue vinculada por primera vez como docente oficial en fecha posterior al 1 de enero de 1981, razón por la cual, en condición de pensionada por el FNPSM, no tiene derecho a que Cajanal, hoy "UGPP" reconozca a su favor la pensión de gracia. La pensión fue reconocida por Resolución 4962 del 11 de octubre de 2011

expedida por la Secretaría de Educación del ente territorial, en representación legal de la Nación, y con fundamento legal en la Ley 91 de 1989.

Que el fundamento jurídico de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional está consagrado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 destinada de manera especial para los profesores afiliados al FNPSM que por el haber ingresado por primera vez al servicio de la docencia oficial no tienen derecho a la pensión gracia.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Ley 91 de 1989 Artículo 15 y la Sentencia de unificación, SUJ—014— CE—S2—2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Como sustentó del concepto de violación señaló que, el objetivo de haber establecido esta prestación, fue en compensación por haber perdido la pensión de gracia, sumado al hecho de que el derecho solicitado fue establecido mucho antes de reconocerse la mesada en la ley 100 de 1993.

Señaló que, cuando se estableció el pago de una mesada adicional para los pensionados en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, ya existía para los docentes del Magisterio que fueron vinculados después de 1981, conforme lo establece la ley 91 de 1989 una prima de medio año equivalente a una mesada pensional a partir de la adquisición del derecho pensional, sin que se realizara alguna derogatoria del beneficio reclamado.

Agregó que es claro que, el numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, nada tiene que ver con la mesada pensional causada con posterioridad al año 2005, pues el régimen especial, que contiene la misma, identifica una prima, que "equivale" a una mesada pensional, situación diferente a la prestación acontecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año.

2. Contestación de la demanda

La Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM: se opuso a las pretensiones de la parte demandante, en cuanto a los hechos aceptó como cierto el referente al reconocimiento de la pensión.

Propuso las excepciones de *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO"*: basada en que, la mesada 14 no puede ser reconocida a personas cuyo derecho pensional se consolide con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo N° 01 de 2005, salvo aquellas que perciban una pensión igual o inferior a 3 SMLMV, y que la misma se hubiere causado antes del 31 de julio de 2011. De esta manera, se encuentra acreditado que el demandante causó su derecho pensional con posterioridad de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 de 2005, por lo que no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14. *"GENÉRICA"*.

3. Fallo de primera instancia

El *a quo* negó las pretensiones de la parte demandante y la condenó en costas después de plantearse como problema jurídico principal, si a la demandante le asistía el derecho a que se le reconozca la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989.

Tras hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional consagrada en la Ley 91 de 1985, concluye que, para determinar si un docente es beneficiario de la mesada 14 se debe determinar si se causó la pensión antes del 31 de julio de 2011 y si la prestación reconocida es inferior a tres salarios mínimos mensuales vigentes.

Concluyó que la actora no tiene derecho a lo solicitado en la demanda toda vez que, si bien adquirió el status dentro de rango de fechas del 25 de julio de 2005 al 31 de julio de 2011 la mesada excede los tres salarios mínimos.

4. Recurso de apelación

La parte accionante solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones; para ello, después de hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional de mitad de año, señaló que cumple con los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento a la prima de mitad de año, equivalente a una mesada pensional, pues se vinculó al magisterio después del 01 de enero de 1981, por lo tanto cumple con el primer requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y que indica a que tiene derecho a la prima de mitad de año, aquellos docentes que se hayan vinculado a partir del 01 de enero de 1981.

Que la prima de mitad de año, fue prevista por el legislador como un beneficio adicional a la pensión de jubilación, para aquellos docentes que por su fecha de vinculación no tenían derecho a la pensión gracia. De ahí que por el hecho de que se pague en junio y que equivalga a una mesada pensional, no desnaturaliza su calidad de prima de beneficio solo para los docentes que cumplen los requisitos establecidos en el numeral 2, literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y tampoco la convierte en la mesada adicional creada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, pues la naturaleza de ambas es diferente.

En cuanto a la condena en costas señaló que, acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en busca de protección judicial para sus derechos salariales, con la firme convicción de que existe una vulneración de sus garantías constitucionales y legales. Por otro lado, señaló que, si bien es cierto con las reformas introducidas a través de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) como la ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 se adicionó *“En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”*.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en el siguiente interrogante:

¿Tiene derecho la demandante a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del tribunal

A la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada o prima adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, pues, adquirió su status pensional después de 2005 y su pensión no es inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo que no se encuentran dentro de las excepciones contempladas para que sea procedente el reconocimiento de la mesada adicional consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, ello en virtud del Acto Legislativo 01 del 25 de julio de 2005.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) los hechos acreditados; ii) el régimen aplicable a los docentes; iii) la mesada 14; para descender al análisis del iv) caso concreto.

2.2. Hechos probado

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

- Mediante Resolución 4962 de 11 de octubre de 2011 expedida por la Secretaría de Educación de Caldas, se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor de la accionante, efectiva a partir del 11 de marzo de 2011, por un valor mensual de \$2.464.084. (Fl. 20-21 C.1)
- A través de petición radicada el 24 de julio de 2019 la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985. (Fl. 16-17 C.1)

2.3. Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003, que reguló dos eventos:

- i) El régimen prestacional de 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) 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.

El Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el parágrafo transitorio 1º, lo siguiente:

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

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

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

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

2. *Pensiones:[...]*

B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. [...] (Negrillas fuera de texto)

2.4. La mesada adicional de medio año o mesada catorce prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993

Respecto de la mesada catorce contemplada para los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia, el Consejo de Estado - Sala de Servicio Civil y consulta en concepto del 22 de noviembre de 2007¹, esgrimió:

2. La mesada adicional del mes de junio:

2.1. Su origen y evolución:

Como lo reseña la consulta de la señora Ministra, la mesada adicional del mes de junio fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4ª de 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberle significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988 18. Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexecutable 19, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales pensionados: Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado, y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994. / Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

"Parágrafo. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual."

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 1993, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."

Por sus antecedentes y su ubicación en el cuerpo normativo, la mesada adicional es parte del sistema general de pensiones. Esta afirmación se refuerza al observar que la misma ley 100, artículo 279, excluía del régimen general a varios grupos de pensionados, pese a lo cual el texto del artículo 142 incluyó de manera expresa uno de esos grupos, el de "los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía", para que pudieran gozar del beneficio de la mesada adicional. En este sentido, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-461-95, al ordenar aplicar un beneficio similar a los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio:

"La excepción al régimen general, consagrada en el artículo 279 de la ley 100, es total. Vale decir, a los afiliados del mencionado Fondo no se les aplica la Ley 100, en ninguna de sus partes, en lo referente al Sistema Integral de Seguridad Social. El artículo 142 – que consagra la mesada adicional para pensionados – tampoco se aplicaría a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que tal artículo forma parte del Sistema Integral de Seguridad Social."

Ahora bien, en nuestro ordenamiento es claro que los requisitos, condiciones y beneficios que configuran un régimen general o un régimen especial, son excluyentes, de manera que los destinatarios de uno y de otro se sujetan en su integridad al que les sea aplicable; salvo disposición legal en contrario que extienda un beneficio del régimen general a los pensionados bajo regímenes especiales, pero sin modificar estos últimos, como es el caso que nos ocupa.

Es claro que la mesada adicional creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 es un beneficio del sistema general de pensiones, y por lo mismo, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente por el artículo 279 de la misma ley 100; al analizar esta última disposición, la Corte Constitucional con base en la ley 91 de 1989 encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión de gracia y los vinculados al fondo de Prestaciones del Magisterio, antes del 1º de enero de 1988, sin derecho a esa pensión, configuraban una excepción arbitraria pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados; y tomó esta situación como ejemplo de comparación entre el régimen general y los regímenes especiales, a fin de determinar la constitucionalidad de estos; así, en la sentencia C-080-99, se lee:

"...7. Con base en los anteriores criterios, la Corte concluyó que, por ejemplo, la exclusión de la mesada pensional adicional prevista por la Ley 100 de 1993 a ciertos maestros desconocía la igualdad, por cuanto estos no gozaban, dentro de su régimen especial, de ningún beneficio similar o equivalente 'que obre como compensación por el deterioro que causa la inflación sobre el poder adquisitivo de las pensiones... 8. El análisis precedente muestra que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, en principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a otras prestaciones..."

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-94 que declaró inexecutable las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988", del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda" afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980. no tenían un beneficio

tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPETROL y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

Destaca la Sala que la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.

Es decir, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

2.2. La supresión de la mesada adicional del mes de junio:

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 2004, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

"Las personas a las que se les reconozca pensión a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año."

Esta propuesta no encontró reparos en el Congreso y desde el inicio de los debates fue modificada para que la prohibición no quedara referida al reconocimiento de la pensión sino a su causación; así, la norma aprobada como inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, ordena:

"Artículo 1º...

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento."

En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el párrafo transitorio 6º del Acto Legislativo No. 01 del 2005:

"Párrafo transitorio 6º. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8º del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 2005, las personas que adquirieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el párrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del párrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo.

Con base en las premisas anteriores,

SE RESPONDE:

"1. Desde la perspectiva jurídica, por gozar los docentes de un régimen especialísimo de pensiones y al haber sido excluidos de la aplicación del Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional del mes de junio?"

Los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio del 2005.

a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio del 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

"2. De acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005, ¿la vigencia del régimen exceptuado de los docentes afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expirará el 31 de julio del año 2010?"

Sí; de manera que en virtud del Acto Legislativo No. 01 del 2005, son tres los regímenes pensionales aplicables al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

a). el de la ley 91 de 1989 y demás leyes vigentes al 27 de junio del 2003, para los docentes vinculados al servicio con antelación al 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007).

b). el de prima media con prestación definida de las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003, pero con edad de 57 años para hombres y mujeres, tratándose de los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007);

c). el del Sistema General de Pensiones, para las pensiones que se causen después del 31 de julio del 2010 (parágrafo transitorio segundo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005). [...] (negrillas y subrayas de la Sala)

Ahora bien, respecto de la aplicación del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado en providencia del 1 de febrero de 2018 expuso:

La accionante, centra su inconformidad en la interpretación que fue dada por el Tribunal Administrativo del Tolima, a las normas del Acto Legislativo 01 de 2005 que hace referencia a los regímenes pensionales exceptuados, especialmente, el relacionado con la carrera docente y sus derechos pensionales.

Al respecto, indicó que en relación con la mesada catorce, la procedencia para su reconocimiento es la fecha en que se presentó la vinculación al servicio oficial de educación, y no, como razón la autoridad judicial accionada, la fecha de adquisición del estatus pensional por parte de quien pretende el reconocimiento de dicha prestación económica.

Sobre el particular, este juez constitucional encuentra que la interpretación dada por el tribunal accionado, resulta razonable y por lo tanto, los defectos alegados por la parte accionante, no se configuran. Lo anterior, bajo las siguientes consideraciones:

Como se expuso en el acápite de hechos probados en de la presente providencia, en la sentencia que resolvió en segunda instancia sobre las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de la actora, el fallador parte de la base de establecer con claridad el régimen aplicable (i) tanto al reconocimiento pensional docente. así como a (ii)

Respecto al segundo de los aspectos, el cual resulta ser el relevante para el sub lite, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, señaló que tras la inclusión de la mesada catorce como un beneficio de los docentes oficiales (a través de la Ley 238 de 1995), con el Acto Legislativo 01 de 2005 se establecieron condiciones específicas para su reconocimiento, de las cuales se puede concluir que (i) la mesada adicional catorce no será pagada a quienes causen su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del acto reformativo de la constitución y (ii) se exceptúan de ello a quienes obtenga su estatus pensional antes del 31 de julio del 2011, y tengan igual o menos de tres salarios mínimos como monto reconocido.

La conclusión expuesta en precedencia, tuvo como sustento una lectura armónica de las disposiciones del citado acto reformativo de la constitución, especialmente, lo fijado en el inciso 8º del artículo 1º del mismo, el cual señala que “las personas cuyo derecho de pensión se cause a partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.

Fundamentó la autoridad judicial accionada dicha interpretación, no sólo en la lectura de las normas, sino también en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 22 de noviembre del 2007, radicado 2007-0084, en donde se expuso lo dicho en precedencia.

A su vez, la autoridad judicial accionada señaló que conforme al concepto del Consejo de Estado, el beneficio de la mesada catorce en favor de los docentes oficiales, si bien fue incluido excepcionalmente, ello no implica una modificación del régimen que regula su situación pensional, razón por la cual, al mantenerse como un beneficio del régimen general (Ley 100 de 1993), “la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales”.

Así las cosas, para esta judicatura, la interpretación dada por la el Tribunal Administrativo del Tolima es razonable, toda vez que obedece a un criterio derivado de la lectura de las normas aplicables al caso concreto, lo que implica que el defecto alegado no se configure.

De acuerdo a lo anterior, es claro concluir que, la mesada catorce consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985 solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 del 2005, o que, habiendo causado su derecho pensional antes del 31 de julio del 2011, su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

2.5. Análisis de los hechos probados a la luz de la normatividad aplicable

De acuerdo a lo probado en el expediente, mediante Resolución 4962 de 11 de octubre de 2011 expedida por la Secretaría de Educación de Caldas, se reconoció y ordenó el

pago de una pensión de jubilación a favor de la accionante, efectiva a partir del 11 de marzo de 2011, por un valor mensual de \$2.464.084. (Fl. 20-21 C.1)

Conforme a lo anterior evidencia la Sala que, la actora adquirió su estatus pensional con posterioridad al 25 de Julio de 2005, fecha a partir de la cual entró a regir el Acto legislativo 01 del 22 de Julio de 2005, además tampoco se encuentra dentro de la excepción contemplada, ya que su mesada pensional excede los tres salarios mínimos vigentes para 2011².

2.6. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados se concluye que, a la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia mediante la cual se niegan las pretensiones de la demandante.

3. Segundo Problema Jurídico *¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?*

Tesis del Tribunal: Fue adecuada la imposición de condena en primera instancia a cargo de la parte demandante por cuanto el *a quo* aplicó el criterio objetivo valorativo.

Señala la apelante que la condena en costas impuesta en primera instancia debe ser revocada por cuanto acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en busca de protección judicial para sus derechos salariales, con la firme convicción de que existe una vulneración de sus garantías constitucionales y legales; que si bien es cierto con las reformas introducidas a través de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) como la ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 se adicionó *“En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”*, por lo que considera que la demanda cuenta con todo el fundamento legal y jurídico.

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 Constitucional³ 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.

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 corporación⁴ 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 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.”

Cabe resaltar además que, la reforma introducida por la Ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 adicionó una regla o criterio para la imposición de condena en costas, consistente en que, en aquellos casos en que se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas; sin que se pueda afirmar que hace inaplicable las demás reglas señaladas en Ley 1437 de 2011 y el 365 del CGP (Código General del Proceso).

Por lo tanto, en el presente asunto, si bien no puede afirmarse que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, era procedente el análisis de las demás reglas de imposición de condena en costas.

Así, 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, en la que se tuvo en cuenta que, la parte demandada actuó a través de apoderado judicial.

De acuerdo al análisis precedente, a la redacción del artículo 188 de la ley 1437 de 2011, y al atender y acoger el criterio objetivo valorativo, se confirmará la condena en costas impuestas a la parte demandante en primera instancia.

No se condenará en costas de conformidad con el artículo 365 del CGP, toda vez que no se encuentra acreditada su causación en esta instancia.

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 confirma la sentencia del 23 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Ana María Lucero Jiménez contra la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.**

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

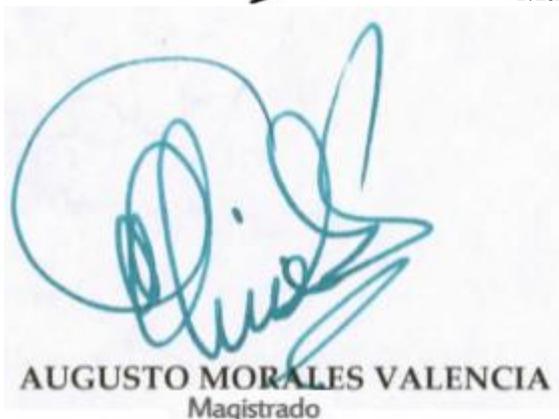
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 21 de 2022.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
(AUSENTE CON PERMISO)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE DECISIÓN

Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, primero (1º) de abril de dos mil veintidós (2022).

Radicación	17 001 23 33 000 2021 00318
Clase:	Nulidad electoral
Demandante:	Carlos Ossa Barrera
Demandado:	Municipio de la Dorada, Caldas, Concejo municipal de la Dorada, Yulbania Gómez Zapata
Providencia:	Sentencia No. 62

Pasa la Sala a proferir sentencia de primera instancia dentro del asunto de la referencia.

I. Antecedentes

1. Declaraciones y condenas

“Primera: Declarar la nulidad de la concejal Yulbania Gómez Zapata como presidente del Concejo municipal de la Dorada (Caldas).

Segunda: Decretar la nulidad del acta de la audiencia del 29 de noviembre de 2021 en lo correspondiente a la elección de Yulbania Gómez Zapata como presidente del Concejo municipal de la Dorada (Caldas) para el periodo 2022.

Tercera: Compulsar copias al Ministerio Público para lo de su competencia”.

2. Hechos

Sostiene el demandante que la señora Yulbania Gómez Zapata fue electa concejala en las elecciones del 29 de octubre de 2019, y que, el día 2 de enero de 2020 fue elegida primera vicepresidente del Concejo Municipal para ese año.

Luego, el día 29 de noviembre de 2021 la señora Gómez Zapata fue elegida presidente del Concejo Municipal de La Dorada (Caldas) para el periodo 2022, pese a que se encontraba inhabilitada para ello.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Artículo 28 de la ley 136 de 1994.

Expone el demandante que la señora Yulbania Gómez Zapata fue elegida dentro de la mesa directiva para el periodo 2020 como primera vicepresidente, y como la norma indica que ningún concejal puede ser reelecto en la mesa directiva dentro de los dos periodos siguientes, ella no podía volver a ocupar un cargo dentro de la mesa directiva del concejo en los periodos 2021 ni 2022, siendo elegida presidente para el 2022.

Transcribe algunos apartes de la sentencia del Concejo de Estado del 7 de noviembre de 1996, concluyendo que una vez elegido un concejal en cualquier cargo de la mesa directiva, está prohibido reelegirlo por los dos años siguientes al periodo en el que fue elegido; por ende, si un concejal es electo primer vicepresidente no puede ser elegido como segundo vicepresidente en los dos años siguientes, de tal manera que vulnera el Concejo de la Dorada la ley al reelegir a uno de los miembros de la mesa directiva.

4. Contestación de la demanda

- Municipio de la Dorada, Caldas (Documento 025 expediente digital)

El municipio de la Dorada contestó la demanda aceptando como ciertos los hechos primero y tercero, relacionados con que la señora Yulbania Gómez Zapata fue electa concejala en las elecciones del 29 de octubre del año 2019, y que, mediante acta número 082 del 29 de noviembre de 2021, con efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2022, fue nombrada y posesionada como presidenta y representante legal del Concejo municipal de la Dorada, Caldas.

Hace alusión a los artículos 311 y 312 de la Constitución Política, el artículo 11 del régimen municipal, y el artículo 130 de la ley 1333 de 1986.

Manifiesta que existe en este caso una imposibilidad Constitucional y legal relacionada con la competencia de la administración municipal frente al proceso de elección de la mesa directiva del concejo en el que resultó electa la demandada señora Yulbania Gómez Zapata; que actúa el municipio bajo la garantía de autonomía de las entidades territoriales, estando limitado frente a la elección de la mesa directiva del Concejo al no tener incidencia alguna en dicha elección.

Solicita su desvinculación del proceso, por ser, a su juicio, el representante legal del Concejo municipal quien deba pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda.

Sostiene que la concejala Yulbania Gómez Zapata actuó como primera vicepresidenta del concejo municipal de la Dorada durante el periodo 2020, y que, para el año 2021 no hizo parte de la mesa directiva, tal como certifica el presidente del Concejo, señor Emerson Andrés Hernández Manrique.

Plantea que, durante el periodo del 01 de enero al 31 de diciembre de 2021, la demandada no hizo parte de la mesa directiva del Concejo Municipal de La Dorada Caldas, como se certifica el 16 de diciembre de 2021, y se prueba mediante acta 077 del 19 de noviembre de 2020, por la cual se elige mesa directiva para la vigencia de 2021.

Hace extensas citas jurisprudenciales y propone las siguientes excepciones:

“Falta de legitimación en la causa por pasiva tanto sustancial como material”, al no ser el municipio de La Dorada, Caldas, la autoridad pública competente para revocar, modificar, anular o dejar sin efectos un acto administrativo expedido por el Concejo municipal, y que, solo le corresponde hacer cumplir las leyes. Y que, la función de elección de la mesa directiva del Concejo municipal escapa a la competencia y facultad legal del municipio.

“Falta de relación probatoria entre los supuestos de hecho y las pretensiones”, afirmando que el demandante, más allá de sus apreciaciones subjetivas, no logra demostrar la presunta transgresión legal invocada.

“Inadecuada formulación del principio de la congruencia entre los hechos y las pretensiones en relación con el municipio”, porque el demandante no realizó una adecuada exposición, ni relación fáctica ni jurídica de la causa que diera lugar a acceder favorablemente a las pretensiones de la demanda.

Y propone la excepción *“Genérica e innominada”*, solicitando se declaren de oficio las que correspondan.

- Concejo municipal de la Dorada, Caldas (Documento 028 expediente digital)

El demandado Concejo de la Dorada contesta la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, y acepta como ciertos los hechos allí contenidos, aclarando que en sesión de 29 de noviembre de 2021 la Concejala Yulbania Gómez Zapata fue electa como presidenta del Concejo municipal de la Dorada para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2022.

Propone las siguientes excepciones:

“Inexistencia de causales de nulidad electoral”, porque nada prueba que la concejala Yulbania Gómez Zapata careciera de las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad; ni se evidencia que estuviera in cursa en alguna de las causales de inhabilidad; tampoco se demuestra que incurrió en la prohibición prevista en el inciso final del artículo 28 de la ley 136 de 1994, puesto que ella no ha sido reelegida en dos periodos consecutivos en la mesa directiva del Concejo Municipal de La Dorada Caldas.

Dice el apoderado judicial del Concejo de la Dorada que, si bien la demandada señora Yulbania Gómez Zapata ocupó el cargo de primera vicepresidente durante la vigencia de 2020, y fue elegida como presidenta para la vigencia fiscal de 2022; también lo es que durante el año 2021 no hizo parte de la mesa directiva como se evidencia en acta 077 del 19 de noviembre de 2020.

“Causa o actuación manifiestamente contraria a derecho”, afirmando que el accionante promovió la demanda de la referencia de forma manifiestamente contraria a derecho, pues acusa violación del inciso final del artículo 28 de la ley 136 de 1994 con *“afirmaciones maliciosas, citas inexactas y acusación*

temeraria: Evidentemente el accionante fundamenta su demanda a través de afirmaciones maliciosas, citas inexactas o descontextualizadas y termina haciendo una acusación temeraria”, las cuales pretenden variar el verdadero sentido de la ley.

Sostiene que ha existido temeridad o mala fe por parte del demandante, pues demandada con carencia de fundamento legal, porque la señora Yulbania Gómez Zapata no hizo parte de la mesa directiva durante la vigencia de 2021.

“Presunción de legalidad y buena fe”, porque el acto administrativo de nombramiento y posesión de la mencionada señora goza de presunción de legalidad y buena fe, sin que a la fecha hayan sido desvirtuadas.

“Genérica”, las que de oficio declare probadas el Tribunal.

5. Alegatos de conclusión.

- Concejo municipal de la Dorada (Documento 35 del expediente digital)

Explica que el acta número 001 de 2 de enero de 2020 corresponde a la sesión inaugural del concejo municipal de la Dorada para el período 2020-2023 en la que obra como presidente el señor concejal Edward Johnny Villada Castaño y la mesa directiva para el período 2020 quedó integrada por dicho concejal presidente, la señora Yulbania Gómez Zapata como primera vicepresidenta y el señor Henry Castrillón como segundo vicepresidente.

Luego, con el acta 077 de 19 de noviembre de 2020 se demuestra que se eligió la mesa directiva para la vigencia 2021 conformada por el concejal Emerson Hernández como presidente, Adrián González como primer vicepresidente y Elena Narváez como segunda vicepresidenta.

Sostiene que mediante acta 082 de 29 de noviembre de 2021 se eligió la mesa directiva para la vigencia del primero de enero al 31 de diciembre 2022 quedando integrada por los concejales Yulbania Gómez Zapata como presidenta, Jamie Moncada como primer vicepresidente y Hugo Velázquez como segundo vicepresidente.

Por lo expuesto dice que está demostrado que la concejala Yulbania Gómez Zapata no ha hecho parte de la mesa directiva durante dos períodos consecutivos como lo plantea el demandante pues si bien fue electa como vicepresidenta para el período de 2020 y como presidenta para el 2022, también lo es que estos dos períodos se vieron interrumpidos por la vigencia 2021, en la que no hizo parte de la mesa directiva.

Refiere que por ello es inexistente la causal de anulación electoral propuesta al tenor del numeral 5 del artículo 75 del CPACA, y la incursión en la prohibición del inciso final del artículo 28 de la ley 136 de 1994, pues de ninguna manera se prueba la existencia de la causal de inhabilidad alguna.

Finalmente solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, declarar probadas las excepciones y mantener incólume en la acta de nombramiento de la demandada; también compulsar copias al Consejo Superior de la Judicatura para que se investigue disciplinariamente la conducta del demandante, dado que por su profesión de abogado al acusar temerariamente a servidores públicos, promover una causa manifiestamente contraria a derecho y efectuar afirmaciones maliciosas podría estar incurso en faltas contra el respeto debido a la administración de justicia y a las autoridades administrativas y contra la recta y leal realización de la justicia y los fines del Estado.

Suma lo anterior, el hecho de que, en audiencia inicial del 25 de febrero del año en curso, *“el demandante se presentó como un simple ciudadano y pretexto de ello en una deslealtad procesal eleva una consulta intentando ponerle entredicho la legitimación del representante del ministerio público para finalmente terminar reconociendo que es abogado”*.

- Parte demandante (Documento 36 expediente digital)

El demandante presenta sus alegatos reiterando los hechos de la demanda, haciendo transcripciones jurisprudenciales y citas normativas, relacionadas con el tema de la imposibilidad de ser elegido presidente del Concejo, quien haya pertenecido a mesa directiva en el año inmediatamente anterior.

Dice que a diferencia de lo que manifiesta el Concejo, la ley es explícita en que la prohibición es la elección, no el condicionamiento de haber ejercido o no; y que quedó probado que la concejala fue electa en el período 2020 y reelecta en el período inmediatamente siguiente, recalando que la inhabilidad recae sobre la elección, una nueva elección en la misma persona, y que la causal de inhabilidad se cuenta a la fecha de la elección y no la fecha en la que debe posesionarse o empezar a ejercer.

Expone que en este caso se dio la posesión el día 29 de noviembre 2021 y ejerció como primera vicepresidenta en el periodo mediatamente anterior, esto es el año 2020.

Aduce que el extremo temporal de periodo se basa en años estando prohibida la reelección para el período 2021 y 2022; que *"la reelección de la concejala en la mesa directiva se dio en el periodo inmediatamente siguiente, y la excusa de no haber ejercido como miembro de la mesa directiva en el mismo año de su elección se cae por su propio peso toda vez que el Concejo de Estado fue claro en la sentencia de 7 de noviembre 1996."*

Trae a su escrito de alegatos argumentos nuevos a los expuestos en la demanda, respecto a que el reglamento del Concejo municipal expedido en 2018 hace referencia a normas declaradas inexecutable desde 1995; y que se evidencia que solo está reglamentada la elección de la mesa directiva el primer año de sesiones, pues para el resto de periodo no existe reglamentación expresa de cuándo debe elegirse la misma; sumado a que el reglamento es *"una colcha de retazos"* de la ley 136 de 1994, y que, al estudiarse la inhabilidad para la elección de la mesa directiva, se cambia el sentido de lo que dice la ley, aplicando lo más conveniente, y solo aplicada a la presidencia.

Dice que del Acuerdo 082 del 29 noviembre 2021 se desprende que se dio la segunda vicepresidencia a la oposición y no a la primera como lo ordena la ley, omitiendo y vulnerando los preceptos legales.

Concluyó que la concejala Yulbanía Gómez Zapata fue reelecta en el extremo temporal dado para la prohibición legal, diferente a lo discutido por el apoderado judicial de la demandada.

Se pronuncia sobre la solicitud de compulsar copias planteadas en la demanda y, plantea nuevos hechos relacionados con la bancada de oposición y la elección de segunda vicepresidenta y primera vicepresidenta, aduciendo que ello amerita investigación disciplinaria, solicitando compulsar copias al ministerio público para lo de su competencia.

Luego expone que la solicitud de compulsar copias al Consejo Superior de la Judicatura no tiene fundamento en este caso, porque la demanda presentada es de una acción pública que no requiere representación judicial o el ejercicio de la abogacía; que se hace en causa propia y que, cuando se presentó la demanda no se indicó el número de tarjeta profesional, debiéndose al menos indicar cómo se obtuvo tal información.

Finalmente, se pronuncia sobre lo acontecido en la audiencia inicial llevada a cabo el día 25 de febrero del año en curso, afirmando que indagó al Ministerio Público sobre algunos aspectos, ello *“con el fin de demostrar favoritismos y conflictos de intereses toda vez que uno de los funcionarios más importantes de la Procuraduría en el departamento, más exactamente el Procurador provincial de Manizales es hermano de un Concejal de la Dorada, Caldas, el mismo que participó en la elección de la demandada”,* y que, *“a lo anteriormente mencionado el delegado el Ministerio público se disponía insultarme diciendo que no era abogado o quizás y esta fue su percepción insultó al tribunal toda vez que ya lo había manifestado el apoderado del Concejo, lo que traería lugar a que no leyó las contestaciones de la demanda por lo cual si se le paga un gran salario por conceptuar y no estaba al tanto manifiesta una conducta poco diligente a sus funciones que sí amerita la compulsas de copias toda vez que una cosa es ejercer la abogacía y otra actuar como tal en el proceso, más atacándome por no saber la estructura orgánica de su entidad como si fuera materia obligatoria.”*

Continúa diciendo que *“Se recalca que se evidenció un animus injuriandi toda vez que, cuando se le explicó por qué la pregunta, ahí no fue capaz de responder con precisión y manifestó no conocer a su compañero de trabajo, por lo cual solicito leer con detenimiento su concepto del cual de llegar a presentarlo se prevé que será en contra de la parte actora y a favor del extremo pasivo de la litis”*

Anexa a los alegatos de conclusión el acuerdo 033 de 2018 por medio del cual se deroga el Acuerdo 161 de 2011 y se determina el nuevo reglamento interno del concejo municipal de la Dorada, Caldas y aduce que, no es una nueva prueba sin una norma jurídica en la cual se puede evidenciar lo que manifiestan los alegatos de conclusión.

6. Concepto Ministerio Público (Documento 038 del Expediente digital).

Hace un recuento de las normas infringidas y concepto de violación, planteando el problema jurídico y la naturaleza de la acción electoral.

Continúa con el análisis de los cargos de nulidad formulados en la demanda y considera que, los medios probatorios incorporados al expediente demuestran que en sesión plenaria ordinaria correspondiente al acta No. 082 del 29 de noviembre de 2021, se eligió mesa directiva del Concejo Municipal de La Dorada para la vigencia 2022, siendo designada la concejala Yulbania Gómez Zapata como presidenta de esa Corporación.

Expone que, según las pruebas documentales recaudadas, la señora Yulbania Gómez Zapata no ha integrado la mesa directiva de la citada Corporación durante dos periodos consecutivos, toda vez que, si bien fue electa como vicepresidenta para el periodo de 2020 y como presidenta para la vigencia 2022, es claro que estos dos periodos se interrumpieron por la vigencia de 2021, en la que no fue elegida como integrante la mesa directiva.

Dice que en el expediente obra la certificación de fecha 16 de diciembre de 2021 expedida por el presidente del Concejo Municipal de La Dorada, en la cual se indica la conformación de la mesa directiva en el año 2021, constatándose que la señora Yulbania Gómez Zapata no hizo parte de la misma.

Por lo expuesto, manifiesta que la parte demandante no demostró la configuración de la causal de nulidad que se alega en la demanda, esto es, la infracción de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 136 de 1994; y, por el contrario, en el expediente se evidencia que la elección de la mesa directiva del Concejo Municipal de La Dorada Caldas para el año 2022 se realizó

conforme a lo preceptuado en la norma precitada; por lo que, al no demostrar los supuestos fácticos en que se soportan los cargos de nulidad sustancial formulados en relación con el acto electoral enjuiciado, debe el Tribunal negar las pretensiones de la demanda al no encontrarse configurada la causal de nulidad establecida en el numeral 5 del artículo 275 del CPACA, por no acreditarse la infracción a lo dispuesto en el último inciso del artículo 28 de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 1551 de 2012.

II. Consideraciones de la Sala

1. Problemas jurídicos a resolver

Los siguientes son los problemas jurídicos cuyo esclarecimiento y solución han de ocupar a la Sala:

1.1. ¿Hay o no lugar a declarar próspera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el demandado municipio de La Dorada, en el presente asunto?

1.2. ¿Se encuentra demostrado, que la señora Yulbania Gómez Zapata incurrió en la causal de nulidad contenida en el numeral 5 del artículo 275 del CPACA, referente a nombrar a personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o se hallen incursas en causales de inhabilidad; en este caso por el incumplimiento del último inciso del artículo 28 de la ley 136 de 1994?

Pasa esta Sala a resolver el primer problema jurídico relacionado con la legitimación en la causa por pasiva del municipio de la Dorada, antes de abordar el problema jurídico central de esta discusión.

2. De la legitimación por pasiva del municipio de la Dorada, Caldas

Frente a la excepción de *“Falta de legitimación en la causa por pasiva tanto sustancial como material”* planteada por el municipio de La Dorada, Caldas, en la contestación de la demanda, referida a no ser la autoridad competente para revocar, modificar, anular o dejar sin efectos un acto administrativo expedido por

el Concejo municipal; y que, la elección de la mesa directiva no es de competencia legal ni facultad del municipio, deben retomarse en primer lugar las pretensiones de la demanda que son:

“Primera: Declarar la nulidad de la concejal Yulbania Gómez Zapata como presidente del Concejo municipal de la Dorada (Caldas).

Segunda: Decretar la nulidad del acta de la audiencia del 29 de noviembre de 2021 en lo correspondiente a la elección de Yulbania Gómez Zapata como presidente del Concejo municipal de la Dorada (Caldas) para el periodo 2022.

Tercera: Compulsar copias al Ministerio Público para lo de su competencia”.

De las pretensiones de la demanda, se desprende claramente que, el acto del cual se predica la nulidad, fue proferido por el concejo municipal de la Dorada, Caldas.

Sobre este aspecto, se ha pronunciado el Consejo de Estado¹ de la siguiente manera:

(...) 3.1 Capacidad comparecer al proceso Se debe tener en cuenta que, para poder comparecer al proceso, ante todo se debe contar con la capacidad de ser sujeto procesal, lo cual se constituye en un presupuesto caracterizado por la aptitud que se tiene de ser titular por mandato legal de una relación jurídica en la litis.

(...)

En el caso sub examine, ha de precisarse que la norma arriba trascrita habilita la participación procesal de la autoridad que intervino o expidió el acto sin importar que cuente con personería jurídica, lo cual se traduce en este caso en concreto, que la Asamblea Departamental del Quindío, teniendo en cuenta la especial naturaleza del proceso electoral, al haber sido la autoridad que expidió el acto demandado tiene un posible interés en la decisión que resulte del proceso y por ende es un sujeto procesal de obligatoria vinculación.

Conforme con lo señalado: “La finalidad de esta norma es permitir, como se venía haciendo vía jurisprudencial desde antes de la vigencia del C.P.A.C.A., que la autoridad pública que produjo el acto administrativo demandado o la que participó en su conformación, pese a no ser parte demandada en el proceso electoral, pueda si lo considera necesario intervenir en el proceso.9”. Negritas fuera de texto.

Como conclusión tenemos que, para el caso en concreto, si bien es cierto la Asamblea Departamental del Quindío no cuenta con personería jurídica, sí se encuentra facultada por mandato legal especial para intervenir directamente en el presente medio de control de nulidad electoral, dada la capacidad de ser sujeto procesal que

¹ Consejo de Estado. Sección Quinta. Auto del 26 de mayo de 2016. CP. Dra. Rocío Araujo Oñate. Rad. 63001 23 33 000 206 00042 02 (Q).

expresamente le otorgó el numeral 2º del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011.

Dada la titularidad que ostenta la Asamblea Departamental del Quindío en la presente relación jurídica, no se hace necesaria su comparecencia a través del Gobernador del Departamento, pues como ya se advirtió es la mencionada Corporación la llamada a comparecer al proceso por la expedición del acto hoy cuestionado. (Subraya la Sala)

Y, en reciente pronunciamiento la misma Corporación² en un proceso electoral en el cual se vincula al municipio pese a que se demanda un acto proferido por el Concejo municipal, sostuvo:

“2.4.4. Excepción de indebida vinculación del municipio de Villa del Rosario.

Estima el Concejo Municipal en su escrito de apelación que el Municipio de Villa del Rosario, no tiene legitimación en la causa por pasiva porque la única entidad responsable del concurso es el concejo municipal de Villa del Rosario.

(...)

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en el auto impugnado, señaló que los concejos municipales son entidades corporativas de la administración y carecen de personería jurídica y, en ese orden, la representación judicial de tales entidades se encuentra a cargo del alcalde, como jefe de la administración local y representante legal del municipio; por tanto, el municipio debía estar vinculado al proceso.

La Sala no comparte esta apreciación, pues la capacidad para comparecer a un proceso judicial en el ámbito del contencioso administrativo y su representación legal, está regulada en la ley 1437 de 2011, en el artículo 159 que, en relación con el asunto bajo examen, dispone:

Art. 159.- “(...) Las entidades y órganos que conforman el sector central de las administraciones del nivel territorial están representadas por el respectivo gobernador o alcalde distrital o municipal. En los procesos originados en la actividad de los órganos de control del nivel territorial, la representación judicial corresponderá al respectivo personero o contralor”. (subrayado fuera de texto).

Esta sección, tuvo la oportunidad de pronunciarse, recientemente, en los siguientes términos:

“Así las cosas, esta Sección ya se había pronunciado en el sentido de indicar que, en materia electoral, la autoridad que profirió el acto tiene la capacidad para comparecer al proceso por autorización expresa de la ley, así no tenga personería jurídica.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 18 de marzo de 2021. CP. Dr. Luis Alberto Álvarez Parra. Rad. 54001-23-33-000-2020-00505-01

Precisado lo anterior, se advierte que le asiste razón al Tribunal de primera instancia al considerar que el Concejo Municipal de Medellín estaba facultado para comparecer al proceso de manera directa, por expresa autorización del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, al haber sido la entidad que profirió el acto demandado.

De acuerdo con lo anterior, al no ser necesaria la intervención del municipio de Medellín en este proceso, carece de legitimación en la causa por pasiva para contestar la demanda por no haber sido la entidad que profirió el acto demandado, no haber intervenido en su expedición, y no ser necesaria su intermediación para representar al concejo municipal y en consecuencia se confirmará la providencia apelada³.

Conforme a lo expuesto, se concluye que le asiste razón al concejo municipal, en su escrito de alzada, en el sentido de señalar que no debió vincularse al municipio de Villa del Rosario, pues, es el concejo municipal, quien tiene la legitimación para defender la legalidad del acto acusado por haber sido quien expidió dicho acto y porque conforme al artículo 159 de ley 1437 de 2011, el personero representa a este órgano de control, así no tenga personería jurídica. Por lo tanto, es procedente revocar la decisión de negar la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Municipio de Villa del Rosario, para en su defecto declararla probada. (...) (Subraya la Sala)”

De conformidad con lo expuesto, se advierte por esta Sala que, no hay razón para continuar con el municipio de la Dorada, Caldas, como demandado en el presente asunto, porque de las pretensiones de la demanda no se desprende ninguna obligación que recaiga sobre éste.

Por lo anterior, debe prosperar la excepción denominada “*Falta de legitimación en la causa por pasiva tanto sustancial como material*” propuesta por el municipio de La Dorada, Caldas, en la contestación de la demanda, tal como se dirá en la parte resolutive de esta Sentencia.

3. Análisis normativo.

El artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone:

“Artículo 139. Nulidad electoral. Cualquiera persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Auto de 15 de octubre de 2020. M. P.: Carlos Enrique Moreno Rubio. Radicación:05001-23-33-000-2020-02462-01. Demandante: Álvaro Baena Gil. Demandado: William Yeffer Vivas Lloreda – Personero de Medellín.

En elecciones por voto popular, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios, deberán demandarse junto con el acto que declara la elección. El demandante deberá precisar en qué etapas o registros electorales se presentan las irregularidades o vicios que inciden en el acto de elección.

En todo caso, las decisiones de naturaleza electoral no serán susceptibles de ser controvertidas mediante la utilización de los mecanismos para proteger los derechos e intereses colectivos regulados en la Ley 472 de 1998”.

A su vez, el numeral 5 del artículo 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contiene dentro de las causales de nulidad electoral la siguiente.

“Artículo 275. Causales de anulación electoral. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:

(...)

5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incurso en causales de inhabilidad.

3.1. Conformación de las mesas directivas en los concejos municipales.

El artículo 28 de la Ley 136 de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, regula el tema de la conformación de la mesa directiva de los Concejos municipales de la siguiente manera:

“Artículo 28º.- Mesas Directivas. La Mesa Directiva de los Concejos se compondrá de un presidente y dos vicepresidentes, elegidos separadamente para un período de un año.

El o los partidos que se declaren en oposición al alcalde, tendrán participación en la primera vicepresidencia del Concejo. (Inciso modificado por el Art 22 de la Ley 1551 de 2012)

Ningún concejal podrá ser reelegido en dos períodos consecutivos en la respectiva mesa directiva.”

El aparte normativo que el demandante reputa como vulnerado es claro y objetivo, esto es, indica que ningún concejal puede ser reelegido en dos periodos consecutivos en la respectiva mesa directiva.

4. Análisis jurisprudencial

La discusión se centra en este caso en determinar, si la demandada señora Yulbania Gómez Zapata fue o no reelegida en la mesa directiva del Concejo de La Dorada, en dos periodos consecutivos.

Frente a la figura de la reelección, de manera general la Corte Constitucional⁴ mediante sentencia C-127/18 precisó:

“(…) De la jurisprudencia revisada es posible concluir que la Corte Constitucional ha sido consistente en señalar que el uso de los límites a la reelección en el ejercicio de la función pública y del poder político en el ordenamiento jurídico colombiano, puede tener origen constitucional y en algunos casos legal. En estos últimos, teniendo en cuenta que en general comporta una afectación del derecho de participación y acceso a cargos públicos, tiene un carácter restringido, y no opera por analogía o extensión.

Al respecto, al analizar las disposiciones que limitan la reelección de funcionarios para una sola vez, la Corte ha concluido que dicha restricción (i) constituye una medida de probidad de la función pública; (ii) garantiza la participación y acceso en igualdad de condiciones a los cargos públicos; (iii) se erige en un mecanismo de control al poder político, y (iv) en algunos casos, asegura el diseño institucional del Estado.

(…)

En anteriores oportunidades la Corte Constitucional ha examinado disposiciones similares, que restringen la reelección de funcionarios, y ha establecido, al estudiar concretamente el asunto de la restricción de los derechos subjetivos que los propósitos de este tipo de medidas son: (i) garantizar la probidad de la función pública, pues evita que una persona ejerza la labor durante periodos que le permitan concentrar de forma indebida el poder; (ii) concretar la igualdad en el acceso al cargo, ya que impide que se presenten ventajas para quien concluyó recientemente el ejercicio de la función, tales como conocimientos precisos sobre las funciones; y (iii) garantizar la alternancia en el poder.

(…) (Subraya la Sala).

Por su parte, el Consejo de Estado⁵ en el marco de un proceso electoral hizo alusión al verbo rector *reelegir* en el siguiente sentido:

⁴ Corte Constitucional. Sentencia de 21 de noviembre de 2018. C – 127. CP: Dra. Cristina Pardo Schlesinger. Expediente D-12269.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 13 de octubre de 2016. CP. Dr. Alberto Yepes Barreiro. Rad. 11001-03-28-000-2015-00044-00 (principal), 11001-03-28-000-2015-00034-00, 11001-03-28-000-2015-00043-00, 11001-03-28-000-2015-00045-00.

“(…) Para dilucidar el anterior problema, debe resaltarse que la Sección ha sostenido que para efectos del ejercicio del medio de control de nulidad electoral las prohibiciones e inhabilidades deben ser interpretadas de manera objetiva. Por ejemplo, en materia de inhabilidades de gobernadores derivadas del ejercicio de autoridad por parientes de la persona elegida, se ha sostenido que resulta indiferente para su configuración que el familiar efectivamente haya ejercido las funciones del cargo revestido de autoridad, o que se demuestra la incidencia del ejercicio de dicha autoridad en el electorado, o el título bajo el cual se ejerce el cargo cuyas funciones denotan autoridad.⁶ Así mismo, por ejemplo, en el caso de las inhabilidades de los alcaldes originadas en la celebración del contrato, la Sección ha precisado que para su configuración se debe verificar si el contrato debió ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio, sin importar si efectivamente se ejecutó o cumplió allí.⁷”

Bajo ese enfoque objetivo la Sala anticipa que la correcta interpretación de la prohibición dispuesta en el artículo 28 de la Ley 99 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1263 de 2008, y el artículo 52 de los Estatutos de CARDER, debe entenderse en el sentido de que estas disposiciones impiden que una persona pueda ser elegida en tres ocasiones como director general de CARDER, sin importar que dichas designaciones se realicen por el período institucional o por un lapso inferior.

En efecto, debe destacarse que el vocablo “reelegido” contenido en las normas objeto de estudio corresponde al tiempo participio del verbo “reelegir”, el cual es definido por el diccionario de la lengua española de la Real Academia Española como la acción de “volver a elegir”.⁸ A su vez, dicho diccionario define el sustantivo “elección” como “1. f. Acción y efecto de elegir. 2. f. Designación, que regularmente se hace por votos, para algún cargo, comisión, etc. 3. f. Libertad para obrar. 4. f. pl. Emisión de votos para designar cargos políticos o de otra naturaleza.” (…)” (Subraya la Sala).

5. Análisis Fáctico

5.1. De lo probado dentro del proceso

- Acta 001 de 2 de enero de 2020 del Concejo de La Dorada:

En esta sesión se hace la elección de dignatarios de la mesa directiva del concejo municipal para la vigencia 2020, y se extrae:

“Honorable concejal Johnny Villada fue elegido como presidente del Concejo por el periodo 2020 con 10 votos a favor (...) 10 votos saca Yulbania como Primera Vice presidenta y cinco votos en blanco, entonces procedemos, invitamos a la concejal Yulbania para que haga el juramento como Primera Vice Presidenta del concejo municipal para participar en la mesa directiva (...)”

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 17001-23-31-000-2011-00637-01(Acumulado). Sentencia de 06 de mayo de 2013. Demandado: Guido Echeverry Piedrahita (Gobernador de Caldas). C.P.: Dr. Alberto Yepes Barreiro.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 23001-23-33-000-2015-00461-02. Sentencia de 8 de septiembre de 2016. Demandado: Salim Hamed Chagui Flórez (Alcalde de Cereté). C.P.: Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio.

⁸ La definición del verbo reelegir fue consultada en la página web de la Real Academia Española.

- Acta 077 de 19 de noviembre de 2020 del Concejo de La Dorada:

En esta acta consta:

“Elección de dignatarios de la mesa directiva del concejo de La Dorada – Caldas, vigencia 2021, toma de posesión u juramento con efectos fiscales a partir del primero de enero de 2021 (...).

Entonces son 13 votos para el concejal Emerson Hernández y dos votos en blanco (...) entonces el nuevo presidente de la Corporación vigencia 2021 es el concejal Emerson Hernández; entonces por favor concejal Emerson Hernández sírvase para, pasar a tomar juramento pro favor (...) toma juramento para la vigencia 2021, entendiendo que surte efectos fiscales a partir del primero de enero de 2021. (...)

Fueron 14 votos, 13 votos para a favor (SIC) del concejal Adrián González, un voto en blanco y un voto ausente (...) bueno Honorable concejal Adrián González elegido como primer vicepresidente del Concejo municipal de la Dorada, Caldas para la vigencia 2021, entendiendo que así mismo surge efectos fiscales a partir del primero de enero de 2021 (...).

13 votos para la concejal Elena Narváez, un voto en blanco y un voto ausente (...) entonces queda elegida como segunda vicepresidenta de la mesa directiva para la vigencia 2021; entonces por favor pasar acá adelante la honorable concejal Helena Narváez (...) pase a tomar juramento como segunda vicepresidenta del concejo municipal de la Dorada – Caldas para la vigencia 2021, entendiéndose que estos efectos fiscales surgen efecto a partir del año, del primero de enero de 2021 (...)”

- Acta 082 de 29 de noviembre de 2021 del Concejo de La Dorada:

De esta se transcribe:

“(...) 10 votos a favor de la concejal Yulbania Gómez Zapata, 4 votos no marcados (...) concejal YULBANIA GÓMEZ ZAPATA para que tome por favor pase al frente a tomar juramento como presidente del Concejo de la Dorada, Caldas a partir del primero de enero del 2022 (...)”

- Audio cesión del Concejo del 29 de noviembre de 2021.

Del audio en el que consta la cesión del Concejo municipal de La Dorada, Caldas, en el minuto 1:39:53 se encuentra la elección de la señora Yulbania Gómez Zapata como presidenta de la Corporación en mención; y, en el minuto 1:49:10 se le toma de juramento en tal calidad para la vigencia fiscal del 2022.

- Certificación del presidente del Concejo municipal de la Dorada de 16 de diciembre de 2021 en la que se certifica:

“Que la Mesa Directiva del Concejo Municipal de La Dorada –Caldas para la vigencia 2021, fue elegida en sesión plenaria ordinaria, realizada el día 19 de noviembre de 2020 (Acta 077 de noviembre 19 de 2021) quedando conformada así:

*PRESIDENTE: EMERSON ANDRÉS HERNANDEZ
MANRIQUEPRIMER
VICEPRESIDENTE: ADRIÁN GONZÁLEZ MORALES. SEGUNDA
VICEPRESIDENTA: ELENA NARVAEZ BARAONA”*

5.2. Lo que se encuentra probado.

De las pruebas que reposan dentro del proceso, se encuentra probado lo siguiente:

- La señora Yulbania Gómez Zapata fue elegida el 2 de enero de 2020 como primera vice presidenta del Concejo municipal de la Dorada para esa vigencia (2020).
- El 19 de noviembre de 2020 se eligió la mesa directiva del concejo municipal de la Dorada, Caldas para la vigencia 2021, siendo electo como presidente el señor Emerson Andrés Hernández Manrique; primer vicepresidente, señor Adrián González Morales; y, segunda vicepresidenta, señora Elena Narvéez Baraona.
- La señora Yulbania Gómez Zapata no hizo parte de la mesa directiva del Concejo municipal de La Dorada para el periodo 2021.
- La señora Yulbania Gómez Zapata fue elegida el 29 de noviembre de 2021 como presidenta del Concejo municipal de la Dorada a partir del 1° de enero de 2022.

Ahora bien, se está demandando la elección de la señora Yulbania Gómez Zapata como presidente del concejo municipal de La Dorada, Caldas, pues considera el demandante que fue reelegida para hacer parte de la mesa directiva por dos periodos consecutivos.

Al respecto, para esta Sala la prohibición legal es clara al establecer que no se puede reelegir a un integrante de la mesa directiva de concejo municipal para dos periodos consecutivos, pero, se encuentra que en este caso, para el periodo 2021 la señora Gómez Zapata no hizo parte de la mesa directiva de la Corporación, tal como se certificó.

En efecto, no hay duda que debe estudiarse la prohibición expresamente como lo dice la norma, y ésta no se refiere a dos años consecutivos, sino a dos periodos consecutivos.

Para esclarecer el alcance del término “periodo” en materia electoral, el Consejo de Estado⁹ recientemente ha precisado:

*“(...) No obstante, conviene recordar que esta Sala Electoral, en reciente providencia¹⁰, manifestó que “...el Consejo de Estado, desde vieja data¹¹, señaló que el **periodo personal** se cuenta a partir de la posesión del elegido, se ejerce el cargo durante el tiempo que señala la norma correspondiente y la falta absoluta del funcionario da lugar a una nueva elección para un nuevo período y **el institucional** es señalado por la norma, parte `...de una fecha determinada y por consiguiente debe finalizar en una fecha determinable”. (...)” (Negrillas del texto. Subraya la Sala.)”.*

En este caso, la posesión en el cargo es una situación que se da cuando se toma el juramento por parte del elegido o nombrado, para cumplir y defender la Constitución y las leyes, cumplir con las obligaciones propias del cargo correspondiente; y sólo, a partir de ese momento, se ejercen completamente las funciones del mismo.

Se concluye entonces que, la prohibición que se le imputa a la demandada en este caso no se configura porque la señora Yulbania Gómez Zapata fue elegida en la mesa directiva para el periodo 2020 y, luego, para el periodo 2022, periodos que no son consecutivos, porque entre ambos corrió el periodo 2021, en el cual no hizo parte de la mesa directiva; motivos suficientes para no encontrar a la demandada incurso en la prohibición legal referida.

En conclusión, no se encuentra demostrado en este caso que la señora Yulbania Gómez Zapata haya incurrido en la causal de nulidad contenida en el numeral 5 del artículo 275 del CPACA, referida a nombrar a personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o se hallen incursas en causales de inhabilidad; en este caso por el incumplimiento del último inciso del artículo 28 de la ley 136 de 1994, por lo que se negarán

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 16 de septiembre de 2021. CP. Dr. Pedro Pablo Vanegas Gil. Rad. 11001-03-28-000-2021-00020-00.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 18 de febrero de 2021, Rad. 11001032800020200005800, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, fallo de 29 de septiembre de 2000, Rad. No. 246, demandante: Arnulfo Gómez Parada, M.P. Roberto Medina López.

las pretensiones de la demanda, tal como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

Por lo expuesto, deberán declararse probadas excepciones denominadas “*Inexistencia de causales de nulidad electoral*”, “*Causa o actuación manifiestamente contraria a derecho*” y “*Presunción de legalidad y buena fe*”, propuestas por el demandado Concejo municipal de La Dorada, Caldas, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

Y frente a la excepción que denomina “*Acusaciones maliciosas, citas inexactas y acusación temeraria*”, esta Sala la declarará no probada, porque no se encuentra demostrada la temeridad con las pretensiones de nulidad electoral, los hechos expuestos y las normas invocadas.

Finalmente no puede esta Sala pasar por alto las afirmaciones realizadas por el demandante en su escrito de alegatos, donde afirma haber sido maltratado por el señor agente del Ministerio Público en la audiencia inicial llevada a cabo el día 25 de febrero del año en curso; afirmaciones que difieren absolutamente con la realidad de lo acontecido en la audiencia en mención, pues el señor Agente del Ministerio Público, como siempre, tuvo un trato respetuoso y profesional hacia los asistentes a la audiencia, entre ellos, el demandante.

6. Costas.

No se condena en costas en el presente asunto, por expresa disposición legal del artículo 188 del CPACA, por ser este un asunto de interés público.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO de CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. Falla

Primero: Declarar probada la excepción denominada “*Falta de legitimación en la causa por pasiva tanto sustancial como material*”, propuesta por el municipio de La Dorada, Caldas.

Segundo: Declarar probadas las excepciones denominadas *“Inexistencia de causales de nulidad electoral”, “Causa o actuación manifiestamente contraria a derecho”* y *“Presunción de legalidad y buena fe”* propuestas por el Concejo municipal de La Dorada, Caldas.

Tercero: Declarar no probada la excepción denominada *“Acusaciones maliciosas, citas inexactas y acusación temeraria”* planteada por el Concejo municipal de La Dorada, Caldas.

Cuarto: Negar las pretensiones del accionante del medio de control electoral interpuesta por el señor Carlos Ossa Barrera contra la elección de la señora Yulbania Gómez Zapata como presidenta de la mesa directiva del Concejo municipal de la Dorada, Caldas.

Quinto: No habrá condena en costas, en armonía con lo considerado en precedencia.

Sexto: Notifíquese en la forma establecida por el artículo 289 del CPACA, en concordancia con el artículo 8 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020.

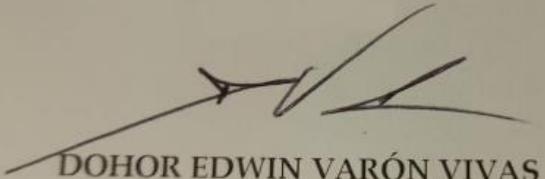
Séptimo: Archívesela actuación una vez ejecutoriada esta providencia y hágase el registro correspondiente en el Programa Informático Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase,

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.



Magistrada Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, primero (1) de abril de dos mil veintidós (2022).

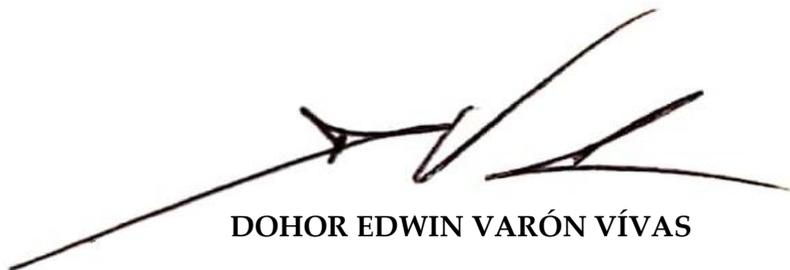
A.S. 077

Radicado: 17-001-23-33-000-2021-00031-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento
Demandante: Germán Camilo Díaz Fajardo
Demandados: Universidad de Caldas

Conforme a la solicitud elevada por el apoderado del demandante, se indica que se acepta la solicitud de aplazar la audiencia programada para el 5 de abril del año en curso y, en consecuencia, **se fija** como nueva fecha para llevar a cabo la audiencia de pruebas de conformidad con el artículo 181 del CPACA, el día **12 de julio de 2022 a partir de las 9:00 am.**, para tal efecto, las partes podrán acceder a la diligencia en el siguiente enlace: <https://call.lifesizecloud.com/14026145>

Se requiere a los apoderados de los sujetos procesales, informar los correos electrónicos y números telefónicos, previamente a la celebración de la audiencia al correo: sgtadminld@notificacionesrj.gov.co, para enviarles el enlace del aplicativo a través del cual se realizará la audiencia.

Notifíquese



DOHOR EDWIN VARÓN VÍVAS

Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente proceso, recibido por ventanilla virtual, proveniente del Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, primero (01) de abril de dos mil veintidós (2022)



Carlos Andrés Díez Vargas

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, primero (01) de abril de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17001-33-39-005-2018-00593-01
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	MARIA EMMA GÓMEZ MEJÍA
DEMANDADO	MINISTERIO DE EDUCACION - FOMAG - DEPARTAMENTO DE CALDAS

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹ (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021) **SE ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante el 16 de julio de 2021 (No. 20 expediente electrónico juzgado) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el 30 de junio de 2021, al haberse interpuesto de manera oportuna, es decir, dentro de los 10 días

¹ También CPACA

siguientes a la notificación de la sentencia, actuación procesal que se efectuó el 13 de julio de 2021.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, surtido lo anterior envíese mensaje de datos con copia de la presente providencia, según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maestrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 59 de fecha 04 de abril de 2022. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,



Carlos Andrés Díez Vargas
Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente proceso, recibido por ventanilla virtual, proveniente del Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, primero (01) de abril de dos mil veintidós (2022)



Carlos Andrés Díez Vargas
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, primero (01) de abril de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17001-33-39-005-2019-00136-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	MERCEDES CARDONA OSORIO
DEMANDADO	MINISTERIO DE EDUCACION - FOMAG - DEPARTAMENTO DE CALDAS

De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹ (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021) **SE ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada Ministerio de Educación el 16 de diciembre de 2021 (No. 22 expediente electrónico juzgado) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el 23 de noviembre de 2021, al haberse interpuesto de manera

¹ También CPACA

oportuna, es decir, dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia, actuación procesal que se efectuó el 24 de noviembre de 2021.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, surtido lo anterior envíese mensaje de datos con copia de la presente providencia, según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maestrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 59 de fecha 04 de abril de 2022. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,



Carlos Andrés Díez Vargas
Secretario