

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 199

Manizales, cinco (05) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-33-39-006-2019-00439-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Juliana Salazar Londoño
Demandado: Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada frente a la sentencia emitida el 25 de marzo de 2021 por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita, inaplicar *“el artículo 17 del Acuerdo PSAA15-10402 de La Sala Administrativa del Consejo Superior de La Judicatura, en cuanto a la denominación “GRADO 23” asignada al cargo de ABOGADO ASESOR creado mediante dicho Acuerdo, por no existir razón alguna que indique que los ABOGADOS ASESORES de Tribunal Judicial tengan un tratamiento salarial y prestacional diferente al asignado por el Gobierno Nacional”*.

Que además, se declare la nulidad de: i) la Resolución DESAJMAR18-1259 del 14 de agosto de 2018, mediante el cual se negó la reliquidación con efectos retroactivos de las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el *“grado 23”* y el salario del cargo nominado de abogado asesor; y ii) el acto ficto derivado del silencio administrativo negativo, proveniente del recurso de apelación interpuesto el 03 de septiembre de 2018.

Que en consecuencia, se ordene a la demandada reconocer que el cargo de Abogado Asesor que ha desempeñado, durante su tiempo de vinculación al servicio de la Rama Judicial, hasta la fecha, no ostenta ninguna denominación o grado adicional o diferencial al de *“Abogado Asesor de Tribunal Judicial”*, conforme con lo reglamentado por el Gobierno Nacional a través de los Decretos 1013 de 2017 y 337 de 2018, así como los que los modifiquen, sustituyan o adicione. Que la remuneración salarial del cargo de *“Abogado Asesor”* debe liquidarse según lo preceptuado por el Gobierno Nacional a través del artículo 4 de los citados Decretos.

Que se condene a la Rama Judicial a reconocer, liquidar y pagar con efectos retroactivos, las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el “grado 23”, que se le han venido cancelando erróneamente y el cargo de “*Abogado Asesor de Tribunal Judicial*”, de acuerdo con lo dispuesto en los señalados decretos de asignación salarial y prestacional, durante el tiempo de vinculación en el Tribunal Superior de Manizales – Sala Laboral, en el cargo de Abogado Asesor.

Que las sumas que resulten a favor de la demandante sean indexadas según el IPC, conforme a lo establecido en el artículo 187 del CPACA, desde la fecha de vinculación al cargo de asesor hasta el pago efectivo de la obligación y condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada. Finalmente solicitó que se ordene al pago de intereses que se generen a partir de la fecha de la sentencia.

1.2. Sustento fáctico relevante

Señaló que, la demandante ocupó el cargo de “*Abogado Asesor*” entre el 1° de junio de 2017 y el 30 de junio de 2018, por lo que para efectos salariales le eran aplicables los Decretos 1013 de 2017 y 337 de 2018, expedidos por el Gobierno Nacional en desarrollo de lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992.

Su vinculación como *Abogada Asesora grado 23* surgió con ocasión a los Acuerdos expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que crearon dicho cargo, por lo que el 5 de diciembre de 2017, solicitó a la demandada inaplicar por excepción de inconstitucionalidad la expresión “*grado 23*” contenida en tales Acuerdos, en tanto le asignaron al cargo de Abogado Asesor de los despachos de este Tribunal una remuneración diferente a los empleados que ocupan el cargo de Abogado Asesor de Tribunal a nivel nacional, asimismo solicitó la reliquidación con efectos retroactivos de las diferencias salariales y prestacionales existentes entre dichos cargos.

La demandada mediante Resolución DESAJMAR18-1259 del 14 de agosto de 2018, negó la petición anterior; contra la decisión presentó recurso de apelación; no obstante, la demandada no se pronunció, configurándose así el silencio administrativo negativo.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Se considera que, con los actos demandados se han vulnerado los artículos 4, 13 53, 150 y 257 de la Constitución; Leyes 4 de 1992, 270 de 1996 y los Decretos 194 de 2014, 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017 y 337 de 2018.

Como fundamento de lo anterior indicó que, los actos administrativos censurados están viciados de nulidad relativa por la violación de la Ley, por cuanto en cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 19 del artículo 150 C.P., el Congreso de la República expidió la Ley 4 de 1992, por medio de la cual se fijó el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos; dentro de los criterios y objetivos allí determinados para el efecto, los cuales estaban, el establecimiento de rangos de remuneración para los cargos de los niveles profesional y asesor.

Que el Gobierno Nacional en desarrollo de dicha normativa expidió los Decretos Salariales 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014 en los cuales estableció la remuneración mensual para el *Abogado Asesor de Tribunal Judicial* y señaló expresamente que *“la remuneración mensual para los empleos de la Rama Judicial y la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores (4 y 5) se regirá por la siguiente escala...”* lo cual supuso una remuneración subsidiaria aplicable según el grado asignado, solo para aquellos cargos que no estuvieran contemplados en forma expresa en dichos decretos, lo cual no es el caso del cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial, pues este corresponde a una denominación expresamente allí efectuada, con su respectiva remuneración.

Dichos decretos reglamentarios expresamente refieren que *“Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente Decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4 de 1992”* y que *“Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos”*.

Posteriormente se expidieron los Decretos 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017 y 337 de 2018, los cuales determinaron el reajuste de las escalas salariales que regulan la remuneración mensual y asignaciones básicas mensuales de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial en ese mismo sentido.

Que en virtud de lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 270 de 1996, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura goza de la facultad constitucional y legal para “crear” los cargos que estime necesarios para la Administración de Justicia, determinar sus funciones y señalar los requisitos para su desempeño, solo cuando aquellos no hayan sido fijados por la Ley, pero que en el caso bajo juzgamiento, ese órgano hizo uso extralimitado de dicha potestad a efectos de expedir los Acuerdos de medidas de descongestión para los Tribunales Superiores y Administrativos entre los años 2011 y 2015, al señalar un grado 23 en el cargo de Abogado Asesor con un efecto salarial diverso frente al fijado, por competencia constitucional y legal por el Gobierno Nacional a través de los Decretos señalados para el Abogado Asesor de Tribunal Judicial.

Que la diferencia salarial entre dichos cargos afecta la liquidación de sus bonificaciones, vacaciones, primas de vacaciones, prima de navidad y cesantías. Que a efectos de su liquidación salarial y prestacional en el llamado cargo de Abogado Asesor “Grado 23”, la entidad demandada debió tomar el valor de la escala salarial establecido para el cargo de Abogado Asesor de Tribunal, y que la situación descrita permite predicar que los actos administrativos enjuiciados incurrieron en una flagrante vulneración a los cánones constitucionales, legales y reglamentarios invocados.

2. Contestación de la demanda

La **demandada** se opuso a las pretensiones de la actora y en cuanto a los hechos aceptó la expedición del acuerdo PSAA15-10402 de 2015 que creó el cargo de Abogado Asesor Grado 23 y sostuvo estarse a lo probado sobre el desempeño o no de la demandante en dicho cargo;

agregó que, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y en la Ley 4ª de 1992, la facultad para fijar las remuneraciones de los servidores públicos radica única y exclusivamente en el Gobierno Nacional, tal como se dispuso en el Decreto 57 de 1993, en el cual estableció el nuevo régimen salarial y prestacional de los servidores de la Rama Judicial.

Que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura tiene potestades para crear cargos con el fin de descongestionar los despachos judiciales, conforme lo establece el artículo 63 de la Ley 270 de 1996.

Recalcó que, los cargos creados para Tribunales Administrativos y Superiores, corresponde a "Abogado grado 23" y no "Abogado Asesor". Expuso que la competencia que tiene el Consejo Superior de la Judicatura es la de crear, fusionar, suprimir los cargos de la Rama Judicial, facultad que se encuentra en la Constitución y la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones que denominó: "Falta de causa para demandar", "Legalidad de los actos administrativos" e "Innominada".

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* accedió a las pretensiones de la demandante, dispuso inaplicar por inconstitucionalidad la expresión "Grado 23" relacionada al cargo Abogado Asesor contenida en el literal a del artículo 17 del Acuerdo No. PSAA15-10402 del 29 de octubre de 2015, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y en consecuencia la nulidad de la Resolución DESAJMAR18-1259 expedida el 14 de agosto de 2018 y del acto ficto originado en el silencio administrativo derivado del recurso de apelación interpuesto el 3 de septiembre de 2018.

A título de restablecimiento del derecho ordenó a la accionada reconocer y pagar a favor de la accionante, la diferencia existente entre los salarios y prestaciones sociales devengados durante el tiempo laborado en el cargo de Abogado Asesor Grado 23 de la Sala Laboral del Tribunal Superior; y la asignación salarial y demás prestaciones dispuestas mediante decreto, por el Gobierno Nacional para el cargo de "Abogado Asesor de Tribunal judicial".

Como fundamento de su decisión señaló que, si bien al Consejo Superior de la Judicatura en su Sala Administrativa, le fue otorgada de manera expresa la facultad de intervenir en la administración de justicia, mediante creación, modificación o supresión de los cargos, le asiste razón a la parte demandante al denunciar la extralimitación en que incurrió el Consejo Superior de la Judicatura en dichas facultades, al crear y asignar grados salariales a cargos ya nominados por el Ejecutivo de manera específica; pues tal facultad sólo podía darse sobre empleos no creados mediante los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, para los cuales sí podía fijar su remuneración asignándoles grados salariales, no siendo este el caso del cargo de abogado asesor.

Igualmente sustentó su posición en sentencia del Consejo de Estado, radicado: 05001-23-31-000-2003-04078-01(0137-13) en la cual se discutió un asunto similar en que, el Consejo

Superior de la Judicatura asignó un grado salarial al cargo de “Escribiente”, providencia en la cual dicha corporación concluyó que tal atribución no era competencia del Consejo Superior de la Judicatura, pues el ejecutivo con anterioridad había determinado “*de manera precisa los grados y la escala salarial para el cargo de Escribiente*”.

4. Recurso de apelación

La **parte accionada** solicitó revocar la sentencia argumentando que, el cargo de abogado asesor grado 23 de ninguna manera puede ser homologado al cargo de abogado asesor nominado, es decir, sin grado, cuya remuneración se encontraba contemplada en el numeral 2º del artículo 4º de la misma norma, pues su creación se dio como un abogado asesor grado 23, destacando que los apartes del acuerdo de los cuales se solicita su inaplicación fueron expedidos en cumplimiento a las funciones del Consejo Superior de la Judicatura.

Resaltó que la ley estatutaria de administración de justicia – Ley 270 de 1996 - otorgó plenas facultades al Consejo Superior de la Judicatura para que dentro de la autonomía administrativa procediera con el plan de descongestión, determinara el tipo de cargos que se requerían crear de manera transitoria, realizara el seguimiento de las medidas, el control y la revisión de metas.

Finalmente arguyó que el Consejo de Estado ha vedado la posibilidad de nivelar salarialmente cargos al interior de la Rama Judicial, ello en sentencia emitida en un caso análogo con radicado 25000-23-25-000-2005-09472-01(0021-11).

II. Consideraciones

1. Problema Jurídico

Visto el escrito de demanda, la oposición planteada por la accionada y el recurso de apelación formulado, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar: *¿Procede la solicitud de inaplicación por inconstitucionalidad de la expresión “Grado 23” para nominar el cargo de Abogado Asesor, contenida en los Acuerdos expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que crearon dicho cargo?*

2. Tesis del Tribunal

Es procedente inaplicar por inconstitucional la expresión “Grado 23” para nominar el cargo de *Abogado Asesor*, contenida en los Acuerdos que crearon y prorrogaron dicho cargo para el Tribunal Superior de Manizales, por cuanto la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura no tenía competencia para crear o variar la remuneración aplicable para ese cargo, toda vez que, este y su remuneración se encontraban expresamente señalados en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993 y los decretos anuales que fijaban el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial. No podía acudir a la norma supletoria señalada en el artículo 4º ibidem para ubicar la remuneración en el grado 23, la cual resulta inferior, pues dicha tabla aplica únicamente para los cargos que no estuviesen denominados expresamente en el artículo 3o.

Para desarrollar lo anterior, la Sala hará referencia al: i) marco normativo y jurisprudencial aplicable, para descender al análisis del ii) caso concreto.

3. Marco normativo y jurisprudencia

3.1. Concepto y alcance de la excepción de inconstitucionalidad

La “*excepción de inconstitucionalidad*” tiene su fundamento en el artículo 4º de la Constitución Política de 1991, según el cual, cuando existen normas contrarias a la Constitución, se preferirán las contenidas en la Carta Política debido a su superioridad jerárquica y aplicación inmediata.

La Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que, se trata de una facultad, así como de un deber que tienen las autoridades, tanto judiciales como administrativas, para inaplicar una norma y en su lugar hacer efectiva la Constitución, consolidándose como una suerte de control de constitucionalidad difuso: “*En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política*”.¹

Así las cosas, la primera nota esencial de la excepción de inconstitucionalidad es que puede ser ejercida de manera oficiosa² o a solicitud de parte, y procede cuando se está frente a alguna de las siguientes circunstancias:³

- 1) La norma es contraria a las cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, toda vez que «*de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompañarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado*»;⁴
- 2) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso;⁵ o

¹ Sentencia SU-132 de 2013.

² Sentencia T-808 de 2007.

³ Sistematizadas en la sentencia T-681 de 2016, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio.

⁴ Sentencia T-103 de 2010.

⁵ En sentencia T-669 de 1996 se desarrolló esta hipótesis, fijando que «*en tales eventos, el funcionario judicial está obligado a aplicar la excepción de inconstitucionalidad, pues la Constitución es norma de normas (CP art. 4º) o, en caso de que no lo considere pertinente, debe mostrar de manera suficiente que la disposición que, dada la situación del caso concreto, pretende aplicar tiene en realidad un contenido normativo en parte diferente a la norma declarada inexecutable, por lo cual puede seguirse considerando constitucional. Si el funcionario aplica la norma y no justifica su distanciamiento frente al pronunciamiento previo de la Corte Constitucional sobre el mismo tema, estaríamos en presencia de una vía de hecho, pues el funcionario judicial decide aplicar caprichosamente de preferencia las disposiciones legales a las normas constitucionales, en contravía de expresos pronunciamientos sobre el punto del tribunal constitucional, máximo intérprete y guardián de la Carta (CP arts. 4º, 241 y 243).*»

- 3) En virtud de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento *«iusfundamental»*⁶. En otras palabras, *«puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales»*.⁷

La segunda característica esencial de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, es que su alcance es inter-partes y, por ende, la norma inaplicada al prosperar la excepción de inconstitucionalidad, no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida.⁸ Con lo que se conserva la competencia funcional atribuida por el Constituyente Primario de 1991 en el artículo 241 a la Corte Constitucional para pronunciarse de fondo sobre la materia, siendo esta la instancia última de control de constitucionalidad de las leyes, conforme al referido artículo 241 superior.

Así, el Consejo de Estado en la sentencia de 27 de enero de 2000, radicación número 911-1801-99, sobre la aplicación de esta figura frente a un Acuerdo expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, señaló:

“...no podía el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, fijarle grados, porque la norma señaló una sola denominación y remuneración. La facultad de señalar grados a diferentes cargos la tenía únicamente para aquellos no ubicados dentro de la denominación de que trata el artículo 3º del Decreto 57 de 1.993.

Así las cosas, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa - al señalar grados para el cargo de escribiente y como consecuencia de ello, disminuir la remuneración de la actora con ocasión de la fijación de los requisitos para el desempeño del cargo, es inconstitucional, ya que no podía fijar grados y modificar la escala salarial establecida en el artículo 3º del Decreto 57 de 1.993.

En estas condiciones, como la parte actora en los hechos de la demanda y el concepto de violación invocó la inconstitucionalidad del Acuerdo No. 05 de 15 de febrero de 1.993, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, la Sala, de manera oficiosa, procede a inaplicarlo por inconstitucional...”

3.2. Competencia del Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores de la Rama Judicial.

La Constitución dispuso en su artículo 150 como una de las atribuciones del Congreso:

*“19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:
(...)”*

⁶ Sentencia T-103 de 2010.

⁷ Sentencia T-331 de 2014. En este mismo sentido, ver sentencia C-803 de 2006.

⁸ Sentencias SU-132 de 2013 y C-122 de 2011.

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública. (...)

En ejercicio de tal atribución, el Congreso de la República expidió la Ley 4 de 1992 “*Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, (...), de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.*”, a través de la cual estableció que, el Gobierno Nacional fijaría el régimen salarial y prestacional, entre otros, de los empleados públicos de la Rama Judicial.

Esa ley dispuso que, para la fijación del régimen salarial y prestacional de dichos servidores el Gobierno tendría en cuenta, además, los siguientes criterios (artículo 2):

“a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;

(...)

El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;

j) El establecimiento de rangos de remuneración para los cargos de los niveles profesional, asesor, ejecutivo y directivo de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva y de la Organización Electoral; (...) (Se destaca)

Por su parte, el artículo 3 previó que, el sistema salarial de los servidores públicos está integrado por los siguientes elementos: “*la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos.*” (Se destaca)

En torno al alcance de las escalas salariales, la Corte Constitucional en Sentencia C-416 de 1992, señaló que “*no son otra cosa que los grados o niveles dentro de los cuales se ubican los salarios que el Estado reconoce a sus servidores.*”

3.3. Competencia del Consejo Superior de la Judicatura para crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la Rama Judicial

De conformidad con el artículo 116 de la Carta Política, el Consejo Superior de la Judicatura hace parte de la Rama Judicial; los artículos 254, 255, 256 y 257 ibidem regularon, en su texto original y en su orden: i) su integración y el período de sus magistrados, ii) los requisitos para ser miembro de este Consejo Superior, iii) sus atribuciones y iv) funciones. Específicamente, el artículo 257 Constitucional, fijó como funciones, las siguientes:

2. Crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la administración de justicia. En ejercicio de esta atribución, el Consejo Superior de la Judicatura no podrá establecer a cargo del Tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales.

3. *Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador. (...)*

Acerca del alcance de dichas funciones, la Corte Constitucional en sentencia SU-539 de 2012, destacó su carácter administrativo, al señalar que:

“La interpretación adecuada de los artículos 256 y 257 del Texto Superior, es aquella según la cual la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ejerce y está sujeta a las funciones administrativas determinadas por la Constitución y la ley, comoquiera que los dos artículos referidos expresamente señalan que le corresponde al Consejo Superior de la Judicatura el cumplimiento de sus atribuciones y funciones “de acuerdo con la ley” y “con sujeción a la ley”.

Y concluyó que *“(i) el Consejo Superior de la Judicatura tiene la facultad de reglamentar materias administrativas y funcionales de la administración de justicia; y (ii) en ejercicio de esa facultad (...) no puede ocuparse de asuntos de competencia exclusiva del legislador, en los términos previstos en los artículos 125 y 150-23 de la Constitución, como lo es la clasificación de los cargos de la rama judicial”.* Criterio pacífico desde la sentencia C-265 de 1993⁹ que destacó que, las funciones asignadas a la Sala Administrativa, son de índole netamente administrativa y su ejercicio está atado a la Constitución y la ley.

En torno a su función constitucional de creación y modificación de cargos, la Corte Constitucional también indicó que, es una atribución *in genere* que ofrece una herramienta práctica para atender de manera satisfactoria la demanda del servicio de administración de justicia y que, dentro de ese marco constitucional y legal, podrá crear cargos de duración indefinida o de vigencia precisa¹⁰.

Ahora bien, el desarrollo legislativo de las funciones del Consejo Superior de la Judicatura se vio reflejado en la Ley 270 de 1996 que reiteró en su artículo 75 el mandato superior atinente a que *“Al Consejo Superior de la Judicatura le corresponde la administración de la Rama Judicial y ejercer la función disciplinaria, de conformidad con la Constitución Política y lo dispuesto en esta ley”.*

Dentro de las funciones administrativas asignadas al Consejo Superior, el numeral 9 del artículo 85 de la norma citada, previó su competencia para *“9. Determinar la estructura y las plantas de personal de las Corporaciones y Juzgados. Para tal efecto podrá crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la Rama Judicial, determinar sus funciones y señalar los requisitos para su desempeño que no hayan sido fijados por la Ley”.*

Para la Sala, no hay duda entonces que, las normas constitucionales y legales antes transcritas, le otorgan al Consejo Superior de la Judicatura facultades de reglamentación, lo

⁹ Véase también la sentencia T-176 de 2016

¹⁰ T-633 de 2007

que demuestra una autorización constitucional y legal para que pueda dictar los reglamentos necesarios para hacer eficaz el funcionamiento de la Administración de Justicia, limitándose en lo dispuesto en mandatos superiores.

Ello también la habilita para determinar la estructura de las plantas de personal de las Corporaciones y de los Juzgados, facultándosele en consecuencia, para crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos al interior de la Rama Judicial, con el consecuente señalamiento de requisitos y funciones para su desempeño, siempre que no hayan sido fijados por la ley¹¹.

Precisamente en atención a dichos límites, el Consejo de Estado en sentencia del 16 de abril de 2009¹² concluyó que, el Consejo Superior de la Judicatura incurrió en una transgresión a normas superiores cuando fijaba una remuneración a un cargo cuya denominación se encuentra expresamente establecida en los Decretos Nacionales que regulan el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial. Ello en un asunto en el cual declaró la nulidad parcial de un Acuerdo en el cual varió la remuneración de un Oficial Mayor nominado de Tribunal Nacional, Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Tribunales Administrativos y Consejos Seccionales de la Judicatura, que estaba establecida taxativamente en los decretos nacionales, al respecto precisó:

“Sostiene la parte actora que la actuación del Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa, de señalar grados para el cargo de Oficial Mayor con ocasión de la fijación de los requisitos para el desempeño del cargo y, como consecuencia de ello, variar la remuneración contemplada en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993, resulta ilegal e inconstitucional.

La Sección Segunda ya ha tenido oportunidad de estudiar el mismo cargo frente a otros empleos de la rama jurisdiccional¹³, dentro de los procesos instaurados contra el Consejo Superior de Judicatura, en los cuales igualmente se ha solicitado la nulidad parcial del mismo Acuerdo 05 de 1993. En aquellas oportunidades la Sala ha llegado a la convicción de que el Consejo Superior de la Judicatura no puede variar la remuneración contemplada en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993.

Y como en esta ocasión no encuentra ninguna argumentación adicional contundente, por parte de la entidad demanda, para desvirtuar lo decidido en los precedentes que se citan, se permite exponer nuevamente la ratio decidendi, determinante para acceder a las súplicas de la demanda.
(...)

Así entonces, como el cargo de Oficial Mayor se encontraba contemplado en el artículo 3º del decreto 57 de 1993, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, carecía de la facultad para determinarle grados y, además, no era competente para fijar su remuneración, pues tal potestad, como se dijo, correspondía al Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia del 19 de abril de 2012. Rad.: 11001-03-25-000-2006-0013000(2018-06).

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, 16 de abril de dos 2009. Rad.: 11001-0325-000-2006-00055-00(1130-06)

¹³ Ver expedientes 110/99 – 1846/99 – 1801/99 – 7375/05 – 2630/05

En esas condiciones, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, al señalar la remuneración con ocasión de la fijación de los requisitos para el desempeño del cargo, resulta inconstitucional”. (Se destaca)

También en sentencia del 20 de octubre de 2014¹⁴, al examinar un asunto en el cual se debatía la legalidad de la remuneración mensual de los escribientes de Juzgados del Circuito, por cuanto se circunscribía a un Acuerdo expedido por el Consejo Superior de la Judicatura que modificó sus grados y denominación, sostuvo que incurría en un exceso de su facultad reglamentaria al desconocer los decretos salariales y procedía *motu proprio*, a fijar remuneraciones mensuales:

“Así entonces, como el cargo de Escribiente se encontraba contemplado en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, carecía de facultad para determinarle grados y, además, no era competente para fijar su remuneración, pues ello, como se dijo, correspondía al Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la ley 4ª de 1992.

En esas condiciones, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa - al señalar grados para el cargo de escribiente y, como consecuencia, variar la remuneración con ocasión de la fijación de los requisitos para el desempeño del cargo, resulta inconstitucional. En sentido similar se ha pronunciado esta Sección en varias ocasiones inaplicando la disposición que mediante esta sentencia de anula”¹⁵.

(...)

Lo anterior permite concluir que es evidente la diferencia salarial existente entre el valor que debía reconocerse al actor, en aplicación de los decretos anuales que consagraron el salario correspondiente al escribiente de Juzgado de Circuito y el que determinó aplicar la Dirección de Administración Judicial, en virtud de lo dispuesto en el referido Acuerdo 05 de 1993.”

En este mismo sentido se ha pronunciado la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencias del 9 de febrero de 2012¹⁶, 26 de septiembre de 2012¹⁷, 2 de mayo de 2013¹⁸, 12 de mayo de 2014¹⁹, entre otras providencias. Sin duda, el criterio expuesto es pacífico y reiterado.

En conclusión, si bien el Consejo Superior de la Judicatura tiene la potestad de crear, fusionar, trasladar y suprimir cargos necesarios para el funcionamiento de la Administración de Justicia, no tiene competencia para fijar o variar la remuneración a un cargo cuya denominación se encuentra expresamente establecida por los decretos

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia del 20 de octubre de 2014, Rad.: 0500123-31-000-2001-02343-01(0054-13).

¹⁵ Consejero Ponente Alberto Arango Mantilla, Rad. 11001-03-25-000-1998-0130-000 (1711/98)

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad.: 05001-23-31-000-2003-02448-01(2135-10)

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad.: 05001-23-31-000-2001-02457-01 (1584-11)

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, 2 de mayo de 2013. Rad.: 05001-23-31000-2001-04365-01(0081-10).

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad.: 05001-23-31-000-2003-04078-01(0137-13)

expedidos por el Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992 y que regulan el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial.

3.4. Régimen Salarial de la Rama Judicial

En desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4 de 1992, el Presidente de la República expidió el Decreto 57 de 1993, a través del cual *“dictó normas sobre el Régimen Salarial y Prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones”* y estableció que sería aplicable a los servidores judiciales vinculados y que antes del 28 de febrero de 1993 optaran por el régimen salarial y prestacional establecido en este Decreto, y a quienes se vinculen al servicio con posterioridad a su vigencia.

En el artículo 3º, se establece la remuneración mensual de los empleos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, a partir del 1º de enero de 1993, indicando la denominación de los cargos, sin fijarles un grado.

En el artículo 4º se establece la remuneración mensual para los empleos *“cuya denominación del cargo no esté señalada en el artículo anterior”*, para lo cual contempla una escala o tabla de grados del 01 al 33.

Tal sistema de fijación salarial se consolidó con los Decretos 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995, 36 de 1996, 76 de 1997, 64 de 1998, 43 de 1999, 2740 de 2000, Decreto 2777 de 2001, 673 de 2002, 3569 de 2003, 4172 de 2004, 936 de 2005, 389 de 2006, 618 de 2007, 658 de 2008, 723 de 2009, 1388 de 2010, 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014, 1257 de 2015²⁰, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018, 991 de 2019 y subsiguientes, expedidos por el Presidente de la República, a través de los cuales, año a año ha fijado la remuneración mensual o el reajuste porcentual anual de las escalas salariales de los empleos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar.

3.5. Cargo y Remuneración Abogado Asesor de Tribunal Judicial y grado 23

El referido Decreto 57 de 1993²¹, en el artículo 3º numeral 2º contempló como cargo nominado para *“Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura”* el cargo de **“Abogado Asesor”** y señaló su remuneración, así:

2. Para los siguientes empleos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura:

²⁰ Artículo 1: *“Reajústase, a partir del 1º de enero de 2015, en un cuatro punto sesenta y seis por ciento (4.66%) las escalas salariales que regulan la remuneración mensual y asignaciones básicas mensuales de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo señaladas en los decretos 186, 194, 196 y 1239 de 2014”*

²¹ Por el cual se dictan normas sobre el Régimen Salarial y Prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones. Derogado Artículo 20 Decreto 106 de 1994 <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1900228>

DENOMINACIÓN DEL CARGO	REMUNERACIÓN MENSUAL
Magistrado de Tribunal Nacional de Orden Público	1.937.500
Magistrado de Tribunal y Consejo Seccional	1.812.500
Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar	1.812.500
Abogado Asesor	1.125.000
Secretario de Tribunal y Consejo Seccional	750.000
Relator	750.000
Secretario de Tribunal Militar	625.000
Sustanciador	468.750
Oficial Mayor	468.750
Auxiliar Judicial	468.750
Escribiente	325.000

En el artículo 4º ibidem, se señaló la remuneración subsidiaria y excluyente para los empleos **que no estaban consagrados en el citado artículo 3**, igualmente estableció una escala salarial del grado 01 a 33, así:

ARTICULO 4o. *La remuneración mensual para los empleos de la Rama Judicial y la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en el artículo anterior, se regirá por la siguiente escala:*

GRADO	REMUNERACIÓN
...	...
23	820.238
...	...

A continuación, el Gobierno Nacional ha expedido anualmente decretos de igual naturaleza y objeto, señalado el valor de la remuneración y asignación mensual o el reajuste porcentual respectivo, entre otros, para el cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial y los empleos del grado 23.

3.6. Requisitos del cargo de abogado asesor de Tribunal o abogado asesor grado 23.

En el Acuerdo 25 de 1997 “Por medio del cual se da aplicación al artículo 161 de la Ley 270 de 1996”²², proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se clasifican los cargos de Carrera de la Rama Judicial en niveles ocupacionales, pero no se señalan los requisitos para estos cargos.

En el Acuerdo PSAA06-3560 de 2006 “Por el cual se adecuan y modifican los requisitos para los cargos de empleados de Tribunales, Juzgados y Centros de Servicios”²³, proferido por la Sala

²²http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:835evv1Qz3YJ:actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx%3Furl%3D%257E%252FAppl_Data%252FUplod%252F025-97.doc+%&cd=1&hl=it&ct=clnk&gl=co

²³<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10635/2058718/Acuerdo+3560+de+2006.pdf/4161e9be-0bed-42ce-86ea-0dcda75f7c4b>

Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, tampoco se señalan los requisitos para el cargo de abogado asesor de Tribunal Judicial o abogado asesor grado 23.

En el Acuerdo PSAA13-10038 de 2013 “*Por el cual se adecuan y modifican los requisitos para los cargos de empleados de Tribunales, Juzgados y Centros de Servicios*”²⁴, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se señalan los requisitos para el cargo Abogado Asesor grado 23, así:

“*ARTÍCULO 1º.- Establecer y adecuar los requisitos de los siguientes cargos de empleados de Tribunales, Juzgados y Centros de Servicios, así:*

DENOMINACION DE CARGO	GRADO	REQUISITOS
...
Abogado Asesor	23	Título de formación profesional en derecho, título de postgrado y un (1) año de experiencia profesional”.

4. Lo probado

-. Mediante los Acuerdos PSAA12-9214 del 02 de febrero de 2012²⁵, Acuerdo PSAA12-9524 del 21 de junio de 2012, PSAA12-9781 de 2012, PSAA13-9897 de 2013, PSAA13-9962 de 2013, PSAA13-9991 de 2013, PSAA13-10048 de 2013, PSAA13-10068 de 2013, PSAA13-10072 de 2013, PSAA14-10156 de 2014, PSAA14-10195 de 2014, PSAA14-10197 de 2014, PSAA14-10251 de 2014, PSAA14-10277 de 2014, PSAA14-10282 de 2014, PSAA15-10288 de 2015, PSAA15-10323 de 2015, PSAA15-10335 de 2015, PSAA15-10356 de 2015, PSAA15-10363 de 2015, PSAA15-10371 de 2015, PSAA15-10377 de 2015 y PSAA15-10385 de 2015, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura creó, entre otros, transitoriamente para el Tribunal Superior de Manizales – Sala Laboral un cargo de **Abogado Asesor grado 23**.

En ellos se especifica que, el régimen salarial y prestacional sería el establecido para la Rama Judicial y se indica que su función consiste en proyectar para fallo un número de sentencias promedio mensuales. El numeral 6 del artículo 21 del Acuerdo PSAA1510402 del 29 de octubre de 2015, creó con carácter permanente “*Un (1) cargo de Abogado Asesor grado 23*”.

-. Según la Constancia No. 0321 suscrita por el jefe del Área de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Manizales (fl. 38, cdo. 1), la servidora Juliana Salazar Londoño, se desempeñó en el cargo de **Abogado Asesor grado 23**, entre el 1º de junio de 2017 y el 31 de junio de 2018.

²⁴https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FPSAA13-10038.pdf

²⁵https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FGACETA28-12.pdf

- La demandante, el 23 de julio de 2018 solicitó al Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Manizales, la nivelación y demás acreencias laborales deprecadas en esta sede judicial (fls. 12-16, cdo. 1).

- La Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Manizales, negó la petición antes mencionada, por medio de la Resolución DESAJMAR18-1259 del 14 de agosto de 2018 (fls. 18-23, cdo. 1).

- La demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, el cual fue concedido por la Resolución DESAJMAR18-1662 del 1° de octubre de 2018 (fls. 30-31, cdo. 1), el cual a la fecha no ha sido resuelto por la entidad accionada.

5. Análisis sustancial del caso

De acuerdo con lo expuesto se tiene que, mediante Decreto 57 de 1993²⁶ en el **artículo 3º** numeral 2º se contempló como cargo nominado para “*Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura*” el cargo de **Abogado Asesor** y se señaló su remuneración; adicionalmente se señaló en el artículo 4º la remuneración subsidiaria y excluyente para los empleos **que no estaban consagrados en el citado artículo 3**, e igualmente estableció una escala salarial, del grado 01 a 33.

A continuación, el Gobierno Nacional ha expedido anualmente decretos de igual naturaleza y objeto, señalado el valor de la remuneración y asignación mensual o el reajuste porcentual respectivo, entre otros, para el cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial y los empleos del grado 23.

Por su parte, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de los acuerdos previamente reseñados, creó inicialmente en forma transitoria y finalmente con carácter permanente para el Tribunal Superior de Manizales – Sala Laboral el cargo de **Abogado Asesor**, pero indicó como grado de remuneración el 23, a pesar que, tanto en el Decreto 57 de 1993 como en los decretos anuales se señalaba expresamente la remuneración mensual para dicho cargo.

Por lo tanto, no queda duda que, al estar expresamente señalada por el Gobierno Nacional, la remuneración del empleo de *Abogado Asesor* de Tribunal Judicial, el Consejo Superior de la Judicatura carecía de competencia para acudir a la norma supletoria señalada en el artículo 4º del Decreto 57 de 1993 para variar la remuneración y así ubicarla en el grado 23.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia proferida el 16 de julio de 2009²⁷ precisó:

“La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura no podía crear escalas de remuneración, pues apenas estaba facultada para realizar la incorporación del personal a los cargos, pues así se menciona explícitamente en el propio preámbulo del acto acusado, es decir

²⁶ <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1900228>

²⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Rad.: 68001-23-15-000-2003-02985-01(1895-08)

*del Acuerdo No. 05 de 15 de febrero de 1993 hoy atacado. Entonces, cuando el Consejo se fija como objetivo del acto "la correcta aplicación del Decreto 57 de 1993, en lo relativo a la remuneración adecuada para cargos nominados, existentes en las Corporaciones y Despachos Judiciales de la Rama Judicial"; y con ese pretexto **modifica la escala de remuneración desborda los límites de su competencia, pues se hallaba desprovisto de atribuciones para determinar grados y, por tanto, carecía de competencia para modificar la escala de remuneración, por ser esta facultad exclusiva del ejecutivo. Al cambiar la escala salarial de los servidores de la administración de justicia, en ejercicio de una competencia de la que estaba desprovisto, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura resulta abiertamente reñida con la Constitución y la ley; y por lo mismo, debe recibir la sanción de nulidad, pues una cosa es incorporar las personas a unos cargos y otra muy distinta crear escalas de remuneración intermedias no previstas por el legislador, para consagrar diferencias salariales entre quienes cumplen la misma función. Y tal proceder no se valida, con el pretexto de brindar "... a la correcta aplicación del Decreto 57 de 1993..." que no le dispensaba esa prerrogativa al Consejo Superior de la Judicatura. (...)**" (Se resalta)*

Adicionalmente cabe resaltar que, la facultad que ha sido otorgada al Consejo Superior de la Judicatura de crear, fusionar, trasladar y suprimir cargos necesarios para el funcionamiento de la Administración de Justicia, no puede ser ejercida en forma meramente discrecional, sin que medie justificación alguna para su adopción.

En tal sentido, para esta Sala no obra prueba o tan siquiera argumentación alguna mediante la cual el Consejo Superior de la Judicatura haya justificado la **necesidad** de crear el cargo de "abogado asesor grado 23" en condiciones diferentes (requisitos, funciones y grado) al cargo de "abogado asesor" que en forma nominada ya existía.

Al respecto cabe destacar que en providencia del 19 de abril de 2021²⁸, esta corporación ya había destacado como la Unidad de Carrera Judicial a través del oficio CJO21-1026 del 19 de marzo de 2021 fue requerida para que informase "i) los requisitos y funciones para el empleo de Abogado Asesor de Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura; ii) si en la actualidad, se encuentran implementados los empleos de Abogado Asesor de Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura; y finalmente iii) debía señalar las razones por la cuales no ha sido implementado el mencionado cargo."

Petición frente a la cual se destacó por esta Colegiatura que:

"En la respuesta ofrecida por la mencionada Directora, simplemente se limitó a mencionar que el cargo de Abogado Asesor grado 23 –que se encuentra en la actualidad implementado– no es igual al Abogado Asesor de Tribunales Judiciales; frente a los demás requerimientos, guardó silencio y expresó las generalidades respecto del cargo de Abogado Asesor grado 23 que ya ampliamente fueron expuestas en la contestación de la demanda y han sido analizadas en esta providencia. Siendo diáfano concluir que, el órgano de gobierno y administración de la Rama Judicial, arbitrariamente se negó a implementar el cargo objeto de controversia

²⁸ Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Tercera de Decisión, M.P. Dohor Edwin Varón vivas, radicado 17-001-23-33-000-2019-00418-00.

[Abogado asesor de Tribunal Judicial] y paralelo a ello, se atribuyó la función de crear el cargo de Abogado Asesor grado 23 sin tener la facultad legal y constitucional para hacerlo." (Se resalta)

Aunado a lo anterior, se encuentra acreditado que, el Consejo Superior de la Judicatura al fijar el grado de remuneración 23 para el cargo de *Abogado Asesor* creado por los Acuerdos antes señalados, para el Tribunal Superior de Manizales, disminuyó la remuneración del cargo de Abogado Asesor nominado que ya existía, sin efectuar ningún tipo de disquisición sobre las razones o necesidades que conllevaban a crear cargos de abogado asesor, empero con grado salarial 23.

En efecto, al encontrarse el Tribunal Superior de Manizales, en la categoría de "*Tribunales Judiciales*", los decretos expedidos por el Gobierno Nacional que fijaron el salario para el empleo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial comparados con el salario asignado al empleo sin nominación Grado 23, resulta lo siguiente:

Decreto	Abogado Asesor de Tribunal Judicial	Grado 23
194 de 2014	\$5.746.978	\$4.299.956 ²⁹
1257 de 2015	\$6.014.797 (4.66%)	\$4.500.333 (4.66%)
245 de 2016	\$6.482.146 (7.77%)	\$4.850.008 (7.77%)
1013 de 2017	\$6.919.690 (6.75%)	\$5.177.383 (6.75%)
337 de 2018	\$7.271.902 (5.09%)	\$5.440.912 (5.09%)

Así las cosas, encuentra la Sala que el Consejo Superior de la Judicatura no podía crear o variar la remuneración aplicable para el cargo de "*Abogado Asesor*" de "*Tribunal Judicial*" por cuanto es un cargo nominado al que expresamente se le había determinado la remuneración en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993 y reiterado en los demás decretos salariales subsiguientes en los que año a año el Gobierno Nacional fijó la remuneración de los cargos de los empleados de la Rama Judicial.

6. Conclusión

De acuerdo con lo anterior encuentra la Sala que, es procedente inaplicar por inconstitucional la expresión "*Grado 23*" para nominar el cargo de *Abogado Asesor*, contenida en los Acuerdos que crearon y prorrogaron dicho cargo para el Tribunal Superior de Manizales, por cuanto la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura no tenía competencia para crear o variar la remuneración aplicable para ese cargo, toda vez que, este y su remuneración se encontraban expresamente señalados en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993 y los decretos anuales que fijaban el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial. No podía acudir a la norma supletoria señalada en el artículo 4º ibidem para ubicar la remuneración en el grado 23, la cual resulta inferior, pues dicha tabla aplica únicamente para los cargos que no estuviesen denominados expresamente en el artículo 3o.

²⁹ El decreto salarial de 2014, pues fue el último en fijar un valor base, a partir de allí los años siguientes solo se menciona un porcentaje de aumento.

Por lo tanto, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura resultó abiertamente reñida con los artículos 125, 150-23 y 257 de la Constitución, pues no era competente para fijar la remuneración del cargo de *Abogado Asesor* de Tribunal Judicial, pues tal potestad corresponde al Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992.

Corolario de lo expuesto, no prosperan los argumentos expuestos por la entidad demandada, por lo que se confirmará la decisión adoptada por el *a quo*.

7. Costas

Atendiendo al criterio objetivo valorativo que ha sido desarrollado por el H. Consejo de Estado con respecto a la imposición de costas (gastos procesales y agencias en derecho), no se condenará en costas de segunda instancia advirtiendo que no se encuentran acreditadas, toda vez que las partes recurrentes no incurrieron en gastos procesales, ni desplegaron actuaciones ante este Tribunal que puedan generar agencias en derecho.

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

FALLA

Primero: **Confirmar** la sentencia de primera instancia emitida el 25 de marzo de 2021 por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del Derecho con la cual se accedió a las pretensiones formuladas por la parte actora.

Segundo: **Sin costas** en esta instancia.

Tercero: En firme esta providencia remítase el expediente al Juzgado de Origen, previas las anotaciones pertinentes en el sistema "*Justicia Siglo XXI*".

NOTIFÍQUESE

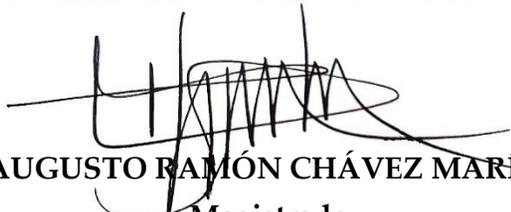
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Ordinaria No. 054 de 2022.


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente


AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado


AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 198

Manizales, cinco (05) de agosto de dos mil veintidós (2022).

RADICADO: 17-001-23-33-000-2021-00266-00
NATURALEZA: Nulidad
DEMANDANTE: Andrés Gómez Herrera
DEMANDADOS: Empresa Departamental para la Salud – EDSA E.I.C.E

El Tribunal Administrativo de Caldas procede a emitir fallo de primera instancia.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en el *“Pliego de condiciones de la licitación pública no. 001 de 2021”* emitido por EDSA y la Resolución 186 de agosto 10 de 2021 *“por medio de la cual se adjudica el contrato de concesión para la operación del juego de apuestas permanentes o chance, por cuenta y riesgo del concesionario, en todo el territorio del departamento de Caldas-, emitida por la empresa departamental para la salud – EDSA”*.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se señala que, el 22 de junio de 2021, EDSA publicó el proyecto de pliego de condiciones de la licitación pública 001 de 2021 cuyo objeto era *“seleccionar la persona jurídica que cumpla las condiciones y requisitos conforme al pliego de condiciones para celebrar y ejecutar el contrato de concesión para la operación exclusiva del juego de apuestas permanentes o “chance” a un único operador en el departamento de caldas, por un término de cinco (5) años contados a partir del 4 de febrero de 2022 al 03 de febrero de 2027”*, proyecto respecto del cual recibió diversas observaciones, dando respuesta a las mismas y publicando el pliego de condiciones definitivo el 12 de julio siguiente.

El 23 de julio de 2021 se cerró el proceso licitatorio sin que a la fecha de interposición de la demanda -20 de octubre de 2021- se hubiese publicado el acta de cierre en la plataforma Secop y la propuesta ganadora, impidiéndose verificar por parte de la ciudadanía o demás interesados si la misma cumple o no, con los requisitos mínimos de ley y del pliego.

En forma previa al cierre del proceso licitatorio se presentaron observaciones al proceso, las cuales debieron ser atendidas antes de la adjudicación del proceso, sin que a la fecha de presentación de la demanda hayan sido resueltas.

1.3. Normas vulneradas y concepto de trasgresión.

Se adujo la vulneración de la Ley 80 de 1993; la Ley 1882 de 2018; los artículos 5 de la Ley 1150 de 2001; 88 de la Ley 1474 de 2011; 2 y 13 del Decreto 1530 de 2003; 2.7.2.1.2 del Decreto 1068 de 2015; y 2.2.1.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015, compilatorio del Decreto 1510 de 2013.

Al paso de citar una serie de pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado en diversos asuntos de controversias contractuales, arguyó en síntesis que, los actos administrativos demandados deben ser declarados nulos dado que, a través de ellos se adelantó el proceso licitatorio que desde su etapa primigenia estuvo orientado a que únicamente el actual operador de esta actividad -Susuerte S.A.- cumpliera los requisitos para acceder a dicha explotación.

Que en tal sentido, se impusieron desde el pliego de condiciones una serie de requisitos habilitantes y de calificación que únicamente podían ser cumplidos por la entidad con que finalmente se suscribió el contrato de concesión, pues solo Susuerte, como operadora de la concesión -en razón de licitación anterior- podía cumplir exigencias tales como un número mínimo de sucursales de distribución o un número de "colocadores" vinculados laboral o contractualmente y una experiencia limitada en el tiempo, a pesar que las directrices impartidas por "Colombia compra eficiente" advierten que la experiencia no se agota con el paso del tiempo.

Que las irregularidades presentadas en el pliego de condiciones generaron desmotivación en posibles empresas interesadas en participar en el proceso de selección, puesto que para ninguna de ellas era posible acceder a los requerimientos endilgados para participar, ya que la ponderación y la experiencia requerida en el pliego de condiciones, estaba dirigida únicamente al actual contratista de la concesión quien consecuentemente ganó el proceso de selección, por lo que la resolución de adjudicación, goza de falsa motivación, al no escoger a un proponente respetando el principio de selección objetiva, siendo nula al igual que el pliego de condiciones.

Finalmente, advirtió que en el desarrollo del proceso contractual se incurrió en dos irregularidades que invalidan lo actuado, pues en primer lugar no se resolvieron las observaciones formuladas frente al proceso licitatorio por parte de las veedurías correspondientes, como tampoco se publicó el acta de cierre del proceso.

2. Contestación de la demanda.

2.1. Empresa Departamental para la Salud – EDSA

Se opuso a las pretensiones del actor y señaló que, este considera sin fundamento alguno

que, el único proponente que puede cumplir con las exigencias contenidas en el pliego de condiciones del proceso licitatorio es Susuerte S.A., desconociendo que en Colombia existen registradas ante Coljuegos más de 27 empresas con la capacidad económica, técnica y logística para participar en los procesos licitatorios del juego de apuestas permanentes o chance, empresas que incluso, manejan contratos mucho más cuantiosos que el que se adjudica en Caldas.

Advierte que, la parte actora pretende hacer ver que el pliego de condiciones exige una serie de condiciones como si de exigencias inmediatas y actuales se tratara, desconociendo que lo que allí se impone a los eventuales proponentes es garantizar que al momento del inicio de la concesión contarán con ciertas cantidades de puntos de venta o colocadores en el departamento, situaciones que bien podrían ser garantizadas mediante la presentación de promesas o cartas de intención de arrendamiento de locales o de contratación del personal necesario.

Destaca que EDSA no es del todo autónoma en el manejo de los procesos licitatorios como el que aquí es objeto de debate, pues para ello tiene la estricta vigilancia de Coljuegos, entidad que se encarga de revisar todos los procesos licitatorios que se adelantan en el país y de impartir observaciones a estos, observaciones que en el presente caso fueron acatadas.

Finalmente, advierte que el objeto del proceso licitatorio adelantando contaba con una importante connotación al ser a través de la explotación de las actividades de suerte y azar en el departamento que se proveen gran parte de los recursos que financian la prestación de servicios de salud en el ente territorial, por lo cual el pliego de condiciones siempre planteó unas exigencias que garantizaran que los proponentes tenían las capacidades materiales, logísticas, económicas y de experiencia suficientes para cumplir a cabalidad con el objeto del contrato, sin que por modo alguno hayan sido tan excesivamente altas como para cerrar la puerta a que múltiples proponentes contarán con la posibilidad de concursar en igualdad de condiciones.

2.2. Susuerte S.A. (vinculada)

Se opuso a las pretensiones del actor y manifestó que, contrario a lo señalado por la parte actora, ningún proponente en el proceso licitatorio tenía que ser concesionario en el departamento Caldas al momento del trámite, sino comprometerse a cumplir unas condiciones mínimas establecidas en el pliego de condiciones en el evento de resultar adjudicatario del contrato, lo cual se evidencia por el hecho de que la Entidad permitía presentar promesas de contratos para acreditar que quien resultara seleccionado estaría en condiciones de ejecutar el contrato en los 5 años de operación que empezarían en 2022.

Agregó que, la experiencia exigida por la entidad estuvo razonablemente relacionada con el alcance, la cuantía y la complejidad del contrato a celebrar que, para el caso, correspondía a la adjudicación de la operación de un juego de suerte y azar del cual depende en gran medida la financiación de la salud de las clases más humildes del departamento de Caldas.

3. Alegatos de conclusión.

EDSA reiteró los argumentos esbozados en la contestación a la demanda.

Susuerte S.A. arguyó en forma general que no existieron irregularidades en el proceso contractual, que todas las actuaciones fueron publicadas en el Secop para conocimiento y debate público, todo el trámite fue transparente y sujeto a la observación, análisis y crítica de quien deseara hacerle seguimiento, de las autoridades y de la ciudadanía en general, incluido el mismo demandante, ello aunado a que aquel nunca compareció a las audiencias para expresar sus posibles inconformidades.

Destacó que las exigencias del pliego de condiciones estaban orientadas a garantizar que la persona jurídica elegida pudiera ejecutar el contrato de concesión durante los cinco años que cuentan desde el 2022, de modo tal que estuvieran garantizados los ingresos para la salud derivados de los derechos de explotación.

La **parte accionante** y el **Ministerio Público** no se pronunciaron en esta etapa.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Del análisis del escrito de demanda y de las intervenciones efectuadas por las partes, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar: *¿los actos administrativos demandados son nulos por vulnerar el principio contractual de selección objetiva y o por el incumplimiento de los trámites contractuales legalmente establecidos para la licitación?*

2. Tesis del Tribunal

El pliego de condiciones y la posterior adjudicación del contrato de concesión para la explotación del juego de las apuestas permanentes o chance en el departamento de Caldas, son nulos por vulneración de los principios de selección objetiva e igualdad, pues:

- El pliego de condiciones fijó unos criterios de calificación que claramente beneficiaban al único proponente que pudo participar del proceso licitatorio, esto es, Susuerte S.A., pues entre la publicación del pliego de condiciones definitivo y el cierre de recepción de propuestas, únicamente trascurrieron 10 días, lapso que bajo las reglas de la sana crítica y experiencia se torna insuficiente para cumplir y acreditar dichos criterios.
- De otra parte, las irregularidades en la parte conclusiva de la etapa precontractual del proceso de licitación, referentes a la omisión de la publicación de la oferta adjudicataria y del acta de cierre del proceso, vician igualmente de nulidad a la Resolución 186 de agosto 10 de 2021 *“Por medio de la cual se adjudica el contrato de concesión para la operación del juego de apuestas permanentes o chance, por cuenta y riesgo del concesionario, en todo el territorio del departamento de Caldas-, emitida por la empresa departamental para la salud –*

EDSA”.

Para fundamentar lo anterior, se señalará: i) el fundamento jurídico sobre el principio de selección objetiva en materia contractual; ii) los hechos relevantes acreditados y iii) el análisis sustancial del caso concreto.

3. Fundamento jurídico - Principio de selección objetiva en materia contractual – pliegos de condiciones.

Desde su eje estructural -Ley 80 de 1993 y actualmente la Ley 1150 de 2007- el sistema de contratación estatal ha sido desarrollado desde una serie de principios que deben ser norte para el desarrollo de este tipo de procesos, entre ellos se encuentran los de igualdad y selección objetiva, los cuales se fundan en el paradigma de que los procesos de contratación adelantados por las distintas entidades públicas deben garantizar la búsqueda de contratar con quien sea el mejor contratista posible -a la luz de la finalidad del interés público-, definiendo este a través de los trámites precontractuales pertinentes que permitan en paridad de condiciones que todos los interesados presenten ante la administración sus propuestas y avalen su capacidad técnica, operativa y financiera para llevar a buen término el objeto contractual, ello previo la determinación de las condiciones que la entidad pública considere -razonablemente- son las necesarias para desarrollarlo.

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado¹:

“Ciertamente, la entidad estatal contratante, en razón a su condición de directora del procedimiento de selección, se encuentra revestida de un amplio margen de autonomía en la elaboración del pliego de condiciones -siempre que lo haga dentro de los parámetros impuestos por el numeral 5 del artículo 24 y el ordinal segundo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993- y, en desarrollo de esa actividad, ostenta la facultad de introducir las exigencias y los requisitos que deben observar y reunir los oferentes.

No obstante, la potestad configuradora, lejos de comportar un poder ilimitado, encuentra su linderó en el apego y sujeción a las reglas y principios de orden constitucional y legal que orientan la contratación estatal, premisa que se concreta en la definición de requisitos y exigencias que resulten pertinentes y necesarios para la consecución del fin público que se pretende satisfacer a través de la celebración del respectivo contrato.

De este modo, la administración no puede establecer requisitos inanes, superfluos, caprichosos o arbitrarios, que en nada contribuyan al logro de los fines de la contratación, y que, por el contrario, obstaculicen la selección objetiva de la propuesta más favorable para la entidad.”

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P: María Adriana Marín, 27 de agosto de 2021, Radicación número: 25000-23-36-000-2015-02617-01(57572).

En tal sentido, el pliego de condiciones debe plantearse desde una determinación de los requisitos habilitantes y de puntuación que atienda tanto a las necesidades de la administración como a la claridad y puntualidad de sus condiciones que permita una sana disputa entre los interesados en contratar con la entidad pública, y en tal sentido como “...el pliego determina, desde el comienzo, las condiciones claras, expresas y concretas que revelan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas, a que se someterá el correspondiente contrato”², se erige como un acto administrativo susceptible de ser interpretado a la luz de los principios contractuales y de las necesidades del interés público que deben ser buscadas por la entidad pública.

Al respecto el Consejo de Estado precisó³:

“...la principal herramienta exegética que existe para definir las posibles antinomias que se desprendan del pliego de condiciones es desentrañar la finalidad del mismo, para lo cual es preciso analizar en conjunto los objetivos perseguidos por la entidad en el proceso contractual, los cuales deberán estar en consonancia con el interés general.

A modo de colofón, la administración pública puede interpretar el pliego de condiciones siempre que exista un vacío, una laguna, o una contradicción que pueda ser subsanada a partir de la “lectura o interpretación conforme” a los principios aplicables a la contratación estatal. (...)

En esa perspectiva, el sentido gramatical o exegético será el que prevalecerá cuando el tenor literal sea claro; agotada esa vía, es pertinente recurrir al espíritu (criterio histórico) y al significado de las palabras en su contexto legal, el de uso común y el sentido técnico de las mismas (criterio semántico); con posterioridad, es dable acudir a la hermenéutica por contexto (criterio sistemático), según el cual es posible ilustrar el sentido de la norma a partir de los elementos fácticos y jurídicos que la enmarcan, en procura de la búsqueda de correspondencia y armonía; de igual forma, es posible desentrañar la finalidad u objetivos perseguidos por la disposición (criterio teleológico); otros criterios hermenéuticos –de naturaleza subsidiaria– son los relacionados con la articulación general del ordenamiento jurídico y la equidad⁴.

Aunado a lo anterior, la administración puede emplear la lógica de lo razonable, la ponderación o test de proporcionalidad para solucionar las antinomias, vacíos o contradicciones en el contenido de los pliegos de condiciones.

En otros términos, la administración pública cuenta con una compleja gama de herramientas nomoárquicas que le permiten salvaguardar el proceso licitatorio frente a posibles lagunas o problemas interpretativos que se presenten en el pliego de

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez, 19 de julio de 2001, radicado: 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037).

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Enrique Gil Botero, 24 de julio de 2013, radicado: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642).

⁴ **Cita de cita:** Al respecto, consultar los artículos 25 a 32 del Código Civil.

condiciones...".

Sobre el pliego de condiciones, el Consejo de Estado⁵ ha conservado el criterio de definirlo como un acto administrativo de contenido general que crea situaciones jurídicas generales, impersonales, abstractas y objetivas⁶ y, por tanto, sujeto al control de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo⁷, como se pide en el *sub examine*.

4. Hechos relevantes acreditados

A continuación, se citan los apartes de los actos demandando, sobre los cuales se fundan los cargos de nulidad planteados por la parte actora:

- **Acto administrativo demandado – pliego de condiciones.** El documento no señala fecha de expedición, pero consultada la página web SECOP I, este fue publicado el 12 de julio de 2021:

***“PLIEGO DE CONDICIONES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA No. 001 DE 2021
EMPRESA DEPARTAMENTAL PARA LA SALUD DE CALDAS -EDSA EICE-***

OBJETO A CONTRATAR:

SELECCIONAR LA PERSONA JURÍDICA QUE CUMPLA LAS CONDICIONES Y REQUISITOS CONFORME AL PLIEGO DE CONDICIONES PARA CELEBRAR Y EJECUTAR EL CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA OPERACIÓN EXCLUSIVA DEL JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES O “CHANCE” A UN ÚNICO OPERADOR EN EL DEPARTAMENTO DE CALDAS, POR UN TÉRMINO DE CINCO (5) AÑOS CONTADOS A PARTIR DEL 4 DE FEBRERO DE 2022 AL 03 DE FEBRERO DE 2027.”

...

2.6. CONTENIDO DE LAS PROPUESTAS.

La propuesta debe sujetarse a los términos y condiciones del pliego. Ello significa que debe contener toda la información y documentación aquí exigida. Su presentación implica que el proponente ha analizado a cabalidad los términos de este documento y las labores que le corresponde desarrollar en el evento en que sea seleccionado, y que acepta todas las

⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: José Roberto SÁCHICA Méndez. Sentencia de 7 de diciembre de 2021. Rad. 88001233300020170002301 (60.483)

⁶ Al respecto, ver, entre otros pronunciamientos los siguientes: Consejo de Estado. Sección Tercera, auto del 10 de octubre de 1991; auto del 6 de noviembre de 1997; sentencia del 19 de septiembre de 2007.

Asimismo, la Sección Tercera ha dicho: “13. Desde esa perspectiva, en materia de actos previos al contrato estatal se identifican como actos de carácter definitivo y por lo tanto, susceptibles de control jurisdiccional: el de adjudicación del contrato —parágrafo 1º del artículo 77 de la Ley 80 de 1993—, el que declara desierta la licitación pública, el que hace efectiva la póliza constituida para garantizar la seriedad de la oferta —numeral 12 del artículo 30 ejusdem—, el que adopta el pliego de condiciones, entre otros. Estos actos comparten la característica de ser definitivos porque contienen un pronunciamiento que decide directa o indirectamente la selección del contratista” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, providencia del 17 de septiembre de 2018, radicación 11001-03-26-000-2012-00004-00(42747), Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero).

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 17 de septiembre de 2012, radicación 11001-03-26-000-2010-00036-01(IJ), Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

condiciones y obligaciones establecidas en las normas vigentes y en este documento.

...

2.6.10. Certificado(s) para acreditación de experiencia específica y documentación soporte de la información certificada.

El proponente deberá acreditar experiencia en la operación de apuestas permanentes o chance como mínimo por el término de diez (10) años, dentro de los últimos quince (15) años.

Además, deberá demostrar que durante los últimos diez (10) años realizó transferencias por derechos de explotación en el juego de las apuestas Permanentes o chance en cuantía superior a SETENTA Y DOS MIL MILLONES DE PESOS (\$72.000.000.000) M/CTE. Para tal efecto podrá anexar las certificaciones de experiencia expedidas por las entidades públicas autorizadas por la Ley (Concedentes).

...

4.3. CRITERIOS DE CALIFICACIÓN DE LAS PROPUESTAS.

*Las propuestas que superen la verificación de las condiciones de participación y clasificación serán objeto de calificación por parte del Comité Asesor y Evaluador para adjudicar el contrato al oferente cuya propuesta sea la más favorable a la entidad y esté ajustada al Pliego de Condiciones. Las propuestas se calificarán sobre **MIL PUNTOS (1.000)** de conformidad con los siguientes criterios:*

CRITERIOS DE CALIFICACIÓN		
CALIFICACIÓN	Requerimientos Comerciales	Técnicos 450 puntos
	Requerimientos Tecnológicos	450 puntos
	Apoyo a la industria nacional	90 puntos
	Personal vinculado en nómina en condición de discapacidad	10 puntos
TOTAL		1.000 PUNTOS

Se verificarán los requisitos y sus correspondientes soportes que deberán cumplir los proponentes a efectos de que su oferta sea tomada en cuenta.

4.3.1. Requerimientos Técnicos Comerciales (450 puntos).

Comprende el número de puntos de venta fijos, puntos de venta móviles y el número de colocadores adicionales a las especificaciones técnicas mínimas y los requerimientos técnicos mínimos.

4.3.1.1. Puntos de venta fijos. (150 Puntos).

El proponente deberá acreditar como mínimo 400 puntos de ventas fijos y se otorgará puntaje de acuerdo con la siguiente tabla:

NÚMERO DE PUNTOS DE VENTA FIJOS	PUNTAJE
Entre 401 y 450	50 puntos
Entre 451 y 500	100 puntos
Más de 500	150 puntos

De los puntos de venta fijos requeridos como mínimo en el presente pliego, el 80% deben ser operados directamente por la Concesionaria los cuales deberán estar debidamente registrados en cámara de comercio; el 20% restante pueden ser a través de terceros.

Este requisito se acreditará mediante la relación detallada de los puntos de venta donde conste la dirección y municipio según Anexo del Pliego de Condiciones. Se debe adjuntar, según el caso:

- *Certificado de Libertad y Tradición en caso de que el oferente figure como propietario de los inmuebles, o*
- *Contrato de Arrendamiento o Promesa de Contrato de Arrendamiento, o*
- *Contrato de Comodato del establecimiento donde funcionará el punto de venta fijo, o*
- *Convenios con establecimientos de comercio donde funcionará el punto de venta fijo,*
- *Cualquier otra clase o modalidad de contratos civiles y/o comerciales.*

4.3.1.3. Colocadores (150 puntos).

El proponente deberá acreditar como mínimo 1000 colocadores en el Departamento de Caldas, indistintamente del tipo de vinculación contractual que vaya a existir entre el proponente que llegue a ser favorecido con la concesión y los colocadores.

El proponente acreditará, acompañando en su propuesta, la relación de los colocadores de su red de comercialización, indicando: el nombre del colocador, identificación y municipio. La calificación será de la siguiente manera:

NÚMERO DE COLOCADORES	PUNTAJE
Entre 1.001 y 1.100	50 puntos
Entre 1.101 y 1.200	100 puntos
Más de 1.200	150 puntos

Se entiende que la red comercial hace parte integral del negocio del concesionario, razón por la cual a éste le corresponde realizar el control y responder por las acciones de sus colocadores frente a los apostadores.

EDSA E.I.C.E reconoce que el proponente (i) tiene libertad de configurar su red comercial y de controlar su estructura de costos, y (ii) disfruta de autonomía para definir la modalidad de vinculación de su red comercial.

Para tener acceso al puntaje, los proponentes deberán acreditar este ítem, según el caso, con:

- El contrato de trabajo individual para sus empleados,
- El contrato de colocación para los colocadores independientes, o
- El contrato o promesa de contrato de comercialización con personas jurídicas dedicadas a comercializar juegos de suerte y azar conforme a la ley, donde consten los colocadores que proveerá el comercializador.

Adicionalmente deberá acreditar la inscripción de los colocadores en la Cámara de Comercio conforme lo dispone el artículo 55 Decreto 2106 de 2019.

- Acto administrativo demandado – resolución de adjudicación:

“ **RESOLUCIÓN No. 186
DE AGOSTO 10 DE 2021
“POR MEDIO DE LA CUAL SE ADJUDICA EL CONTRATO DE CONCESIÓN
PARA LA OPERACIÓN DEL JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES O
CHANCE, POR CUENTA Y RIESGO DEL CONCESIONARIO, EN TODO EL
TERRITORIO DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS”**

...

Que el día 23 de julio de 2021 se produjo el cierre del proceso y apertura de las propuestas presentadas, encontrándose que solamente se depositó una sola propuesta a nombre de SUSUERTE S.A.

Que el informe de evaluación fue publicado el día 28 de julio de 2021, con el fin de dar traslado del mismo a los interesados para que presentaran las observaciones entre el 28 de julio y el 3 de agosto de 2021.

Que durante el plazo previsto se recibieron observaciones por parte del único proponente SUSUERTE S.A. al informe de evaluación.

RESUELVE:

PRIMERO: Adjudicar el proceso de licitación pública No. 01-2021 y el contrato de concesión resultado de la misma, cuyo objeto es “SELECCIONAR LA PERSONA JURÍDICA QUE CUMPLA LAS CONDICIONES Y REQUISITOS CONFORME AL PLIEGO DE CONDICIONES PARA CELEBRAR Y EJECUTAR EL CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA OPERACIÓN EXCLUSIVA DEL JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES O “CHANCE” A UN ÚNICO OPERADOR EN EL DEPARTAMENTO DE CALDAS, POR UN TÉRMINO DE CINCO (5) AÑOS CONTADOS A PARTIR DEL 4 DE FEBRERO DE 2022 AL 03 DE FEBRERO DE 2027”.

SEGUNDO: La adjudicación del proceso de licitación pública No. 01-2021, se efectuará por un valor del contrato estimado en la suma de CUARENTA Y TRES MIL SETECIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL TRECIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS M/C (\$ 43.787.859.395)

que equivalen al 12% de los ingresos brutos obtenidos dentro de los últimos cinco (5) años de explotación del juego de apuestas permanentes.

TERCERO: *Adicional al valor anteriormente señalado, el concesionario girará a EDSA el 1% de los derechos de explotación para gastos de administración, de conformidad con las previsiones de la ley 643 de 2001 y la ley 1393 de 2010.*

CUARTO: *El plazo del contrato de concesión es de cinco (5) años, contados a partir del 4° de febrero de 2022 y hasta el 3 de febrero de 2027...".*

5. Análisis sustancial del caso concreto

Se procede al análisis de los cargos de nulidad formulados por la parte actora, referentes a: i) la vulneración a los principios de igualdad y selección objetiva; y ii) la trasgresión de las normas en el trámite precontractual, al no haberse resuelto las observaciones formuladas frente al proceso licitatorio por parte de las "veedurías correspondientes" y por no haber publicado en la página Secop la oferta ganadora del proceso licitatorio y el acta de cierre.

5.1. En cuanto a la vulneración a los principios de igualdad y selección objetiva

La parte actora esgrimió los cargos de nulidad frente al pliego de condiciones arguyendo que, algunas de las condiciones de experiencia y puntuación en razón de los puntos de venta y vendedores a garantizar, formuladas en este por la entidad accionada conllevaban a que su cumplimiento únicamente pudiese darse por parte de la sociedad Susuerte S.A., quien ya ejercía como operadora del contrato de concesión para la operación del juego de apuestas permanentes o chance en el departamento de Caldas.

A continuación, se analizarán las condiciones de experiencia y puntuación señaladas en el pliego de condiciones, para establecer si ellas son o no razonables y acordes a los principios de igualdad y selección objetiva:

5.1.1. De la experiencia exigida.

La experiencia cuya acreditación fue exigida por el pliego de condiciones atacado, fue calificada por la entidad en razón al monto que por trasferencias por derechos de explotación en el juego de las apuestas permanentes o chance hayan efectuado los proponentes en los últimos 10 años, fijando como mínimo necesario un total de \$72.000.000.000.

De acuerdo con la resolución de adjudicación -acto igualmente enjuiciado- el monto estimado de las trasferencias a realizarse en razón del contrato de concesión a 5 años por los derechos de explotación en el juego de las apuestas permanentes o chance en el departamento de Caldas, asciende como mínimo a la suma de \$43.787.859.395 que equivale al 12% de los ingresos brutos de tal operación, más el 1% por gastos de

administración -\$3.648.988.283 calculado con base en el valor anterior-.

De acuerdo a lo anterior, para la Sala es razonable que la entidad concedente requiera de los interesados en explotar la concesión del juego de apuestas permanentes o chance, que hayan realizado transferencias en un periodo de 10 años por \$72.000.000.000, pues como puede verse, si dicho valor fuese dividido en lapsos anuales, y en parangón se hiciese igual comparación con el valor objeto de la concesión se obtendría que:

Experiencia exigida \$72.000.000.000 / 10 años	Experiencia x año \$ 7.200.000.000
Valor de la concesión \$47.436.847.678 / 5 años	Valor de la concesión x año \$ 9.487.369.535

De tal manera, se observa que la entidad accionada requirió a los interesados en explotar la concesión el juego de las apuestas permanentes o chance acreditar haber efectuado transferencias anuales por tal actividad en una cuantía aproximada al 75% de lo que anualmente debería transferir en razón de la concesión a otorgarse.

Así, no puede verse como una imposición desmedida el hecho de solicitar a los interesados en ejercer como concesionarios de una actividad como la explotación de un monopolio rentístico del ente territorial, acreditar que han manejado similares actividades en un lapso de 10 años al menos en un 75% de las sumas que el departamento de Caldas espera obtener por ceder tal explotación.

Ahora bien, en este punto se destaca que la parte actora pretende dar sustento al cargo de nulidad que plantea referente a la experiencia mínima necesaria de los posibles oferentes con base a un criterio señalado por la Agencia Nacional de Contratación Pública a través de su *“Manual Colombia Compra Eficiente”*, en el cual refiere que: *“Por ejemplo, en un Proceso de Contratación de obra pública con un presupuesto oficial de 100 SMMLV, la experiencia exigida es proporcional si la Entidad Estatal exige que los proponentes hayan participado en Procesos de Contratación de 50 SMMLV del mismo tipo de obra.”*

Al respecto se precisa que, el Consejo de Estado en sentencia del 11 de abril de 2019⁸, declaró la nulidad parcial del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013, el cual establecía que, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente debía diseñar e implementar *“Manuales y guías para: la identificación y cobertura del Riesgo”*, *“Pliegos de condiciones tipo para la contratación dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente decreto”* y *“Minutas tipo de contratos dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente decreto”*.

Allí se señalaron entre otras reglas que, los referidos documentos no tienen fuerza vinculante y por tanto no son de obligatorio cumplimiento para los procesos de contratación adelantados por las entidades estatales, ello sin perjuicio de que la Agencia Nacional de Contratación Pública, pueda seguir expidiendo documentos y herramientas

⁸ Sección Tercera C.P.: María Adriana Marín, Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00135-00 (52055).

como documentos orientadores, exceptuándose aquellos respecto de los cuales la ley dispone su obligatoriedad, no siendo este el caso de los contratos de licitación para explotación de actividades de apuestas permanentes o chance.

En tal sentido, el documento invocado por la parte actora no puede ser sustento del cargo de nulidad planteado, en primer lugar, dada la falta de fuerza vinculante frente a las entidades públicas en su labor de contratación, y por último y no menos importante, dado que incluso como documento orientador, este no puede ser aplicado analógicamente al caso de marras, pues en él se plantea una situación de contratación de **obra pública**, lo cual dista del objeto contractual analizado en la presente *litis*.

Finalmente, como lo señala la parte accionada, si bien la sociedad Susuerte S.A., podría estar en una posición óptima para acreditar dicha experiencia por haber desarrollado la actividad licitada con anterioridad en el departamento de Caldas, ello no limita la posibilidad de participación de otros posibles proponentes, que igualmente desarrollan actividades similares en otros departamentos del país, los cuales por su población o extensión lógicamente podría advertirse que manejan concesiones de explotación en el juego de las apuestas permanentes o chance, en cuantías muy superiores a las que atañen al departamento de Caldas.

Por lo anterior se concluye que, la experiencia exigida en el pliego de condiciones no vulnera los principios contractuales invocados por la parte actora, pues tales estipulaciones responden razonablemente a los intereses de la entidad pública dirigidos a que la actividad licitada sea explotada en condiciones óptimas.

5.1.2. Calificación en razón de los puntos de venta y vendedores a garantizar.

La lectura dada por la parte actora al pliego de condiciones no se torna acertada al concluir que, Susuerte era la única que podría cumplir con los números de puntos de venta o vendedores allí señalados para el desarrollo de la concesión, pues del contenido del pliego de condiciones no se extrae -como lo aduce el accionante- que tales puntos o vendedores deban estar en operación con anterioridad a la ejecución del contrato, si no que los interesados en participar en la licitación contaban con la posibilidad de garantizar que adecuarían tales puntos y contratarían con los colocadores necesarios, acreditando estos aspectos con los documentos que diesen fe de que implementaría la cantidad de puntos de venta y de vendedores que la entidad accionada consideró óptimos para el desarrollo de la concesión, sin que se discuta por modo alguno la razonabilidad de lo exigido.

Para dar sustento a lo anterior, cabe traer a colación los términos del pliego de condiciones formulado por EDSA para el proceso licitatorio que señaló que la acreditación de los requisitos sobre puntos de venta podía darse de las siguientes maneras así:

- *“Certificado de Libertad y Tradición en caso de que el oferente figure como propietario*

de los inmuebles, o

- Contrato de Arrendamiento o ***Promesa de Contrato de Arrendamiento***, o
- Contrato de Comodato del establecimiento ***donde funcionará*** el punto de venta fijo,
- Convenios con establecimientos de comercio ***donde funcionará*** el punto de venta fijo,
- ***Cualquier otra clase o modalidad de contratos civiles y/o comerciales***".

En tal sentido, los términos del pliego de condiciones permitían que los interesados en participar en el proceso licitatorio aportaran las promesas o compromisos comerciales que le permitieran garantizar que para el momento de empezar la ejecución del contrato de concesión contarían con los puntos de ventas requeridos por el pliego.

Así mismo, se destaca igual situación con los colocadores o vendedores señalados en el pliego de condiciones, de los cuales se pidió garantizar su existencia y registro en cámaras de comercio, se itera, para el momento de iniciar la ejecución de la concesión, sin que del contenido del pliego se pueda extraer que se exige su existencia para el momento de presentación de la oferta.

Ahora bien, a pesar de lo anterior, este Tribunal observa una situación que sí vulnera los principios contractuales aludidos, ello es, el ínfimo tiempo que fue otorgado por la entidad accionada, para que los posibles proponentes interesados en participar en el proceso licitatorio efectuasen los trámites y acuerdos comerciales que les permitieran cumplir con los criterios de calificación.

Al respecto, de conformidad con la información publicada en la página web SECOP I⁹ la publicación pliego definitivo de condiciones para participar en el proceso licitatorio data del **12 julio 2021**, y el cierre de la etapa para la recepción de propuestas se dio el **23 de julio siguiente**, esto es, se otorgó un lapso de **tan solo 10 días** para que los interesados en participar efectuasen todos los trámites y acuerdos comerciales que les permitieran garantizar que podrían cumplir con los números de puntos de venta y vendedores exigidos por el concedente para el desarrollo de la concesión.

En este orden de ideas observa la Sala que, si bien en el proceso licitatorio existió la opción de que terceros -diferentes al ya concesionario- garantizaran que podían cumplir con los números de puntos de venta y vendedores mediante promesas de contrato o similares, el pretender que un nuevo proponente que no cuenta con el esquema de distribución con que contaba Susuerte, acreditara tales negociaciones para el arrendamiento o compra de 400 locales comerciales -como mínimo- y su puesta en funcionamiento, al igual que para la contratación de un mínimo de 1000 colocadores en

⁹ Ver. https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=21-1-217090&g-recaptcha-response=03AGdBq258lbtWQqhsX-rMrLaqncATnhr8c4jxivGuD3WduMpS-jXKqXUa8vh45XFDiKBJEczMvAt5ll7V_a1i6VWkDHzBU-zoW_4lpYtdGBQyJrWYI8POILHMRrOV5X3J9IGW98Aq6tqXoxhEYOsp-Zj69a95dxhzFdmaDh2sNnTNWh1HYxkGa3ZPT69Z5GUKVgmlRb7_TcOTHZfykxeQbkTgrGoquRX71Qj0oxIYDbZfK_PEBwIWLbmbR_aCUga8nQFKAm2HOJ2wLr-oclGunWSKV_exQ_BlosbinOfb141_FaZtotU4PhxBG8HrjRHoWbIgXDYro39R9SZwNI86ACxP_UmJVGGxfgwrCOUipFAHWupMqNFIIVWxTg2_a1C1xXfWW70NeuSzgl5vmDs0VSXXcqneeIo1vq1xh7OKI_Pf72N4BE22a_dqfB1Gsbrvbt8Bn5FYB7xWA4EqNAhEQENkh0IwALSVIg

el departamento de Caldas, todo ello en un lapso de 10 días, se erige como una condición que imposibilitó a terceros diferentes a Susuerte, participar en el proceso licitatorio adelantado.

Si bien no existiría un término específico que debiera ser otorgado por la entidad concedente para acreditar tales situaciones, a ojos de esta Sala y por criterios de experiencia y sana crítica, el término de 10 días para lograr tales gestas resulta claramente insuficiente y beneficia en forma directa a quien ya ejercía como cesionario del contrato de concesión para la operación del juego de apuestas permanentes o chance en el departamento de Caldas, esto es, a Susuerte S.A., privando de esta manera a la entidad territorial de resultar favorecida, en cuanto a ingresos, con eventuales mejores propuestas que la presentada por la sociedad de apuestas escogida.

Corolario de lo señalado, el pliego de condiciones y la posterior adjudicación del contrato de concesión para la explotación del juego de las apuestas permanentes o chance en el departamento de Caldas, adolecen del cargo de nulidad formulado por el demandante, por vulneración de los principios de selección objetiva o igualdad.

En tal sentido, se dispondrá la nulidad del pliego de condiciones de la licitación pública 001 de 2021 cuyo objeto era *“seleccionar la persona jurídica que cumpla las condiciones y requisitos conforme al pliego de condiciones para celebrar y ejecutar el contrato de concesión para la operación exclusiva del juego de apuestas permanentes o “chance” a un único operador en el departamento de caldas, por un término de cinco (5) años contados a partir del 4 de febrero de 2022 al 03 de febrero de 2027”*.

5.2. Nulidad por trasgresión de las normas invocadas en el trámite precontractual.

La parte actora señala que, los actos demandados vulneraron los trámites legalmente establecidos para el proceso de licitación, ello i) al no haber resuelto las observaciones formuladas frente al proceso licitatorio por parte de las *“veedurías correspondientes”* lo cual considera trasgrede lo señalado en la Ley 1882 de 2018 y de otra parte, ii) por no haber publicado en la página *“SECOP”* la oferta ganadora del proceso licitatorio y el acta de cierre, lo cual va en contravía de lo dispuesto por el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015.

Previo a descender al análisis de los referidos cargos de nulidad, se precisa que, las referidas situaciones serán valoradas como causales de nulidad únicamente en lo referente al acto administrativo de adjudicación, pues las mismas no cuenta con la virtualidad de afectar la legalidad del pliego de condiciones, ya que dichas situaciones se presentaron con posterioridad a este y no afectan por modo alguno la validez del mismo.

5.2.1. De las observaciones formuladas por las *“veedurías correspondientes”*

Para analizar el cargo de nulidad formulado por la parte actora con ocasión de la no

respuesta a las observaciones que se afirma fueron presentadas en el proceso licitatorio, cabe señalar que dichas observaciones hacen referencia al documento aportado por la parte actora y que según reporte de envío del mensaje de datos¹⁰ fue dirigido al correo edsa@gobiernodecaldas.gov.co el 05 de agosto de 2021 a las 2:12 pm, en el cual se manifiestan las razones por las cuales se considera debe ser suspendido el proceso licitatorio, documento que no es suscrito por ninguna persona natural o jurídica, ni se informa por modo alguno su procedencia.

Al respecto, el parágrafo 3° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 -adicionado por la Ley 1882 de 2018- señala:

“Parágrafo 3°. En los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra pública, las entidades estatales deberán publicar el informe de evaluación relacionado con los documentos de los requisitos habilitantes y los requisitos que sean objeto de puntuación diferente a la oferta económica incluida en el primer sobre, dentro del plazo establecido en el pliego de condiciones.

*En estos procesos el informe permanecerá publicado en el Secop durante cinco (5) días hábiles, término hasta el cual **los proponentes** podrán hacer las observaciones que consideren y entregar los documentos y la información solicitada por la entidad estatal. Al finalizar este plazo, la entidad estatal se pronunciará sobre las observaciones y publicará el informe final de evaluación de los requisitos habilitantes y los requisitos objeto de puntuación distintos a la oferta económica.*

Para estos procesos, el segundo sobre, que contiene la oferta económica, se mantendrá cerrado hasta la audiencia efectiva de adjudicación, momento en el cual se podrán hacer observaciones al informe de evaluación, las cuales se decidirán en la misma. Durante esta audiencia se dará apertura al sobre, se evaluará la oferta económica a través del mecanismo escogido mediante el método aleatorio que se establezca en los pliegos de condiciones, corriendo traslado a los proponentes habilitados en la misma diligencia solo para la revisión del aspecto económico y se establecerá el orden de elegibilidad.” (Se resalta)

Del texto normativo citado, la Sala observa que este con bastante claridad señala que, el trámite de presentación y discusión de observaciones que allí se plantea, está dirigido a los “procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra pública” situación que dista del proceso licitatorio sobre el que recae la presente litis, ello aunado a que dicha normativa establece la posibilidad de formular observaciones por parte de “los proponentes” y no por cualquier interesado, mucho menos de forma anónima.

Ahora bien, trayendo a colación el inciso segundo del artículo 2.2.1.1.7.1 del Decreto 1510 de 2013 que igualmente establece la posibilidad de presentar observaciones en remisión al artículo 2.2.1.1.2.1.4 del mismo decreto, cabe destacar que este sí otorga la posibilidad de que estas sean planteadas por cualquier interesado -aunque no de forma

¹⁰ V. exp. Digital, archivo: “08ObservacionesConstanciaEnvio”

anónima-, empero dentro de un término específico, en efecto dichas disposiciones advierten:

“Artículo 2.2.1.1.7.1. Publicidad en el SECOP

...

*La Entidad Estatal está obligada a publicar oportunamente el aviso de convocatoria o la invitación en los Procesos de Contratación de mínima cuantía y el proyecto de pliegos de condiciones en el SECOP para que los interesados en el Proceso de Contratación puedan presentar observaciones o solicitar aclaraciones **en el término previsto para el efecto en el artículo 2.2.1.1.2.1.4** del presente decreto.”*

“ARTÍCULO 2.2.1.1.2.1.4. Observaciones al proyecto de pliegos de condiciones. Los interesados pueden hacer comentarios al proyecto de pliegos de condiciones a partir de la fecha de publicación de los mismos: (a) durante un término de diez (10) días hábiles en la licitación pública; y (b) durante un término de cinco (5) días hábiles en la selección abreviada y el concurso de méritos.” (Se resalta)

En este orden de ideas, las observaciones que pueden ser presentadas por cualquier interesado, únicamente pueden ser radicadas frente al proyecto de pliego de condiciones y durante los 10 días siguientes a su publicación.

Para el caso de marras se tiene que, según la página de la Agencia Nacional de Contratación – Colombia Compra Eficiente – “Secop I”¹¹ el proyecto del pliego de condiciones fue publicado por Edsa el 22 de junio de 2021, por lo cual las observaciones anónimas presentadas -al parecer por la parte actora, ya que las aportó con su escrito de demanda- no se hallaban dentro del término señalado por el citado Decreto 1510 de 2013, pues como se advirtió, estas fueron remitidas por correo electrónico el 05 de agosto de 2021.

Así las cosas, el cargo de nulidad planteado por la parte actora respecto de la no respuesta a las observaciones formuladas, no cuenta con vocación de prosperidad.

5.2.2. De las publicaciones en la página web de la Agencia Nacional de Contratación – Colombia Compra Eficiente – “Secop”.

El inciso 1° del artículo 2.2.1.1.7.1 del Decreto 1510 de 2013 establece la obligatoriedad de publicar las actuaciones surtidas durante el proceso contractual de las entidades públicas en la página web de la Agencia Nacional de Contratación – Colombia Compra Eficiente – “Secop” esto al señalar:

“Artículo 2.2.1.1.7.1. Publicidad en el SECOP. La Entidad Estatal está obligada a publicar en el SECOP los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. La oferta que debe

¹¹ Ver enlace indicado en pie de pagina No. 11.

ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación. Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el SECOP... (Se resalta)

Como puede verse, la norma en cita establece una obligación en forma genérica de publicar todos los documentos y actos administrativos del proceso de contratación e igualmente impone una obligación expresa y puntual, referente a publicar la oferta del adjudicatario de la licitación, publicación que cabe destacar no se presenta como un simple requisito formal del trámite pre contractual, sino que materializa algunos de los principios fundantes del sistema de contratación estatal como son los de publicidad y transparencia.

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado que, las publicaciones obligatorias que establecen las disposiciones legales permiten que tanto los directamente interesados en el proceso contractual como la comunidad en general puedan acceder a los fundamentos y razones de la contratación pública realizada por la entidad correspondiente, así¹²:

“iv) En virtud del principio de publicidad: las autoridades deben dar a conocer sus actuaciones y decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordena la ley, con el propósito de que sean vinculantes y puedan ser acatadas por sus destinatarios. Publicidad significa anunciar, divulgar, difundir, informar y revelar las decisiones y su motivación para hacerlas saber a quienes va dirigida, de manera que puedan ser obligatorias, controvertibles y controlables.

En efecto, los posibles oferentes y la comunidad en general deben tener conocimiento o la oportunidad de conocer tanto la convocatoria y reglas del proceso de selección o llamado a la licitación, como los actos y hechos del procedimiento y los participantes de presentar observaciones (art. 24 Nos. 2 y 6 y 30 No. 3 Ley 80 de 1993). La actuación de la administración debe ser abierta al público y a los participantes o concurrentes, quienes, incluso, en el caso de la licitación pueden hacer uso del ejercicio del derecho a la audiencia pública (art. 24 No. 3 ibidem en armonía con el artículo 273 de la Constitución Política).

Este principio - deber también se traduce en el correlativo derecho de los interesados de enterarse de esas actuaciones de la administración, pedir por parte de quien demuestre un interés legítimo información y solicitar las copias de los documentos que la integran, con sujeción a la reserva de ley (art. 23 y 74 de la C.P.¹³, No. 4 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, entre otros).

¹² Sección Tercera, 3 de diciembre de 2007, C.P Ruth Stella Correa Palacio. Exp: Acumulados 11001-03-26-000-2003-00014-01 (24715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01(25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01(25409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01(24524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01 (25410); 1100-10-326-000-2003-000-71-(26105); 1100-10-326-000-2004-000-34-00(28244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01(31447).

¹³ Establecen el derecho a presentar peticiones ante las autoridades y obtener pronta respuesta, lo que incluye solicitar y pedir copias de documentos públicos, y la garantía de acceso a éstos, excepto que exista reserva legal, respectivamente.

Por lo tanto, los principios del debido proceso -defensa y contradicción-, libre concurrencia y transparencia en los términos de la Constitución Política y la ley de contratación, encuentran concordancia y punto de apoyo imprescindible en el principio de publicidad en la actuación administrativa”.

Ahora bien, en cuanto a la finalidad e importancia de efectuar las publicaciones pertinentes en el Sistema Electrónico de Contratación Pública –Secop-, de conformidad con el artículo 3º de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007¹⁴, este sistema fue creado con el fin de publicar electrónicamente todos los trámites relacionados con la contratación pública y otorgar el acceso a interesados y público en general a las actuaciones adelantadas en materia de contratación estatal, logrando así, el pleno desarrollo de los principios de publicidad y transparencia. Esta norma señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 3o. DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA. *De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional.*

Lo anterior, sin perjuicio de las publicaciones previstas en el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

Con el fin de materializar los objetivos a que se refiere el inciso anterior, el Gobierno Nacional desarrollará el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop, el cual:

- a) Dispondrá de las funcionalidades tecnológicas para realizar procesos de contratación electrónicos bajo los métodos de selección señalados en el artículo 2o de la presente ley según lo defina el reglamento;*
- b) Será de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía;*
- c) Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos y;*
- d) Integrará el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Único de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública.*

¹⁴ “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”

Así mismo, se articulará con el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado por la Ley 598 de 2000, sin que este pierda su autonomía para el ejercicio del control fiscal a la contratación pública.

PARÁGRAFO 1o. *En ningún caso la administración del Secop supondrá la creación de una nueva entidad. El Secop será administrado por el organismo que designe el Gobierno Nacional, sin perjuicio de la autonomía que respecto del SICE confiere la Ley 598 de 2000 a la Contraloría General de la República.” (negrilla fuera de texto)”*

Así, “el fin del Sistema Electrónico de Contratación Pública –SECOP– es disponer de las funcionalidad tecnológicas para realizar procesos de contratación electrónicos, servir como punto único de ingreso de información y generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía, contar con la información oficial de la contratación realizada, integrar el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Único de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública, entre otros.”¹⁵

Ahora bien, descendiendo al asunto bajo examen se tiene que, en la página de la Agencia Nacional de Contratación – Colombia Compra Eficiente – “Secop I” dentro del apartado correspondiente al proceso de licitación pública¹⁶ que es objeto de análisis, no aparece la publicación por parte de Edsa, ni del acta de cierre del proceso licitatorio, ni de la propuesta a la cual se adjudicó el contrato de concesión.

Sobre este aspecto, la entidad accionada al dar contestación al libelo introductor se limitó a señalar que:

- **Frente a la publicación del acta de cierre:** *“Es cierto que el acta de cierre del proceso no fue publicado, lo que no significa que no hubiese estado al alcance de cualquier ciudadano. Ninguna persona, natural o jurídica la ha requerido para nada. EDSA ha considerado que dicha acta no está dentro de los documentos que esté obligado a publicar, no obstante, de considerarse que sí es obligatorio, dicha omisión no vicia la legalidad del proceso”.*
- **Frente a la publicación de la oferta ganadora:** *“Es cierto [que no fue publicada], pero ello no obedece al capricho de la entidad sino que debido al tamaño de la propuesta no fue posible cargarla en la plataforma del Secop”.*

Las justificaciones planteadas por la entidad accionada no son de recibo pues como se advirtió, el inciso 1° del artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1510 de 2013 establece la obligatoriedad de publicar *“los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los **tres (3) días siguientes** a su expedición”* sin que pueda admitirse como lo alega la entidad demandada que, EDSA tenga la facultad de considerar a *motu proprio* qué documentos está en obligación o no de publicar, cuando

¹⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Hernando Sánchez, 25 de mayo de 2017, Radicación: 08001-23-33-006-2016-00291-01(PI).

¹⁶ Ver nota al pie No. 9.

la norma no le otorga tal liberalidad.

Ahora bien, para la Sala resulta aún más gravoso el hecho de que la entidad accionada no haya publicado la oferta del adjudicatario del proceso de contratación, pues tal obligación se desprende en forma expresa del contenido literal del inciso 1° del artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1510 de 2013, que señala: “... *La oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación...*”.

Tampoco es aceptable una justificación superflua, como es el simple comentario de que, por situaciones técnicas del tamaño de los archivos la propuesta no pudo ser publicada, pues la entidad accionada no aportó ningún tipo de prueba que permita acreditar que en efecto tal publicación cuando menos se intentó y que no pudo ser realizada por problemas técnicos de la página Secop, y mucho menos al considerarse que la entidad contaba con amplia facilidad de publicar en dicha página, al menos un enlace de acceso a cualesquier servicio de almacenamiento en la nube a través del cual pudiese ser consultada la propuesta presentada por Susuerte S.A.

Frente a lo anterior, la Sala destaca que, la posibilidad de que cualquier interesado en el proceso licitatorio e incluso cualquier miembro de la comunidad puedan verificar el contenido de la propuesta a la cual se adjudicó el contrato, es una garantía mínima de los principios de publicidad y transparencia, pues solo a partir de dicha publicación es que podría controlarse por los administrados el hecho de que la adjudicación realizada cumplió con los requisitos pertinentes y que se apega al pliego de condiciones y al ordenamiento jurídico.

La anterior situación, toma aún más relevancia al observar que, ni la entidad accionada EDSA, ni la vinculada Susuerte S.A., aportaron al presente proceso la oferta presentada por esta última, incluso en desconocimiento de la expresa orden impartida por este Tribunal en auto del 12 de mayo de 2022 en el cual se requirió a EDSA para que aportase “...*copia de la totalidad del expediente contractual correspondiente al proceso licitatorio adelantado para la celebración del “Contrato de concesión para la operación del juego de apuestas permanentes o chance, por cuenta y riesgo del concesionario, en todo el territorio del departamento de Caldas”*”, pues a pesar de la multiplicidad de documentos aportados en respuesta a este requerimiento, no obra entre aquellas la propuesta presentada por Susuerte S.A.

En conclusión, las irregularidades presentadas en la etapa conclusiva de la fase precontractual del proceso de licitación pública No. 001 de 2021 no pueden ser vistas de otra manera que, como una vulneración evidente de los principios de publicidad y transparencia en cuanto a la etapa de adjudicación y cierre del proceso licitatorio.

Así, la omisión de la entidad accionada de poner en conocimiento del público en general, el acta de cierre del proceso licitatorio y la oferta del adjudicatario del proceso de contratación conllevan indefectiblemente a declarar la nulidad de la Resolución 186 de agosto 10 de 2021 “*Por medio de la cual se adjudica el contrato de concesión para la operación*

del juego de apuestas permanentes o chance, por cuenta y riesgo del concesionario, en todo el territorio del departamento de Caldas-, emitida por la empresa departamental para la salud – EDSA”.

6. Conclusión

Corolario de lo expuesto, el pliego de condiciones para la licitación que entregó la concesión para la explotación del juego de las apuestas permanentes o chance en el departamento de Caldas, adolece de los cargos de nulidad propuestos por vulneración de los principios de selección objetiva e igualdad.

Por su parte, las irregularidades referentes a la omisión de la publicación de la oferta adjudicataria y del acta de cierre del proceso, igualmente vician de nulidad a la Resolución 186 de agosto 10 de 2021 *“Por medio de la cual se adjudica el contrato de concesión para la operación del juego de apuestas permanentes o chance, por cuenta y riesgo del concesionario, en todo el territorio del departamento de Caldas-, emitida por la empresa departamental para la salud – EDSA”.*

No se configuró la causal de nulidad por no haberse resuelto las observaciones formuladas frente al proceso licitatorio por parte de las *“veedurías correspondientes”* por cuanto, las observaciones no fueron presentadas oportunamente.

7. Efectos de la nulidad del pliego de condiciones y del acto de adjudicación.

De conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 una de las causales de nulidad absoluta del contrato estatal, es la declaratoria de nulidad de los actos administrativos en que se fundamentó el contrato, en efecto dicho canon normativo advierte a su tenor literal:

“ARTÍCULO 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;

3o. Se celebren con abuso o desviación de poder;

4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.”

Sobre los efectos de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenta el contrato estatal, específicamente el acto de adjudicación el Consejo de Estado ha señalado:

“Repárese como en el presente caso, los supuestos perjuicios que alegan los demandantes derivan más del acto de adjudicación que del contrato celebrado como consecuencia de este.

*Es este el alcance que tiene el artículo 44 ordinal 4° de la ley 80 de 1993 cuando establece como causal de nulidad absoluta del contrato estatal el hecho de que se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamente, **por ejemplo, el acto de adjudicación**, pretensión que podrá acumularse con la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, pero, se insiste, si lo que se busca es el restablecimiento del derecho del licitante que resultó vencido en el procedimiento de contratación, para ese propósito no basta que se solicite y obtenga la declaratoria de nulidad absoluta del contrato si no se anula también el acto de adjudicación que, en última instancia, es el que ha causado el perjuicio.”¹⁷*

En este orden de ideas, la Sala declarará la nulidad absoluta del “*contrato de concesión para la operación del juego de apuestas permanentes o chance, por cuenta y riesgo del concesionario, en todo el territorio del departamento de Caldas*” suscrito entre EDSA y Susuerte S.A., ello como consecuencia necesaria de la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación.

Ahora bien, cabe advertir en este punto que ante la vital importancia de los recursos que son obtenidos con la explotación del juego de apuestas permanentes “*chance*” en el departamento de Caldas los cuales se destinan al sector salud, este Tribunal dispondrá que a pesar de la nulidad declarada SUSUERTE S.A. continuará ejecutando la concesión hasta tanto concluya el nuevo proceso licitatorio, el cual deberá iniciarse a más tardar dentro del mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia.

8. Costas.

No se impondrá condena en costas de conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, al estarse ventilando un asunto de interés público como es la legalidad de un acto administrativo de carácter general.

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARASE la nulidad del “*Pliogo de condiciones de la licitación pública no. 001 de 2021*” emitido por EDSA y de la “*Resolución no. 186 de agosto 10 de 2021 -por medio de la cual se adjudica el contrato de concesión para la operación del juego de apuestas permanentes o chance, por cuenta y riesgo del concesionario, en todo el territorio del departamento de Caldas-, emitida por la empresa departamental para la salud – EDSA*”.

SEGUNDO: En consecuencia, **DECLARASE** la nulidad del “*contrato de concesión para la operación del juego de apuestas permanentes o chance, por cuenta y riesgo del concesionario, en todo*

¹⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P: Olga Mérida Valle De La Hoz, 10 de septiembre de 2014, Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01305-01(27203).

el territorio del departamento de Caldas" suscrito entre EDSA y Susuerte S.A

TERCERO: SUSUERTE S.A. continuará ejecutando la concesión otorgada por EDSA hasta tanto concluya el nuevo proceso licitatorio, el cual deberá iniciarse a más tardar dentro del mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS por lo expuesto en precedencia.

QUINTO: EJECUTORIADA esta providencia, archívese el expediente previo las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

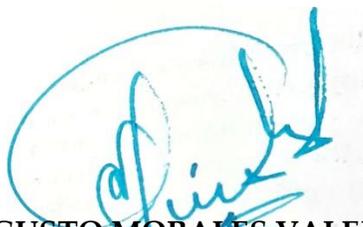
NOTIFÍQUESE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Ordinaria No. 054 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Segunda Oral de Decisión
Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, cinco (5) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Radicado:	17001-23-33-000-2016-00369-00
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Alexandra del Socorro Vargas Montoya
Accionado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
Vinculados:	María Alejandrina Cortes De Espinosa (Madre del Causante) y Edgar Mauricio Espinosa Agudelo, Yarid Licceth Espinosa Agudelo, Jacklin Espinosa Agudelo (Hijos del causante)
Providencia:	Sentencia No. 143

I. Asunto

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Decisión Oral, integrada por el Magistrado FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN, quien la preside, y por los Magistrados DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS y AUGUSTO MORALES VALENCIA, 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 Alexandra del Socorro Vargas Montoya contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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.

II. Antecedentes

1. Pretensiones

Solicita la parte demandante lo siguiente:

- Se declare la nulidad total del acto administrativo contenido en la Resolución No

1510-6 del 18 de febrero de 2015, proferida por la Dra. María Aracelly López Gil, Secretaria de Educación Departamental de Caldas, por medio de la cual no se accedió al reconocimiento y pago del ajuste a la pensión de jubilación y posterior sustitución pensional, solicitada por la señora María Alejandrina Cortes de Espinosa en calidad de madre; Alexandra Del Socorro Vargas Montoya en calidad de compañera permanente; Yacklin Espinosa Agudelo, Yarid Liseth Espinosa Agudelo y Edgar Mauricio Espinosa Agudelo, en calidad de hijos del docente fallecido, señor Carlos Eduardo Espinosa Cortes, hasta tanto la justicia ordinaria resuelva el conflicto de intereses que allí se presenta.

- Se declare la nulidad total del acto administrativo contenido en la Resolución No, 10837 del 10 de diciembre de 2015, proferida por la Dra. María Aracelly López Gil, Secretaria de Educación Departamental de Caldas, por medio de la cual se niega el reconocimiento y pago del ajuste a la pensión de jubilación y posterior sustitución pensional, solicitada por la señora Alexandra Del Socorro Vargas Montoya en calidad de compañera permanente.
- Como consecuencia de lo anterior, se reconozca y pague la sustitución pensional, el retroactivo pensional y el reajuste de la pensión de jubilación en favor de la señora Alexandra Del Socorro Vargas Montoya, en calidad de compañera permanente del causante Carlos Eduardo Espinosa Cortes.
- Se ordene la indexación de las sumas adeudadas.
- Se le dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- Se condene a la parte demandada al pago de las costas y agencias en derecho.

2. Hechos

En síntesis, los siguientes son los fundamentos fácticos de la demanda:

La Señora Alexandra Del Socorro Vargas Montoya presentó solicitud de reconocimiento de ajuste pensional y sustitución pensional de la pensión de jubilación de quien en vida fue su compañero permanente, el docente Carlos Eduardo Espinosa Cortes.

La Secretaría de Educación Departamental de Caldas, mediante Resoluciones No 1510-6 del 18 de febrero de 2015 y No 10387-6 del 10 de diciembre de 2015 negó el reconocimiento y pago del ajuste pensional y posterior sustitución pensional de la pensión de Jubilación.

Mediante Sentencia No 112 del 22 de abril del 2015, proferida por el Señor Juez Sexto de Familia del Circuito de Manizales, se dispuso *“DECLARAR en consecuencia que entre los señores ALEXANDRA DEL SOCORRO VARGAS MONTOYA, identificada con la cédula 33994740 y CARLOS EDUARDO ESPINOSA CORTES (fallecido) quien se identificaba con la cédula 10221049, como compañeros permanente existió UNION MARITAL DE HECHO desde el 19 de octubre de 2003 hasta el diez (10) de septiembre de 2012, fecha de fallecimiento de dicho señor. (...)*”.

El Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales ordenó el reajuste de la pensión del señor Carlos Eduardo Espinosa Cortés; la Fiduprevisora ordenó reconocer las diferencias atrasadas por valor de \$17.393.625, suma según dice la demandante, le debe ser entregada por ser ella quien tiene derecho en calidad de compañera permanente del causante.

La señora María Alejandrina Cortes de Espinosa, en su condición de madre del causante, solicitó a la secretaria de Educación Departamental de Caldas el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, así como el reajuste de la misma; de igual manera, los señores Edgar Mauricio Espinosa Agudelo, Yarid Licceth Espinosa Agudelo y Jacklin Espinosa Agudelo han solicitado el reconocimiento y pago del retroactivo pensional.

El señor Edgar Mauricio Espinosa Agudelo (Hijo legítimo del causante), mediante declaración extra juicio No 2257 del 19 de septiembre de 2012, manifestó bajo la gravedad de juramento que la señora Alexandra del Socorro Vargas Montoya fue compañera permanente de su señor padre Carlos Eduardo Espinosa Cortes desde octubre del año 2003 hasta la fecha del deceso, quien en vida respondió económicamente por ella; igual declaración rindió la señora Vargas Montoya y en vida el señor Carlos Eduardo Espinosa Cortes.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Constitución Política: artículos 2, 5, 6, 21, 29, 42 y 83.

Ley 33 de 1973.

Decreto 690 de 1974.

Ley 12 de 1975.

Ley 44 de 1980.

Ley 54 de 1990: Artículo 1.

Decreto 1045 de 1978: Artículo 5, 54.

Ley 71 de 1988: Artículo 3.

Decreto 1160 de 1989: Artículo 13.

Ley 1437 de 2011: Artículo 138 y demás normas y fallos concordantes.

Considera que con los actos administrativos enjuiciados se vulneran preceptos de orden constitucional y legal comoquiera que carecen de motivación y fundamento probatorio; además, pone en duda la condición de compañera permanente de la demandante a pesar de que existe sentencia del Juzgado de Familia, en la cual se declara la Unión Marital de Hecho de ella y el causante.

Indica que la señora María Alejandrina Cortes de Espinosa (madre del causante) sólo tendría derecho a la sustitución de la pensión a falta de cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, hijos inválidos o hijos menores.

Agrega que a falta de hijos con derecho - pues todos son mayores de edad y sin discapacidad mental ni física alguna -, la sustitución pensional en su totalidad, así como el reajuste pensional le corresponde a la compañera permanente.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la parte demandante y manifestó que no le constan los hechos.

Como argumento de fondo señaló que el procedimiento regulado por la Ley 91 de 1989 y su Decreto reglamentario 2831 de 2005, es el procedimiento especial aplicable al caso de las prestaciones sociales del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Dicho Fondo, explica, es la entidad encargada de efectuar los pagos de las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de dicha norma. Sin embargo, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por la sociedad de economía

mixta Fiduciaria La Previsora S.A., de conformidad con el contrato que para tal efecto suscribió el Ministerio de Educación Nacional. Por lo tanto, cualquier gasto que afecte el presupuesto de la Fiduciaria, debe contar con la respectiva apropiación presupuestal.

Planteó como excepciones de mérito las que denominó: *“Antes de reconocer la prestación es necesario determinar por vía de jurisdicción ordinaria quién tiene mejor derecho”*, indicando al respecto que no hay lugar a determinar de manera diáfana quién cumple el requisito de convivencia establecido en el literal a) del artículo 47 de la ley 100 de 1993; *“falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación-Ministerio de Educación Nacional”* en tanto el Ministerio de Educación Nacional no presta el servicio educativo, ni administra plantas de personal docentes, y por ende, no es empleador de los docentes; *“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”* tratándose de prestaciones sociales a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el procedimiento de reconocimiento y pago de esta obligación, por ley, se encuentra en cabeza de la Entidad Territorial certificada y de la sociedad Fiduciaria administradora del Fondo, siendo esta última y con fundamento en el contrato de Fiducia Mercantil No. 83 de 1990, quien administra y paga con recursos del Fondo las obligaciones que en materia de prestaciones reclaman los docentes afiliados al Fomag, bien sea por vía administrativa o vía contenciosa; *“Prescripción”*; *“Buena fe”* y *“Genérica”*. (fls. 218 a 233, Archivo 01, Cdno 1, carpeta digital)

4.3. Vinculados: María Alejandrina Cortes De Espinosa, Yarid Licceth Espinosa Agudelo, Jacklin Espinosa Agudelo.

A través de Curadora Ad Litem se contestó la demanda, manifestando que se atienen a lo que resulte probado en el proceso. Aceptó algunos hechos y negó otros. Señala que carece de elementos fácticos y legales para proponer excepciones en este caso. (fls. 212 a 214, Archivo 01, Cdno 1, carpeta digital)

4.4. Edgar Mauricio Espinosa Agudelo.

Guardó silencio.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante.

Aduce que, en el caso concreto, la demandante con ocasión del deceso del docente Carlos Eduardo Espinosa Cortes causó el derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional por cumplir los requisitos señalados en la ley; y al reajuste pensional por estar éste reconocido mediante sentencia debidamente ejecutoriada proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Manizales. (Radicado 201-00448). Estima que la actora es la única beneficiaria y quien acredita mejor derecho para la sustitución pensional; derecho que, como se sabe, es de carácter imprescriptible e irrenunciable. Recalca que los efectos jurídicos que emanan de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto de Familia del Circuito de Manizales no se pueden desconocer ni negar caprichosamente, de ahí que se está en presencia de este medio de control para establecer la verdad material y procesal y demostrar con ello que a mi representada es a quien le asiste mejor derecho frente al reconocimiento y pago del 100% de la sustitución pensional y del retroactivo reclamado con el presente medio de control. Hace referencia al Registro Civil de Defunción con el cual se informa sobre el fallecimiento de la señora María Alejandrina Cortes De Espinosa el 11 de febrero de 2021.

5.2. Vinculados: María Alejandrina Cortes De Espinosa, Yarid Licceth Espinosa Agudelo, Jacklin Espinosa Agudelo.

La Curadora ratifica cada uno de los hechos y las pretensiones relacionados en la contestación de la demanda, indicando que se atiene a lo que resulte probado en el proceso una vez efectuado el análisis concienzudo del material probatorio aportado en el presente proceso, atendiendo además a la imposibilidad de tener cualquier acercamiento con las personas a las cuales representa.

5.5. Ministerio Público: No realizó pronunciamiento alguno.

Consideraciones de la Sala

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

- ¿La demandante acredita los requisitos legales para acceder al derecho a una sustitución pensional en calidad de compañera permanente del causante, señor Carlos Eduardo Espinosa Cortes?
- ¿A qué entidad le corresponde el reconocimiento pensional en caso de que haya lugar al mismo?

➤ ¿La determinación del titular del derecho a la sustitución pensional hace procedente un pronunciamiento en este proceso judicial sobre la titularidad de otros derechos sobre la masa sucesoral del causante, como lo es el retroactivo por concepto de reajuste pensional ordenado mediante sentencia judicial?

1. Marco normativo de la sustitución pensional.

La sustitución pensional tiene como finalidad proteger a la familia, al cónyuge o compañero o compañera permanente que dependía económicamente del pensionado que fallece, evitando que además del dolor que conlleva dicha pérdida, se generen otros efectos colaterales en las condiciones de vida de la familia, especialmente en materia económica.

En efecto, el máximo Tribunal Constitucional¹ ha sostenido que existe un vínculo indiscutible entre la pensión de sobrevivencia y los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna, ya que esa prestación otorga a los beneficiarios la garantía de la satisfacción de sus necesidades básicas, las cuales eran suplidas por el pensionado o el afiliado.

Ahora bien, en relación con la normativa aplicable respecto a la sustitución de una pensión ordinaria de un docente, ha sido diáfano el Consejo de Estado en disponer que, las normas que gobiernan la sustitución pensional son las vigentes al momento del deceso del causante, en este caso, al 10 de septiembre de 2012 según da cuenta el Registro Civil de Defunción visible a folio 22 del Archivo 26, C. Antecedentes Administrativos, pues es éste el momento a partir del cual nace el derecho para los beneficiarios del pensionado, tal como lo ha sostenido esa Corporación².

Debe recordarse que de conformidad con el inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se encuentran exceptuados de su aplicación los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, tal como sucede con el causante del beneficio pensional que ahora se depreca.

En este sentido lo expresó el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo³:

¹ Sentencia T-140 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

² V. Sentencia del 10 de noviembre de 2005. Exp. No.3496-04. Consejera Ponente Ana Margarita Olaya Forero.

³ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección "A". C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Sentencia del dos (2) de octubre de dos mil ocho (2008). Radicación número: 25000-23-25-000-2000-05959-01(0757-04).

“En efecto, para la aludida fecha encontrándose vigente el Régimen General consagrado en la Ley 100 de 1993, las disposiciones contenidas en materia de sustitución pensional tanto en la Ley 71 de 1988 como en el Decreto Reglamentario 1160 de 1989 aun continuaron produciendo efectos para aquellos regímenes que por exclusión no quedaron comprendidos dentro del ámbito de aplicación del nuevo Sistema de Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993 por disposición expresa de su artículo 279, el cual reza: (...).

Así, el ámbito de aplicación tanto del anterior régimen de sustitución pensional como del contenido en la Ley 100 de 1993, frente a los trabajadores y servidores excluidos de este último, fue definido por esta Sección mediante sentencia del 10 de octubre de 1996 al realizar el estudio de legalidad del artículo 6° del Decreto 1160 de 1989 reglamentario de la Ley 71 de 1988, el cual quedó delimitado en los siguientes términos:

“2.2. Ámbito de aplicación de la norma acusada.

No obstante lo anterior ha de precisar la Sala que la Ley 71 de 1988 y por ende su Decreto Reglamentario 1660 (sic) de 1989 continuaron vigentes en cuanto a aquellos regímenes que por exclusión no quedaron comprendidos dentro de la Ley 100 de 1993, según lo dispuesto en el Artículo 279.

A estas conclusiones de derogatoria tácita parcial de la legislación anterior sobre pensiones y aplicación para algunos destinatarios llega la Sala, primero, porque como ya se dijo, la comparación de las disposiciones anteriores a la vigencia de la Ley 100 con el régimen que ella contiene, permiten afirmar que la preceptiva demandada se encuentra derogada en cuanto a los regímenes que deben gobernarse por la Ley 100 de 1993 y, segundo, porque los exceptuados en el Artículo 279 ibídem, al no estar comprendidos dentro del ámbito de aplicación del nuevo sistema, deben regirse por la legislación anterior en cuanto sea compatible con cada régimen especial y mientras, como es obvio, el Legislador no expida un sistema de pensiones para tales destinatarios.”
-rft-

En igual sentido, en providencia del 04 de junio de 2020⁴, el Consejo de Estado expresó:

En efecto, para la precitada fecha encontrándose vigente el Régimen General consagrado en la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, las disposiciones contenidas en materia de sustitución pensional tanto en la Ley 71 de 1988 como en el Decreto Reglamentario 1160 de 1989 aun continuaron produciendo efectos para aquellos regímenes que por exclusión no quedaron comprendidos dentro del ámbito de aplicación del nuevo Sistema de Seguridad Social que por disposición expresa en su artículo 279 consagró:

«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*

⁴ C.E; Sección Segunda; Subsección A; C.P: Gabriel Valbuena Hernández; Bogotá, D. C., cuatro (4) de junio de dos mil veinte (2020); Radicación número: 05001-23-33-000-2014-00599-02(6291-18)

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.

Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente Ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato.

Igualmente, el presente régimen de Seguridad Social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente Ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos-Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de Seguridad Social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.

[...]»

En ese entendido, bajo el ámbito de aplicación del anterior régimen de sustitución pensional como del contenido en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, en relación con los trabajadores y servidores excluidos de este último, esta Sección mediante sentencia del 10 de octubre de 1996⁵ realizó el estudio de legalidad del artículo 6 del Decreto 1160 de 1989 reglamentario de la Ley 71 de 1988⁶, y lo delimitó así:

«2.2. Ámbito de aplicación de la norma acusada.

No obstante lo anterior ha de precisar la Sala que la Ley 71 de 1988 y por ende su Decreto Reglamentario 1660 (sic) de 1989 continuaron vigentes en cuanto a aquellos regímenes que por exclusión no quedaron comprendidos dentro de la Ley 100 de 1993, según lo dispuesto en el Artículo 279.

A estas conclusiones de derogatoria tácita parcial de la legislación anterior sobre pensiones y aplicación para algunos destinatarios llega la Sala, primero, porque como ya se dijo, la comparación de las disposiciones anteriores a la vigencia de la Ley 100 con el régimen que ella contiene, permiten afirmar que la preceptiva demandada se

5 C.P.: Dolly Pedraza de Arenas.

6 «por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones»

*encuentra derogada en cuanto a los regímenes que deben gobernarse por la Ley 100 de 1993 y, segundo, **porque los exceptuados en el Artículo 279 ibídem, al no estar comprendidos dentro del ámbito de aplicación del nuevo sistema, deben regirse por la legislación anterior en cuanto sea compatible con cada régimen especial y mientras, como es obvio, el Legislador no expida un sistema de pensiones para tales destinatarios.**» Destacado fuera del texto.*

Ahora bien, tratándose del sub judice la Sala de Decisión advierte que la señora MARINA DE JESÚS ZAPATA VILLA obtuvo el reconocimiento de su pensión de jubilación en calidad de docente a través de Resolución Número 002878 del 21 de diciembre de 1987 proferida por el departamento de Antioquia (fol. 31 a 34), motivo por el cual le resulta aplicable el régimen de sustitución pensional contenido en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003.

Lo anterior teniendo en cuenta que aun cuando el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 señala que los docentes se encuentran excluidos de sus efectos, de modo que se le aplicaría la Ley 71 de 1989, lo cierto es que esta excepción solo es aplicable a aquellos docentes cuyas prestaciones se encuentren a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989 y para el asunto en discusión la pensión cuya sustitución se pretende está totalmente a cargo del departamento de Antioquia, más aun cuando para la fecha en que se reconoció el derecho prestacional no se había creado dicho Fondo, tal como lo sostuvo esta Subsección en una oportunidad anterior⁷.

De igual manera, en sentencia proferida por la Alta Corporación⁸ en el año 2021, se determinó el régimen aplicable para resolver sobre la sustitución de la pensión de un docente afiliado al FNPSM, precisando en cuanto al tiempo mínimo de convivencia lo siguiente:

“En materia pensional, las disposiciones aplicables son aquellas vigentes en el momento del fallecimiento del causante. Si este ocurre en vigor de la Ley 100 de 1993, ha de recordarse que su aplicación, según su artículo 279, no se extiende a quienes que se encuentran afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: [...]

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

⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “A”. Sentencia del 2 de octubre de 2008. Radicación número: 25000-23-25-000-2000-05959-01(0757-04).

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintiuno (2021). Expediente: 52001-23-33-000-2014-00405-01 (675-2019).

⁹ M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[...]

De las normas trascritas, se tiene que hay sustitución pensional en los siguientes casos: (i) cuando fallece una persona pensionada o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez o (ii) cuando muere un trabajador particular o un empleado o trabajador del sector público después de haber completado el tiempo de servicios requerido por la ley, convenciones o pactos colectivos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación. En estos casos, sus beneficiarios serán las personas indicadas en el Decreto 1160 de 1989 (artículo 6), en el orden precisamente allí previsto.

[...]

Previo a desatar los problemas jurídicos planteados, resulta necesario precisar, en primer lugar, que si bien el asunto sub judice fue analizado (por las partes y el a quo en el fallo impugnado) conforme al artículo 47¹⁰ de la Ley 100 de 1993¹¹ (modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003¹²), según el cual «En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte» (se subraya), lo cierto es que las disposiciones aplicables en materia de sustitución de la pensión jubilación de los docentes afiliados al Fomag (como se explicó en el acápite precedente) son la Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989, que prevén que para acceder a tal prestación el interesado (compañero o compañera permanente) debe demostrar que hizo «vida marital con el causante durante el año inmediatamente anterior al fallecimiento de éste».

[...]"

Así las cosas, siendo claro que el marco normativo que cobija la sustitución pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está comprendido por la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 1160 de 1989, se tiene que el canon 3º de aquella Ley 71 extendió las previsiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973¹³, de la Ley 12 de 1975¹⁴, de la Ley 44 de 1980¹⁵ y de

¹⁰ «**BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

¹¹ «Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones».

¹² «Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales».

¹³ «Por la cual se transforma en vitalicias las pensiones de las viudas.»

¹⁴ «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre régimen de pensiones de jubilación.»

¹⁵ «Por la cual se facilita el procedimiento de traspaso y pago oportuno de las sustituciones pensionales.»

la Ley 113 de 1985¹⁶ en forma vitalicia, al cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado.

En este orden, el numeral 1 del artículo 3 de la citada Ley 71 de 1988, establece a la letra:

“Artículo 3: Extiéndese las previsiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge supérstite compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen:

1. El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, tendrán derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades la sustitución de la respectiva pensión con derecho a acrecer cuando uno de los dos órdenes tengan extinguido su derecho. De igual manera respecto de los hijos entre sí.” Subrayas de la Sala).

Siendo aplicable el precepto acabado de reproducir para aquellos casos en que se debata el reconocimiento de la sustitución de una pensión ordinaria de un docente afiliado al FNPSM, su cónyuge o compañero permanente, y/o los demás beneficiarios a que alude el artículo 3º de la Ley 71/88, tendrán derecho al reconocimiento y pago de la pensión cuando reúnan los requisitos allí previstos.

Por lo expuesto, se concluye en primera medida que, la sustitución de la prestación económica suplicada en el *sub lite*, es viable en la medida que concurran los presupuestos que la norma exija para su reconocimiento a los beneficiarios que establece la Ley 71 de 1988.

Así las cosas, se tiene que el Decreto 1160/89, reglamentario de la Ley 71/88, por medio del cual se establecieron las condiciones para acceder a la sustitución pensional para los causahabientes, entre ellos el cónyuge o compañero permanente, establecieron:

“Artículo 6º.- Beneficiarios de la sustitución pensional. Extiéndense las previsiones sobre sustitución pensional:

1. En forma vitalicia al cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, al compañero o a la compañera permanente del causante.

Se entiende que falta el cónyuge:

- a) Por muerte real o presunta;*
- b) Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;*
- c) Por divorcio del matrimonio civil.*

¹⁶ “Por la cual se adiciona la Ley 12 de 1975 y se dictan otras disposiciones”

Artículo 7º.- Pérdida del derecho del cónyuge sobreviviente. El cónyuge sobreviviente no tiene derecho a la sustitución pensional, cuando se haya disuelto la sociedad conyugal o exista separación legal y definitiva de cuerpos o cuando en el momento del deceso del causante no hiciera vida en común con él, salvo el caso de hallarse en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado éste el hogar sin justa causa o haberle impedido su acercamiento o compañía, hecho éste que se demostrará con prueba sumaria.

El cónyuge sobreviviente pierde el derecho de la sustitución pensional que esté disfrutando, cuando contraiga nupcias o haga vida marital.

Artículo 8º.- Distribución entre beneficiarios de la sustitución pensional. La sustitución pensional se distribuirá entre los beneficiarios así:

- 1. El 50% para el cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente del causante y el otro 50% para los hijos de éste, distribuido por partes iguales.*
- 2. A falta de hijos con derecho, se sustituirá la totalidad de la pensión, al cónyuge Sobreviviente o al compañero o compañera permanente del causante.*

[...]

Artículo 12. Compañero permanente. Para efectos de la sustitución pensional, se admitirá la calidad de compañero o compañera permanente a quien ostente el estado civil de soltero(a) y haya hecho vida marital con el causante durante el año inmediatamente anterior al fallecimiento de éste o en el lapso establecido en regímenes especiales. /Resaltado de la Sala/

Parágrafo. El compañero o compañera permanente pierde el derecho a la sustitución pensional que esté disfrutando cuando contraiga nupcias o haga vida marital.

Artículo 13º.- Prueba de la calidad de compañero permanente. Se acreditará la calidad de compañero o compañera permanente, con la inscripción efectuada por el causante en la respectiva entidad de previsión social o patronal. Igualmente se podrá establecer con dos (2) declaraciones de terceros rendidas ante cualquier autoridad política o judicial del lugar.

En caso de vínculo matrimonial del compañero o compañera permanente que reclame el derecho a la sustitución pensional, se deberá presentar la respectiva sentencia judicial sobre la nulidad o el divorcio, debidamente ejecutoriada." /Líneas son de la Sala/.

Respecto al factor de convivencia efectiva entre parejas, éste fue abordado por el Consejo de Estado en sentencia de veintiséis (26) de julio de 2012¹⁷. Al respecto precisó que:

¹⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación número: 25000-23-25-000-1999-06559-01(2071-11).

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

En esta línea, el Supremo Tribunal Constitucional en sentencia T-813 de 2013 señaló respecto del mencionado principio que:

“3. Principio material para la definición del beneficiario:

‘(...) la legislación colombiana acoge un criterio material -esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte- como elemento central para determinar quién es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido’.

“Criterios de convivencia, apoyo y socorro mutuo durante la última etapa de vida del causante son, entonces, los elementos a ser analizados en cada caso concreto, con el objeto de determinar si dentro del primer orden de asignación la (el) cónyuge o la (el) compañera (o) permanente tienen derecho a percibir el beneficio al que se ha venido haciendo referencia.”
/Destaca la Sala/

Entonces, corresponde al Juez Colegiado, determinar si en el asunto de marras se acreditan los requisitos y condiciones establecidos por la ley para la sustitución pensional deprecada, teniendo en cuenta las circunstancias especiales que rodean el caso bajo estudio.

2. Caso concreto.

2.1. Lo probado en el proceso

- El Carlos Eduardo Espinosa Cortés obtuvo la pensión de vejez mediante Resolución nro. 243 del 6 de marzo de 2006, expedida por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fl. 31 - 32, Archivo 001, C.1)

- El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales¹⁸, mediante sentencia del 27 de febrero de 2012 ordenó a la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, reliquidar y pagar, dentro de sus competencias, a favor del señor Carlos Eduardo Espinosa Cortes, identificado con cédula de ciudadanía No 10.221.049, la Pensión de Jubilación reconocida mediante la Resolución No. 000243 del 06 de MARZO de 2006, teniendo en cuenta la prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad; de igual forma, dispuso que el derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación reconocido en la providencia sería efectivo a partir del 27 de mayo de 2007. (fls. 39 a 55, Archivo 001, C.1)
- El señor Carlos Eduardo Espinosa Cortes falleció el 10 de septiembre de 2012 según da cuenta el Registro Civil de Defunción visible a folio 22 del Archivo 26, C. Antecedentes Administrativos.
- De conformidad con los Registros Civiles de Nacimiento aportados al plenario, son hijos del señor Carlos Eduardo Espinosa Cortes, los señores Edgar Mauricio Espinosa Agudelo, Yarid Licceth Espinosa Agudelo y Jacklin Espinosa Agudelo, todos mayores de edad para la fecha de fallecimiento del padre, pues contaban con 34, 35 y 32 años, respectivamente. (fls. 57 a 62, Archivo 001, C.1)
- El Juzgado Sexto de Familia del Circuito de Manizales profirió sentencia el 22 de abril de 2015 dentro del proceso verbal - declaración de existencia de unión marital de hecho, disolución y liquidación de la sociedad patrimonial de hecho – promovido por la señora Alexandra Del Socorro Vargas Montoya contra los hijos del señor Espinosa Cortés, resolvió:

PRIMERO: APROBAR el acuerdo conciliatorio al que han llegado los señores ALEXANDRA DEL SOCORRO VARGAS MONTOYA como demandante y EDGAR MAURICIO ESPINOSA AGUDELO, quien actúa en su propio y como mandatario general de sus hermanas YARID LICCET ESPINOSA AGUDELO Y JACKLIN ESPINOSA AGUDELO en sus calidades de herederos determinados del causante CARLOS EDUARDO ESPINOSA CORTÉS en este proceso VERBAL DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DE UNIÓN MARITAL DE HECHO.

SEGUNDO: DECLARAR en consecuencia que entre los señores ALEXANDRA DEL SOCORRO VARGAS MONTOYA identificada con la cédula 33994740 y CARLOS EDUARDO ESPINOSA CORTÉS (fallecido) quien se identificaba con la cédula 10221049, como compañeros permanentes existió UNIÓN MARITAL DE HECHO desde el 19 de octubre de 2003 hasta el diez (10) de septiembre de 2012, fecha de fallecimiento de dicho señor. (fls. 63 a 65, Archivo 01, C. 1)

¹⁸ Séptimo de Descongestión según Resolución 003 del 26-02-2010.

- Certificado No. 037 expedido por la Auxiliar de Afiliaciones de Cosmitet Ltda Caldas, con fecha del 11 de febrero de 2013, en el cual se hace constar:

“Que, revisada y verificada la base de datos encontramos a ALEXANDRA DEL SOCORRO VARGAS MONTOYA cédula de ciudadanía número 33994740 que estuvo afiliada a esta entidad en calidad de beneficiaria cónyuge de CARLOS EDUARDO ESPINOSA CORTES cédula 10221049 cotizante perteneciente al Régimen de Excepción del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el 08 de agosto de 2011 hasta el 09 de noviembre de 2012 fecha de su retiro.

Que, su retiro obedece al no ser reportada por FIDUPREVISORA S.A. como beneficiaria por Sustitución Pensional.” (fl. 71 ibídem)

- Declaración juramentada extra juicio No. 2257, del 19 de septiembre de 2012, rendida por el señor Edgar Mauricio Espinosa Agudelo, la cual da cuenta de lo siguiente:

“Manifiesto por medio de la presente declaración bajo la gravedad del juramento que es cierto que conocí al señor CARLOS EDUARDO ESPINOSA CORTES, quien en vida se identificaba con la cédula de ciudadanía número 10.221.049 de Manizales. SEGUNDO: Manifiesto que convivió de manera permanente, compartiendo techo, mesa y lecho en unión marital de hecho con la señora ALEXANDRA DEL SOCORRO VARGAS MONTOYA, quien se identifica con cédula número 33.994.740 de Manizales, que convivieron durante un lapso de tiempo de nueve (9) años, desde octubre del año 2003 hasta el día en que él falleció el día 10 de septiembre del año 2012 en la ciudad de Cali-Valle, sin separarse nunca, y de esa unión no procrearon hijos. TERCERO: Manifiesto bajo la gravedad del juramento que fue CARLOS EDUARDO ESPINOSA CORTES su compañero permanente, quien respondió económicamente por ella, ya que era él fué (sic) la persona quien veló en vida por la satisfacción de todas sus necesidades básicas. CUARTO: Manifiesto además que su compañero permanente CARLOS EDUARDO ESPINOSA CORTES, tuvo una relación de matrimonio por el rito católico, relación de la cual dejó TRES hijos legítimos, mayores de edad en este momento. Al momento de su fallecimiento, se encontraba en estado civil de DIVORCIADO CON UNION MARITAL DE HECHO con la señora ALEXANDRA DEL SOCORRO VARGAS MONTOYA. QUINTO: Es ella, ALEXANDRA DEL SOCORRO VARGAS MONTOYA, en calidad de compañera permanente, la persona con mejor derecho a reclamar ante cualquier entidad, pensiones, seguros, cesantías, ahorros y demás que hubiera dejado su compañero permanente CARLOS EDUARDO ESPINOSA CORTES y desconozco la existencia de otras personas con igual o mejor derecho para reclamar. SEXTO: Manifiesto bajo la gravedad de juramento que el señor CARLOS EDUARDO ESPINOSA CORTES fue mi padre y presto esta declaración a manera personal de voluntad e independiente de mis otras hermanas.” (fls. 88 a 89, Archivo 01, C. 1)

- Declaración juramentada extra juicio No. 1166, de ALEXANDRA DEL SOCORRO VARGAS MONTOYA identificada con la cédula 33994740 y CARLOS EDUARDO ESPINOSA CORTÉS (fallecido) quien se identificaba con la cédula 10221049, como compañeros permanentes existió UNIÓN MARITAL

DE HECHO desde el 19 de octubre de 2003 hasta el diez (10) de septiembre de 2012, fecha de fallecimiento de dicho señor, rendida por el señor Carlos Eduardo Espinosa Cortés y la señora Alexandra Del Socorro Vargas Montoya, así:

PRIMERO: Manifestamos por medio de la presente declaración, bajo la gravedad del juramento que es cierto que desde hace NUEVE (9) años convivimos bajo el mismo techo, de manera permanente y en unión marital de hecho. SEGUNDO: Manifestamos bajo la gravedad del juramento, que de esta relación no hemos procreado hijos. TERCERO: En este estado comparece CARLOS EDUARDO: Manifiesto bajo la gravedad de juramento, que mi compañera ALEXANDRA DEL SOCORO depende económicamente y en forma exclusiva de mí, ya que soy yo quien satisface todas sus necesidades básicas en razón a que ella no recibe sueldos, ni rentas, ni pensión del Estado, ningún tipo de ingreso que le permita su sustento fuera del que yo le pueda brindar. Esta declaración la rendimos con el fin de llenar requisitos exigidos y para los fines pertinentes.” (fl. 90, ibídem)

- En el expediente administrativo adosado al plenario, obra la declaración extra juicio rendida por la señora Nubia Liliam Peña Monsalve el 28 de septiembre de 2012 ante el Notario Único de Supía, Caldas, en la cual señala lo siguiente:

“Si conocí de vista, trato y comunicación al señor CARLOS EDUARDO ESPINOSA CORTES, quien en vida se identificó en vida con la cédula de ciudadanía No. 10 221 049 de Manizales, en el momento que llegó a Supía en el mes de enero de 2004 Al punto 2) Es cierto que CARLOS EDUARDO ESPINOSA CORTES convivía en unión libre y permanente bajo el mismo techo compartiendo lecho y mesa con la señora ALEXANDRA DEL SOCORRO VARGAS MONTOYA, tengo entendido desde el 2003, cuando vino a Supía él como profesor la traía a ella como su compañera y convivieron hasta el 10 de septiembre de 2012 fecha en que éste falleció, ella fue la persona que lo atendió en su última enfermedad. Al punto 3. Respondió; El estado civil de CARLOS EDUARDO ESPINOSA CORTES era el de divorciado, tenía hijos de su matrimonio pero ya adultos, por consiguiente no conozco personas con igual o mejor derecho que su compañera permanente.” (fl-. 658)

- En el mismo sentido declaró el señor Oscar Antonio Rotavista, quien conoció al señor CARLOS EDUARDO en el momento en que la Secretaría de Educación los trasladó como educadores a los dos, de Manizales a Supía con destino a la Institución Educativa de dicho municipio. (fl-. 659)
- Obran igualmente en el proceso las Resoluciones No 1510-6 del 18 de febrero de 2015 y 10837 del 10 de diciembre de 2015, emanadas de la Secretaria de Educación Departamental de Caldas, por medio de la cual se niega el reconocimiento y pago del ajuste a la pensión de jubilación y posterior sustitución pensional, solicitada por la señora Alexandra Del

Socorro Vargas Montoya en calidad de compañera permanente del señor Carlos Eduardo Espinosa Cortés.

Atendiendo a las probanzas obrantes en el cartulario, no es materia de disenso en el sub iúdice que al causante Carlos Eduardo Espinosa Cortés, mediante Resolución nro. 243 del 6 de marzo de 2006, le fue reconocida por parte de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio una pensión de vejez.

Ahora bien, el reconocimiento de la sustitución pensional debe atender al orden establecido en el numeral 1°, artículo 3° de la Ley 71 de 1988, según el cual, *el cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, tendrán derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades la sustitución de la respectiva pensión con derecho a acrecer cuando uno de los dos órdenes tengan extinguido su derecho*. Por lo tanto, sólo ante la inexistencia de cónyuge o compañera permanente y de hijos menores de edad o incapacitados, puede acudir al siguiente orden que se encuentra en cabeza de los padres del causante que dependían económicamente de éste.

Dado que en el sub exámine se encuentra acreditado que los hijos del causante, para la fecha del deceso, eran todos mayores de edad y sin discapacidad comprobada, debe entonces determinarse si quien alega la calidad de compañera permanente cumple con los requisitos legales para acceder a la sustitución de la pensión; en caso contrario, esto es, si no se acredita la existencia de compañera permanente con derecho, deberá establecerse si le asiste derecho a la madre de aquel, no obstante hallarse ya fallecida.

Así las cosas, de conformidad con el artículo 12 del Decreto 1160/89, reglamentario de la Ley 71/88, para efectos de la sustitución pensional se admitirá la calidad de compañero o compañera permanente *a quien ostente el estado civil de soltero(a) y haya hecho vida marital con el causante **durante el año inmediatamente anterior al fallecimiento de éste***; ello, de manera permanente e ininterrumpida, mediante una comunidad de vida en la que se comparte techo, lecho y mesa.

En relación con la convivencia y la duración de la misma, fueron aportados al proceso varias declaraciones notariales extrajudiciales de terceros, razón por la cual conviene tener en cuenta el valor probatorio que ha de darse a esta prueba de conformidad con lo siguiente:

ARTÍCULO 188. *Los testimonios anticipados para fines judiciales o no judiciales podrán recibirse por una o ambas y se entenderán rendidos bajo la gravedad del juramento, circunstancia de la cual se dejará expresa constancia en el documento que contenga la declaración. Este documento, en lo pertinente, se sujetará a lo previsto en el artículo 221.*

Estos testimonios, que comprenden los que estén destinados a servir como prueba sumaria en actuaciones judiciales, también podrán practicarse ante notario o alcalde.

A os <sic, los> testimonios anticipados con o sin intervención del juez, rendidos sin citación de la persona contra quien se aduzcan en el proceso, se aplicará el artículo 222. Si el testigo no concurre a la audiencia de ratificación, el testimonio no tendrá valor.

ARTÍCULO 222. *Solo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos cuando se hayan rendido en otro o en forma anticipada sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan, siempre que esta lo solicite. Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior.*

En el sub examine no fue solicitada la ratificación de las declaraciones extrajuicio ya referidas, razón por la cual pueden ser válidamente valoradas por este cuerpo colegiado.

Así pues, las declaraciones rendidas por Edgar Mauricio Espinosa Agudelo, Nubia Liliam Peña Monsalve y Oscar Antonio Rotavista dan cuenta del extremo inicial y el extremo final de la vida en común que sostuvo la pareja, pues todos coinciden en que la misma inició en el año 2003 y terminó el 10 de septiembre de 2012 a raíz del fallecimiento del referido señor. El primero de los deponentes conoce tal hecho en razón a que es el hijo del causante; la segunda declarante, porque supo de la llegada del docente al municipio de Supía por razones de trabajo, en compañía de la señora Alexandra del Socorro; y el tercero porque también tenía la calidad de docente y ambos fueron trasladados a dicha localidad para ejercer el cargo.

Aunado a lo anterior, de esta prueba también se extrae que la pareja así conformada compartió techo lecho y mesa, lo cual significa que tenían un lugar común para habitar, compartir los alimentos y prodigarse el afecto y apoyo económico propios en una relación de tal naturaleza.

Este hecho, igualmente, se desprende de la propia declaración extrajuicio de la pareja, la cual, el 23 de marzo de 2012 y ante Notario Público, acudió para manifestar de manera libre y espontánea, que desde hacía nueve años “convivían bajo el mismo techo, de manera permanente y en unión marital de hecho”; declaración que no debe

pasarse por alto pues se trata de un acto que trascendió de la esfera privada de aquellos al ámbito público a través de un documento otorgado ante Notario y bajo la gravedad de juramento.

Ahora bien, la información que de manera muy general aportan estas declaraciones – las cuales, sea dicho de paso, no fueron desvirtuadas por la parte demandada – se suma a la declaratoria de existencia de unión marital de hecho entre la señora Alexandra Del Socorro Vargas Montoya y Carlos Eduardo Espinosa Cortés, como compañeros permanentes desde el 19 de octubre de 2003 hasta el diez (10) de septiembre de 2012, fecha de fallecimiento de dicho señor, efectuada por el Juzgado Sexto de Familia del Circuito de Manizales mediante sentencia el 22 de abril de 2015.

También es de agregar que, durante el último año anterior al deceso del causante, la señora Alexandra del Socorro estuvo afiliada a la EPS Cosmitet en calidad de “beneficiaria cónyuge” del docente Espinosa Cortés.

Significa lo anterior que, la parte demandante en calidad de compañera permanente del causante, acredita que convivió con él durante el último año anterior a la muerte de éste, cumpliendo así con el requisito previsto en el artículo 12 del Decreto 1160/89, reglamentario de la Ley 71/88. En gracia de discusión, si se dijera que la norma aplicable en este caso es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003), según el cual *“En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte”*, lo cierto es que, aún en ese escenario, se cumpliría el requisito de convivencia mínima entre la referida pareja, cuya convivencia inició en el año 2003 y se extendió hasta el 10 de septiembre de 2012, fecha de fallecimiento del docente.

Resta decir que, las declaraciones en torno a la convivencia de la pareja en mención, no fueron objeto de contraprueba en sede administrativa ni en instancia judicial; ningún trabajo de campo se observa que hubiese hecho la entidad demandada en aras de sustentar su posición con elementos de convicción que permitieran arribar a una conclusión contraria a la que se llega por parte de este juez colegiado, vale decir, el cumplimiento del requisito mínimo de convivencia entre la señora Alexandra Del Socorro Vargas Montoya y el señor Carlos Eduardo Espinosa Cortés, que le permite a la primera acceder a la sustitución de la pensión de vejez en calidad de compañera permanente de quien en vida fue el titular de tal derecho.

Del retroactivo por concepto del reajuste pensional.

Frente a esta pretensión debe señalarse que, el retroactivo producto de la reliquidación de la pensión del señor Espinosa Cortés, ordenada mediante fallo judicial proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales¹⁹, mediante sentencia del 27 de febrero de 2012, responde a un activo patrimonial del referido docente y partir de su muerte, pasó a conformar la masa sucesoral que debe ser distribuida entre sus herederos legítimos, sin perjuicio del derecho que también le asiste a la compañera permanente.

Ahora bien, si a la fecha ya se adelantó un proceso de sucesión y repartición de bienes, ello no obsta para que los interesados en ello, adelanten el respectivo trámite de partición adicional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 518 del Código General del Proceso, a cuyo tenor literal:

Hay lugar a partición adicional cuando aparezcan nuevos bienes del causante o de la sociedad conyugal o patrimonial, o cuando el partidor dejó de adjudicar bienes inventariados. Para estos fines se aplicarán las siguientes reglas:

1. Podrá formular la solicitud cualquiera de los herederos, el cónyuge, el compañero permanente, o el partidor cuando hubiere omitido bienes, y en ella se hará una relación de aquellos a los cuales se contrae.

2. De la partición adicional conocerá el mismo juez ante quien cursó la sucesión, sin necesidad de reparto. Si el expediente se encuentra protocolizado, se acompañará copia de los autos de reconocimiento de herederos, del inventario, la partición o adjudicación y la sentencia aprobatoria, su notificación y registro y de cualquiera otra pieza que fuere pertinente. En caso contrario la actuación se adelantará en el mismo expediente.

[...]

En todo caso, no es en este proceso en donde se debe determinar cuáles son los herederos con derecho y la cuota parte que los mismos tienen sobre los haberes del causante. Además, para el cumplimiento de la sentencia que ordenó el reajuste se tiene previsto el proceso ejecutivo.

En consecuencia, no se accederá a la pretensión que en tal sentido formuló la parte demandante.

¹⁹ Séptimo de Descongestión según Resolución 003 del 26-02-2010.

2.2. Entidad responsable del reconocimiento pensional

El Decreto 2277 de 1979 - Estatuto Docente -, previó en su artículo 36 algunos de los Derechos de los docentes:

“f) Obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de ley”.

El artículo 2º de la Ley 91 de 1989, “por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, estableció en su numeral 5º:

*“Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado (y de los que se vinculen con posterioridad a su promulgación conforme lo dispone artículo 4º, anota la Sala) 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”/Resaltado de la Sala/.*

Según el apartado que se acaba de reproducir, no cabe duda alguna que las prestaciones sociales del Magisterio, a partir de la promulgación de la Ley 91 de 1989, están a cargo de la Nación, y que su pago se hace por medio del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, resaltando de paso que éste es un Fondo independiente, como también lo es su contabilidad y estadística, carece de personalidad jurídica, y es una cuenta de la Nación, todo lo cual se desprende de los dictados del artículo 3º de la ley que lo creó:

*“Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **como una cuenta especial de la Nación,** con independencia patrimonial, contable y estadística, **sin personería jurídica,** cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional”.*

El Decreto 2831 de 2005 reglamentó los artículos 3º, 7º, así como el mandato 16 de la Ley 91/89 estableciendo en el capítulo II el “Trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, expidiéndose luego la Ley 962 de 2005 que en su artículo 56 estableció:

*“Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio **serán reconocidas por el citado Fondo, mediante***

la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial” /Subraya la Sala/.

Se desprende de la última disposición legal que el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes corresponde exclusivamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio, quedando las entidades territoriales a través de sus Secretarías de Educación, como meras tramitadoras de las solicitudes en la materia, por lo que en este sentido la responsabilidad recae única y exclusivamente en tal fondo y no en el ente local.

Corolario de lo expuesto, y tomando también como fundamento lo uniformemente pregonado por el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda²⁰, esta Corporación reitera el criterio de que la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM, efectivamente es la entidad legalmente llamada no sólo a cubrir (pagar) las prestaciones sociales de los docentes, entre estas las pensiones que los afiliados depreen a la referida cuenta especial, sino que también le compete hacer el reconocimiento de las mismas.

2.3. Prescripción.

Sobre el particular, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa:

“1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

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

La prescripción trienal se interrumpe desde el momento en que la nulidisciente solicitó la sustitución de la pensión de vejez, siendo esta presentada el 17 de enero de 2014; entre tanto, la demanda fue por ella radicada el 2 de junio de 2016, lo que permite concluir que entre la fecha del fallecimiento del causante (10 de septiembre de 2012) y la reclamación a la entidad, no transcurrieron 3 años; tampoco pasaron más de tres años entre la reclamación y la presentación de la respectiva demanda. Luego entonces, es dado concluir

²⁰ V. gr., ver: Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 21 de octubre de 2011. Ponente: Radicación número: 19001-23-31-000-2003-01299-01(0672-09). C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

que en este caso no hay prescripción.

2.4. Restablecimiento del Derecho.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer y pagar a la señora Alexandra Del Socorro Vargas Montoya, en su condición de compañera permanente del señor Espinosa Cortés, el 100% de la pensión de sobrevivientes (sustitución de la pensión) a partir del 10 de septiembre de 2012; sumas que se actualizarán con los Índices de Precios al Consumidor certificados por el DANE, mes a mes, con la utilización de la siguiente fórmula de las matemáticas financieras:

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

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H), que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de la pensión de sobrevivientes hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo 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 vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente por cada suma correspondiente a la pensión de sobrevivientes que se dejó de devengar desde el 10 de septiembre de 2012, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de causación de cada una de ellas.

2.5. COSTAS

No habrá condena en costas en esta instancia comoquiera que se accedió parcialmente a las pretensiones de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Segunda 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 no fundadas las excepciones de *“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”* y *“prescripción”*, formuladas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional.

Segundo: Se declara la nulidad parcial de la Resolución No 1510-6 del 18 de febrero de 2015 y la **nulidad total** de la de la Resolución No. 10837 del 10 de diciembre de 2015, proferidas por la Secretaría de Educación Departamental de Caldas, por medio de las cuales no se accedió al reconocimiento y pago de la sustitución pensional solicitada por la señora Alexandra Del Socorro Vargas Montoya.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho,

Se ordena a la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer y pagar a la señora Alexandra Del Socorro Vargas Montoya, en su condición de compañera permanente del causante Carlos Eduardo Espinosa Cortés, el 100% de la pensión de sobrevivientes (sustitución pensional) a partir del 10 de septiembre de 2012.

Las sumas que se reconozcan deberán ser actualizadas conforme a la fórmula señalada en la parte motiva.

La parte demandada **DARÁ** cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del C/CA (Ley 1437/11).

Tercero: Se niegan las demás pretensiones de la parte demandante.

Cuarto: Sin condena en costas.

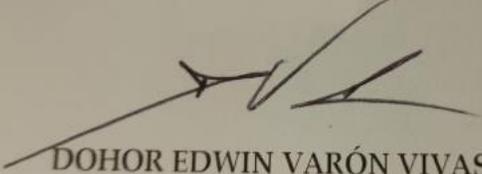
Quinto: Ejecutoriada esta providencia, **liquídense** los gastos del proceso, **devuélvase** los remanentes si los hubiere, y **archívese** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

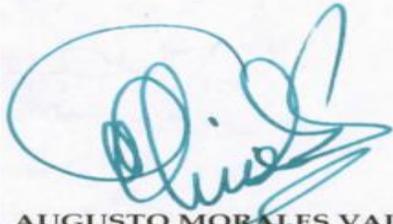
Proyecto discutido y aprobado en Sala Ordinaria de Decisión de la fecha.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

17-001-23-00-000-2017-00385-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, cinco (5) de agosto de dos mil veintidós (2022)

A.I. 283

Con fundamento en los artículos 243 inciso 1° y 247 numerales 1 y 2 de la Ley 1437/11 (modificados, en su orden, por los artículos 62 y 67 de la Ley 2080/21), por su oportunidad y procedencia, **CONCÉDESE** en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia con la cual esta corporación negó las pretensiones de la parte actora, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **MARIANA ANDREA GONZÁLEZ PÉREZ** contra la **UNIVERSIDAD DE CALDAS**.

En firme esta providencia, **REMÍTASE** el expediente al H. Consejo de Estado para que allí se provea lo de ley.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA SEGUNDA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, cinco (5) de agosto dos mil veintidós (2022)

Acción	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación	17001 23 33 000 2018 00478 00
Demandante	Nathaly Zapata Cárdenas
Demandado	ESE Hospital Departamental Santa Sofía
Providencia	Sentencia No. 148

Pasa la Sala a proferir sentencia de **primera instancia** dentro del asunto de la referencia.

I. Antecedentes:

1. Declaraciones y condenas

La accionante solicita que por esta Corporación se hagan las siguientes declaraciones:

*“1. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio o resolución **GE010.1- del 23 de febrero de 2018**, suscrito por el Dr. WILLIAM ANDRES ARIAS BETANCURT en calidad de Gerente de la E.S.E HOSPITAL DEPARTAMENTAL UNIVERSITARIO SANTA SOFIA DE CALDAS.*

A título de restablecimiento del derecho.

2. Que se declare la existencia de la relación laboral originada entre la E.S.E HOSPITAL DEPARTAMENTAL UNIVERSITARIO SANTA SOFIA DE CALDAS y la señora Nathaly Zapata Cárdenas, en virtud de todos los contratos de prestación de servicios sucesivos y sin solución de continuidad suscritos entre ambas partes, durante el periodo comprendido entre el 20 de abril de 2015 hasta el 14 de octubre de 2017.

3. Que se declare que la señora Nathaly Zapata Cárdenas tiene derecho a que la E.S.E HOSPITAL DEPARTAMENTAL UNIVERSITARIO SANTA SOFIA DE CALDAS le reconozca y pague todos los factores salariales y prestacionales, tales como cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, bonificaciones por prestación de servicios, viáticos, horas extras, recargos nocturnos, recargos por trabajo en dominicales y festivos, entre los demás previstos en las leyes y decretos de la República de Colombia,

y los estatutos de los servidores públicos de planta en la E.S.E HOSPITAL DEPARTAMENTAL UNIVERSITARIO SANTA SOFIA DE CALDAS, correspondientes al periodo comprendido entre el 20 de abril de 2015 hasta el 14 de octubre de 2017, los cuales deberán liquidarse con base en los valores pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios.

4. Que se declare que la señora Nathaly Zapata Cárdenas tiene derecho a que la E.S.E HOSPITAL DEPARTAMENTAL UNIVERSITARIO SANTA SOFIA DE CALDAS le reconozca y pague las cotizaciones con destino al sistema integral de seguridad social, correspondientes a salud, pensión y riesgos laborales, a títulos de indemnización, cotizaciones correspondientes al periodo comprendido entre el 20 de abril de 2015 hasta el 14 de octubre de 2017, las cuales deberán liquidarse con base en los valores pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios.

5. Que las sumas que se reconozcan a favor de la señora Nathaly Zapata Cárdenas sean debidamente indexadas.

6. Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.”

2. Hechos.

Los hechos de mayor relevancia de la demanda se sintetizan en los siguientes:

Afirma que la señora Nathaly Zapata Cárdenas prestó sus servicios a la E.S.E Hospital Departamental Universitario Santa Sofía de Caldas como profesional de enfermería en el periodo de tiempo comprendido entre el 20 de abril de 2015 hasta el 14 de octubre de 2017 a través de los contratos de prestación de servicios que relaciona.

Refiere que, si bien el contrato No. PSP-869-17 dice que fue objeto de terminación anticipada por mutuo acuerdo mediante acta de 28 de septiembre de 2017, lo cierto es que la señora Nathaly Zapata Cárdenas fue retirada de sus funciones viéndose obligada a firmar la terminación del contrato de manera unilateral, siendo trasladada del servicio y vinculada nuevamente a través del contrato No PSP-1177-17; siendo éste nuevamente terminado de manera anticipada y por mutuo acuerdo, habiéndose presentado previamente la renuncia ante la E.S.E Hospital Santa Sofía.

Frente al objeto de los contratos de prestación de servicios expone que, el consistía en la prestación de servicios como profesional de enfermería en la ESE

Hospital Santa Sofía de Caldas, el cual es misional debido a que la entidad tiene como fin la prestación del servicio público de salud.

Afirma que, la demandante debía realizar sus labores y procedimientos dando aplicación a los protocolos y reglamentos establecidos por la entidad; y que, los horarios y turnos también eran fijados por la E.S.E de manera unilateral, y cuando ésta no podía ser cumplido, se debían solicitar por escrito las modificaciones.

Manifiesta que debía solicitar permisos y formatos de ausentismo ante el hospital cuando requería de tiempo para realizar diligencias personales y que en consecuencia los días u horas de descanso debían ser compensados o no eran remunerados; y que, la demandada controlaba de manera permanente el ejercicio de sus actividades mediante memorandos, correos electrónicos y requerimientos suscritos por sus respectivos superiores.

Sumado a ello, se le instaba al uso de uniforme institucional y demás instrumentos alusivos a su cargo, pese a que, inicialmente la entidad le dijo que podía usar los uniformes que a bien tuviera; y que, para la realización de diligencias personales debía solicitar permisos, diligenciar formatos de ausentismo, y si tomaba horas de descanso en el día, debía compensarlas o no se las pagaban. Así como que, debía asistir a comités, reuniones, socializaciones y capacitaciones programadas por la ESE Hospital Santa Sofía,

Relata que, durante el tiempo que estuvo vinculada a la ESE demandada no prestó sus servicios a otras personas jurídicas o naturales, ni trabajó por cuenta propia, ello por cuanto no contaba con autonomía en el ejercicio de sus funciones, ni con el tiempo necesario para ello.

Expone que, las funciones que desarrollaba en la ESE eran similares e incluso superiores a las que ejerce una profesional de enfermería bajo vinculación laboral; y que, nunca fue afiliada al sistema de seguridad social integral, ni a un fondo de cesantías; ni se le pagaron primas o se le concedieron vacaciones; tampoco los factores salariales y/o prestacionales a los que un empleado en dicha entidad tiene derecho; ni pago de horas extras, recargos nocturnos, trabajos dominicales, ni festivos o compensatorios, pese a trabajar turnos de más de 12 horas.

Relata que el 05 de febrero de 2018 la demandante presentó derecho de petición ante la ESE Hospital Departamental Universitario Santa Sofía de Caldas solicitando el reconocimiento de una relación laboral y el pago de acreencias laborales originadas con motivo de la ejecución de los contratos de prestación de servicios sucesivos sin solución de continuidad entre el 20 de abril de 2015 hasta el 14 de octubre de 2017; y, en la respuesta brindada por la ESE mediante el GE010.1- del 23 de febrero de 2018 suscrito por el Dr. William Arias Betancurt en calidad de gerente de la entidad, se resuelve de manera desfavorable su petición.

Finalmente, dice que el 21 de mayo de 2018 la señora Nathaly Zapata Cárdenas presentó solicitud de conciliación extrajudicial, la cual se declaró fallida pro falta de ánimo conciliatorio entre las partes.

3. Normas violadas.

Refiere como vulnerados los artículos 1, 2, 25, 53, 55, 93, 94, 121, 123, 125 y 209 Constitucionales.

Artículo 32 de la ley 80 de 1993.

Artículo 33 de la ley 1164 de 2007.

Centra el cargo de nulidad, en la utilización indebida de la figura de contratos de prestación de servicios por parte de la demandada, debido a la naturaleza de las labores para las cuales fue contrata la señora Nathaly Zapata Cárdenas, ocultando con ello la verdadera relación laboral

4. Contestación de la demanda. (FIs 278 a 312 C. 1A)

La demandada contestó la demanda pronunciándose sobre los hechos de la demanda, y expone que, no es cierto que la vinculación se diera sin solución de continuidad, por ser ello imposible en los contratos de prestación de servicios; y que lo que ocurrió es que se suscribieron varios contratos de prestación de servicios profesionales, en tiempos diversos y de acuerdo a la oferta presentada por la demandante.

Dice que a la demandante no se le contrató para prestar ninguna labor misional, pues con ella no se estableció manual de funciones, ni relación laboral ni legal; así como que en el hospital no existe esa clase de empleos, por cuanto es una

ESE de alta complejidad, en la cual el personal debe ser calificado o especializado. Y que, por la naturaleza de la entidad demandada, debe realizar alianzas estratégicas para la prestación de servicios de salud, pues dada la nómina de la ESE, que afirma asciende a 12 personas, según reforma, debe acudir a mecanismos que ayuden a armonizar, coordinar y ejecutar los distintos contratos y servicios, acatando las normas que regulan cada uno de ellos. Y que, la demandante, fue contratada por la ESE por su especial condición de profesional de enfermería, para brindar apoyo al hospital en algunos de los subprocesos o procesos asistenciales, concretamente en la coordinación o liderazgo que debe ejercerse en ciertas áreas.

Sostiene la demandada que los contratos y alianzas que se prestan al interior de la ESE, requieren de supervisión, con el fin de verificar el cumplimiento, siendo lógico que la demandante estuviera sujeta a un proceso de verificación, sin que ello se asimile a la subordinación; siendo el contrato de prestación de servicios profesionales, una herramienta jurídica con la que cuenta esta clase de entidades, para sumar insumos que les permitan la prestación del servicio público de la salud.

Respecto de los cuadros de turno, dice que éstos se fijaban de común acuerdo con la contratista, y otras contratistas, pues es evidente que el servicio de salud debe prestarse durante 24 horas del día, por eso se maneja el esquema de turnos; sin que fuera necesario pedir o gestionar permisos, pero como tenía turnos previamente concertados, si quería hacer modificaciones, ella misma debía gestionar los cambios con otras personas, pues no tenía una relación de exclusividad con la demandante, y que las actividades realizadas por la demandante se circunscribían a lo pactado en los contratos.

Refiere que, la demandante no ejecutó unas funciones en la ESE, pues en el Hospital no existe un cargo de planta de enfermera; y que, tratándose de un profesional independiente que presta servicios por cuenta propia, cuando suscribe un contrato de prestación de servicios, efectivamente la normativa establece que debe afiliarse por cuenta propia al Sistema de Seguridad Social; y que en el contrato se incluyen todos los costos directos e indirectos que se requieran para la ejecución del contrato.

Propone las excepciones que denomina: “Inexistencia de relación laboral alegada por la demandante”, “Inexistencia del derecho al pago de las acreencias económicas que refiere la demandante a título de restablecimiento del derecho”, “Cobro de lo no debido”, “Buena fe exenta de culpa”, “prescripción” y la “Genérica” de la siguiente manera:

- *“Inexistencia de la obligación laboral alegada por la demandante”*

Por cuanto en la E.S.E Hospital Santa Sofía de Caldas, no existe un plan de médicos o de profesionales que presten los servicios de salud así que se emplea el uso de figuras como la tercerización y el outsourcing, y que no existe un cargo de enfermera; y que éstas se contratan según la necesidad y por tiempos específicos que no superan una vigencia fiscal.

Afirma que en la entidad no existen superiores jerárquicos, y que a efecto de articular servicios prevé la contratación de un personal que se encargue de ejercer la supervisión y coordinación de estos contratos; resaltando la autonomía para el desarrollo del contrato.

- *“Inexistencia del derecho al pago de las acreencias económicas que refiere la demandante a título de restablecimiento del derecho”*

Sostiene que la demandante estuvo vinculada con la E.S.E mediante contratos de prestación de servicios, naturaleza que no genera prestaciones sociales como las reclamadas; resaltando que, en la cláusula séptima de todos los contratos se indica que, para el desarrollo del mismo, el contratista actúa como de manera independiente, con autonomía técnica y administrativa, por lo cual no se genera un vínculo laboral.

- *“Cobro de lo no debido”*

Enfatiza que la demandante, no tendría derecho al pago de primas de servicio así se declarara la existencia de la relación laboral pues no existen cargos de enfermera o uno similar en la planta de empleos; e indica que, no le asiste el derecho al pago de los costos de afiliación al sistema de seguridad social integral en virtud de que el pago ya fue realizado por la accionante en un reconocimiento de su condición de profesional como independiente además de hacer parte de sus obligaciones contractuales.

- *“Buena fe exenta de culpa”*

Dice que la entidad siempre ha creído de buena fe que le es posible prestar un servicio público mediante mecanismos como el outsourcing, y que su actuar esta conforme al desarrollo normativo para el sector y las instrucciones que al respecto ha impartido el mismo ministerio de la protección social para la prestación del servicio público de salud.

- *“Prescripción”*

Afirma que, algunas de las reclamaciones que se formulan, son de periodos contractuales de años atrás, donde opera el fenómeno de la prescripción.

5. Alegatos de conclusión.

- Demandante (Fls. 371 a 373 C. 1A)

El apoderado de la parte demandante presentó su escrito de alegatos reiterando los argumentos expuestos en el escrito de la demanda, señalando que, la señora Nathaly Zapata Cárdenas no debió ser vinculada como contratista a la E.S.E. Hospital Departamental Universitario Santa Sofia de Caldas, sino mediante una relación legal y reglamentaria, en virtud de que su autonomía e independencia durante la ejecución de los contratos de prestación de servicios se vio limitada por el poder subordinante de la demandada, quedando cercenado el margen de discrecionalidad que define a las personas naturales contratistas del Estado.

Afirma que desde el punto de vista técnico y científico el contrato de prestación de servicios se caracteriza por la autonomía e independencia del contratista, además de la temporalidad limitada e indispensable para ejecutar el objeto contractual, lo que difiere del contrato laboral, que se caracteriza por el elemento de la subordinación o dependencia y una temporalidad indefinida; de manera que, de la relación laboral surge el derecho al pago de las prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de primacía de la realidad, sobre las formas.

Hace referencia a jurisprudencia de la Corte Constitucional, y hace un comparativo con los supuestos fácticos del presente asunto, afirmando que, i) se evidencian que las funciones de enfermería contratadas debían ser prestadas por la ESE; ii) el criterio de igualdad se presenta, porque dichas funciones eran las mismas a las que cumplía una profesional de enfermería de planta en la

entidad, cumpliendo así con los elementos de una relación laboral; iii) el criterio de habitualidad se evidencia en el cumplimiento de horarios y turnos fijados unilateralmente por la entidad, restringiendo la autonomía para ejecutar las labores contratadas; iv) las funciones desempeñadas corresponden al giro normal de los negocios de la entidad, esto es, prestación del servicio público de salud; y v) se evidencia la continuidad, porque la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos para desempeñar funciones inherentes al cometido que constitucional, legal, y reglamentariamente correspondía a la Empresa Social del Estado demandada.

Concluye que, la E.S.E Hospital Departamental Universitario Santa Sofía de Caldas utilizó de forma errada la modalidad de la contratación por prestación de servicios en virtud de las labores que desempeñaba la señora Nathaly Zapata Cárdenas que eran propias del objeto misional de la entidad, solicitando que de alcance al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en el presente asunto.

- Parte Demandada (Fls. 389 a 397 C. 1A)

El apoderado judicial de la demandada presenta su escrito de alegatos reiterando la oposición a las pretensiones de la demanda y lo expuesto en la contestación de la demanda.

Se refiere a las pruebas allegadas y dice que, las relaciones contractuales se suscitaron en el marco contenido en el artículo 76 de la ley 1438 de 2011, que estableció que las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado deberán adoptar el Estatuto de Contratación de acuerdo con los lineamientos que defina el Ministerio de la Protección Social, hoy de Salud y Protección Social.

Hace alusión a los testimonios y afirma que, de ellos se desprende que las actividades de seguimiento al cumplimiento de las obligaciones pactadas, se realizaron en un marco natural de supervisión propio de las relaciones contractuales; y que, en el evento de contarse con personal de planta los contratos de carácter laboral en las Empresas Sociales del Estado, solo son viables para personal que realice actividades de servicios generales, según lo dispuesto en el artículo 26 de la ley 10 de 1990.

Reitera la inexistencia de la relación legal y reglamentaria de esa naturaleza en la planta de empleos de la demandada, afirmando que las pruebas documentales y testimoniales dan cuenta que en la ESE demandada no existe un cargo en la planta de empleos, ni un manual de funciones, ni asignaciones civiles, que le den respaldo a la tesis de que lo que subsistió entre las partes fue una relación laboral, teniendo derecho al demandada a una remuneración en igualdad de condiciones a un cargo como tal.

En cuanto a la subordinación sostiene que, los testigos ilustraron al despacho cuál es el origen de jefes a las enfermeras profesionales; y dice que el horario no era impuesto si no que era el ofertado por la demandante y lo que ella llamaba elementos de trabajo, realmente eran los insumos para la logística del área por ella coordinada.

Hace mención al ejercicio de una profesión liberal y la ausencia de dependencia de las mismas. Establece la diferencia entre los contratos de prestación de servicios y los contratos de salud, y que estos últimos específicamente en las entidades que prestan estos servicios, buscan establecer alianzas, ejecutar o desarrollar el objeto de la entidad, que, para el caso de las Empresas Sociales del Estado, es la prestación específica de los servicios de salud habilitados.

Cita los requisitos que debe haber para que la ESE pueda suscribir los contratos de prestación de servicios de salud, como lo son la habilitación de los servicios por prestar; el soporte de la suficiencia para prestar los servicios por contratar a partir de la capacidad instalada, frente a las condiciones demográficas y epidemiológicas de la población contratante que va a ser atendida; tener en cuenta los indicadores de calidad en la prestación de servicios, definidos en el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención en Salud.

Concluye que los contratos de prestación de servicios son documentos públicos que no han sido desvirtuados por la parte demandante y por ende gozan de pleno valor probatorio; y que, la parte demandante no ha traído prueba al proceso que acredite cosa diferente, pues la allegada resulta insuficiente para la acreditación de los elementos de una relación diferente.

II. Consideraciones de la Sala

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

1. Problemas jurídicos a resolver:

¿Debe, en el presente asunto, declararse la nulidad del acto GE010.1- del 23 de febrero de 2018, mediante el cual la ESE Hospital Santa Sofía, negó a la demandante la existencia de una relación laboral, por estar configurados los presupuestos fácticos y jurídicos para ello?

¿Hay lugar a la declaración de la existencia de una relación de tipo legal y reglamentaria o bien laboral entre la señora Nathaly Zapata Cárdenas y la la Empresa Social del Estado Hospital Departamental Universitario Santa Sofía de Caldas, con las consecuencias jurídicas que de ello se desprende?

2. Análisis normativo.

El artículo 25 de la Constitución Política dispone: *“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.*

A su vez, el artículo 53 constitucional contempla la primacía de la realidad sobre las formas y los derechos y principios laborales así:

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

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

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

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

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

El artículo inciso primero del 122 Constitucional precisa:

“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.”

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo – OIT - también ha precisado el principio de “a trabajo igual, salario igual” el cual es aplicable a nuestra legislación en virtud de que Colombia hace parte de ese convenio.

Y los artículos 23 y 34 del Código Sustantivo del Trabajo disponen:

“Artículo 23. Elementos esenciales. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

- a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
 - b. 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
 - c. Un salario como retribución del servicio.
2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”. (Subraya la Sala).

“Artículo 34. Contratistas independientes. <Artículo modificado por el artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente

1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.

Finalmente, el numeral 3° de la ley 80 de 1993 por la cual se expide el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, se refiere al contrato de prestación de servicios en el siguiente sentido:

“Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

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 conocimiento especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. (Subraya la Sala).

De la norma antes mencionada, queda claro que, el contrato de prestación de servicios se encuentra regulado esencialmente por la Ley 80 de 1993, y que allí se caracteriza como temporal, que podría ejecutarse labores sólo por algún tiempo, mientras se supera una situación transitoria, podría decirse que coyuntural, o de emergencia, especializada, para actividades ocasionales o de momento que, por ello mismo, no pudieron programarse e incluirse en los planes de carácter permanente de la entidad oficial. Como tal servicio, así sea temporal, es remunerado, de todos modos, se paga con el presupuesto de la entidad.

3. Análisis jurisprudencial.

El Consejo de Estado^[1], ha unificado recientemente mediante sentencia, los criterios necesarios para definir la existencia de una verdadera relación laboral, existente tras la modalidad de contratos de prestación de servicios en el siguiente sentido:

“(…) 101. En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter

continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcional. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente.

2.3.3.2. Subordinación continuada

102. De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye el elemento determinante que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio.

103. La reiterada jurisprudencia de esta corporación -que aquí se consolida- ha considerado, como indicios de la subordinación, ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia; entre estas, se destacan las siguientes:

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.

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.

108. A este respecto, resulta preciso aclarar que el desempeño de actividades o funciones propias de una carrera profesional liberal (como en este caso la de abogado) no descarta, per se, la existencia de una relación laboral, pues, en la práctica, tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad. En - cambio, la existencia del contrato de prestación de servicios sí exige- de 2008 suscrito el 30 de seti que las funciones del contratista sean desarrolladas con un alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante que, en ningún caso, puede servir de justificación para ejercer comportamientos propios de la subordinación laboral.

2.3.3.3. Prestación personal del servicio

109. Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este; 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 personas.

2.3.3.4. Remuneración

110. 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.” (Subraya la Sala).

4. Análisis fáctico.

4.1. De la prueba documental que reposa dentro del proceso.

Se relacionan a continuación las siguientes pruebas de relevancia para este caso.

Contratos de prestación de servicios:

El objeto de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la demandante y demandada era el siguiente:

“Mediante el presente instrumento el contratista se compromete para con el hospital a prestarle sus servicios profesionales de coordinación del servicio de quirófanos, en forma oportuna, eficiente y efectiva, bajo su propia responsabilidad y autonomía, en las diferentes áreas del hospital, se conformidad con las necesidades institucionales según su propuesta.”

A continuación se relacionan los contratos de prestación de servicios suscritos y los extremos temporales:

Contrato PSP 544.15

Del 20 de abril al 31 de octubre de 2015

Contrato 1025.15

Del 1° de noviembre al 31 de diciembre de 2015

Contrato 221.16

Del 1° de enero al 30 de junio de 2016

Contrato 737.16

Del 1° de julio al 31 de diciembre de 2016

Contrato 127.17

Del 1° de enero al 30 de junio de 2017

Contrato 869.17

Del 1° de julio al 31 de diciembre de 2017

Acta de terminación anticipada por mutuo acuerdo del contrato de prestación de servicios PSP 869.17 de 28 de septiembre de 2017.

Contrato 1177.17 del 1°

De octubre al 31 de diciembre de 2017

A folio 296 del cuaderno 1 reposa un documento del 5 de octubre de 2017, mediante el cual la Profesional Nathaly Zapata Cárdenas, como profesional de enfermería se dirige a la líder de talento humano de la ESE Hospital Departamental Santa Sofía e informa que, no continuará prestando los servicios como profesional de enfermería de la institución a partir del 14 de octubre de 2017.

Certificaciones de la ESE Hospital Departamental Santa Sofía

- En el folio 38 del cuaderno 1 se aporta certificación de la ESE Hospital Departamental Santa Sofía en el siguiente sentido:

HACE CONSTAR QUE:

-Contrato No. PSP-544-15, el cual tuvo una vigencia desde 20 de abril de 2015 hasta el 31 de octubre de 2015, cuyo objeto fue la prestación de servicios profesionales como Profesional de Enfermería.

-Contrato N°. PSP-1026-15, el cual tuvo una vigencia desde 01 de noviembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2015, cuyo objeto fue la prestación de servicios profesionales como Profesional de Enfermería. - Contrato N°. PSP-221-16, el cual tuvo una vigencia desde 01 de enero de

2016 hasta el 30 de junio de 2016 cuyo objeto fue la prestación de servicios

profesionales como Profesional de Enfermería.

-Contrato N°. PSP-737-16 el cual tuvo una vigencia desde 01 de julio de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2016 cuyo objeto fue la prestación de servicios profesionales como Profesional de Enfermería.

-Contrato N°. PSP-127-17, el cual tuvo una vigencia desde 01 de enero de

2017 hasta el 30 de junio de 2017, cuyo objeto fue la prestación de servicios profesionales como Profesional de Enfermería.

-Contrato N°. PSP-869-17, el cual tuvo una vigencia desde 01 de julio de 2017 hasta el 30 de septiembre de 2017, (Acta de terminación anticipada) cuyo objeto es la prestación de servicios profesionales como Profesional de Enfermería.

-Contrato N°. PSP-177-17, el cual tuvo una vigencia desde 01 de octubre de 2017 hasta el 14 de octubre de 2017, (Acta de terminación anticipada) cuyo objeto es la prestación de servicios profesionales como Profesional de Enfermería.

Se expide en Manizales, a los 20 días del mes de febrero del 2018, por solicitud de la interesada para atender derecho de petición.

- De igual manera, A folio 365 del cuaderno 1A reposa la siguiente certificación de la ESE demandada:

CERTIFICACIÓN:

Desde el mes de abril de 2015 a la fecha, si hay personas realizando actividades de enfermeras profesionales, en esta ESE Hospital Departamental Universitario Santa Sofía. Ello ha ocurrido desde el año de 2004 luego de una reestructuración de la entidad, pues no se cuenta con personal de planta. Su vinculación se realiza mediante contratos de prestación de servicios para la realización de actividades de coordinación de servicios y mediante contratos con terceros en alianzas estratégicas para la prestación de servicios de salud.

Dada en Manizales caldas, a los diecisiete (17) días del mes de septiembre de 2019”

4.2. De la prueba testimonial.

De la prueba testimonial recaudada se permite la Sala hacer las siguientes transcripciones de relevancia de las versiones rendidas:

Testigo Luz Stella Giraldo Ramírez

“(...) si, yo conozco a Nathaly porque compartimos en el hospital Santa Sofía, trabajábamos las dos como profesionales de enfermería, ella en un servicio y yo en otro y en varios espacios pudimos compartir (...) yo soy enfermera Coordinadora así como lo era Nathaly en ese momento, creería que teníamos las mismas funciones, nosotros coordinábamos el servicio en el que estábamos, teníamos que cuadrar que todas las actividades se pudieran dar armónicamente (...) teníamos que hacer seguimiento, porque el área de garantía de calidad nos daba unos derroteros (...) con Nathaly a veces nos veíamos en las entradas y las salidas, hay algunas actividades de cirugía que inician a las siete de la mañana, y ahí debíamos estar presentes para poder dar inicio al trabajo (...) se que cuando nosotros llegábamos a esa negociación que presentamos esa propuesta se nos decía de 7 a 12 y de 2 a 6 pm (...O a nosotros se nos entregaban unas guías de verificación (...) teníamos instrumentos que debíamos diligenciar como cumplimiento de las tareas que debíamos desempeñar (...) a todas nosotras como Coordinadoras se nos hacía ese seguimiento (...) hay que informar la coordinadora para ausentarse del hospital (...) existe un formato para reportar esos ausentismos que se diligencian para notificar al supervisor (...) el servicio es de manera personal, no hay quien reemplace (...) la asignación son 192 horas (...) por la Coordinación si necesitamos estar a primera hora en los servicios (...) nosotros teneros que acogernos a protocolos, procesos y directrices institucionales que llegan por diferentes vías (...) como Coordinadoras de enfermería dependíamos de la jefe general (...) como Coordinadoras tenemos actividades administrativas, pero nosotras ante la urgencia, debemos hacer actividades asistenciales (...) si no hubiera enfermera coordinadora de enfermería sería un caos, la enfermera coordinadora de quirófano es quien traza la actividad en cada

equipo, o sea, un equipo en un quirófano es uno o dos cirujanos, el ayudante, la instrumentadora, las auxiliares (...).”

Testigo Mónica Ximena Osorio Buriticá

“(...) cuando empecé a trabajar allá ella ya trabajaba allá (...) programación del personal, de cirujías, de anesthesiólogos, crear los cuadros de turnos, mover el plan de acción del servicio, en algunas ocasiones actividades asistenciales (...) los horarios de las coordinaciones asistenciales eran de 7 a 12 y de 2 a 6, en algunas ocasiones se hacía un pacto, con la jefe inmediata, que muchas veces iba hasta talento humano para poder hacer un cambio, pero eran 9 horas diarias de lunes a viernes (...) para el quirófano siempre buscan un perfil específico, experiencia y demás (...) en el hospital se requería el cumplimiento de un horario (...) manejábamos un formato de ausentismo en caso de citas médicas o reuniones con los niños (...) la prestación del servicio es personal, no se podía delegar a nadie (...) recibía órdenes por parte de la jefe inmediata o de los jefes de ella (...) no podíamos decir que no íbamos a ir a un turno (...) cuando los coordinadores no podían cubrir algún turno, ellas mismas debían subir a cubrir estos turnos, o si había una enfermera de turno en vacaciones, ella debía suplir esos turnos (...) se pactaba un costo fijo mensual con un horario establecido (...) todos los Coordinadores era de 7 a 12 y de 2 a 6 (...).”

Testigo Gonzalo Calle Hoyos.

“(...) Conozco por relación laboral como compañero de trabajo a la señora Nathaly Zapata Cárdenas quien se desempeñó como profesional del área de la enfermería (...) el mayor tiempo lo realizó como una coordinación de enfermería en el servicio de quirófanos, y también en otras áreas hospitalarias, UCI y consulta externa (...) se vincula a esta profesional, como una profesional del área de enfermería (...) en este caso las actividades que hacía era la coordinación del personal auxiliar en el servicio del quirófano, donde permaneció el mayor tiempo, éstas actividades las desempeña principalmente en horas diurnas, pero hay que tener en cuenta que el quirófano funciona las 24 horas (...) no le exigía el cumplimiento de un horario (...) sino el cumplimiento de unas actividades (...) la parte misional, el único personal asistencial que tiene cargo con vínculo laboral, es estas 3 auxiliares de enfermería, que se desempeñan en la parte misional, de resto, los 9 empleados están en la parte administrativa (...) toda la parte misional quedó para que fuera contratada con terceros, o diferentes formas de contratación (...) la actividad misional es directamente la atención de los pacientes, mientras que la actividad administrativa son de apoyo (...) ella tenía una función de coordinación del quirófano, no de atención a los pacientes (...) el hospital tiene para uso común de la actividad, equipos utilizados por múltiples personas (...) ella era la coordinadora del quirófano del personal auxiliar de enfermería (...) ella, como todas las auxiliares de enfermería tienen un seguimiento para mes a mes (...) en algunos meses hay un mayor volumen de actividades que en otros meses (...) para poder realizar sus funciones de coordinación en el servicio de quirófano se requería que fuera profesional de enfermería (...) los cuadros de turnos son generados por Nathaly Zapata y se presenta a la coordinación de enfermería (...) no había una actividad permanente única, sino que obedecía a una programación previamente establecida que puede corroborarse en los diferentes días del mes (...) prestó servicios administrativos de coordinación del quirófano principalmente, pero no puedo descartar que en algún momento haya tenido coordinación a pacientes (...) las labores contratadas de coordinación son diferentes a las

de asistencia (...) las obligaciones del contratista son netamente administrativos no asistenciales (...) históricamente desde la academia, por eso se les ha llamado jefes, no porque sean jefes de nadie, sino porque ese es, su apelativo, por el que se les ha llamado (...) el servicio de quirófanos está abierto 7 días de la semana, 365 días, 24 horas (...) no tenemos cumplimiento de horarios del personal asistencial (...) los cuadros de turnos los acepta un contratista que genera una acción superior a la que ella generaba (...) no hay un horario establecido, se acoge a la oferta que el contratista oferta al hospital (...)"

Testigo Karim Milena Gamba Ferrucho.

"(...) Conozco a la profesional de enfermería Nathaly Zapata desde que se vinculó a la ESE Hospital Santa Sofia (...) conozco que a través de un contrato de prestación de servicios ella realizaba actividades para coordinar el servicio de quirófano (...) coordinar también al personal que también atiende allí (...) su actividad no era netamente asistencia (...) no conozco que se le hayan hecho llamados de atención, porque yo era la supervisora (...) se contrataba por su actividad profesional, experiencia, idoneidad, que le daban una experiencia para administrar este servicio de quirófanos (...) ellos pasan un informe de actividades donde presentan las gestiones que realizaron en ese periodo (...) también presentan una cuenta de cobro y el informe de las actividades (...) estos cuadros de turnos son los que presentan los contratistas (...) la a, quiere decir actividad administrativa, generalmente, dado que la entrega de turno de la actividad asistencial es a las siete de la mañana, ellos también deben estar ahí como coordinadores, sin embargo, como dije al comienzo, ella, informaba que días le correspondía llevar a su hijo al colegio, y entonces esos días entraba a las ocho, o más tarde (...) fueron fijadas la contraprestación (...) el hospital no impone uniformes, impone unos lineamientos para portes del uniforme, uno de los lineamientos es el uniforme blanco en enfermería (...) el hospital por ese acuerdo, no puede contratar personal de planta (...) asistencial solo cuenta con los tres auxiliares de enfermería, no hay enfermeras profesionales (...) dentro de mis obligaciones contractuales, están los de coordinación de enfermería, pero los criterios son los mismos, (...) se contrató por sus conocimientos, no solamente como enfermera, sino porque también tiene una especialización en cardio vascular, y dentro de sus conocimientos también hay competencias administrativas (...) ella presentaba el pago de la seguridad social (...) nosotros como supervisores verificamos que el pago a seguridad social sea el 40% del valor cobrado (...) hay unos indicadores que tiene cada servicio (...) los coordinadores de quirófanos deben estar presentes a los inicios de turno, a los inicios de las cirugías para que todo esté en correcto orden (...) un quirófano no tiene horario (...) al final de las últimas cláusulas hay una sanción si no cumple el tiempo estipulado, si se deja el servicio desprovisto de esa coordinación (...) insumos ella utilizaba el computador (...) ella me informaba que necesitaba retirarse (...) sí, prestaba actividades de tipo misional, prestaba servicios de enfermería (...) hay turnos, donde hay que cubrir turnos para garantizar la seguridad de los pacientes (...) en lo que llevo de mi coordinación, han pasado tres coordinadores en el servicio de quirófanos (...) esas capacitaciones están enfocadas en garantizar que la atención de los pacientes se haga de forma segura (...) en el último año en el que ella estuvo (...) en una concertación con ella, empezó a prestar sus servicios en el área de consulta externa (...) son protocolos que nos exige cumplir la norma, la institución obviamente debe acatar esas normas y nosotros como tal debemos cumplir (...) cuando ella se ausentaba notificada muchas veces, esa es la forma de comunicarse, es un formato, que es a modo

de información, y ellos colocan una observación (...) reuniones son las que están incluidas en el contrato (...) sustituirse nunca, no, ella no presentó otra persona, pero eso sería un riesgo (...) ella prestaba el servicio personalmente (...) en su mayoría ella dejaba adelantado la coordinación del servicio (...) no conozco que haya estado prestando el servicio en otra institución (...) frente a la actividad misional, ellos son coordinadores de un área que, para prestar el servicio asistencial, hay que lograr la alineación de varias disciplinar, recursos físicos, tiempos (...)"

Testigo José Ignacio Londoño Jiménez.

"(...) me entero que ella tuvo unos contratos de prestación de servicios con el hospital (...) ella tenía una relación de tipo contractual, que implicaban que ella como profesional, realizara actividades como profesional de enfermería, al servicio del hospital como tal, y dentro de las obligaciones que se pactaron era poner al servicio todo su conocimiento, para lograr una adecuación de servicios de salud, a los pacientes que acudieran allí, y dentro de ella le había sido asignada, realizar actividades administrativas, coordinando labores, y dentro del servicio del quirófano; todo esto implicaba mantener organizado todo su equipo de trabajo (...) a todos los que prestamos servicios dentro del hospital tiene que ver con la parte misional del hospital (...) no tenemos dentro de la planta todos los cargos que quisiéramos o necesitamos (...) esas 13 personas que digo están en la planta de personal, de ellos no hay ninguno a cargo del quirófano (...) el servicio de urgencias en un lugar como el Hospital Santa Sofía funciona las 24 horas del día (...) hay una interdependencia, de alguna manera, una relación muy directa (...) hay una conexión directa, no solamente con el quirófano, sino con todos los servicios del hospital (...) ese es un servicio que está disponible de esa manera, pero hay horarios en los cuales el quirófano no tiene la misma demanda de servicios que otros (...) el quirófano puede funcionar en horas de la noche sin un coordinador, aun así, el quirófano tiene que funcionar (...)"

5. Caso concreto.

La Sala determinará con las pruebas documentales y testimoniales allegadas al plenario, si en el sub lite concurrieron los elementos de la relación laboral; si el servicio se prestó de manera ininterrumpida, si las funciones asignadas al demandante tenían un carácter eminentemente temporal, y todo lo relacionado con la acreditación de la subordinación, dependencia y prestación personal del servicio.

5.1. De la subordinación continuada, del lugar de trabajo, horario de labores y dirección de los servicios prestados.

De las pruebas que reposan dentro del proceso, se evidencia que, la señora Nathaly Zapata Cárdenas prestó sus servicios de profesional de enfermería como coordinadora del quirófano de la ESE Hospital Departamental Santa Sofía

de manera ininterrumpida desde el 20 de abril de 2015 hasta el 14 de octubre de 2017.

También se acreditó que, desde el mes de abril de 2015 hay profesionales de enfermería prestando sus servicios en la ESE demandada, ello desde el año 2004 mediante contratos de prestación de servicios, porque la ESE no cuenta con personal de planta para ello.

De la prueba testimonial se desprende que, la demandante prestaba sus servicios de profesional de enfermería como coordinadora del quirófano de la ESE Hospital Santa Sofía, siendo esta una actividad misional, pese a que las actividades podían denominarse como administrativas en dicha Coordinación.

Se dice que a la señora Nathaly Zapata Cárdenas se contrató por su actividad profesional, experiencia, idoneidad, estudios y experiencia para administrar este servicio de quirófanos, desarrollando la actividad de manera personal y directa, sin que pudiera delegar en otras personas el cumplimiento de sus funciones; y que debía cumplir con todos los protocolos adoptados por la ESE para la prestación de los servicios de salud.

Coinciden los testigos en afirmar que, el quirófano que debía funcionar las 24 horas del día, los 7 días de la semana los 365 días del año, pero que la demandante prestaba sus servicios principalmente en horas diurnas; y ella, como todas las auxiliares y personal de enfermería tenían un seguimiento mes a mes.

También coinciden las dos primeras testigos, reseñadas precedentemente, en afirmar que la señora Nathaly Zapata Cárdenas cumplía con un horario de 7 a 12 y de 2 a 6, como todos los coordinadores que trabajaban turnos de 9 horas diarias de lunes a viernes; así como que, la citada señora debía cumplir protocolos, procesos y directrices institucionales; y cumplía órdenes de jefes inmediatos, sin que pudiera ausentarse del servicio de manera autónoma.

Pese a que dos de los testigos dicen que, los cuadros de turnos eran presentados por la señora Nathaly Zapata Cárdenas, también dicen que, por lo general se iniciaba con programación de cirugías a las 7:00 a.m. hora a la que debían hacerse presentes los Coordinadores, pero que si la mencionada señora

lo requería, podría entrar un poco más tarde, tipo 8 a.m. y que, en el contrato de prestación de servicios, efectivamente había una cláusula que preveía una sanción si no se cumplía con el tiempo estipulado, o si se dejaba el servicio desprovisto de esa coordinación; y, dicen que la demandante, presentaba informes mensuales, cuentas de cobro, y pagaba por su cuenta lo correspondiente a la seguridad social integral sobre el 40% del valor pagado a ella.

También se destaca que en los documentos denominados anexo 1 obligaciones del contratista, que se encuentran al final de cada uno de los contratos aportados, se evidencia una lista de 112 actividades, o labores u obligaciones que debía realizar la señora Nathlay Zapata Cárdenas.

De la prueba recaudada, y advirtiendo las situaciones particulares de prestación del servicio de la demandante, se puede concluir que, la señora Nathaly Zapata Cárdenas prestaba sus servicios de profesional de enfermería como Coordinadora del quirófano de la ESE demandada, siendo la naturaleza de su profesión y el objeto pactado una actividad estrictamente misional; y no solo eso, sino que, debía cumplir con un horario establecido de 7 a 12 y de 2 a 6 de la tarde durante la semana, encontrándose también demostrado que, el quirófano funcionaba 24 horas, y que ella debía coordinar su inicio a las 7:00 a.m. sin tener una hora definida de salida.

También es cierto que, la prestación del servicio la hacía de manera personal, en las instalaciones de la entidad y que debía cumplir con los cuadros de turnos y horarios establecidos, so pena de ser sancionada por ello; y los mismos testigos de la ESE demandada dicen que no tienen conocimiento que la demandante prestara sus servicios de manera paralela o conjunta en otra entidad o de manera particular; lo cual, indica que la demandante no era autónoma e independiente en el cumplimiento de sus funciones, pues ésta dependía de las directrices que le dieran en la ESE Hospital Santa Sofía, mediante sus interventores y otros miembros de la institución.

No se puede pasar por alto en este punto, la vocación de permanencia y necesidad de la prestación del servicio de profesional de enfermería en la ESE demandada, pues ésta misma ha certificado que, desde el año 2004 no cuenta con planta de personal suficiente, y que desde el mes de abril de 2015 hay

personas realizando las actividades de enfermeras profesionales como Coordinadoras del servicio de quirófanos.

5.2. De la prestación personal del servicio.

No hay duda en este caso de la prestación personal del servicio por parte de la profesional de enfermería, señora Nathay Zapata Cárdenas, y de la imposibilidad de delegar en otras personas el desarrollo de sus actividades, pues era una prestación personal de éste por las condiciones requeridas por la contratante.

5.3. De la remuneración.

Tampoco hay duda de la remuneración recibida por la demandante por la prestación de sus servicios como profesional de enfermería, remuneración que se evidencia no solo en los contratos de prestación de servicios, sino en las órdenes de pago y se acepta en los mismos testimonios rendidos.

De todo lo expuesto, se concluye que el vínculo de la demandante con la ESE Hospital Departamental Santa Sofía trascendió del contrato de prestación de servicios a una verdadera relación laboral, que evidencia los elementos de prestación personal del servicio, remuneración como contraprestación del servicio y subordinación y dependencia.

6. De los extremos temporales en la prestación de servicios de la demandante.

De los contratos de prestación de servicio se evidencia que la señora Nathaly Zapata Cárdenas suscribió contratos de prestación de servicios con la ESE demandada de manera consecutiva, sin que se observe en ellos interrupción alguna, pues se dieron de manera sucesiva entre el 20 de abril de 2015 y el 14 de octubre de 2017.

Por otra parte, advierte la Sala que, al revisar detalladamente cada uno de los contratos de prestación de servicios, encuentra que éstos son totalmente coincidentes en que el objeto de los mismos es la prestación de sus servicios de profesional de enfermería en calidad de Coordinadora del quirófano; y en los 7 contratos estudiados no se observa interrupción de tiempo entre uno y otro;

teniendo todos las mismas características objeto, obligaciones y de manera ininterrumpida.

Por lo expuesto, se entiende que entre el 20 de abril de 2015 y el 14 de octubre de 2017 la demandante prestó sus servicios en la ESE Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas, en calidad de profesional de enfermería; y que, al desempeñarse durante 2 años consecutivos, en la misma institución ejerciendo las labores Coordinación del quirófano como profesional de enfermería, servicio misional y cuya prestación debe ser constante, permanente e infaltable en la institución de salud; resulta ser ello suficiente indicador de que el cargo que desempeñaba el demandante tenía vocación de permanencia.

6.1. De la solución de continuidad e interrupción de los contratos de prestación de servicios.

Basta revisar los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes demandante y demandada, en conjunto con la certificación expedida por ésta última, para afirmar que, en este caso no se presenta interrupción alguna en el periodo reclamado, pues los contratos suscritos entre el 20 de abril de 2015 y el 14 de octubre de 2017, se suscribieron y ejecutaron de manera continuada e ininterrumpida; siendo la labor desempeñada propia de la naturaleza y del objeto de una entidad prestadora de servicios de salud; sin que haya operado en este caso la solución de continuidad.

Por lo expuesto, hay lugar en este caso a declarar la existencia de una relación laboral sin solución de continuidad entre el 20 de abril de 2015 y el 14 de octubre de 2017; y así, determinada la existencia de una verdadera relación laboral, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, resulta procedente declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio GE010.1- del 23 de febrero de 2018 suscrito por el gerente de la ESE Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas.

Una vez determinada la declaración de la existencia de una relación de tipo legal mencionada, procede la Sala a establecer las consecuencias jurídicas que de ello se desprende.

7. De la Prescripción

En este caso, no hay lugar a decretar la prescripción extintiva de los créditos laborales reclamados teniendo en cuenta que, entre la fecha de finalización de los contratos de prestación de servicios señalados y la fecha de reclamación (5 de febrero de 2018), y así mismo, entre esta fecha y la de presentación de la demanda (8 de agosto de 2018) no transcurrieron más de 3 años; y la fecha de terminación del último contrato fue 14 de octubre de 2017.

8. De las sumas que deben liquidarse y reconocerse a la demandante.

8.1. Pago de prestaciones sociales y salariales a título de indemnización.

Deberá liquidarse y pagarse a favor de la señora Nathaly Zapata Cárdenas las sumas equivalentes a todas las prestaciones sociales y salariales ordinarias dejadas de percibir, liquidadas conforme al valor de los honorarios percibidos por la accionante de manera mensual, debidamente indexadas. **Liquidación y pago que deberá realizarse entre el 20 de abril de 2015 y el 14 de octubre de 2017.**

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de indemnización equivalente a las prestaciones sociales y salariales ordinarias se actualizarán de acuerdo con la siguiente fórmula: $R = Rh \times \text{índice final} / \text{índice inicial}$, donde el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación).

Finalmente, debe decirse que, en este caso se debe declarar que, el tiempo laborado desde el 15 de abril de 2015 y el 14 de octubre de 2017, se debe computar para efectos pensionales.

Ahora, se encuentra inmerso en el restablecimiento del derecho de la demandante, el pago de los valores equivalentes a las prestaciones sociales y salariales ordinarias de la siguiente manera:

8.2. Devolución de pagos efectuados en salud.

El Consejo de Estado se pronunció en este sentido, en la mencionada sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021^[4] así:

“(…) 4.5. Tercer problema jurídico: ¿Resulta procedente la devolución de los aportes al sistema de la Seguridad Social en salud realizados por la demandante en exceso?”

235. La tesis de la Sala será la siguiente: aunque se le haya reconocido una relación laboral a la contratista, no procede la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud que sufragó bajo el régimen contractual.

236. En efecto, como se explicó en la parte considerativa de esta sentencia, los recursos del sistema de la Seguridad Social en salud son rentas parafiscales. Por ello, en virtud de esa naturaleza parafiscal, estos aportes son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito en favor del interesado, por lo que, independientemente, de que se hayan prestado o no los servicios sanitarios, su finalidad no se altera y permanece para garantizar la sostenibilidad del sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer». Puesto que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado a hacerlo por la ley, no es posible ordenar su devolución así se haya declarado la existencia de un vínculo laboral, ya que, de admitirse tal pretensión, se le estaría otorgando «un beneficio propiamente económico, que no influye en el derecho pensional como tal».

237. Así las cosas, de conformidad con lo expuesto y frente a lo requerido por la demandante, se tiene que no hay lineamientos jurídicos que permitan la posibilidad de la devolución de los aportes a salud que efectuó como contratista, comoquiera que estos fueron debidamente cotizados al sistema general de Seguridad Social en salud, al existir una obligación legal de realizar dicha contribución.

238. En definitiva, no resulta procedente reconocer la totalidad del derecho deprecado, pues debe quedar al margen la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud, que por tratarse de recursos de naturaleza parafiscal, no admiten otro tipo de destinación que no sea el sostenimiento mismo del sistema sanitario”.

Acogiendo el criterio que en este sentido ha planteado el Consejo de Estado, no resulta posible la devolución de los aportes realizados a la Seguridad Social en salud realizados por la demandante.

8.3. Aportes pensionales patronales

Con relación a los aportes pensionales, se ordenará a la ESE Hospital Departamental Santa Sofía tomar el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante sobre los honorarios pactados, durante todos los periodos en los cuales este prestó servicios a la entidad, mes a mes; eso es, entre el 20 de abril de 2015 y el 14 de octubre de 2017, cotizando al respectivo fondo de

pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión que cubran el porcentaje total que debía pagarse si la demandante hubiese gozado de una relación legal y reglamentaria; ello dependiendo de la comprobación del pago de los mismos por parte de la demandada, según los archivos documentales o acreditación que de estos haya hecho la demandante.

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

Ahora bien, en el caso que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones que hubiere realizado la señora Nathaly Zapta Cárdenas en calidad de contratista superan los que debía efectuar a través de una relación legal y reglamentaria, la demandada ESE Hospital Departamental Santa Sofía debe retornar a favor de la misma el mayor valor que resulte entre los aportes en pensiones que aquella hubiese debido efectuar como empleada, respecto de los que realizó en calidad de contratista -según comprobación a efectuar por parte de la entidad demandada en sus archivos documentales o acreditación que de estos efectúe la accionante.

Por las consideraciones precedentes, y sin necesidad de argumentos adicionales, se deben declarar imprósperas las excepciones denominadas *“Inexistencia de relación laboral alegada por la demandante”*, *“Inexistencia del derecho al pago de las acreencias económicas que refiere la demandante a título de restablecimiento del derecho”*, *“Cobro de lo no debido”*, *“Buena fe exenta de culpa”*, *“prescripción”* y la *“Genérica”* propuestas por la demandada ESE Hospital Departamental Santa Sofía, como se dirá en la aprte resolutive de esta sentencia.

9. Costas

En lo que corresponde a la condena en costas, esta Sala, en aplicación del criterio objetivo valorativo, y teniendo en cuenta la conducta de las partes, y que

principalmente aparezcan causadas y comprobadas, para justificar su imposición.

Ahora, al evaluarse en el presente caso la causación de las costas en esta instancia, de conformidad con el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no aparecen en el expediente la prueba de causación de expensas que justifiquen su imposición, y por ende no habrá imposición de dicha condena.

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

Falla

Primero: Declárase la nulidad del Oficio acto administrativo contenido en el oficio GE010.1- del 23 de febrero de 2018 suscrito por el gerente de la ESE Hospital Departamental Santa Sofía de Caldas mediante el cual se niega el reconocimiento de una relación laboral y el reconocimiento de sumas de dinero por concepto de salarios y prestaciones sociales, a la señora Nathaly Zapata Cárdenas.

Segundo: Se declara la existencia de una relación laboral entre la señora Nathaly Zapata Cárdenas y la ESE Hospital Departamental Santa Sofía, quien se desempeñó como profesional de enfermería Coordinadora de Quirófanos en la ESE mencionada, entre el 20 de abril de 2015 y el 14 de octubre de 2017.

Tercero: Se declaran imprósperas las excepciones denominadas *“Inexistencia de relación laboral alegada por la demandante”, “Inexistencia del derecho al pago de las acreencias económicas que refiere la demandante a título de restablecimiento del derecho”, “Cobro de lo no debido”, “Buena fe exenta de culpa”, “prescripción” y la “Genérica”.*

Cuarto: Se condena a la ESE Hospital Departamental Santa Sofía, a efectuar los siguientes reconocimientos y pagos a favor de la señora Nathaly Zapata Cárdenas:

1) Liquidar y pagar el equivalente a las prestaciones sociales legales y salariales ordinarias dejadas de percibir, tomando como base el valor de los

honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios, en la forma señalada en la parte motiva, los valores a pagar deberán ser debidamente indexadas, conforme quedó expuesto en la parte motiva de esta providencia. Lo anterior por el periodo comprendido entre el 20 de abril de 2015 y el 14 de octubre de 2017.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de indemnización equivalente a las prestaciones sociales y salariales ordinarias se actualizarán de acuerdo con la siguiente fórmula: $R = Rh \times \text{índice final} / \text{índice inicial}$, donde el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación).

2) Liquidar con base a un IBC pensional equivalente a los honorarios pactados, durante todos los periodos en los cuales la demandante prestó servicios a la entidad mes a mes; eso es, entre el 20 de abril de 2015 y el 14 de octubre de 2017, cotizando al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión que cubran el porcentaje total que debía pagarse si la demandante hubiese gozado de una relación legal y reglamentaria; ello dependiendo de la comprobación del pago de los mismos por parte de la demandada, según los archivos documentales o acreditación que de estos haya hecho la demandante.

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

Y; dado el caso que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones que hubiere realizado la señora Nathaly Zapata Cárdenas en calidad de contratista superan los que debía efectuar a través de una relación legal y reglamentaria, la demandada ESE Hospital Departamental Santa Sofía debe retornar a favor de la misma el mayor valor que resulte entre los aportes en pensiones que

aquella hubiese debido efectuar como empleada, respecto de los que realizó en calidad de contratista -según comprobación a efectuar por parte de la entidad demandada en sus archivos documentales o acreditación que de estos efectúe la accionante.

Quinto: computar para efectos pensionales el tiempo laborado desde el 20 de abril de 2015 y el 14 de octubre de 2017.

Sexto: Sin condena en costas.

Séptimo: La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia conforme a los artículos 188, 189 y 192 del CPACA. Las cantidades líquidas reconocidas en la sentencia devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia según lo previsto en el CPACA.

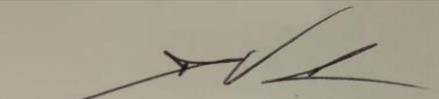
Octavo: Ejecutoriada esta providencia, **liquidar** los gastos del proceso, **devolver** los remanentes si los hubiere, y **archivar** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Segunda de Decisión Oral
Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, cinco (5) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación	17-001-23-33-000-2018-00106-00
Demandante	Gloria Inés Zuluaga de Flórez
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas
Providencia	Sentencia No. 147

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Decisión Oral, integrada por el Magistrado Fernando Alberto Álvarez Beltrán y por los Magistrados Dohor Edwin Varón Vivas y Augusto Morales Valencia, 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 de primera instancia dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por la señora Gloria Inés Zuluaga de 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. 7804 - 6 del 12 de octubre de 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 las 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 No. 7804 - 6 del 12 de octubre de 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. 7804 - 6 del 12 de octubre de 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 06/04/2016.

Por medio de la Resolución Nro. 4016-6 del 19 de mayo de 2016, le fueron reconocidas las cesantías definitivas teniendo como factores salariales el sueldo mensual, las primas de navidad, vacaciones, bonificación por servicios y alimentación. Las referidas cesantías fueron canceladas por intermedio de entidad bancaria BBVA, sin tener en cuenta la prima de servicios.

Mediante petición radicada el 08/10/2017, 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. 7804 - 6 del 12 de octubre de 2017, fue otorgado el ajuste de las cesantías definitivas reconocidas inicialmente mediante la resolución No. 4016-6 del 19 de mayo de 2016, teniendo como factor salarial la prima servicios.

La demandante solicitó las cesantías definitivas el 06/04/2016, siendo el plazo para cancelarlas el 19/06/2016, 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. 7804 - 6 del 12 de octubre de 2017, un total de 610 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.

Plateó las excepciones de *“falta de legitimación en la causa por pasiva del 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”.

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”; “inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”; “buena fe”; “Mala fe por parte del demandante” y “Prescripción”.

4. Audiencia Inicial.

Mediante auto del 8 de octubre de 2021 se prescindió de la audiencia inicial de conformidad con el artículo 182A de la Ley 2080 de 2021.

5. Alegatos de Conclusión.

5.1. Parte demandante: guardó silencio.

5.2. Departamento de Caldas: Guardó silencio.

5.3. Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM: Guardó silencio.

6. Concepto del Ministerio Público.

Concluye que, al no incurrirse en infracción al ordenamiento jurídico por parte de la entidad demandada, se mantiene incólume la presunción de legalidad que reviste al acto administrativo parcialmente acusado, toda vez que los supuestos fácticos del mismo están soportados probatoriamente y los fundamentos jurídicos se ajustan a la ley. Como consecuencia de lo anterior, estima procedente desestimar los cargos de nulidad sustancial formulados en la demanda y negar las pretensiones.

II. Consideraciones de la Sala

Los problemas jurídicos en esta instancia se contraen a resolver lo siguiente:

¿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?

1. Primer problema jurídico.

Para resolver lo pertinente esta Sala acoge el criterio que por vía jurisprudencial ha sentado el Consejo de Estado y según el cual, la sanción moratoria 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, ésta 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; así lo señaló la Alta Corporación¹:

“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 Corporación² 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 1990³, 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.

¹ SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B, CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, 20 de septiembre de 2019, Rad. 08001-23-33-000-2016-01120-01.

² Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, sentencia de 8 de septiembre de 2017, Rad. 2014-00355-01, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

³ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

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 explicado⁴:

“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 desvinculación⁵; 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.**”⁶ (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 el 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 ley⁷. (Subrayado fuera de texto).

Corolario con lo expuesto, la Sala concluye que el pago inoportuno de la

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

⁵ Cita propia del texto transcrito: Folios 14 a 16.

⁶ 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.

⁷ 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.

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.”

2. Caso concreto.

En el caso concreto se tiene acreditado que:

Mediante la Resolución Nro. 4016-6 del 19 de mayo de 2016 se reconoció y ordenó el pago de las cesantías definitivas a la señora Gloria Inés Zuluaga de Flórez, liquidada con base en los siguientes factores: sueldo mensual, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación por servicios y prima de alimentación. (fls. 37 a 38, Archivo 001 Cdno 1, Anexo Carpeta Digital)

A través de derecho de petición del 2 de agosto de 2017 la demandante solicitó el ajuste del valor de las cesantías definitivas incluyendo la prima de servicios, así como el reconocimiento y pago de la sanción mora hasta que fuera realizado el pago del ajuste (fls. 24 a 27, Archivo 001 Cdno 1, Anexo Carpeta Digital)

Por medio de la Resolución No. 7804 - 6 del 12 de octubre de 2017 se accedió al ajuste de la cesantía definitiva incluyendo como base de liquidación la **prima de servicios**. En el ordinal quinto de la referida resolución se negó la sanción moratoria (fls. 39 a 41, Archivo 001 Cdno 1, Anexo Carpeta Digital)

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.

3. Costas y Agencias en Derecho

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado⁸ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición,

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.

esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Resulta igualmente aplicable el criterio establecido en el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, por medio de la cual se adicionó el siguiente inciso al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011:

“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.”

De lo anterior se sigue que, aunque en este caso se causaron las costas procesales en razón a la actividad desplegada por las entidades demandadas mediante apoderado judicial (contestación de la demanda y presentación de alegatos de conclusión), la parte demandante no se verá obligada al pago de aquellas en tanto la demanda no fue presentada con manifiesta carencia de fundamento legal.

4. Consideración final.

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

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 el Ministerio de Educación Nacional e *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*, propuesta 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.

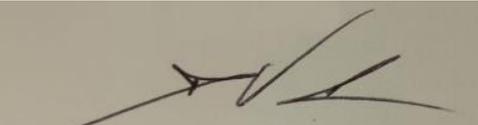
Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente previas las anotaciones pertinentes en el programa informático *“Justicia Siglo XXI”*.

Notifíquese y cúmplase

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Segunda de Decisión Oral
Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, cinco (5) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación	17-001-23-33-000-2018-00184-00
Demandante	María Estrella Castañeda Ceballos
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas
Providencia	Sentencia No. 144

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Decisión Oral, integrada por el Magistrado Fernando Alberto Álvarez Beltrán y por los Magistrados Dohor Edwin Varón Vivas y Augusto Morales Valencia, 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 de primera instancia dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por la señora María Estrella Castañeda Ceballos 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. 9031 - 6 del 23 de noviembre de 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 las 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 No. 9031 - 6 del 23 de noviembre de 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. 9031 - 6 del 23 de noviembre de 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 08/04/2016.

Por medio de la Resolución Nro. 5082-6 del 27 de junio de 2016, le fueron reconocidas las cesantías definitivas teniendo como factores salariales el sueldo mensual, las primas de navidad, vacaciones, bonificación por servicios y prima de alimentación. Las referidas cesantías fueron canceladas el día 11/10/2016, por intermedio de entidad bancaria BBVA.

Mediante petición radicada el 09/08/2017, 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. 9031 - 6 del 23 de noviembre de 2017, fue otorgado el ajuste de las cesantías definitivas reconocidas inicialmente mediante la resolución No. 5082-6 del 27 de junio de 2016, teniendo finalmente como factor salarial la Prima de Servicios, ordenando el reconocimiento y pago como suma insoluble de \$4.300.816.

En la resolución No. 9031 - 6 del 23 de noviembre de 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 08/04/2016, siendo el plazo para cancelarlas el 25/07/2016, 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 9031 - 6 del 23 de noviembre de 2017, un total de 551 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.

Plateó las excepciones de *“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”.

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 constarle.

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”; “inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”; “buena fe”; e “Inaplicabilidad de la sanción moratoria”.

4. Audiencia Inicial.

Mediante auto del 8 de octubre de 2021 se prescindió de la audiencia inicial de conformidad con el artículo 182A de la Ley 2080 de 2021.

5. Alegatos de Conclusión.

5.1. Parte demandante: guardó silencio.

5.2. Departamento de Caldas: Alega que no hay lugar a que prosperen las pretensiones del actor y estima demostrado que el departamento de Caldas es un mero tramitador dentro del reconocimiento de prestaciones sin incidencia alguna en el pago.

5.3. Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM: Aduce que a la parte actora no le asiste el derecho reclamado comoquiera que lo pretendido no se encuentra sustento en la ley; precisa que en materia sancionatoria, la conducta sancionable y la sanción deben estar previstas en la norma jurídica.

En cuanto a la condena en costas indica que, sólo habrá lugar a las mismas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación; en consecuencia, y en ausencia de su comprobación no procede entonces la condena por cuanto los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente del proceso recurrido.

6. Concepto del Ministerio Público.

Concluye que, al no incurrirse en infracción al ordenamiento jurídico por parte de la entidad demandada, se mantiene incólume la presunción de legalidad que reviste al acto administrativo parcialmente acusado, toda vez que los supuestos fácticos del mismo están soportados probatoriamente y los fundamentos jurídicos se ajustan a la ley. Como consecuencia de lo anterior, estima procedente desestimar los cargos de nulidad sustancial formulados en la demanda y negar las pretensiones.

II. Consideraciones de la Sala

Los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se contraen a resolver lo siguiente:

¿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?

1. Primer problema jurídico.

Para resolver lo pertinente esta Sala acoge el criterio que por vía jurisprudencial ha sentado el Consejo de Estado y según el cual, la sanción moratoria 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, ésta 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; así lo señaló la Alta Corporación¹:

“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 Corporación² 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 1990³, 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 explicado⁴:

“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 desvinculación⁵; 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.**”⁶ (Resaltado fuera de texto).*

¹ SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B, CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, 20 de septiembre de 2019, Rad. 08001-23-33-000-2016-01120-01.

² Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, sentencia de 8 de septiembre de 2017, Rad. 2014-00355-01, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

³ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

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

⁵ Cita propia del texto transcrito: Folios 14 a 16.

⁶ 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 el 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 ley⁷. (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.”

2. Caso concreto.

En el caso concreto se tiene acreditado:

Mediante la Resolución Nro. 5082-6 del 27 de junio de 2016 se reconoció y ordenó el pago de las cesantías definitivas a la señora María Estrella Castañeda Ceballos, liquidada con base en los siguientes factores: sueldo mensual, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación mensual. (Fls. 37-38, Archivo 001, Cdno 1, Carpeta Digital)

Mediante derecho de petición del 9 de agosto de 2017 la demandante solicitó el ajuste del valor de las cesantías definitivas incluyendo la prima de servicios, así como el reconocimiento y pago de la sanción mora hasta que fuera realizado el pago del ajuste (fls. 24 a 28, Archivo 001, Cdno 1, Carpeta Digital)

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

⁷ 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.

A través de la Resolución No. 9031 - 6 del 23 de noviembre de 2017 se accedió al ajuste de la cesantía definitiva incluyendo como base de liquidación la **prima de servicios**. En el ordinal quinto de la referida resolución se negó la sanción moratoria (fls. 40 a 42, Archivo 001, Cdno 1, Carpeta Digit)

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.

3. Costas y Agencias en Derecho

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado⁸ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Resulta igualmente aplicable el criterio establecido en el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, por medio de la cual se adicionó el siguiente inciso al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011:

“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.”

De lo anterior se sigue que, aunque en este caso se causaron las costas procesales en razón a la actividad desplegada por las entidades demandadas mediante apoderado judicial (contestación de la demanda y presentación de alegatos de conclusión), la parte demandante no se verá obligada al pago de aquellas en tanto la demanda no fue presentada con manifiesta carencia de fundamento legal.

4. Consideración final.

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

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

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P. William Hernández Gómez.

III. Falla

Primero: Se declara probada la excepción de “Cobro de lo no debido” propuesta por el Ministerio de Educación Nacional e “*inexistencia de la obligación con fundamento en la ley*”, propuesta 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: Se reconoce personería para actuar como apoderada de la Nación - Ministerio de Educación - FNPSM, a la bogada Leidy Johana Barrientos Peñuela, portadora de la T.P. 325.804 del C. S. de la J, en los términos y para los efectos de la sustitución a ella conferida.

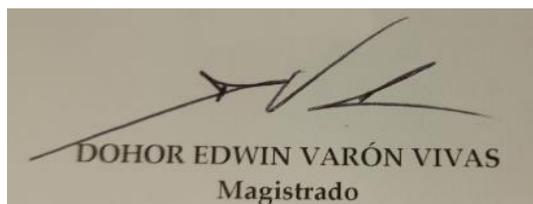
Quinto: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Segunda de Decisión Oral
Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, cinco (5) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación	17-001-23-33-000-2018-00187-00
Demandante	María Dolly Ramírez Jiménez
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas
Providencia	Sentencia No. 146

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Decisión Oral, integrada por el Magistrado Fernando Alberto Álvarez Beltrán y por los Magistrados Dohor Edwin Varón Vivas y Augusto Morales Valencia, 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 de primera instancia dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por la señora **María Dolly Ramírez Jiménez** 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. 9126 - 6 del 24 de noviembre de 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 las 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 No. 9126 - 6 del 24 de noviembre de 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. 9126 - 6 del 24 de noviembre de 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 16/02/2016.

Por medio de la Resolución Nro. 2482-6 del 29 de marzo de 2016, le fueron reconocidas las cesantías definitivas teniendo como factores salariales el sueldo mensual, las primas de navidad, vacaciones, bonificación por servicios y prima de alimentación. Las referidas cesantías fueron canceladas el día 18/07/2016, por intermedio de entidad bancaria BBVA.

Mediante petición radicada el 04/10/2017, 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. 9126 - 6 del 24 de noviembre de 2017, fue otorgado el ajuste de las cesantías definitivas reconocidas inicialmente mediante la resolución No. 2482-6 del 29 de marzo de 2016, sin reconocimiento de intereses moratorios.

La demandante solicitó las cesantías definitivas el 16/02/2016, siendo el plazo para cancelarlas el 16/06/2016, 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 9126 - 6 del 24 de noviembre de 2017, un total de 587 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.

Plateó las excepciones de *“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”*.

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 constarle.

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”; “inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”; “buena fe”; e “Inaplicabilidad de la sanción moratoria”.

4. Audiencia Inicial.

Mediante auto del 8 de octubre de 2021 se prescindió de la audiencia inicial de conformidad con el artículo 182A de la Ley 2080 de 2021.

5. Alegatos de Conclusión.

5.1. Parte demandante: guardó silencio.

5.2. Departamento de Caldas: Alega que no hay lugar a que prosperen las pretensiones del actor y estima demostrado que el departamento de Caldas es un mero tramitador dentro del reconocimiento de prestaciones sin incidencia alguna en el pago.

5.3. Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM: Aduce que a la parte actora no le asiste el derecho reclamado comoquiera que lo pretendido no se encuentra sustento en la ley; precisa que en materia sancionatoria, la conducta sancionable y la sanción deben estar previstas en la norma jurídica.

En cuanto a la condena en costas indica que, sólo habrá lugar a las mismas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación; en consecuencia, y en ausencia de su comprobación no procede entonces la condena por cuanto los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente del proceso recurrido.

6. Concepto del Ministerio Público.

No rindió concepto.

II. Consideraciones de la Sala

Los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se contraen a resolver lo siguiente:

¿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?

1. Primer problema jurídico.

Para resolver lo pertinente esta Sala acoge el criterio que por vía jurisprudencial ha sentado el Consejo de Estado y según el cual, la sanción moratoria 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, ésta 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; así lo señaló la Alta Corporación¹:

“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 Corporación² 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 1990³, 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.

¹ SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B, CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, 20 de septiembre de 2019, Rad. 08001-23-33-000-2016-01120-01.

² Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, sentencia de 8 de septiembre de 2017, Rad. 2014-00355-01, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

³ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

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 explicado⁴:

“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 desvinculación⁵; 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.**”⁶ (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 el 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 ley⁷. (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,

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

⁵ Cita propia del texto transcrito: Folios 14 a 16.

⁶ 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.

⁷ 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.

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.”

2. Caso concreto.

En el caso concreto se tiene acreditado:

Mediante la Resolución Nro. 2482-6 del 29 de marzo de 2016 se reconoció y ordenó el pago de las cesantías definitivas a la señora María Dolly Ramírez Jiménez, liquidada con base en los siguientes factores: sueldo mensual, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de alimentación y bonificación mensual. (Fls. 37-38, Archivo 001, Cdno 1, Carpeta Digital)

Mediante derecho de petición del 4 de octubre de 2017 la demandante solicitó el ajuste del valor de las cesantías definitivas incluyendo la prima de servicios, así como el reconocimiento y pago de la sanción mora hasta que fuera realizado el pago del ajuste (fls. 24 a 29, Archivo 001, Cdno 1, Carpeta Digital)

A través de la Resolución No. 9126 - 6 del 24 de noviembre de 2017 se accedió al ajuste de la cesantía definitiva incluyendo como base de liquidación la **prima de servicios**. En el ordinal quinto de la referida resolución se negó la sanción moratoria (fls. 40 a 42, Archivo 001, Cdno 1, Carpeta Digital)

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.

3. Costas y Agencias en Derecho

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado⁸ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.

Resulta igualmente aplicable el criterio establecido en el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, por medio de la cual se adicionó el siguiente inciso al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011:

“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.”

De lo anterior se sigue que, aunque en este caso se causaron las costas procesales en razón a la actividad desplegada por las entidades demandadas mediante apoderado judicial (contestación de la demanda y presentación de alegatos de conclusión), la parte demandante no se verá obligada al pago de aquellas en tanto la demanda no fue presentada con manifiesta carencia de fundamento legal.

4. Consideración final.

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

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 el Ministerio de Educación Nacional e *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*, propuesta 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: Se reconoce personería para actuar como apoderada de la Nación - Ministerio de Educación - FNPSM, a la bogada Leidy Johana Barrientos Peñuela, portadora de la T.P. 325.804 del C. S. de la J, en los términos y para los efectos de la sustitución a ella conferida.

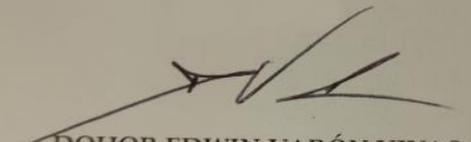
Quinto: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente previas las anotaciones pertinentes en el programa informático *“Justicia Siglo XXI”*.

Notifíquese y cúmplase

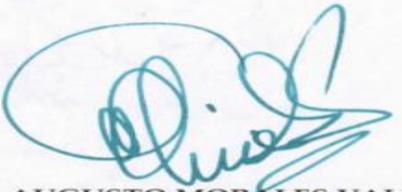
Discutido y aprobado en Sala de Ordinaria de Decisión celebrada en la fecha.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Segunda de Decisión Oral
Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, cinco (5) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación	17-001-23-33-000-2018-00427-00
Demandante	Jorge Hurtado Gómez
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas
Providencia	Sentencia No. 145

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Decisión Oral, integrada por el Magistrado Fernando Alberto Álvarez Beltrán y por los Magistrados Dohor Edwin Varón Vivas y Augusto Morales Valencia, 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 de primera instancia dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por el señor Jorge Hurtado Gómez 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 Sexto de la Resolución No. 3850 - 6 del 26 de abril de 2018, 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 No. 3850 - 6 del 26 de abril de 2018, 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. 3850 - 6 del 26 de abril de 2018, 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 27/02/2015.

Por medio de la Resolución Nro. 3198-6 del 17 de abril de 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 18/06/2015, por intermedio de entidad bancaria BBVA.

Mediante petición radicada el 21/03/2018, 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. 3850 - 6 del 26 de abril de 2018, fue otorgado el ajuste de las cesantías definitivas reconocidas inicialmente mediante la resolución No. 3198-6 del 17 de abril de 2015, teniendo finalmente como factores salariales la Prima de Servicios y la bonificación por servicios, ordenando el reconocimiento y pago como suma insoluta de \$1.860.617.

En la resolución No. 3850 - 6 del 26 de abril de 2018, 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 02/27/2015, siendo el plazo para cancelarlas el 16/06/2015, 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. 3850 - 6 del 26 de abril de 2018, un total de 1155 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.

No contestó la demanda.

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”; “inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”; “buena fe”; “Mala fe por parte del demandante” y “Prescripción”.

4. Audiencia Inicial.

Mediante auto del 16 de noviembre de 2021 se prescindió de la audiencia inicial de conformidad con el artículo 182A de la Ley 2080 de 2021.

5. Alegatos de Conclusión.

5.1. Parte demandante: guardó silencio.

5.2. Departamento de Caldas: Guardó silencio.

5.3. Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM: Adujo 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.

En cuanto a la condena en costas indica que, sólo habrá lugar a las mismas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación; en consecuencia, y en ausencia de su comprobación no procede entonces la condena por cuanto los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente del proceso recurrido.

II. Consideraciones de la Sala

1. Primer problema jurídico.

Para resolver lo pertinente esta Sala acoge el criterio que por vía jurisprudencial ha sentado el Consejo de Estado y según el cual, la sanción moratoria 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, ésta 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; así lo señaló la Alta Corporación¹:

“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 Corporación² 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 1990³, 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 explicado⁴:

“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 desvinculación⁵; 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.**”⁶ (Resaltado fuera de texto).*

¹ SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B, CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, 20 de septiembre de 2019, Rad. 08001-23-33-000-2016-01120-01.

² Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, sentencia de 8 de septiembre de 2017, Rad. 2014-00355-01, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

³ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

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

⁵ Cita propia del texto transcrito: Folios 14 a 16.

⁶ 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 el 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 ley⁷. (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.”

2. Caso concreto.

En el caso concreto se tiene acreditado:

Mediante la Resolución Nro. 3198-6 del 17 de abril de 2015 se reconoció y ordenó el pago de las cesantías definitivas al señor Jorge Hurtado Gómez, liquidada con base en los siguientes factores: sueldo mensual, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de alimentación. (Archivo 002 Anexo Carpeta Digital)

Mediante derecho de petición del 21 de marzo de 2018 el demandante solicitó el ajuste del valor de las cesantías definitivas incluyendo los factores de prima de servicios y bonificación

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

⁷ 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.

por servicios prestados, así como el reconocimiento y pago de la sanción mora hasta que fuera realizado el pago del ajuste (fls. 22 a 25, Archivo 002 Anexo Carpeta Digital 1)

A través de la Resolución No. 3850 - 6 del 26 de abril de 2018 se accedió al ajuste de la cesantía definitiva incluyendo como base de liquidación la prima de servicios y la bonificación mensual. En el ordinal sexto de la referida resolución se negó la sanción moratoria (fls. 35 a 37, Archivo 002 Anexo Carpeta Digital 1)

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.

3. Costas y Agencias en Derecho

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado⁸ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Resulta igualmente aplicable el criterio establecido en el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, por medio de la cual se adicionó el siguiente inciso al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011:

“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.”

De lo anterior se sigue que, aunque en este caso se causaron las costas procesales en razón a la actividad desplegada por las entidades demandadas mediante apoderado judicial (contestación de la demanda y presentación de alegatos de conclusión), la parte demandante no se verá obligada al pago de aquellas en tanto la demanda no fue presentada con manifiesta carencia de fundamento legal.

4. Consideración final.

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.

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 “*inexistencia de la obligación con fundamento en la ley*”, 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: Se reconoce personería para actuar como apoderada de la Nación - Ministerio de Educación - FNPSM, a la bogada Leidy Johana Barrientos Peñuela, portadora de la T.P. 325.804 del C. S. de la J, en los términos y para los efectos de la sustitución a ella conferida.

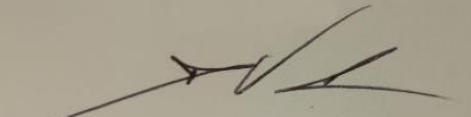
Quinto: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 200

Manizales, cinco (5) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-33-39-007-2020-00302-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jesús Alberto Arias López
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM)

Se decide el recurso de apelación formulado por el demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda.

1.1. Pretensiones

El demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto configurado el 28 de noviembre de 2019 frente a la petición del 28 de agosto de 2019, por medio del cual se resolvió de forma negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías y en consecuencia se declare que tiene derecho a dicho pago y se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional pagar el equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el accionante solicitó el 18 de marzo de 2019, el reconocimiento y pago de la cesantía, y que esta prestación le fue reconocida por medio de la Resolución 2170-6 del 06 de abril de 2019 y pagada el 31 de marzo de 2020. Sostiene que la entidad contaba con 70 días desde la solicitud para reconocer y pagar las cesantías, término que venció el 30 de septiembre de 2019, y que entre esta última fecha y la de pago efectivo transcurrieron más 182 días de mora.

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

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

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

Sostuvo que la jurisprudencia ha establecido que las disposiciones comentadas deben ser interpretadas en el entendido que entre la solicitud de cesantías y su reconocimiento y pago no debe superarse el término de 70 días y que el Ministerio de Educación ha venido cancelando las cesantías por fuera del término referido, circunstancia que genera una sanción a cargo de esta entidad, equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo, que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles, contados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La Nación – Ministerio de Educación, se opuso a las pretensiones del actor; se refirió al párrafo primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y al inciso cuarto de la norma en cita y señaló que, la sanción por mora que se haya causado deberá ser asumida en su totalidad por el ente territorial, pues emitió de forma extemporánea la expedición de la resolución y como consecuencia de ello se generó una dilación en el pago de la prestación económica; además, indicó que, no existe una partida presupuestal en el FNPSM destinada a asumir el pago de la sanción por mora.

Igualmente, manifestó que, en caso de existir fallo condenatorio, se procediera a condenar al FNPSM hasta máximo el 31 de diciembre de 2019, toda vez que de acuerdo a la normativa mencionada le corresponde al ente territorial cancelar la sanción mora posterior a ese año.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* **negó las pretensiones** del demandante, para ello consideró que, no le asiste el derecho a obtener el pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y en tal virtud, la actuación administrativa discutida en el presente caso conserva su legalidad.

Esto por cuanto encontró que, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de cesantías el 18 de marzo de 2019 y según certificación emitida por la Fiduprevisora, el pago de las cesantías fue puesto a disposición de la parte actora el 14 de junio de 2019.

Que una vez radicada la solicitud para el pago de las cesantías, inicia a correr el termino con que cuenta la entidad para resolver la solicitud, sin que pueda atribuirse a la entidad demandada, responsabilidad alguna por las irregularidades o inconsistencias que ocurran por fuera del plazo concedido en la ley y menos aún, por hechos atribuibles a terceros, como es el caso de la entidad bancaria. Que además, la demandada cuenta con sistemas de información en plataforma de los cuales deben estar al tanto el solicitante, bajo el principio de buena fe.

4. Recurso de apelación

El **demandante** solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones argumentando que, la entidad demandada, no realizó en ningún momento ni por ningún medio la previa notificación al señor Jesús Alberto Arias López de que los dineros quedaban a disposición el 14 de junio de 2019.

Por consiguiente, se debe tomar como fecha de pago la de retiro, esto es, el 31 de marzo de 2020, por ser el día en que se enteró que tenía el dinero de sus cesantías a disposición. Agrega que el demandante estuvo pendiente de dicha consignación y obteniendo como resultado de estas visitas a la entidad Bancaria BBVA, respuesta negativa de los asesores.

Por lo tanto, manifestó su desacuerdo con la fecha tomada por el juzgado, esto es la de puesta a disposición del dinero de las cesantías en el BBVA, por cuanto para esa fecha el dinero no había ingresado al patrimonio del docente y no puede afirmarse que a partir de la puesta a disposición de los recursos se entienden pagadas efectivamente las cesantías, máxime si no se le informa o notifica tal situación.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer: *¿Hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías al accionante como docente de establecimientos educativos del sector oficial, con fundamento en la ley 1071 de 2006?*

2. Tesis del Tribunal

No hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria de que trata la ley 1071 de 2006, toda vez que, no se configuró la mora en el reconocimiento y pago de las cesantías, por cuanto, el valor de las cesantías reconocidas fue puestos a disposición de la demandante en forma oportuna a través del banco BBVA.

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

3. Fundamento jurídico - Reconocimiento de la sanción por mora

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

*“(…) Términos. **Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud** de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los*

*peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, **deberá expedir la resolución correspondiente**, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.*

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

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

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

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

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

Sobre el particular, la Sala Plena del Consejo de Estado¹, indicó a partir de qué fecha se debe comenzar a contabilizar la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantía, con el siguiente análisis:

“(...) Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria (...).

En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe

¹ Consejo de Estado, Sentencia del 27 de marzo de 2007, Número Interno 2777-2004.

servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria. (...)”.

4.1. Caso concreto

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

- El demandante solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías el 18 de marzo de 2019, y le fueron reconocidas a través de Resolución 2170-6 del 06 de abril de 2019².
- De conformidad con la certificación emitida por La Fiduprevisora, el valor de las cesantías quedó a disposición del demandante por primera vez, a partir del 14 de junio de 2019, *“el cual no fue cobrado y se reprogramó nuevamente el 27 de marzo de 2020³”*.
- El accionante solicitó el 28 de agosto de 2019 el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías⁴.
- De conformidad con la certificación emitida por el banco BBVA, el valor de las cesantías quedó a disposición del demandante a partir del 31 de marzo de 2020 como *“nómina de reprogramación de cesantías⁵”*.

Como la petición se hizo en vigencia del CPACA el término para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías es de 70 días, los cuales se cumplieron en las siguientes fechas:

TÉRMINO	FECHA LÍMITE
Fecha de la reclamación de las cesantías	18/03/2019
Vencimiento del término para el reconocimiento – 15 días (artículo 4 de la Ley 1071 de 2006)	09/04/2019
Término notificación -10 días Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo	25/04/2019
Vencimiento del término para el pago – 45 días (artículo 5 de la Ley 1071 de 2006)	03/07/2019

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que los dineros fueron puestos a disposición de la demandante por primera vez, el 14 de junio de 2019 es claro que no se configuró la mora en el pago de las cesantías, tal como lo señaló el *a quo*.

Ahora, la parte actora en su recurso de apelación considera que, no debe ser valorada la fecha de disposición de los dineros en el Banco, por primera vez, sino la fecha en que realizó el cobro, pues no se le notificó en qué fecha estaban dispuestos los dineros.

Al respecto se debe afirmar que, era carga de la parte demandante haber demostrado la

² Fls. 18-19 Exp. Digital, Archivo *“02EscritodeDemandayAnexos”*

³ Fl. 4 Exp. Digital, Archivo *“20CertificadoPago”*

⁴ Fls. 21-22 Exp. Digital, Archivo *“02EscritodeDemandayAnexos”*

⁵ Fl. 20 Exp. Digital, Archivo *“02EscritodeDemandayAnexos”*

gestión diligente en el cobro de las cesantías y en la consulta ante la entidad demandada y bancaria, más teniendo en cuenta que al ser una sanción debe quedar demostrado que la imposibilidad del cobro efectivo obedeció a circunstancias imputables a la parte demandada, carga que en el presente asunto no se cumplió por el demandante.

Aunado a lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha manifestado que, el cumplimiento del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías se consuma con la consignación o giro de la prestación al banco correspondiente para su pago en ventanilla, toda vez que en cabeza del interesado está la carga de verificar si el monto dinerario se encuentra disponible para su retiro:

*“En lo referente al pago de las **cesantías del 10 de agosto de 2011** en el **banco BBVA** de la ciudad de Ibagué, el Tribunal Administrativo del Tolima, afirmó que se configuró el pago efectivo de la obligación por cuanto, habiéndose notificado la Resolución 1137 de 29 de noviembre de 2010, a través de la cual el FOMAG y la Secretaría de Educación Departamental del Tolima, reconocieron el valor de **\$3.803.658**; no existía un trámite adicional que mediara entre ésta y el pago alegado.*

*Además, sostuvo que el hecho de que la actora no se percatara de dicho desembolso, no implica que la suma no haya sido cancelada, pues materialmente se produjo la consignación en la cuenta registrada para tales efectos, entrando así a su patrimonio, sin que la omisión de dicha verificación sea imputable al **FOMAG**, ni a la Fiduprevisora S.A.*

*Al respecto, la Sala considera que tal como se desprende de lo expresado en la demanda, la Resolución No. 1137 de 29 de noviembre de 2010 y el Oficio No. 2014EE00016230 de marzo de 2014 expedido por la Fiduprevisora; **las cesantías reclamadas por la accionante efectivamente fueron canceladas, dado que la consignación es un hecho material que genera el cumplimiento de lo ordenado en la resolución de reconocimiento notificada el 28 de junio de 2011, sin que tuviera que existir una comunicación adicional sobre el desembolso bancario de las mismas, correspondiéndole a la actora verificar la extinción de la obligación previamente reconocida.***

*Así entonces, la reprogramación del pago sugerida por la Fiduprevisora en el Oficio No. 2014EE00016230 de fecha 19 de marzo de 2014, no constituye una negativa del pago de la prementada prestación social, sino un procedimiento administrativo destinado a velar eficazmente por la salvaguarda de los recursos que maneja el **FOMAG**. (...)⁶*

Y más recientemente, resaltó que el retiro de las cesantías no constituye el hito temporal final de la sanción moratoria:

“30. De lo expuesto, la Sala de decisión observa que de acuerdo con la fecha en que se radicó la solicitud de retiro parcial de cesantías con destino a construcción de vivienda, la sanción moratoria se causó desde a partir del 7 de febrero de 2013, esto es, al día siguiente del vencimiento de los 70 días hábiles con que contaba la administración para el reconocimiento y

⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia de 15 de junio de 2017. Rad.: 2013-00156 (2159-14).

*pago de la prestación aludida, hasta el 30 de mayo de 2013, día anterior en que se hizo efectivo el pago de la suma reconocida conforme a lo dispuesto por el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, toda vez que el pago por el valor total reconocido tuvo lugar el 31 de mayo de 2013, tal como se evidencia del certificado expedido en por la Fiduprevisora, pues el hecho de que el actor haya retirado la suma correspondiente hasta el 14 de abril de 2014, no conlleva a que la penalidad se causó hasta ese momento, pues la ley establece «hasta que se haga efectivo el pago», lo cual ocurrió en el 2013”.*⁷

Los pronunciamientos citados permiten colegir que, el pago efectivo que da lugar a la cesación de la mora se configura cuando el FOMAG pone los dineros correspondientes a disposición del beneficiario en la institución bancaria respectiva, pues este último tiene la carga de verificar su desembolso, incluso, haciendo uso de los mecanismos que ofrece la entidad para ese fin⁸. Por ende, el FOMAG no tiene la obligación de comunicar o notificar el pago, ya que el retiro o cobro de los recursos no tiene consecuencias de cara a la sanción moratoria y tampoco revive su causación.

Además, la consignación o giro de la prestación al banco correspondiente no es en sí misma un acto administrativo que por tanto deba ser notificado al interesado para que surta sus efectos, simplemente es un trámite que realiza la entidad, dando cumplimiento al acto administrativo de reconocimiento de las cesantías.

Por lo anterior, se impone confirmar la sentencia

7. Costas en esta instancia.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en costas en esta instancia por cuanto no se encuentra acreditada su causación.

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 10 de junio de 2021 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Jesús Alberto Arias López contra la Nación – Ministerio De Educación – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia de 28 de marzo de 2019. Rad.: 68001-23-33-000-2016-00495-01(2804-18)

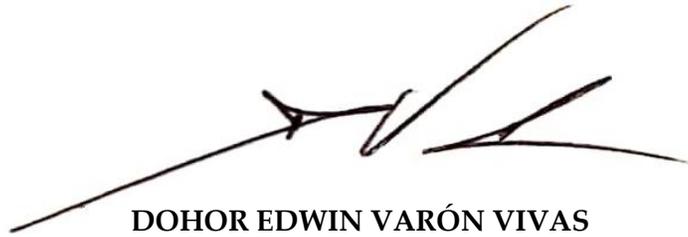
⁸ “(...) ¿Dónde puede consultar el pago de una prestación?

Puede conocer el estado de la prestación ingresando a la página del Fomag (www.fomag.gov.co) con su usuario y contraseña o descargando la aplicación Fomag en su dispositivo móvil en el link estado prestaciones y verificar si se encuentra en estado pagado. (...)” Ver: <https://www.fomag.gov.co/preguntas-frecuentes/>, consultado el 28 de julio de 2022.

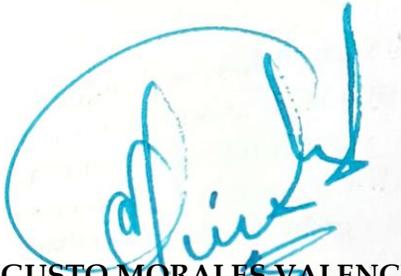
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFICAR

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 054 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 201

Manizales, cinco (05) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17-001-33-33-004-2021-00054-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Martha Lucía Giraldo
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM)

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

I. Antecedentes

1. La Demanda.

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto configurado frente a la reclamación realizada el 27 de agosto de 2020, por medio del cual se resolvió de forma negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías y en consecuencia se declare que tiene derecho a dicho pago y se ordene a la demandada pagar el equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el 04 de marzo de 2020 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía; que esta prestación le fue reconocida por medio de la Resolución 156 del 13 de marzo de 2020 y pagada el 21 de julio de 2020. Que después de haber solicitado la cancelación de la sanción moratoria a la entidad demandada, esta resolvió negativamente en forma ficta.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

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

Sostuvo que la jurisprudencia ha establecido que las disposiciones comentadas deben ser interpretadas en el entendido que entre la solicitud de cesantías y su reconocimiento y pago no debe superarse el término de 70 días y que el Ministerio de Educación ha venido cancelando las cesantías por fuera del término referido, circunstancia que genera una sanción a cargo de esta entidad, equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo, que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles, contados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

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

Propuso las excepciones de: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“falta de integración del litisconsorcio necesario”*; *“legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad”*; *“improcedencia de la indexación de las condenas”*; *“compensación”* y *“condena en costas”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró no probadas las excepciones formuladas por la demandada y accedió a las pretensiones de la demandante, por lo que declaró la nulidad del acto presunto por medio del cual se negó el reconocimiento de la sanción por pago extemporáneo de cesantías, teniendo en cuenta que, la entidad demandada realizó el pago el 21 de julio de 2020 incurriendo en mora al haber superado el plazo que disponía para ello, haciéndose responsable de la sanción prevista en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, desde el **13 de junio al 20 de julio de 2020**.

Lo anterior teniendo en cuenta que, se expidió el acto administrativo dentro del término y no se notificó y sobre el salario base de liquidación según se trate de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, esto conforme a las reglas que condensó el Consejo de Estado; además, dispuso que las sumas a pagar sean indexadas a partir del momento en que cesó su causación y hasta la presente sentencia.

Esto por cuanto, vista la fecha de la petición de reconocimiento de cesantías, si bien el Ministerio de Educación Nacional resolvió la petición de manera oportuna, no sucedió lo mismo con el pago, el cual se realizó por fuera de los términos establecidos en la Ley 1071 de 2006. Y comparadas las fechas de pago de la prestación (21 de julio de 2020) con el día en que dicho pago se debió efectuar (12 de junio de 2020), se deduce que la demandante tiene derecho al reconocimiento de la sanción por mora en el pago de sus cesantías.

Finalmente, consideró que en el presente asunto las costas se han causado, por lo menos en lo que tiene que ver con las agencias en derecho y por ello, condeno a su pago a la entidad y en favor de la demandante.

4. Recurso de apelación

La **demandada** solicitó revocar la sentencia por cuanto, no se integró el litisconsorcio necesario al ente territorial e indicó que, dentro de las competencias por el Decreto 2831 de 2005, se encuentra la atención a las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales del Magisterio, que se realizará a través de las Secretarías de Educación certificadas a cuya planta de docentes pertenezca o haya pertenecido el solicitante; estas Secretarías de Educación a su vez al momento de expedir los actos administrativos que reconocen las cesantías parciales o definitivas, deben atender al turno de radicación de las solicitudes de pago y a la disponibilidad presupuestal que haya para tal fin.

Por esa razón, el trámite administrativo respecto de las cesantías de los docentes implica la participación de diferentes actores, tales como, el ente nominador o la entidad territorial y la Fiduprevisora en su calidad de vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Que por lo tanto, el fallo atacado omitió estudiar que la obligación se desprende de plazos que cada entidad debe cumplir, por lo que bajo la teoría de la descentralización de los entes territoriales, deberán ser llamados a responder por el interregno que incurrió en mora en el caso en concreto.

Por otro lado, propuso como excepción *“la ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva del fondo de prestaciones sociales del magisterio para el pago de la sanción moratoria”* y afirmó que, la entidad se encuentra autorizada para pagar de sus propios recursos, únicamente en aquellos casos en los cuales el docente demuestre de forma efectiva que no le fueron pagadas las cesantías.

Que en el presente caso la reclamación judicial del docente busca el pago de la sanción moratoria, no obstante, las cesantías fueron pagadas efectivamente, momento hasta el cual llega su responsabilidad. Por consiguiente, no existe legitimación en la causa por pasiva del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que la modificación normativa introducida, traslada cualquier obligación de pago derivada del retardo en el pago de las cesantías a la entidad territorial certificada y a la Fiduciaria administradora y vocera del patrimonio autónomo.

Que en caso de existir mora en el pago de las cesantías, deberá ser asumida en su totalidad por el ente territorial, pues emitió de forma extemporánea la resolución y como consecuencia de ello se generó una dilación en el pago de la prestación económica, aunado al hecho que no existe una partida presupuestal en el FNPSM destinada a asumir el pago de

la sanción por mora.

Frente a la indexación señaló que, el Consejo de Estado en sentencia de unificación con radicado No. 73001-23-33-000-2014-00580-01, señaló la incompatibilidad entre la indexación y la sanción por mora.

Por todo lo expuesto solicitó revocar la sentencia de primera instancia en el sentido de vincular a la entidad territorial y determinar la responsabilidad de la misma en el pago de la sanción moratoria en los términos de la Ley artículo 57 de la ley 1955 de 2019. Así mismo no condenar en costas a la entidad.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Atendiendo los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de la apelación, se centra en establecer: *¿Existe un litisconsorcio necesario conformado entre la demandada Nación - Ministerio de Educación – Fomag y la secretaria de educación territorial, o la entidad demandada es la obligada a responder por el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías?*

¿Procedía la indexación de la sanción moratoria?

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del Tribunal

No existe un litisconsorcio necesario conformado entre la Nación - Ministerio de Educación – Fomag y la secretaria de educación territorial por cuanto, de conformidad con el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, la sanción moratoria puede ser atribuida por partes, a diferentes sujetos, por lo que, quien afirma tener derecho al pago de la sanción puede a su arbitrio demandar independientemente a cada persona o mancomunadamente a todos, exigiendo a cada obligado la parte de la sanción que le corresponda, es decir por la porción de la sanción que ha causado.

Además, la Nación - Ministerio de Educación – Fomag sí es la entidad obligada a responder por la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a la demandante, por cuanto, se evidencia que es una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual le resulta imputable en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia: i) al marco jurídico sobre entidad obligada al pago de la sanción moratoria y, ii) el análisis del caso concreto atendiendo los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

2.2. Marco jurídico - Entidad obligada al pago de la sanción moratoria

La Ley 91 de 1989 en su artículo 3º, creó el Fomag como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados a dicho fondo (artículos 4 y 5).

A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señalaba que, las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fomag, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fomag de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Con fundamento en dichas disposiciones, el Consejo de Estado¹ sostuvo que: *“será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo”*.

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019² y en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías y el responsable del pago de la sanción moratoria, dispuso:

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

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

² Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad.

Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales? FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención". (Se resalta)

Así, a partir del 25 de mayo de 2019, las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 deben ser reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fomag; en aquellos eventos en que el pago de las cesantías sea extemporáneo, como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fomag, la entidad territorial será la responsable del pago de la sanción por mora.

2.3. Análisis sustancial del caso concreto

2.3.1. En cuanto al litisconsorcio necesario, entre la demandada: Nación - Ministerio de Educación – Fomag y la Secretaría de Educación

Al respecto la Sala precisa que, el artículo 61 del Código General del Proceso – CGP señala:

*“Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse **de manera uniforme** y **no sea posible***

decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de ésta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado...". (Se resalta)

De acuerdo a lo anterior, la figura procesal del litisconsorcio tiene como finalidad esencial la debida integración del contradictorio en los procesos, atendiendo a criterios básicos de economía procesal o de mérito para resolver la controversia, siendo su fundamento la necesidad de fallar de manera uniforme respecto de relaciones jurídicas de las que hacen parte personas a las cuales se les extenderá los efectos de la sentencia, de modo tal que sin su presencia no es posible decidir de fondo. Tradicionalmente se le clasifica en necesaria o facultativa y/o voluntaria según la naturaleza de la relación o relaciones jurídicas discutidas en el proceso y a la divisibilidad de las obligaciones derivadas de esas relaciones.

De acuerdo con lo expuesto, en el presente asunto no se reúnen los presupuestos procesales del litisconsorcio necesario por la parte pasiva, entre la demandada: Nación - Ministerio de Educación – Fomag y la Secretaría de Educación toda vez que, aún sin la vinculación de esta, resulta posible tomar una decisión de fondo sobre la reclamación de reconocimiento de sanción moratoria por pago tardío de las cesantías dado que, de conformidad con el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, esta puede ser atribuida por partes a diferentes sujetos, por lo que, quien afirma tener derecho al pago de la sanción puede a su arbitrio demandar independientemente a cada persona o mancomunadamente a todos, exigiendo a cada obligado la parte de la sanción que le corresponda, es decir por la porción de la sanción que ha causado.³

En consecuencia, no le asiste razón a la apelante en cuanto afirma la existencia de un litisconsorcio necesario por la parte pasiva.

2.3.2. En cuanto al responsable del pago de la sanción moratoria

La parte demandada en su apelación afirma que, la responsable es la entidad territorial por cuanto emitió de forma extemporánea el acto administrativo de reconocimiento de tales prestaciones y como consecuencia de ello se generó una dilación en el pago de la prestación económica.

Al respecto la Sala, de acuerdo con las pruebas allegadas, encuentra acreditado que, la demandante el 04 de marzo de 2020 solicitó el reconocimiento y pago de una cesantía parcial⁴, y su solicitud fue atendida mediante Resolución 156 de 13 de marzo de 2020 expedida por la Secretaría de Educación, esto es, dentro del término de los 15 días que contempla la norma.

³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia de 23 de enero de 2003. Rad.: 52001-23-31-000-1999-1004-01(22901)

⁴ Fl. 18- Archivo: 01DemandayAnexos.pdf

Adicionalmente se encuentra acreditado que, el pago debió efectuarse a más tardar el 12 de junio de 2020 por no haberse notificado, pero la entidad realizó el pago el 21 de julio de 2021, según consta en la certificación de pago de cesantía. Por lo tanto, se concluyen que existió mora del 13 de junio al 20 de julio de 2020 al haberse superado el plazo que disponía para el pago, tal como lo señaló en *a quo* en la sentencia apelada.

Por lo tanto, no se evidencia una mora en la Secretaria de Educación territorial en el reconocimiento y notificación del acto de reconocimiento de las cesantías, y tampoco se encuentra acreditado el incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fomag.

Lo que se evidencia es una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual resulta imputable a la demandada Nación - Ministerio de Educación – Fomag en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 que señala que, *“Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*.

En consecuencia, es claro que en el presente asunto, la entidad responsable del pago de la sanción por mora causada le corresponde a la Nación – Ministerio de Educación Nacional, por lo tanto, no prosperan los argumentos expuestos por la demandada en cuanto afirma la existencia de un litisconsorcio necesario y falta de legitimación en la causa por pasiva.

2.4. Conclusión

No existe un litisconsorcio necesario conformado entre la Nación - Ministerio de Educación – Fomag y la secretaria de educación territorial por cuanto, de conformidad con el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, la sanción moratoria puede ser atribuida por partes, a diferentes sujetos, por lo que, quien afirma tener derecho al pago de la sanción puede a su arbitrio demandar independientemente a cada persona o mancomunadamente a todos, exigiendo a cada obligado la parte de la sanción que le corresponda, es decir por la porción de la sanción que ha causado.

Además, la Nación - Ministerio de Educación – Fomag sí es la entidad obligada a responder por la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a la demandante, por cuanto, se evidencia es una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual le resulta imputable en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

Al no prosperar los argumentos expuestos por la entidad demandada en su recurso de apelación, se confirmará la sentencia apelada.

3. Segundo problema jurídico *¿Procedía la indexación de la sanción moratoria?*

3.1. Tesis del Tribunal

Procede la orden la indexación de la sanción moratoria, desde el último día en que se causó la sanción moratoria, hasta el momento en el que quede ejecutoriada la sentencia.

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

3.2. Fundamento jurídico - Indexación de la Sanción moratoria

La Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996 al respecto señaló:

19- Los anteriores criterios jurisprudenciales permiten concluir que los trabajadores no tienen por qué soportar la pérdida del poder adquisitivo de sus prestaciones y remuneraciones laborales, por lo cual los patronos públicos y privados que incurran en mora están obligados a actualizar el valor de tales prestaciones y remuneraciones.

*Sin embargo, lo anterior no implica la inconstitucionalidad de la expresión final del inciso, como lo sugiere el Procurador, por cuanto la sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario "un día de salario por cada día de retardo", **sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario**, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 **busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación**. En ese orden de ideas, **no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella**. En cambio, el hecho de que la entidad no esté obligada a cancelar la sanción moratoria -por estar operando el período de gracia establecido por el parágrafo impugnado- no implica, en manera alguna, que el trabajador no tenga derecho a la protección del valor adquisitivo de su prestación laboral, por*

lo cual la entidad pagadora está en la obligación de efectuar la correspondiente actualización monetaria de la misma, bien sea de oficio o a petición de parte, pues de no hacerla, el trabajador podrá acudir a la justicia para que se efectúe la correspondiente indexación.

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

Es oportuno reiterar que cuando no sea pertinente en una sentencia la condena de indemnización moratoria por el no pago oportuno de prestaciones sociales, por cuanto no se trata de una indemnización de aplicación automática, es viable aplicar entonces la indexación o corrección monetaria en relación con aquellas prestaciones que no tengan otro tipo de compensación de perjuicios por la mora o que no reciban reajuste en relación con el costo de vida, conforme a lo dicho antes, pues es obvio que de no ser así el trabajador estaría afectado en sus ingresos patrimoniales al recibir al cabo del tiempo el pago de una obligación en cantidad que resulta en la mayoría de las veces irrisoria por la permanente devaluación de la moneda en nuestro país, originándose de esa manera el rompimiento de la coordinación o "equilibrio" económico entre empleadores y trabajadores que es uno de los fines primordiales del derecho del trabajo⁵. (Se resalta)

El Consejo de Estado en **sentencia de unificación de 18 de julio de 2018**⁶ precisó además que, en la medida en que la sanción moratoria se constituye en una penalidad severa a quien incumple con determinada obligación, resulta inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa. Esto señaló la Corporación:

183. Desde la óptica del empleado, si bien la sanción moratoria representa una suma de dinero considerable, sucesiva mientras no se produzca el pago de las cesantías; ella ni lo compensa ni lo indemniza por la ocurrencia de la mora del empleador en cumplir con su obligación de dar, puesto que su propósito es procurar el pago oportuno de la prestación social, razón por la cual, no es posible hablar que estamos ante un derecho o una acreencia derivada de la relación de trabajo o de las eventualidades que el empleador ampare en virtud de lo que ordena la ley.

*184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una **penalidad** económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.*

⁵Corte suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia de 20 de mayo de 1992. Criterio acogido por la Corte Constitucional en las sentencias T-260/94 y T-102/95.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de unificación CE-SUJ2-012-18 de 18 de julio de 2018, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-15).

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

[...]

188. *Adicionalmente, otro argumento que permite descartar la posibilidad de indexar la sanción moratoria, se encuentra en el régimen anualizado previsto en la Ley 50 de 1990 cuando concurren diversas anualidades de mora, en cuyo caso, según el criterio de la jurisprudencia la base para calcularla será el correspondiente al de la ocurrencia del retardo, en donde el salario como retribución por los servicios prestados por el trabajador necesariamente y por definición viene reajustada cada año con los índices de precios al consumidor o en su defecto, con el aumento que disponga el ejecutivo, si se trata de relaciones legales y reglamentarias.*

189. *Ahora bien, esta situación debe ser mirada desde la óptica de ser una sanción que se causó al constituirse en mora y cesar con el pago de la cesantías, y ese contexto, la sentencia que la reconoce simplemente declara su ocurrencia y la cuantifica, sin que ello implique el incumplimiento de una obligación generada por ministerio de la ley, tratándose de empleados públicos, susceptible de ser ajustada con los índices de precios al consumidor, cuyo propósito es mantener la capacidad adquisitiva y la finalidad que la justifica en el ordenamiento jurídico”.*

Posteriormente, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷, consideró que, cuando termina la causación de la sanción moratoria se consolida una suma total que sí es objeto de ajuste, por lo que sí es procedente reconocer el ajuste de la condena impuesta, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

Lo anterior, se armoniza con la regla expuesta en la sentencia de unificación antes reseñada en cuanto a la improcedencia de la indexación de la sanción moratoria, «*sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA*». Al respecto, la Subsección precisó la forma en que debe interpretarse la frase consignada en la regla jurisprudencial sentada en la sentencia de unificación en cuanto a la aplicación del artículo 187 del CPACA.

No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que “[...] Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.[...]”, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1) sí hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2) quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3) aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 26 de agosto de 2019. Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00406-01(1728-18).

indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

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

Esta tesis ha sido refrendada en recientes pronunciamientos, entre ellos en sentencia del 29 de octubre de 2020⁸.

3.3. Análisis sustancial del caso concreto

De acuerdo con las sentencias de la Corte Constitucional y Consejo de Estado referidas en el acápite referente al marco normativo, la sanción moratoria busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora y por ello su monto es en general superior a la indexación; sin embargo, cuando termina la causación de la sanción moratoria se consolida una suma total que sí es objeto de ajuste por indexación, por lo que sí es procedente reconocer el ajuste de la condena impuesta, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

3.4. Conclusión

En este sentido, se confirmará la sentencia apelada, que dispuso que las sumas a pagar sean indexadas a partir del momento en que cesó su causación y hasta el momento que quede ejecutada la sentencia.

4. Costas en esta instancia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en costas en esta instancia por cuanto no se encuentra acreditada su causación.

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

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. C.P. William Hernández Gómez. Radicación: 70001-23-31-000-2005-00025-01(0800-18)

Sentencia

PRIMERO: Se confirma la sentencia del 10 de diciembre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Martha Lucía Giraldo contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

NOTIFICAR

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 054 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 202

Manizales, cinco (5) de agosto de dos mil veintidós (2022).

RADICADO: 17-001-23-33-000-2021-00187-00
NATURALEZA: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones E.I.C.E.
DEMANDADO: Norberto Álzate López

Se emite sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

La demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad de la resolución 1060 del 27 de octubre de 2010 por medio del cual se reconoció una pensión de vejez a favor del señor Norberto Álzate López, toda vez que existe incompatibilidad entre la pensión reconocida por Cajanal, hoy UGPP y la reconocida por el Instituto de Seguro Social, hoy Colpensiones.

Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene al demandado la devolución de lo pagado por Colpensiones por concepto del reconocimiento y pago de una pensión de vejez a título de mesadas, retroactivo y aportes en salud, desde su ingreso a nomina hasta que cese su pago en virtud de la nulidad, junto con la indexación e intereses.

1.2. Hechos

Se relata que, mediante Resolución 9824 del 28 de mayo de 2003 Cajanal le reconoció una pensión de vejez al demandado, con estatus jurídico del 19 de septiembre de 2002, en cuantía inicial de \$5.160.895 y efectiva a partir del 01 de octubre de 2002. Que mediante Resolución 5283 del 11 de septiembre de 2003, Cajanal dio cumplimiento al fallo judicial proferido por el Juzgado Primero de Menores de Manizales y modifica la Resolución 9824 del 28 de mayo de 2003 y en consecuencia se reconoce la pensión de vejez, en cuantía de \$6.571.607, efectiva a partir del 01 de octubre de 2002, condicionado a que allegue el acto administrativo de retiro del servicio. Con Resolución 2385 del 19 de marzo de 2004, Cajanal aclara la Resolución 5283 del 11 de septiembre de 2003, en el sentido de suprimir la frase

“hasta que la justicia Contencioso Administrativa decida definitivamente” toda vez que el fallo de tutela fue proferido como mecanismo definitivo dentro de la actuación administrativa.

A través de la Resolución 14642 del 20 de mayo de 2005, Cajanal reliquida la pensión de vejez a favor del demandado, elevando la cuantía a \$9.366.531 y efectiva a partir del 01 de febrero de 2005. Mediante Resolución 26685 del 31 de mayo de 2008, Cajanal reliquida la pensión, elevando la cuantía a \$9.974.663, efectiva a partir del 01 de noviembre de 2005.

Por su parte, el Instituto de los Seguros Sociales - ISS reconoció una pensión de vejez al demandado, mediante Resolución 1060 del 27 de octubre de 2010, con fecha de adquisición del derecho del 19 de septiembre de 2007, en cuantía inicial de \$1.773.756, efectiva a partir del 01 de noviembre de 2010 de conformidad con el Decreto 758 de 1990.

Que para el reconocimiento pensional de Cajanal y el ISS se tuvieron en cuenta los mismos tiempos públicos, por lo tanto resultan incompatibles y el ISS para el reconocimiento de la pensión de vejez, no tuvo en cuenta la pensión otorgada por Cajanal.

Mediante Auto de Prueba APSUB 623 del 09 de marzo de 2021, Colpensiones solicitó al demandado, consentimiento para revocar la Resolución 1060 del 27 de octubre de 2010, toda vez que se encuentra incurso en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, frente al cual el demandado no allegó respuesta.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Invocó como vulnerados el artículo 128 de la Constitución Política; artículo 19 de la Ley 4ª de 1992; y el artículo 17 de la Ley 549 de 1999.

Sostuvo que, no era posible que al demandado le fuese reconocida la pensión de vejez por parte del ISS dado que, al momento de este reconocimiento ya contaba con una pensión de vejez otorgada por Cajanal, siendo ellas incompatibles teniendo en cuenta que se encuentra disfrutando de dos asignaciones del Estado que cubren un mismo riesgo (vejez) y que resultan incompatibles debido a que no puede recibir más de una asignación que provenga del tesoro público.

Que aunado a ello, las dos prestaciones fueron causadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ya que el estatus pensional con Cajanal fue del 19 de septiembre de 2002, y el estatus pensional ante el ISS es del 19 de septiembre de 2007.

2. Contestación de la demanda

El señor Norberto álzate López se opuso a las pretensiones, reconoció como ciertos los hechos referentes a los reconocimientos pensionales. Consideró que, con base en el informe de aportes realizados al ISS, en el periodo comprendido entre enero de 1967 hasta mayo de 2010, en el cual se evidencian las semanas cotizadas a la Universidad de Manizales, sin tenerse en cuenta los aportes realizados por la Rama Judicial, semanas que obedecen a un total de 1.326,86, razón por la cual no es cierto que se hayan computado semanas cotizadas

al sector público para el reconocimiento de la pensión de vejez otorgada por el ISS, ya que las mismas superaron el tope requerido de las 1.000 semanas.

Como excepciones planteó: *“DERECHO PENSIONAL ADQUIRIDO”* La pensión del demandado que le fue reconocida, no solo es totalmente legal, sino que se constituyó en un derecho adquirido. *“APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD”* De acuerdo con el artículo 53 de la Constitución, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, debe prevalecer aquella que resulte más favorable al trabajador y en este caso al pensionado. *“El DEMANDADO RECIBIÓ BAJO LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS Y DE BUENA FE”*: Es improcedente la pretensión de la demanda consistente en que se ordene el reintegro a Colpensiones de forma indexada de la totalidad de las sumas canceladas en virtud del acto administrativo demandado, ya que este goza de legalidad y se encuentra en firme. Para acceder al reintegro que en virtud de la demanda se solicita, sería indispensable probar en su actuar la mala fe.

3. Pronunciamiento frente a las excepciones

La parte demandante no se pronunció en esta etapa.

4. Alegatos de conclusión

La parte demandante señaló que, Cajanal mediante Resolución 9824 del 28 de mayo de 2003, reconoció una pensión de vejez a favor del demandado, con estatus jurídico del 19 de septiembre de 2002, en cuantía inicial de \$5.160.895 y efectiva a partir del 01 de octubre de 2002; que se causaron a su favor modificaciones en el aumento de la cuantía reconocida inicialmente, de conformidad con lo acreditado dentro de este plenario judicial.

Por otro lado, el Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones, mediante Resolución 1060 del 27 de octubre de 2010, reconoció una pensión de vejez, al señor Norberto Álzate López, con fecha de adquisición del derecho del 19 de septiembre de 2007, en cuantía inicial de \$ 1.773.756, efectiva a partir del 01 de noviembre de 2010 de conformidad con la el Decreto 758 de 1990.

Que realizado el estudio referente a la situación pensional del demandado, se vislumbra que el último reconocimiento pensional, se tuvieron en cuenta los mismos tiempos públicos, ocasionando de esta forma una incompatibilidad pensional, teniendo en cuenta que se encuentra disfrutando dos asignaciones del Estado que cubren un mismo riesgo (vejez) y que resultan incompatibles debido a que no puede recibir más de una asignación que provenga del tesoro público; aunado a lo dicho las dos prestaciones fueron causadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994), ya que el estatus pensional con Cajanal hoy UGPP fue del 19 de septiembre de 2002, y el estatus pensional ante el ISS hoy Colpensiones es del 19 de septiembre de 2007.

La parte demandada reiteró los argumentos esbozados en la contestación de la demanda, en especial los referentes a que, no existe incompatibilidad alguna entre las pensiones otorgadas por Cajanal y el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, con base en que

ambas obedecen a un financiamiento diferente, ya que uno es de orden netamente público y el otro de carácter privado y pese a que pueda manejar recursos públicos, dichos aportes no son tenidos en cuenta para el reconocimiento de la pensión de jubilación.

El **Ministerio Público** no se pronunciaron en esta etapa.

II. Consideraciones

1. Cuestión Previa

En el presente asunto, el Magistrado Augusto Morales Valencia, quien compone la Sala Tercera de Decisión de esta Corporación, manifestó impedimento para conocer del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad) de la referencia, señalando que, en el asunto de marras se discute la incompatibilidad de percibir doble pensión por el accionado, una proveniente de servicios prestados al sector público (Rama Judicial), y otra de servicios prestados concomitantemente al sector privado (Universidad de Manizales).

Señaló que considera se configura la causal 1 del artículo 141 del Código General del Proceso, habida cuenta que le asiste interés directo en el proceso, toda vez que por varios años prestó sus servicios docentes en tiempos simultáneos en la Universidad de Manizales (ente privado), y de donde podrían surgir eventuales derechos derivados de esa relación, con los que viene prestando a la Rama Judicial.

De la competencia.

Esta Sala es competente para resolver el impedimento expuesto por el magistrado integrante de esta Corporación, comoquiera que el numeral 3° del artículo 131 del CPACA (modificado por el artículo 21 de la Ley 2080 de 2021) establece que, cuando un magistrado se declare impedido deberá remitirlo al ponente que le siga en turno, para que la Sala, Sección o Subsección decida de plano.

Caso concreto

El régimen de impedimentos se fundamenta en la necesidad de preservar la integridad moral del funcionario que reconoce la existencia de situaciones de hecho que pueden comprometer su criterio en la decisión y, de otra parte, constituyen una garantía de imparcialidad y transparencia de la justicia en los juicios que emite en los casos de su conocimiento.

Ahora bien, el artículo 130 del CPACA consagra como causales de recusación e impedimento de los magistrados y jueces administrativos, entre otras, las previstas en el 141 (numeral 1) del CGP.

En este asunto, el Magistrado Augusto Morales Valencia fundamenta el impedimento en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, esto es, "*Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso*".

Ciertamente, del análisis jurídico y fáctico del asunto de marras y, lo manifestado por el funcionario Morales Valencia, se arriba a la conclusión que aquel se halla incurso en causal de impedimento, dado que le asiste interés en el resultado del proceso, por cuanto ostenta una expectativa legítima a las que tiene el actor, quien además se encuentra en circunstancias fácticas similares.

En consecuencia, al encontrarse dicho magistrado en tal situación, surge inhabilidad de carácter subjetivo que le impide conocer del medio de control y, por ende, resulta fundado apartarse de su conocimiento con el fin de garantizar la imparcialidad de la justicia, razón por la cual se le aceptará su impedimento.

2. Competencia

De conformidad con el artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA la Jurisdicción de lo contencioso administrativo, es competente para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, ***“de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.*** Igualmente conocerá de los procesos: *“4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público”.*

Al respecto, la Corte Constitucional, en providencia del 19 de agosto de 2021¹, señaló:

“Cláusula especial de competencia para conocer acciones de lesividad. Los artículos 97 y 104 del CPACA prevén una cláusula especial de competencia en virtud de la cual la jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene la competencia exclusiva para conocer las demandas de nulidad que interpone la administración en contra de un acto administrativo propio (acciones de lesividad).

La Corte Constitucional ha sostenido de manera reiterada que la jurisdicción de lo contencioso administrativo –no la jurisdicción ordinaria- tiene la competencia exclusiva para conocer las acciones de lesividad, incluso en aquellos eventos en los que la administración demanda actos propios que versan sobre asuntos laborales o de la seguridad social.

Lo anterior, por tres razones. Primero, la cláusula general de competencia de la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral y de la seguridad social, en principio no comprende la facultad de declarar la nulidad de actos administrativos. Segundo, la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe conocer todas las acciones de lesividad contra actos administrativos que estén “sujetos al derecho administrativo”, con independencia de la materia sobre la que estos actos versen, dado que en estas acciones se debaten “intereses propios de la administración”. Tercero, la acción de lesividad “no tiene una naturaleza autónoma, lo que implica que para ejercerla se debe acudir a las acciones contenciosas de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho” las cuales deben ser tramitadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”. (Se resalta)

¹ Auto 532/21. M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera

Por lo anterior, al estar en controversia un acto expedido por Colpensiones, esto es una entidad de derecho público, le corresponde a esta jurisdicción dirimir la legalidad del acto administrativo demandado.

3. Problema jurídico

Conforme a lo indicado en la etapa de fijación del litigio, se centra en establecer: *¿Existe incompatibilidad entre la pensión de vejez reconocida por el ISS (hoy Colpensiones) y la pensión mensual vitalicia por vejez reconocida por Cajanal E.I.C.E. (hoy UGPP)? En caso positivo, ¿Hay lugar a la devolución de las sumas canceladas al demandado por el reconocimiento pensional efectuado?*

4. Primer problema juicio

4.1. Tesis del tribunal

No existe incompatibilidad entre la pensión de vejez reconocida por Cajanal E.I.C.E. (hoy UGPP) y la pensión de vejez reconocida por el ISS (hoy Colpensiones) por cuanto, tuvieron como base diferentes tiempos laborados o cotizados, pues la primera hizo referencia a las labores prestadas a la Rama Judicial y la segunda a aportes privados efectuados por empleadores particulares.

Para fundamentar lo anterior, se abordará el análisis de los siguientes aspectos: **i)** el fundamento jurídico sobre la compatibilidad pensional; **ii)** los hechos relevantes acreditados; para descender al análisis del **iii)** caso concreto.

4.2. Fundamento jurídico - Compatibilidad pensional

El artículo 31 del Decreto 3135 de 1968, estableció una incompatibilidad entre las pensiones de jubilación, invalidez y vejez al prescribir que: *“Las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez son incompatibles entre sí. El empleado o trabajador podrá optar por las más favorable cuando haya concurrencia de ellas”*.

De igual forma, el artículo 88 del Decreto 1848 de 1969, preceptúa: *“INCOMPATIBILIDAD. Las pensiones de invalidez, jubilación y retiro por vejez, son incompatibles entre sí. En caso de concurrencia del derecho a ellas, el beneficiario optará por la que más le convenga económicamente”*.

El artículo 128 de la Constitución Política de 1991, dispuso:

*“Art. 128. Nadie podrá desempeñar **simultáneamente** más de un empleo público ni **recibir más de una asignación que provenga del tesoro público**, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.*

Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.” (Negrilla por fuera del texto original)

El artículo 19 de la Ley 4^a de 1992², señala que: *“Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. (...)”*.

En este orden de ideas, se encuentra expresamente prohibido recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, es decir que una persona perciba dos erogaciones por concepto de pensión de vejez, entre otras, las cuales provengan en todo o en parte con servicios prestados al Estado.

Con relación a la posibilidad de recibir dos pensiones, el Consejo de Estado³ en sentencia del **3 de febrero de 2022**, señaló:

“Sobre el particular, dado el hecho de que el reconocimiento de la prestación que se debate en la presente causa judicial recae sobre el extinto ISS (hoy Colpensiones), se torna pertinente aclarar en primera medida que esta situación no conlleva per se la naturaleza de erogación del erario. Lo anterior, toda vez que si bien el artículo 49 del Decreto 758 de 1990⁴ preveía la improcedencia de devengar las pensiones que reconocía dicha institución con las demás contempladas para el sector público, se resalta que el Consejo de Estado en sentencia del 3 de abril de 1995⁵ declaró la nulidad de tal supuesto normativo al precisar que:

*«[...] Como ha dicho la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 27 de enero de 1995 (expediente No. 7109, Sala de Casación Laboral, magistrado ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.) “puede decirse entonces que el ISS se convirtió en un mero administrador de los dineros que aportaran asalariados y empleadores con el compromiso de manejarlos; por consiguiente no puede afirmarse que las pensiones que éste otorgue provinieron del Tesoro Público”. La Sala comulga con tal apreciación. **Se trata de dos asignaciones completamente diferentes por su origen y por su fuente. La pensión que reciba la persona de la Caja Nacional de Previsión Social o de cualquiera otra similar, y la que reclame del ISS; una obedece a servicios prestados al Estado; la otra por haber prestado servicios laborales a otra entidad, a un ente particular llamado patrono o empleador todo lo cual conduce a indicar que las dos pensiones sean compatibles por cuanto no se opone a los (sic) señalado en la norma constitucional que prohíbe, salvo excepciones, percibir una pluralidad de asignaciones provenientes del Tesoro Público”. [...]***». (Negrillas de la Sala).

De este aparte jurisprudencial se destaca que, la coexistencia entre una pensión de jubilación

² Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P.: William Hernández Gómez. 3 de febrero de 2022. Rad. 68001-23-33-000-2015-00960-01 (2059-2018).

⁴ «ARTÍCULO 49. INCOMPATIBILIDAD. Las pensiones e indemnizaciones sustitutivas que cubre el ISS, son incompatibles:

a) Entre sí;

b) Con las demás pensiones y asignaciones del sector público, y

c) Con las pensiones de jubilación por aportes de que trata la Ley 71 de 1988. Sin embargo, el beneficiario podrá optar por la más favorable cuando haya concurrencia entre ellas.»

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 3 de abril de 1995. Expedientes acumulados: 5708, 5833 y 5937.

otorgada en su momento por el Instituto de Seguros Sociales y una concedida por otro ente de previsión distinto, genera incompatibilidad frente al mismo derecho prestacional si es derivado del ejercicio de una actividad oficial, empero, en este último caso no genera la aludida figura prescrita en el artículo 128 constitucional si la primera reconoció la prestación con base en tiempos de cotización de patronos particulares.

Sobre dicho punto esta Subsección se pronunció en sentencia del 2 de diciembre de 2019⁶ cuando señaló lo siguiente:

*«[...] Pues bien, como quedó expuesto, el Consejo de Estado aclaró que el Instituto de Seguros Sociales se convirtió en un mero administrador de los dineros que aportaban asalariados y empleadores con el compromiso de manejarlos, **lo cual significa que no todas las pensiones pagadas por ese instituto denoten per se la calidad de públicas o provenientes del tesoro público, pues muchas de ellas son sufragadas con dineros provenientes de patronos particulares.***

Por eso, la naturaleza jurídica de las pensiones debe ser determinada por la calidad del patrono o de quien realice los aportes, pues dependiendo del origen o la fuente de los dineros con que se hayan hecho los aportes se denominará si es pública o privada. [...]». (Negrilla del texto original. Líneas intencionales).

Esta aclaración de la compatibilidad cuando una de las pensiones proviene de aportes privados halla sustento en la medida en que el fin ulterior del Sistema General de Seguridad Social implementado con la promulgación de la Ley 100 de 1993, es unificar las condiciones y exigencias para toda la población, en orden de acceder en clave de igualdad e integralidad a todas las prestaciones que este consagra, y de aquella forma suplir las contingencias derivadas de la actividad laboral, no así cuando la pensión que es reconocida por el ISS incluye tiempos laborados en el sector público porque en ese caso se involucran dineros del tesoro público o de empresas en las que tenga parte mayoritaria el Estado, y en tal sentido, sería incompatible con la prestación económica de jubilación otorgada por servicios prestados en el sector oficial.⁷

*En suma, en virtud de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y en el entendido de que el artículo 128 superior contempla una prohibición de devengar una doble erogación por parte del Estado, se torna incompatible obtener el pago de dos o más pensiones derivadas del Sistema Integral de Seguridad Social: **i)** cuando busquen contener el mismo riesgo, es decir, propendan por un objeto análogo, **y ii)** especialmente cuando la causa, base o fuente de financiación de ambas prestaciones sean las cotizaciones provenientes de servicios prestados ante entidades públicas o pagadas con recursos del erario, pues el origen de los aportes se configura en razón de la naturaleza jurídica del empleador y la relación laboral sostenida con el empleado.*

*Bajo este contexto, la interpretación jurisprudencial del artículo 128 Constitucional **habilita la compatibilidad entre dos pensiones de vejez en favor de un mismo beneficiario, ello siempre y cuando sus fuentes de financiación sean diferentes en punto a la esencia***

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 2 de diciembre de 2019. Radicado: 25000-23-42-000-2012-01293-01(0775-15).

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 19 de febrero de 2015. Radicado: 25000-23-25-000-2008-00147-01(0882-13).

de los vínculos laborales que sustentan ambas prestaciones, esto es, que se trate de cotizaciones derivadas en cada caso exclusivamente de tiempos de servicio a diferentes empleadores del sector público y privado respectivamente.

Mientras que cuando el fundamento de consolidación del derecho económico recaiga exclusivamente sobre tiempos de servicios prestados en virtud de vinculaciones laborales con entidades oficiales o cotizaciones efectuadas con dineros de naturaleza pública, se configura la inexorable incompatibilidad constitucional de percibir más de una erogación del erario.” (Se resalta)

Se colige del anterior precedente que, es válido reconocerse a una persona pensiones de vejez y de jubilación cuando una corresponde a servicios prestados a entidades del Estado y la otra por periodos prestados a patronos particulares, pero por el contrario cuando ambas involucren dineros públicos se tornan incompatibles.

4.3. Hechos relevantes acreditados

- A través de la Resolución 9824 del 28 de mayo de 2003 Cajanal reconoció al demandado la pensión por vejez a partir del 01 de octubre de 2002 en cuantía de \$5.160.875, en aplicación del Decreto 546 de 1971⁸, por cumplir los requisitos del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para lo cual tuvo en cuenta que laboró un total de 11.018 días, esto es, 1574 semanas para la Rama Judicial y que adquirió el estatus jurídico el 19 de septiembre de 2002 - fecha en que cumplió 55 años de edad⁹.

- A través de la Resolución 14642 del 20 de mayo de 2005, Cajanal reliquida la pensión de vejez a favor del demandado, elevando la cuantía a \$9.366.531, efectiva a partir del 01 de febrero de 2005. Mediante Resolución 26685 del 31 de mayo de 2006 Cajanal reliquida la pensión del demandado “*por nuevos factores de salario*”, elevando la cuantía a \$9.974.663¹⁰, efectiva a partir del 01 de noviembre de 2005, para lo cual tuvo en cuenta que laboró para la “*RAMA JURISDICCIONAL*” un total de 11.858 días, entre el 23 de febrero de 1979 y el 30 de enero de 2005¹¹.

- Mediante Resolución 2418 del 26 de junio de 2010, el ISS negó el reconocimiento de la pensión de vejez al demandado¹².

- Mediante Resolución 1060 del 27 de octubre de 2010, el ISS resolvió un recurso de apelación contra la Resolución 2418 del 26 de junio de 2010, en el cual se decidió revocar dicha resolución y en su lugar reconocer la pensión de vejez al demandado, a partir del 01

⁸ Por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares. Artículo 6º. Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y cumplir 30 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales 10 hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas.

⁹ Exp. digital, archivo: “53AnexoResolucion.PDF”

¹⁰ Aplicando “el 75% sobre el salario promedio de la asignación mensual mas elevada en el último año de servicios”

¹¹ Exp. digital, archivo: “03AnexoExpediente”, fl. 125-128.

¹² Exp. digital, archivo: “03AnexoExpediente”, fl. 165-166.

de noviembre de 2010 en cuantía de \$1,773,756¹³, en aplicación del artículo 12¹⁴ del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, por cumplir los requisitos del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para lo cual tuvo en cuenta que laboró un total de 9.286 días, 1322 semanas para el “*empleador Universidad de Manizales antes Fundema, de carácter eminentemente privado*”¹⁵.

- De acuerdo al certificado de historia laboral aportado por Colpensiones, el señor Norberto Álzate López aportó entre 1983 y 2010 un total de 1.358,57 semanas, observándose como empleadores encargados del pago de la totalidad de dichos aportes “*FUNDEMA*”, “*FUNDACION UNVERSITARIA*” y “*UNIVERSIDAD DE MANIZALES*”¹⁶, por su vinculación como catedrático del Programa de Derecho en la Universidad de Manizales¹⁷.

4.4. Análisis del caso concreto

Las partes disienten sobre la declaratoria de nulidad de la Resolución 1060 del 27 de octubre de 2010 por medio de la cual el ISS reconoció una pensión de vejez al señor Norberto Álzate López. Lo anterior toda vez que, la demandante - Colpensiones considera que, el demandado no puede ser beneficiario de esa pensión de vejez por cuanto, Cajanal ya había reconocido tal prestación a través de la Resolución 9824 del 28 de mayo de 2003 y para ello se tuvieron como base de consolidación de requisitos, los mismos tiempos de cotización o labores.

Por su parte, el demandado considera que, la pensión de jubilación por servicios prestados al Estado y pensión de vejez por aportes realizados a Colpensiones, son compatibles, ello, en tanto la pensión reconocidas por el ISS no es una asignación proveniente del erario.

Al respecto, la sala observa que, en la Resolución 1060 del 27 de octubre de 2010 emitida por el ISS, que reconoció la prestación pensional al demandado, se señaló¹⁸:

“Que para acreditar el tiempo requerido para el derecho a la pensión, se solicita internamente certificado de la historia laboral de las semanas cotizadas por el asegurado ante el ISS, y luego de efectuar la imputación de pagos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 del Decreto 1818 de 1996, en concordancia con el artículo 53 del Decreto 1406 de 1999, es decir cubrir los meses dejados de cancelar junto con sus respectivos intereses, así como los pagos cancelados con mora; se estableció que el asegurado registra un total de 9286 días válidamente aportados, para un total de 1326 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones Régimen de Prima Media con Prestación Definida Administrado por el ISS.” (Se resalta)

Por su parte, el certificado de historia laboral aportado por la propia parte actora con su

¹³ Exp. digital, archivo: “03AnexoExpediente”, fl. 109.

¹⁴ Artículo 12. Requisitos de la pensión de Vejez. Tendrán derecho a pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos: A) Sesenta (60) o más años de edad si es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad si es mujer, y B) Un mínimo de quinientas semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de mil (1000) semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo...”.

¹⁵ Exp. digital, archivo: “03AnexoExpediente”, fl. 81.

¹⁶ Exp. digital, archivo: “04AnexoHistoriaLaboral”

¹⁷ Exp. digital, archivo: “04AnexoHistoriaLaboral”, fl. 51

¹⁸ Exp. digital, archivo: “03AnexoExpediente”, fl. 109.

escrito de demanda señala que, el señor Norberto Álzate López aportó entre 1983 y 2010 un total de 1358,57 semanas, señalándose como empleadores encargados del pago de la totalidad de dichos aportes: “FUNDEMA”, “FUNDACION UNVERSITARIA” y “UNIVERSIDAD DE MANIZALES”¹⁹, entidad de “carácter eminentemente privado”²⁰.

Ahora bien, en la Resolución 9824 del 28 de mayo de 2003 por medio de la cual Cajanal reconoció al demandado la prestación pensional que se alega incompatible con la otorgada a través del acto demandado, se advirtió:

“Que el(a) peticionario(a) aportó para la pensión los siguientes tiempos:

ENTIDAD	DESDE	HASTA	DÍAS (DEDUC. LABORAD)
RAMA JURISDICCIONAL	19720223	20020930	<u>0 11018</u>
			0 11018

Que laboró un total de 11018 días, 1574 semanas...”

Como se desprende con calidad de los actos administrativos citados, las prestaciones pensionales reconocidas por el Instituto de los Seguros Sociales (hoy administrada por Colpensiones) y por Cajanal (hoy administrada por la UGPP), contrario a lo señalado en la demanda, no tuvieron como base los mismos tiempos laborados o cotizados, pues la primera de aquellas hizo referencia a aportes privados efectuados por la Universidad de Manizales y la segunda a las labores prestadas a la Rama Judicial.

Ahora, señala la entidad demandante el desconocimiento del inciso 4²¹ del artículo 17 de la Ley 549 de 1999²², del cual deduce que: todos los tiempos cotizados deben contribuir con la financiación de la prestación económica que le sea reconocida, es decir, tanto los tiempos públicos como los tiempos aportados a través del sector privado; y que los recursos que no se encuentren en la entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de la prestación económica, deben ser trasladados a ella a través de las diferentes figuras creadas por la ley para tal fin, como por ejemplo la del bono pensional.

Al respecto encuentra la Sala que, el referido traslado de aportes al que hace referencia el inciso 4 del artículo 17 de la Ley 549 de 1999 procede cuando se presenta la incompatibilidad pensional, esto es, cuando no es factible el reconocimiento simultáneo de dos pensiones, caso en el cual, los aportes efectuados con ocasión de los servicios prestados, deben ser utilizados para la financiación de la pensión inicialmente reconocida al interesado, por lo que se torna necesario el traslado de los aportes para sufragar el respectivo derecho

¹⁹ Exp. digital, archivo: “04AnexoHistoriaLaboral”

²⁰ Exp. digital, archivo: “03AnexoExpediente”, fl. 81.

²¹ Artículo 17. Bonos pensionales. [...] Sin perjuicio de los requisitos para acceder a la pensión en el régimen de transición, todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la pensión. Cuando algún tiempo no se incluya para el reconocimiento de la pensión y por ello no se incluya en el cálculo del bono pensional o no proceda la expedición de bono, se entregará a quien reconozca la pensión, por parte de la entidad que recibió las cotizaciones o aquella en la cual prestó servicios sin aportes, el valor equivalente a las cotizaciones para pensión de vejez que efectuó o hubiere efectuado al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte del ISS, actualizados con el DTF pensional. [...]» (Negritas fuera del texto).

²² Por la cual se dictan normas tendientes a financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales, se crea el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones en materia prestacional.

económico.

El Consejo de Estado²³ al respecto precisó:

“No obstante lo anterior, pese a la imposibilidad legal que se configura de cara a la situación del demandante de no poder percibir el pago simultáneo de una pensión convencional de jubilación y una pensión ordinaria bajo el mismo riesgo de la vejez, al ser la fuente de financiamiento de ambas los recursos públicos, resulta imperioso aclarar que, en virtud de lo previsto por el artículo 17 de la Ley 549 de 1999, es procedente que los aportes efectuados por aquel con ocasión de los servicios prestados en su calidad de docente a la Universidad Industrial de Santander, los cuales fueron instados por la parte activa en las pretensiones de la demanda y en el recurso de alzada, sean utilizados para la financiación que actualmente goza el interesado. Por lo que se torna necesario el traslado de los aportes para sufragar el respectivo derecho económico”.

4.5. Conclusión

No existe incompatibilidad entre la pensión de vejez reconocida por Cajanal (hoy UGPP) y la pensión de vejez reconocida por el ISS (hoy Colpensiones) por cuanto, tuvieron como base diferentes tiempos laborados o cotizados, pues la primera de aquellas hizo referencia a las labores prestadas a la Rama Judicial y la segunda a aportes privados efectuados por particulares.

En consecuencia se declarará probada la excepción *“DERECHO PENSIONAL ADQUIRIDO”* formulada por el demandado, y se negaran las pretensiones de la entidad demanda.

Por sustracción de materia, resulta innecesario resolver el segundo problema jurídico planteado, referente a la devolución de las sumas canceladas al demandado por el reconocimiento pensional efectuado.

5. Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, en los procesos donde se ventile un interés público, no habrá lugar a condena en costas y teniendo en cuenta que, en el presente asunto es una entidad pública la que demanda sus propios actos administrativos en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de lesividad, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante²⁴.

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

SENTENCIA

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P.: William Hernández Gómez. 3 de febrero de 2022. Rad. 68001-23-33-000-2015-00960-01 (2059-2018).

²⁴ En este sentido ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 3 de febrero de 2022. Rad. 76001-23-33-000-2012-00542-02 (1067-2020).

Primero. Aceptar el impedimento manifestado por el Magistrado Augusto Morales Valencia.

Segundo. DECLÁRASE probada la excepción “DERECHO PENSIONAL ADQUIRIDO” formulada por el demandado, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de lesividad, formulado por Colpensiones contra el señor Norberto Álzate López.

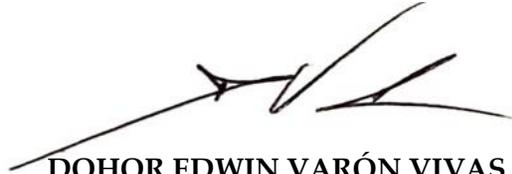
Tercero: Niéguese las pretensiones de la demandante.

Cuarto. Sin condena en costas.

Quinto: Ejecutoriada esta providencia, ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Ordinaria No. 054 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, cinco (05) agosto de dos mil veintidós (2022).

A.I. 181

Medio de Control: Reparación Directa
Demandante: Luz Adriana Aguirre Bernal y otros
Demandado: Nación – Instituto Nacional de Vías – INVIAS y Municipio de Villamaría
Radicación: 17001-33-39-007-2021-00225-02

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra el auto que rechazó la demanda.

I. Antecedentes

1. La demanda

Solicitó se declaren administrativamente responsables a las entidades demandadas por los daños y perjuicios generados con ocasión a la muerte del señor Carlos Eduardo Rave Obonaga, quien sufrió accidente de tránsito el 12 de mayo de 2019 en la vía Panamericana, Kilometro 30+200m, cerca de la estación de servicio “La Playita”.

2. El auto apelado

El *a quo* rechazó la demanda por cuanto consideró que, se configuró la caducidad del medio de control de reparación directa por cuanto el hecho dañoso se produjo el 12 de mayo de 2019, que los términos judiciales fueron suspendidos por 3 meses y 14 (sic), ello según lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo PCSJA20-115617 del 5 de junio de 2020; que la parte demandante tenía hasta el 26 de agosto de 2021 para interponer la demanda, no obstante la solicitud de conciliación prejudicial se realizó el 6 de septiembre de 2021, es decir, por fuera del término consagrado en el artículo 164, numeral 2, literal i) del CPACA, razón por la cual rechazó la demanda.

3. Apelación

La parte demandante señaló que, el señor Carlos Eduardo Rave Abonga, sufrió el accidente de tránsito en la vía panamericana kilómetro 30+ 200 mts el 12 de mayo de 2019, no obstante,

falleció debido a la gravedad de las lesiones el 5 de junio de 2019. Que por esos hechos, se inició investigación penal bajo radicado 170016000060201901455 en la Fiscalía 13 Seccional de Manizales, por el punible de homicidio culposo. Que en dicha investigación, de acuerdo con informe de investigador de laboratorio de 27 de julio de 2020, se concluyó que, uno de los factores contribuyentes en el accidente de tránsito fue la ausencia total de iluminación artificial en la vía.

Señaló el actor que, de manera errada el *a quo* contabilizó de forma exegética el término de caducidad, por cuanto el daño se concretó con el fallecimiento del señor Rave, esto es el 5 de junio de 2019, razón por la cual es a partir de esa fecha que debió contarse el término de caducidad.

II. Consideraciones

1. Procedibilidad y oportunidad del recurso de apelación interpuesto

De conformidad con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, corresponde a este Tribunal conocer los recursos de apelación interpuestos contra los autos proferidos en primera instancia por los jueces administrativos, resaltándose que la providencia impugnada, al haber rechazado la demanda es susceptible de apelación.

2. Problema jurídico: De acuerdo con la decisión apelada y los argumentos del recurso, se contrae a establecer: *¿La demanda que en ejercicio del medio de control de reparación directa promovió Luz Adriana Aguirre Bernal y otros contra el Inviás y Municipio de Villamaría, fue presentada dentro del término previsto por el artículo 164, numeral 2, literal i) del CPACA?*

Tesis del Tribunal:

La demanda fue presentada de forma oportuna toda vez que: i) los dos años para presentar la demanda debían contarse a partir del 5 de junio de 2019, día en que falleció el señor Carlos Eduardo Rave Obonaga, por lo tanto la oportunidad para presentar la demanda se extendía -en principio- hasta el 21 de septiembre de 2021, en virtud a los 3 meses 15 días de suspensión de términos; ii) la solicitud de conciliación prejudicial se presentó ante la Procuraduría 70 Judicial Administrativa el 6 de septiembre de 2021, por lo tanto el término se interrumpió hasta el 29 de septiembre; iii) al surtirse la reanudación, el término previsto por el artículo 164, numeral 2, literal i) del CPACA, se extendió hasta el 14 de octubre de 2021 y iv) la demanda se presentó el 4 de octubre de 2021.

Para resolver el cuestionamiento planteado, se realizará una reseña sobre: i) fundamento jurídico; ii) pruebas relevantes y iii) el caso concreto.

3. Fundamento jurídico -Caducidad del medio de control de reparación directa

El literal i) ordinal segundo del artículo 164 del CPACA, establece que la demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa deberá ser presentada: *“dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia”*. (Se destaca)

Respecto a la segunda hipótesis que consagra la norma citada, el término de caducidad se puede contar a partir de la fecha en que la o las víctimas tuvieron conocimiento de la concretización del daño, en el caso que no se genere en el mismo instante que el hecho que lo origina; sin embargo, en este caso, deberá tenerse en cuenta que el demandante deberá probar la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia. Frente a lo anterior, el Consejo de Estado, ha dispuesto que ello es posible, partiendo de la aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, contemplado en el artículo 228 de la Constitución, explicando que una interpretación contraria supondría cercenar el mencionado derecho fundamental, así como el derecho de acción, y el supuesto lógico de que lo que no se conoce sólo existe para el sujeto cuando lo advierte o se pone de manifiesto¹.

Por su parte, acerca del término de caducidad, la Corte Constitucional ha considerado que, el establecimiento de un límite temporal para el ejercicio de la acción de reparación directa, no pretende coartar el derecho de las víctimas de acceder a la justicia para obtener la reparación de los daños causados. Por el contrario, se trata de cargas procesales y obligaciones impuestas a los usuarios del sistema de justicia a fin de garantizar un funcionamiento eficiente y ordenado de las instituciones que la conforman, así como en *“la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico”*.²

No obstante, a través de la jurisprudencia de ese alto Tribunal, se ha morigerado la aplicación de dicho término en algunos eventos, principalmente sustentado en las circunstancias particulares del caso. Por ejemplo, en la sentencia T-156 de 2009, se estableció que existía duda y oscuridad frente a elementos constitutivos de la responsabilidad estatal, por lo que solamente era posible iniciar el conteo del plazo en el momento en que los interesados tuvieran conocimiento de todos los elementos que les permitieran inferir que se había producido un daño antijurídico que no estaban en la obligación de resistir.

En la sentencia SU-659 de 2015, la Corte encontró que dicho plazo legal no debía interpretarse de manera absoluta, ya que admite excepciones a efectos de garantizar los derechos fundamentales como el acceso a la justicia y el debido proceso de las víctimas, cuando no están en condiciones de conocer el daño o ignoren la participación de un agente estatal en su producción.

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C sentencia de 3 de marzo de 2014. Consejero Ponente: Enrique Gil. Botero Rad.: 080012331003201300671.

² Sentencias C-832 de 2001, C-656 de 2000, C-115 de 1998 y C-418 de 1994

Ello aunado a la aplicación del principio *in dubio pro damnato* o *favor victimae*, en virtud del cual, la duda acerca del conteo del término de caducidad debe resolverse a favor de la víctima, al no estar obligada a soportar el daño antijurídico causado. Así, la Corte retomó las subreglas jurisprudenciales que sobre la materia ha establecido el Consejo de Estado:

“a) ante la duda sobre el inicio del término de caducidad, la corporación judicial está obligado a interpretar las ambigüedades y vacíos de la ley en concordancia con los principios superiores del ordenamiento, entre ellos, los de garantía del acceso a la justicia y reparación integral de la víctima;

b) el momento en que las víctimas adquieren información relevante sobre la posible participación de agentes del Estado en la causación de los hechos dañosos;

c) la oportunidad en que se conozca el daño, porque hay eventos en los cuales el perjuicio se manifiesta en un momento posterior;

*d) **la fecha en el cual se configura o consolida el daño, porque en algunos casos la ocurrencia del hecho, la omisión u operación administrativa no coinciden con la consolidación del daño** o se trata de daños permanentes, de tracto sucesivo o que se agravan con el tiempo; y*

*e) frente a conductas constitutivas de violaciones a los derechos humanos, no debe aplicarse el término del artículo 136, numeral 8 de la C.C.A., en cumplimiento de los compromisos internacionales”.*³

En suma, la Corte ha señalado que el término de caducidad no puede aplicarse de manera absoluta, sino atendiendo a las particularidades del caso, ya que existe la posibilidad de que el afectado conozca o identifique el perjuicio en un momento posterior a aquel en que ocurrió, motivo por el cual, le corresponde al juez efectuar una interpretación que garantice los derechos fundamentales de las víctimas del daño antijurídico.

4. Pruebas relevantes:

- Obra Informe Policía de Accidente de Tránsito del 12 de mayo de 2019⁴, en el que fue reportado el accidente de tránsito en el que resultó lesionado el señor Carlos Eduardo Rave Obonga.

- De acuerdo con Registro Civil de Defunción, el señor Carlos Eduardo Rave Obonga, falleció el 5 de junio de 2019.⁵

- En auto 0724 del 16 de septiembre de 2021, emitido por la Procuraduría 70 Judicial I para Asuntos Administrativos⁶, se indicó que: 1) el 6 de septiembre de 2021, se radicó solicitud

³ Sentencia SU-659 de 2015.

⁴ Pág. 45 AD “02EscritoDemanda”

⁵ Pág. 88 AD 02EscritoDemanda

⁶ Pág. 209-211 AD 02EscritoDemanda

de conciliación ante esa dependencia y 2) resolvió declarar que el asunto no era susceptible de conciliación por cuanto consideró que el medio de control ya había caducado.

- Frente a la anterior de decisión, la parte interesada interpuso recurso de reposición⁷, el cual fue resuelto negativamente por la Procuraduría 70 Judicial I para Asunto Administrativos mediante auto del 29 de septiembre de 2021⁸.

5. Caso concreto:

Acude la parte actora al presente medio de control, solicitando que se declaren administrativamente responsables a las entidades demandadas por los daños y perjuicios generados con ocasión **a la muerte** del señor Carlos Eduardo Rave Obonaga, quien sufrió accidente de tránsito el 12 de mayo de 2019 en la vía Panamericana, kilómetro 30+200m, cerca de la estación de servicio “La Playita”.

La juez *a quo* consideró que el término de caducidad debía contarse a partir del momento en que ocurrió el accidente de tránsito, esto es el 12 de mayo de 2019 y teniendo en cuenta la suspensión de términos de 3 meses y 14 días (sic), la oportunidad que tenían los demandantes para agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial y proceder a ejercer su acción era hasta el 26 de agosto de 2021.

La parte demandante, en el recurso de apelación señaló que el término de caducidad debía contarse a partir del 5 de junio de 2019, toda vez que ese día falleció el señor Carlos Eduardo Rave Obonaga, como consecuencia del accidente ocurrido el 12 de mayo de 2019 y por tanto no ha operado el término de caducidad.

Al respecto, se precisa que, si bien es cierto, en múltiples casos como el que aquí se debate, el daño – muerte, ocurre al instante de presentarse el accidente, también lo es que en muchas otras ocasiones, dicho suceso no desencadena inmediatamente el resultado final, por cuanto puede ocurrir que la víctima pueda ser trasladada a un centro donde le presten los servicios de salud y horas o días más tarde fallezca, producto de las lesiones padecidas.

Así, en un caso similar el Consejo de Estado resolvió:

“En el presente asunto, los demandantes no solo reclamaron la indemnización de los perjuicios que se les habrían ocasionado con la muerte de Héctor Muñoz Robledo sino, además, los causados a Héctor Muñoz Robledo durante el lapso comprendido entre el 5 de febrero de 2007 y el 2 de junio, “tiempo durante el cual sobrevivió al accidente con lesiones graves, ocasionándole perjuicios trasmisibles a sus sucesores”.

⁷ Pág. 212-224 AD 02EscritoDemanda

⁸ Pág. 225-231 AD 02EscritoDemanda

En línea con lo anterior, la Sala advierte dos momentos a partir de los cuales debe contar la caducidad, así:

i) El término de caducidad de los perjuicios causados por la **muerte** de Héctor Muñoz Robledo comenzó a correr a partir del día siguiente al de su fallecimiento, desde el 3 de junio de 2007, de modo que el último plazo para ejercer el derecho de acción en término era el 3 de junio de 2009 y como esta se presentó el 24 de abril de ese año, es forzoso concluir que resultó oportuna.

ii) El término de caducidad de los perjuicios causados por las lesiones cerebrales causadas en vida a la víctima comenzó a correr a partir del día siguiente al del accidente de tránsito, desde el 6 de febrero de 2007, de modo que, en principio, el último plazo para ejercer el derecho de acción en término era el 6 de febrero de 2009; no obstante lo anterior, la parte actora presentó solicitud de conciliación extrajudicial el 2 de febrero de 2009, momento en el cual suspendió el término de caducidad hasta el 24 de abril de 2009 y como la demanda se presentó ese mismo día, también resultó oportuna en este aspecto.

Así las cosas, se tiene que la demanda podía ser presentada hasta el 3 de junio de 2009 y, como ello ocurrió el 31 de agosto de 2007, resulta evidente que **se hizo oportunamente**, esto es, sin que operara el fenómeno jurídico procesal de caducidad de la acción”.⁹

En similar sentido, la Corte Constitucional en sentencia de 9 de julio de 2019¹⁰ precisó:

*“La Sala de revisión advirtió que, en los casos de reparación directa, “la adecuación de los supuestos fácticos a los presupuestos legales previstos en la norma no puede tornarse en un ejercicio exegético e irreflexivo, sino que exige el estudio crítico de las circunstancias particulares que rodean cada caso, porque si bien la afectación puede aparentar cierta obviedad sobre la manifestación del daño, lo cierto es que pueden existir hechos posteriores que resultan determinantes a efectos de establecer con certeza su ocurrencia”. En esta línea de argumentación precisó que, en el caso sub examine, **el estudio de los elementos probatorios aportados al plenario permitía identificar que la manifestación del perjuicio invocado había tenido dos momentos: el primero, asociado a la ocurrencia del hecho dañoso (el accidente de tránsito sufrido) y, el segundo, con el dictamen médico que le otorgó consciencia al actor de la certeza del daño antijurídico configurado, esto es, le permitió identificar verdaderamente la consolidación del perjuicio y dimensionar la gravedad de las lesiones sufridas (menoscabo en su salud)**¹¹; siendo este último*

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de agosto de 2021. Radicación: 66001-23-31-000-2009-00074-01(52915). En igual sentido: Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A C.P.: María Adriana Marín. sentencia 11 de mayo de dos mil 2022. Radicación número: 85001-23-33-000-2013-00190-02 (54583). Sección Tercera - Subsección C. C.P.: Jaime Enrique Rodríguez Navas. Sentencia 10 de diciembre de 202. Rad.: 41001-23-31-000-2010-00706-02 (54090)

¹⁰ Sentencia T-301/19. M.P.: Diana Fajardo Rivera

¹¹ En este punto se advirtió que la calificación de pérdida de capacidad laboral, más que un trámite administrativo que permite cuantificar las lesiones para efectos de una reubicación o un retiro definitivo del servicio, es la oportunidad para que profesionales de distintas disciplinas estudien la situación particular de una persona y determinen el estado de salud en que se encuentra.

*momento el definitivo para iniciar el conteo de la caducidad de la acción reparatoria*¹².

...

A una interpretación de esta naturaleza, explicó, podía arribar el Tribunal accionado si hubiera aplicado el principio in dubio pro damnato y las subreglas jurisprudenciales establecidas en la Sentencia SU-659 de 2015¹³. Así, resaltó que el Tribunal accionado incurrió en un defecto sustantivo, pues su deber como autoridad judicial comprendía “valorar todos los elementos que reposan en el expediente a efecto de determinar el momento a partir del cual debe contabilizarse el término de la caducidad de la acción de reparación directa, porque es posible que la víctima haya sufrido una lesión evidente, pero que con posterioridad, por la actuación de un tercero especializado, se tenga certeza de la configuración y de la magnitud o gravedad del daño, otorgándole a los afectados el convencimiento necesario para solicitar una reclamación”¹⁴.

*Sobre estas premisas recalcó que al actor no le era exigible, como lo pretendía la autoridad judicial demandada, la identificación del daño en el mismo momento en que ocurrió, a partir de la presunción de que el daño es cierto porque la lesión es evidente*¹⁵.

...

6.3. Regla de decisión: *en virtud del principio de seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general el término de caducidad del medio de control de reparación directa es de 2 años. Por regla general, el momento en que inicia la contabilización de dicho término es el de la ocurrencia del hecho dañoso, pues se presume que ahí se tiene conocimiento del daño. Sin embargo, en aplicación de reglas y principios constitucionales, se ha comprendido que dicho conteo no puede aplicarse de manera inflexible o rígida, pues en ocasiones, dadas las circunstancias particulares del caso, pueden admitirse ciertas flexibilizaciones, necesarias para garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia y la reparación integral de las víctimas. Ello sucede, principalmente, en afecciones al derecho a la salud en las que es probable que el afectado conozca o identifique con certeza la configuración o manifestación del daño, su gravedad, magnitud o sus efectos en un momento posterior a aquél en el que se produjo la acción u omisión administrativa, caso en el cual le corresponde al operador judicial efectuar una interpretación razonable del instante a partir del cual debe iniciarse la contabilización del término de la caducidad de la acción, labor que*

¹² En palabras de la Sala: “Así las cosas, es en ese momento -el 14 de febrero de 2014- en que la parte actora tuvo consciencia de la certeza del daño, pese a que este ocurrió en un momento anterior con el accidente de tránsito -el 19 de diciembre de 2010-, por lo que mal podían las autoridades judiciales que en sede ordinaria conocieron de la acción de reparación directa, exigirle haberla iniciado dentro de los dos (2) años siguientes al hecho, pues es evidente que en esa época no conocía de la gravedad del perjuicio ocasionado presuntamente por un agente estatal”. De acuerdo con ello, si el conteo del término de caducidad inició el día siguiente a la fecha del dictamen de pérdida de capacidad laboral -14 de febrero de 2014-, la acción de reparación directa caducaba el 15 de febrero de 2016 y esta fue presentada por el accionante el 25 de febrero de 2015.

¹³ M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁴ De acuerdo con la Sala Octava de Revisión: “La jurisprudencia de la Corte [e incluso del Consejo de Estado] ha admitido la flexibilización de la regla legal, en circunstancias puntuales, cuando se tiene certeza del daño en un momento posterior a aquel en que ocurrió, evento en el que encaja el asunto sub examine, toda vez que la parte actora conocía de las lesiones sufridas por Arley Orlando Torres Chuquen, sin embargo, fue hasta la notificación del dictamen de pérdida de la capacidad laboral cuando dimensionaron su trascendencia, razón por la cual, el término de caducidad debe a (sic) contabilizarse desde entonces”.

¹⁵ En este punto, se resaltó que: “De acuerdo con lo expuesto, la Sala Octava de Revisión concluye que la postura reiterada del Consejo de Estado acerca de la contabilización de los términos de caducidad cuando se trata de lesiones evidentes, no se ajusta a una lectura constitucional de la norma ni responde a los principios de equidad, pro homine y reparación integral, al ser exegética y restrictiva, y no admitir que existan casos en los que el conjunto de sucesos (el hecho dañoso y su calificación posterior) son los que llevan a que exista certeza de que el daño existió”.

debe ir necesariamente acompañada de un examen crítico y detallado de los elementos probatorios obrantes en el proceso". (Se resalta)

De acuerdo con lo anterior, en el caso concreto el hecho generador del daño ocurrió el 12 de mayo de 2019, fecha en la cual resultó lesionado el señor Carlos Eduardo Rave Obonga, no obstante, la certeza de la concreción y la magnitud del daño, consistente en **el fallecimiento** producto de esas lesiones, ocurrió el **5 de junio de 2019**, fecha a partir de la cual debe contabilizarse el término de dos años para presentar la demanda.

Así las cosas, teniendo en cuenta la fecha de fallecimiento de la víctima, en principio la demanda debía presentarse hasta el 6 de junio de 2021, empero, debe tenerse en cuenta el Acuerdo PCSJA20-115617 del 5 de junio de dos 2020¹⁶ que indicó que la suspensión de términos en la Rama Judicial operó entre el 16 de marzo y 30 de junio de 2020, es decir por 3 meses y 15 días, por lo tanto, la fecha para presentar la demanda se extendía hasta el 21 de septiembre de 2021, sin embargo se advierte que, la parte demandante presentó solicitud de conciliación ante la Procuraduría 70 Judicial de esta ciudad el día 6 de septiembre de 2021, interrumpiendo el término de caducidad hasta el 29 de septiembre de 2021, día en el que la Procuraduría expidió la providencia que indicó que el asunto no era susceptible de conciliación. Por lo anterior, el término para presentar la demanda, al reanudarse se extendió finalmente hasta el 14 de octubre de 2021 y, como quiera que la demanda fue presentada el 4 de octubre de 2021, se arriba a la conclusión que se presentó de manera oportuna.

Conclusión.

La demanda fue presentada de forma oportuna toda vez que, los dos años para presentar la demanda debían contarse a partir del 5 de junio de 2019, día en que falleció el señor Carlos Eduardo Rave Obonaga. Como consecuencia de lo anterior, se revocará el auto mediante el cual se rechazó la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas,

Resuelve:

Primero. Revocar el auto del 11 de mayo de 2022 proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales, a través del cual rechazó la demanda por caducidad, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de reparación directa instauraron Luz Adriana Aguirre Bernal y otros contra la Nación – Instituto Nacional de Vías – Invias y el Municipio de Villamaría.

¹⁶ “Por medio del cual se adoptan medidas para el levantamiento de los términos judiciales y se dictan otras disposiciones por motivos de salubridad pública y fuerza mayor”

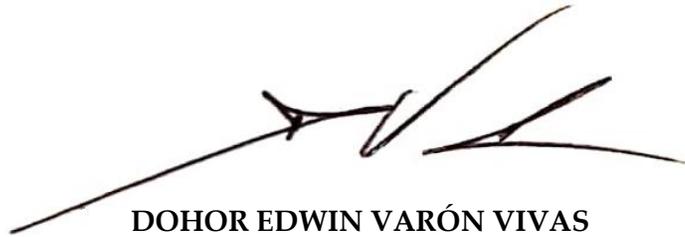
Segundo: En su lugar, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, para que continúe el estudio pertinente para resolver sobre la solicitud la admisibilidad de la demanda.

Tercero: **Hacer** las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI"

Cuarto: **Notificar** por estado electrónico conforme al artículo 201 del C.P.A.C.A.

NOTIFICAR

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 054 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS SALA SEGUNDA ORAL DE DECISIÓN Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, cinco (05) de agosto dos mil veintidós (2022)

Acción	Cumplimiento de normas con fuerza de ley
Radicación	17 001 33 33 002 2022 00200 02
Demandante	Morgan Londoño Marín, Shaira Maritza Franco Ramírez, Laura Daniela Ospina Cuervo, Estefanía Hincapié Aguirre, Ximena Gonzáles, Martina Patiño Forero.
Demandado	Municipio de Manizales
Providencia	Sentencia No. 149

Se dispone la Sala a dictar sentencia de **segunda** instancia dentro del asunto de la referencia.

I. Antecedentes

1. Pretensiones

La pretensión general y principal en el escrito de cumplimiento es la siguiente:

“Solicitamos a este Despacho Judicial se ordene al Municipio de Manizales en cabeza de su alcalde Carlos Mario Marín Correa y sus Secretarías: de las Mujeres y Equidad de Género, de Salud, de Educación, de TIC y Competitividad, se dé cabal cumplimiento al Plan de Desarrollo de Manizales (Acuerdo 1053 de 2020) y el Plan de Acción vigente de la Política Pública LGBTI de la ciudad (Resolución 0383 de 2021)”.

2. Hechos

Funda sus peticiones en que, el 31 de enero de 2022 radicó un escrito ante la alcaldía de Manizales, solicitando a la Secretaría de las Mujeres y Equidad de Género, la Secretaría de Salud, la Secretaría de Educación y la Secretaría de TIC y Competitividad el cumplimiento de la Resolución 0788 de 2019 que establece el Plan de Acción de la Política Pública LGBTI de Manizales y la Resolución 0383 de 2021 que modifica el Plan de Acción de la Política Pública LGBTI de la ciudad; de conformidad con lo estipulado en el Decreto 0329 del 2018, con el que se adoptó la Política Pública LGBTI del Municipio de Manizales y la segunda meta del *“Programa 6: Inclusión social y participación ciudadana en la Manizales + Grande” del Plan de Desarrollo de Manizales, aprobado bajo el Acuerdo 1053 del 4 de junio de 2020, por el cual se establece: “Ejecutar al 100% el Plan de Acción cuatrienal de la política pública de la población LGBTI”.*

Sostiene que, en el mentado documento, se mencionan los actos administrativos incumplidos, aceptando que no se estaban realizando las actividades establecidas en los Planes de Acción de la Política Pública LGTBI, sin que se estén alcanzando las metas estipuladas para cada año de la Política en la actual Administración Municipal.

Refieren que, el 14 de febrero de 2022, se recibió el oficio SMEG 0037 de la Secretaría de las Mujeres y Equidad de Género de la Alcaldía de Manizales informando con relación a los requerimientos planteados que las actividades previstas podían ser modificadas por estar sujetas a diferentes interpretaciones; lo cual, consideran una dificultad para el desarrollo de los planes de política pública LGTBI.

Dice que la administración municipal se ha mostrado renuente respecto de la implementación de los diferentes componentes del Plan de Acción de la mencionada Política Pública, tanto de sus actividades, como de sus metas y de

sus indicadores de productos; y que, el cumplimiento cuatrienal está mediado necesariamente por el oportuno y debido cumplimiento de las metas anuales y bianuales que se definieron legalmente en la Resolución 0788 de 2019 y la Resolución 0383 de 2021. La mayoría de las actividades deben ser ejecutadas cada año y, solamente algunas actividades, están programadas para cada dos (2) años, y cada año tiene unas metas específicas, por lo que afirman, no se puede decir que, el siguiente año se hará lo que no se hizo en el año anterior porque, cuando las actividades no se cumplen en el año correspondiente, eso significa que no se cumple con su implementación.

Refiere que, para diciembre de 2021, la Alcaldía debía haber implementado el 50% del Plan de Acción de la Política Pública LGBTI por ser el segundo año de su implementación, no el 35% indicado por la Secretaría de las Mujeres; y afirma que la alcaldía no cuenta con 4 años para cumplir con el Plan, sino que cada año se deben cumplir con las metas establecidas de forma anual y bianual.

Refieren que, en una ruta de atención, se identifican las responsabilidades de diferentes dependencias, instituciones y entidades, para brindar atención a un sector social y/ una situación determinada, y reprocha a la Secretaría de las Mujeres que no se evidencia el cumplimiento de la actividad de “aplicación de los protocolos médico y legal para las personas LGBTI” y, se ha limitado a remitir a la población a otras instituciones para que allí reciban la atención requerida, “activando rutas”, y con esto reportan que el indicador está supuestamente cumplido; y tampoco se han realizado las brigadas de afiliación de personas LGTBI.

También mencionan que no se han realizado las acciones de prevención de ITS y VIH específicamente con la población LGTBI con enfoque de diversidad sexual y de género, sino que han realizado para la población general; y dice que faltan campañas con priorización en atención a la salud de las personas TRANS, ni el acompañamiento médico, legal y psicosocial aplicando las rutas de atención y ruta

de atención a la población TRANS, ni la creación de los programas de escolarización exclusivos para la población LGTBI.

Señalan la renuencia al cumplimiento de actividades a realizar con personas privadas de la libertad, especialmente en lo relacionado con la formación académica y para el trabajo; ni ha cumplido con identificar las opciones laborales para mujeres trans que ejercen la prostitución, y capacitación para mujeres trans y demás población LGTBI.

Se refiere a los subsidios de vivienda para las personas de población LGTBI, y el acompañamiento en el proceso de postulación de cargos, ni el diseño e implementación de un fondo de emprendimiento con enfoque diferencial.

3. Contestación de la accionada

El municipio de Manizales contesta la demanda haciendo una narración minuciosa de los hechos, de las solicitudes y las afirmaciones realizadas; y explica cada ítem que se reputa como incumplido, las gráficas correspondientes y acciones realizadas, concluyendo que, el Plan de Acción se ejecuta con absoluta normalidad. Lógicamente no se puede exigir el cumplimiento total o del 100% al ente territorial, aun hace falta año y medio para que se haga exigible una obligación a 'plazo, tiempo durante el cual se ha planificado con responsabilidad y se ejecutarán las actividades debidamente programadas.

Dice que, en el Decreto Municipal 0329 de 2018 el Municipio de Manizales adoptó la Política Pública para el Ejercicio de la ciudadanía plena y la garantía de los derechos de los sectores poblacionales LGTBI 2018-2028; y que, la administración municipal, profiere el plan de acción para el periodo cuatrienal (2020-2023) mediante las Resolución 0788 de Abril 29 de 2019, posteriormente ajustado con la

Resolución 0383 de Mayo 20 de 2021, implementando iniciativas de mejora en el anexo que forma parte del mismo.

Concluye que, en este caso, no ha operado el plazo, ni una obligación exigible, por lo que el presente medio de control resulta improcedente, y propone como excepciones de mérito las que denomina “Improcedencia de la acción”, “No exigibilidad de la obligación” y “la Genérica”.

4. Sentencia de primera instancia

Inicia el Juez de primera instancia resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de cumplimiento promovida por los ciudadanos MORGAN LONDOÑO MARÍN y OTROS en contra del Municipio de Manizales.

SEGUNDO: EXHORTAR a la Administración Municipal de Manizales para que materialice unos índices reales y efectivos en cuanto a los planes, programas y acciones de dicha política pública para garantizar los derechos de la comunidad LGBTI, como ejecución del Plan de Desarrollo de esta ciudad. (...)

Hace una narración de los hechos, pretensiones, contestación y marco normativo; siguiendo con una exposición de la naturaleza del medio de control de cumplimiento de normas con fuerza de ley; y los requisitos de la misma a saber: el requisito de procedibilidad; que el deber que se pida hacer cumplirse encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos vigentes; que el mandato sea imperativo e inobjetable y que esté radicado en cabeza de aquella autoridad pública o del particular en ejercicio de funciones públicas que deba cumplir y frente a los cuales se haya dirigido la acción de cumplimiento; que el actor pruebe la renuencia de la entidad accionada frente al cumplimiento del deber, antes de formularla demanda; que el afectado no tenga o haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo

cumplimiento del deber jurídico o administrativo omitido, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción, circunstancia esta que la hace procedente.

Luego hace un estudio de la normativa aplicable al caso, y cita el artículo 32 de la ley 152 de 1994, relacionado con la autonomía de las entidades territoriales en materia de planeación del desarrollo económico entre otros; afirmando que, se ha establecido el plan de desarrollo territorial como el instrumento de planificación con el cual las administraciones locales definen los programas y proyectos que ejecutarán durante su período de gobierno correspondiente a cuatro años

Expone el Juez de instancia que, en los planes de desarrollo realizados por los niveles subnacionales se definen los objetivos, metas y programas del gobierno local o departamental; y el Plan de inversiones a mediano y corto plazo. Instrumentos éstos que, deben garantizar la articulación de las propuestas territoriales con las disposiciones realizadas a nivel nacional, por lo que es fundamental que, el contenido de los planes territoriales de desarrollo guarde coherencia con las políticas y estrategias del Plan Nacional.

Señala que, los planes de desarrollo, a nivel nacional y territorial, se proyectan para ser ejecutados en un período concomitante con el de las autoridades administrativas respectivas, esto es, cuatro años; por lo que se van materializando paulatinamente y su cumplimiento es exigible de manera total con el fin del periodo de gobierno correspondiente, en el cual se deben agotar las metas generales y específicas.

Afirma el A Quo que, los años 2020, 2021 y parte del año 2022 han estado marcados por circunstancias excepcionales que obligaron a que las administraciones públicas debieran enfocar sus esfuerzos a enfrentar la situación surgida en razón de la pandemia del COVID-19, que modificó en algunos casos, y en otros retrasó la ejecución de los planes de desarrollo que se había

establecido para el cuatrienio 2020 - 2023, y que, apenas se están superando las situaciones y cambios ocasionados con ello, lo que llevó a implementar políticas especiales que afectaron las inicialmente propuestas.

Por otra parte, sostiene que, la alcaldía municipal ha demostrado que, se han venido desarrollando las actividades previstas, y que, si bien algunas de ellas no satisfacen el porcentaje esperado, es evidente el avance en las mismas; habiendo tiempo aún para satisfacer el 100% de lo consagrado en el Plan de Desarrollo en la Resolución 0383 del 20 de mayo de 2021 respecto del Plan de Acción vigente de la Política Pública LGBTI de la ciudad, concluyendo de ello, la improcedencia de la acción de cumplimiento incoada.

Finalmente, insta a la administración municipal a materializar índices reales y efectivos en cuanto a los planes, programas y acciones de la política pública referida, para garantizar los derechos de la comunidad actora de manera continua; y resuelve declarar improcedente la acción y exhortar a la administración municipal, a que materialice índices reales y efectivos en cuanto a los planes, programas y acciones de dicha política pública para garantizar los derechos de la comunidad LGBTI, como ejecución del Plan de Desarrollo de esta ciudad.

5. El recurso de apelación

Los accionantes presentan recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Juez de primera instancia, exponiendo que se omiten los reportes allegados con la demanda, donde se indican con puntualidad las actividades que fueron reportadas como cumplidas por la alcaldía de Manizales; a pesar que las acciones registradas por la administración no corresponden con lo establecido en el Plan de Acción de la Política Pública LGBTI de Manizales; pues no se han cumplido los ejes de salud, educación, y trabajo.

Refieren que el fallo recurrido invoca la renuencia manifestada por la alcaldía de Manizales frente al cumplimiento del Plan de Acción de la Política Pública LGBTI, evidenciada en la comunicación SMEG 0037 donde se expresa que, no se deben cumplir las actividades descritas en la Resolución 0788 de 2019 y la Resolución 0383 de 2021, además de declarar que puede modificar las actividades porque considera que solamente debe cumplir con “el **producto**, independientemente de la actividad que se desarrolle”.

Exponen que en la sentencia recurrida se encuentran argumentos relacionados con el cumplimiento de la Política Pública de Mujeres, pese a que la Acción de Cumplimiento se refiere específicamente a la Política Pública LGBTI de la ciudad; subestimando, a su juicio, el hecho de que, la Alcaldía de Manizales no ha cumplido con las metas anuales de la Política Pública LGBTI argumentando avances, que resultan insuficientes para cumplir cabalmente con el propósito de la mencionada Política Pública y cita extensos porcentajes relacionados con la caracterización realizada por la por la Universidad de Caldas y la Alcaldía de Manizales en el 2017, afirmando que no se identifican avances en las actividades reportadas, que garanticen el ejercicio de los derechos para las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas en la ciudad.

Finalmente, reiteran la solicitud de cumplimiento del plan de acción de la Política Pública LGBTI, de manera oportuna, efectiva y eficiente, señalando que, el hecho de que se evidencien algunos progresos, no implica el cumplimiento del plan en su totalidad, solicitando que se orden al municipio de Manizales en cabeza de su alcalde Carlos Mario Marín Correa y sus Secretarías: de las Mujeres y Equidad de Género, de Salud, de Educación, de TIC y Competitividad, se dé cabal cumplimiento al Plan de Desarrollo de Manizales (Acuerdo 1053 de 2020) y el Plan de Acción vigente de la Política Pública LGBTI de la ciudad (Resolución 0383 de 2021).

II. Consideraciones de la Sala

El primer problema jurídico que se debe resolver en el presente asunto es, si se encuentran acreditados en este caso los requisitos necesarios para la procedencia del medio de control de cumplimiento de normas con fuerza de ley; y solo si ello resulta así, se estudiará si hay o no lugar a ordenar el cumplimiento de los actos demandados.

1. Marco normativo.

El artículo 146 de la ley 1437 de 2011 relacionada con el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos contempla:

“Cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos: Toda persona podrá acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, previa constitución de renuencia, para hacer efectivo el cumplimiento de cualesquiera normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos”

Por su parte, el artículo 87 de la Constitución Política señala:

“Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo.

En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”

La ley 393 de 1997 “Por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política”, dispone en sus artículos 1º, 2º, 8º y 9º:

“Artículo 1º.- Objeto. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos.

Artículo 2º.- Principios. Presentada la demanda, el trámite de la Acción de Cumplimiento se desarrollará en forma oficiosa y

con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad, eficacia y gratuidad.

(...)

Artículo 8º.- *Procedibilidad. La Acción de Cumplimiento procederá contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de normas con fuerza de Ley o Actos Administrativos. También procederá contra acciones u omisiones de los particulares, de conformidad con lo establecido en la presente Ley.*

Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud. Excepcionalmente se podrá prescindir de este requisito, cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable para el accionante, caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.”

Artículo 9º: *Improcedibilidad. La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela.*

Tampoco procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o Acto Administrativo, salvo, que, de no proceder el Juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante.

Parágrafo. La Acción regulada en la presente Ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos.”.

La ley 152 de 1994, por la cual se establece la Ley orgánica del Plan de Desarrollo contempla en sus artículos 26, 31 y 32 lo siguiente en relación con el Plan de Acción:

“Artículo 26. *Planes de acción. Con base en el Plan Nacional de Desarrollo aprobado cada uno de los organismos públicos de todo orden a los que se aplica esta Ley preparará su correspondiente plan de acción.*

En la elaboración del plan de acción y en la programación del gasto se tendrán en cuenta los principios a que se refiere el artículo 3 de la presente Ley, así como las disposiciones constitucionales y legales pertinentes.

Los planes que ejecuten las entidades nacionales con asiento en las entidades territoriales deberán ser consultados previamente con las respectivas autoridades de planeación, de acuerdo con sus competencias.”

Artículo 31. *Contenido de los planes de desarrollo de las entidades territoriales. Los planes de desarrollo de las entidades territoriales estarán conformados por una parte estratégica y un plan de inversiones a mediano y corto plazo, en los términos y condiciones que de manera general reglamenten las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales o las autoridades administrativas que hicieren sus veces, siguiendo los criterios de formulación, establecidos en la presente Ley.*

Las autoridades de las entidades territoriales indígenas definirán en los alcances y los procedimientos para la elaboración, aprobación, ejecución, evaluación y seguimiento de los planes, de acuerdo con sus usos y costumbres, atendiendo los principios generales de esta Ley y haciendo compatibles los tiempos de presentación y la articulación con los procesos presupuestales, de tal manera que se logre la coordinación y concertación de la planeación con las autoridades de las demás entidades territoriales y con la Nación.”

Artículo 32. *Alcance de la planeación en las entidades territoriales. Las entidades territoriales tienen autonomía en materia de planeación del desarrollo económico, social y de la gestión ambiental, en el marco de las competencias, recursos y responsabilidades que les han atribuido la Constitución y la Ley.*

Los planes de desarrollo de las entidades territoriales, sin perjuicio de su autonomía, deberán tener en cuenta para su elaboración las políticas y estrategias del Plan Nacional de desarrollo para garantizar la coherencia.”

2. Marco Jurisprudencial.

Reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado¹ ha precisado que, el medio de control de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos, procede contra toda omisión de la autoridad que permita el incumplimiento de éstas en el siguiente sentido:

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de veintisiete (27) de octubre de dos mil veintiuno (2021). C.P. Dr. Pedro Pablo Vanegas Gil. Rad. 05001-23-33-000-2021-01573-01(ACU)

“(…) 2. Generalidades sobre la acción de cumplimiento

22. La finalidad de la presente acción, consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política, a la cual puede acudir cualquier persona natural o jurídica, es hacer efectivo el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo que impone determinada actuación u omisión a la autoridad. Su objeto es la observancia del ordenamiento jurídico existente.

23. En desarrollo de este mandato constitucional, la Ley 393 de 29 de julio de 1997, que reglamenta esta acción, **exige como requisito de procedibilidad “la renuencia”** (artículo 8°), esto es, **haber reclamado en sede administrativa antes de ejercitar la demanda la atención de la norma o del acto administrativo que se considera desatendido**, y que la autoridad no responda transcurridos 10 días o se niegue a atender su cumplimiento.

24. Para que la demanda proceda, se requiere:

a) Que la norma legal o acto administrativo contenga un mandato imperativo e inobjetable radicado en cabeza de una autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, al cual se reclama el cumplimiento; y que, en efecto, se establezca que existe la desatención de la norma o acto;

b) Que el actor pruebe que antes de presentar la demanda exigió al que consideró como obligado, el cumplimiento de su deber legal;

c) Que el afectado no haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico contenido en el acto administrativo, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción; que no se trate de una norma que establezca gastos, ni tampoco del reclamo de un derecho que pueda garantizarse vía acción de tutela.

25. A pesar de lo anterior, debe precisarse que es lo cierto que dicho precepto omitió mencionar desde cuándo se hace exigible dicha obligación y no puede este juez constitucional desconocer que la acción de cumplimiento tiene por objeto el acatamiento de mandatos claros, expresos y exigibles y esta última condición impone, entre otras, que la norma que contenga el mandato que se reclama establezca desde cuándo resulta reclamable, lo que no ocurre en este asunto.

26. Sumado a lo dicho, la Sala encuentra que el mandato también está sometido a condiciones que no han sido cumplidas, lo cual impide que se puede ordenar su acatamiento. (…)” (Subraya la Sala y Negrillas del texto)

De la sentencia en cita, queda claro que, los requisitos para la procedencia de la llamada acción de cumplimiento son la constitución en renuencia, que la norma que

se invoca como incumplida, contenga un mandato imperativo e inobjetable radicado en cabeza de una autoridad pública, y que se establezca que existe desatención de la norma; también que se pruebe que antes de presentar la demanda, se exigió el cumplimiento del deber legal; y que, el afectado, no haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico contenido en el acto administrativo.

3. De los requisitos de procedencia.

No se discute en este caso el cumplimiento del requisito de la constitución en renuencia, pues no ha sido controvertido en esta instancia, y, el demandado municipio de Manizales no tuvo reparo alguno en ese punto de constitución en renuencia.

Ahora, se aborda el estudio del requisito de procedencia relacionado con que la norma legal o acto administrativo contenga un mandato imperativo e inobjetable radicado en cabeza de la autoridad de la cual se reclama el cumplimiento, para lo cual se hace necesario en primer lugar, acudir a jurisprudencia del Consejo de Estado² relacionada con la definición de este mandato imperativo, seguido del estudio de los actos de los cuales se solicita el cumplimiento.

“(...) 2.2.5. De la existencia de un mandato imperativo e inobjetable La finalidad del medio de control de cumplimiento es que toda persona pueda acudir ante la autoridad judicial competente para hacer efectiva la observancia de normas con fuerza material de ley o de un acto administrativo, tal como lo dispone el artículo 87 constitucional. Sin embargo, a través de esta acción no es posible ordenar ejecutar toda clase de disposiciones, sino aquellas que contienen prescripciones que se caracterizan como “deberes”. Los deberes legales o contenidos en actos administrativos que pueden ser cumplidos a través de las órdenes del juez constitucional son los que albergan un mandato perentorio, claro y directo a cargo de determinada autoridad, un mandato “imperativo e inobjetable” en los términos de los artículos 5, 7, 15, 21 y 25 de la Ley 393 de 1997. (...)” (Subraya la Sala).

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de cuatro (4) de febrero de dos mil veintiuno (2021). C.P. Dr. Luis Alberto Álvarez Parra. Rad. 25000-23-41-000-2020-00769-01(acu).

3.1. De las normas que se reputa el incumplimiento

A continuación, se enlistan las normas de las que los actores solicitan el cumplimiento, y se destacan los artículos de mayor relevancia de las mismas:

Acuerdo 1053 de 04 de junio de 2020

“Por el cual se adopta el plan de desarrollo del municipio de Manizales 2020 – 2023, Manizales + grande y se dictan otras disposiciones”

Artículo 1º: adopta el plan de desarrollo del desarrollo del municipio de Manizales 2020 – 2023, Manizales + grande; conformación del plan de desarrollo, una parte general de carácter estratégico y un plan de inversiones de carácter operativo.

Artículo 19: Ejecución del plan:

“Dentro de los tres (3) meses siguientes a la aprobación del plan el plan de desarrollo del municipio de Manizales 2020 – 2023, Manizales + grande, todas las dependencias de la Administración Municipal, en coordinación con la Secretaría de Planeación, ajustarán el correspondiente Plan de Acción para el presente año, y actualizarán el plan indicativo, para cada uno de los periodos constitucional 2020 – 2023, y lo someterá al Consejo de Gobierno.”

“Artículo 53: Vigencia y derogatoria del plan de desarrollo del municipio de Manizales 2020 – 2023 “Manizales + Grade” rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias. Su vigencia se extenderá hasta que se apruebe y publique un nuevo Plan de Desarrollo en los términos previstos en la ley 152 de 1994 que la modifique y/o sustituya.”

De los artículos descritos, se advierte que, el acuerdo 1053 de 04 de junio de 2020, por el cual se adopta el plan de desarrollo del municipio de Manizales 2020

– 2023, precisa que su ejecución está prevista hasta el año 2023, rigiendo desde su publicación, y, hasta la aprobación de un nuevo plan de desarrollo, que aún no se ha publicado.

Resolución 0788 de abril de 2019

“Por la cual se adopta el plan cuatrienal de la Política Pública para el ejercicio de la ciudadanía plena y la garantía de los derechos de los sectores poblacionales LGTBI – Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgénero e Intersexuales, para el municipio de Manizales.”

“Artículo 1º: Adoptar el plan cuatrienal de la Política Pública para el ejercicio de la ciudadanía plena y la garantía de los derechos de los sectores poblacionales LGTBI – Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgénero e Intersexuales, para el municipio de Manizales, para la vigencia 2019 – 2023, construida con los objetivos lineales de acción, indicados en el Decreto 0329 de 2018; documento anexo que hace parte integral de este acto administrativo.”

Frente a esta resolución se advierte que, lo que hace es adoptar el plan cuatrienal de política pública para la población LGTBI, para la vigencia 2019 – 2023; y dicha resolución contiene cinco artículos; y ninguno de ellos define una fecha precisa y límite para su cumplimiento.

Resolución 0383 de 20 de mayo de 2021

“Por la cual se modifica el documento Anexo contenido del Plan de Acción, previsto en el artículo 1º DE LA Resolución 0788 del 29 de abril de 2019, y contiene 3 artículos que no define fechas para cada objetivo”

Esta resolución demandada, contiene solo tres artículos, y su fin es modificar el documento anexo del plan de acción; y tampoco hay modificación o definición de extremos temporales de cumplimiento preciso de obligaciones directas.

Lo que se entiende de las normas demandas, es que, con ellas se pretende la adopción y ejecución del plan de desarrollo municipal Manizales 2020 – 2023, y específicamente buscan la ejecución de las políticas públicas para la población LGTBI, para la vigencia 2019 – 2023.

Ahora, para comprender el alcance de las normas demandadas, se hace necesario acudir a la definición de política pública que, en un completo documento ha precisado el Instituto de estudios del Ministerio Público³ en el siguiente sentido:

“(…) La política pública hay que comprenderla como el resultado de una acción colectiva que se desarrolla en lo público y de una serie de transacciones políticas, en donde el gobierno ya no tiene como único objetivo ejecutar lo planeado, sino también garantizar la coordinación y la cooperación de los actores clave. Lo anterior recalca dos elementos fundamentales del concepto: lo político y lo público.

(…)

Por lo tanto, la política pública como construcción social, puede ser definida como una estrategia con la cual el gobierno coordina y articula el comportamiento de los actores a través de un conjunto de sucesivas acciones intencionales, que representan la realización concreta de decisiones en torno a uno o varios objetivos colectivos, considerados necesarios o deseables en la medida en que hacen frente a situaciones socialmente relevantes.

(…)

Como se observa, otro elemento clave de esta definición es que la política pública plantea sus objetivos alrededor de problemas que llegan a ser considerados relevantes para la sociedad (Dunn, 2008; Meny & Thoenig, 1992). Esto implica que la política es, por naturaleza, la respuesta a una necesidad que logra surgir triunfante en la discusión pública, donde lo relevante no se da por el grado de afectación social del problema, sino por la capacidad de captar la atención del gobierno y de discusión de los actores sociales clave (Aguilar, 2003). Aunque sea el mismo gobierno quien pro ponga el asunto de política a intervenir, debe convencer a la sociedad de que está abordando un problema que es importante para todos.

(…)

³ Introducción a las Políticas Públicas: Conceptos y herramientas desde la relación entre Estado y ciudadanía. Instituto de Estudios del Ministerio Público y Procuraduría General de la Nación.

Por lo tanto, el gobierno, más que ser un ejecutor neto, es un agente coordinador y articulador de la acción colectiva que lleva a cabo la política pública. El rol gubernamental va más allá de la ejecución de las acciones directas de política, pues lo que se requiere es un ajuste de comportamiento de los actores que son esenciales para ver un verdadero cambio en la situación que se considera socialmente relevante.

Componentes de una política pública

La existencia de una política pública plantea la presencia de una estructura que ordena la acción del Estado. Así, la decisión de política pública debe verse reflejada en un ordenado conjunto de acciones, agregadas en distintos niveles de complejidad.

(...) El objetivo, por lo tanto, no es buscar una solución a un problema sino estructurar un plan de intervención que presente una consistencia interna tal que sea factible su implementación en procura de disminuir las tensiones que la situación problemática genera. Es válido recalcar nuevamente que una política pública no se ejecuta, se gobierna. En el siguiente capítulo se continúa con el proceso de las políticas públicas, introduciendo los principales elementos de la fase de implementación. (...)

De igual manera, la Corte Constitucional⁴ se ha pronunciado, entre otros, sobre la temporalidad de los planes de desarrollo en el siguiente sentido:

“(...) La regla general de temporalidad de la ley del plan

108. Este Tribunal en su jurisprudencia más reciente ha hecho énfasis en el carácter temporal de las disposiciones que integran el Plan Nacional de Desarrollo^{182]}. En la sentencia C-126 de 2020 se sostuvo que las medidas que se adopten para impulsar el cumplimiento del plan, **“por su naturaleza, deben tener vocación de temporalidad y, por consiguiente, resultan violatorias del principio de unidad de materia aquellas normas que no tengan como fin planificar y priorizar las acciones públicas y la ejecución del presupuesto público durante un cuatrienio^{183]}”** Ya en la sentencia C-068 de 2020 la Corte había manifestado que la regla de la temporalidad **“es un elemento adicional que refuerza o desvirtúa la eventual conexidad de una norma demandada con la ley que la contiene”**, postura que vendría a ser reforzada en la C-126 de 2020 al afirmarse que **“la temporalidad y el carácter instrumental de la medida, como criterios que permiten evaluar el cumplimiento del requisito de conexidad que acrediten el respeto del principio de unidad de materia, permiten maximizar el principio democrático”**.

⁴ Corte Constitucional. Sala plena. Sentencia de veintitrés (23) de septiembre de dos mil veinte (2020). MP. Dr. José Fernando Reyes Cuartas, Exp. D-13353

109. **Conforme a lo explicado, en principio se trata de una vigencia de las disposiciones allí adoptadas por 4 años (ley del PND), no obstante, la regla general de la exigencia de temporalidad no impide la modificación de leyes ordinarias de carácter permanente, siempre que la modificación tenga un fin planificador y de impulso a la ejecución del plan cuatrienal, pero su vigencia, en principio, corresponderá a la del plan cuyo cumplimiento pretende impulsar.**

110. *En contraste, al corresponder a la regla general, la Corte ha declarado la inexequibilidad de disposiciones con carácter permanente por carecer de conexidad directa e inmediata con los objetivos generales del plan, v. grat. las que buscan introducir regulaciones aisladas que llenan vacíos de regulaciones temáticamente independientes o modifican estatutos o códigos^[184].(...)* (Negrillas del texto).

De lo expuesto, para esta Sala es claro que, por una parte las normas demandadas lo que buscan es la ejecución del plan de desarrollo municipal, y la implementación de políticas públicas para la población LGTBI, que por supuesto se pretenden materializar mediante planes de acciones, que si bien, tienen unas metas y actividades específicas para alcanzar tales objetivos; de ellos no se advierten contenidos de mandatos imperativos o inobjetable radcados en las autoridades demandadas; y, el hecho que contengan acciones precisas, con actividades a desarrollar y metas por alcanzar; ello no implica que puedan ser demandadas en el medio de control de cumplimiento de normas con fuerza de Ley para que se ordene la ejecución de las mismas; pues no se observan allí mandatos perentorios, claros o directos que el juez constitucional pueda ordenar cumplir en los términos de la ley 393 de 1997.

Lo anterior, sumado a que tampoco se advierte límites de tiempos precisos y perentorios para que se puedan reputar como incumplidas las actividades, y acciones encaminadas a la ejecución del plan de desarrollo municipal, el cual tiene metas para el cuatrienio que está en vigencia y que se plantea hasta el año 2023, por lo que, por ese referente temporal, tampoco podría esta Sala afirmar que se han incumplido mandatos legales, pues el plan de desarrollo municipal se encuentra aún en ejecución.

Sumado a lo anterior, no puede pasarse por alto que, la ejecución y actividades que deben realizarse para el efectivo cumplimiento del plan de desarrollo municipal, llevan implícitas erogaciones presupuestales; pues para que se realicen a cabalidad cada una de las actividades, y se logren los fines planteados, necesariamente se requiere de la apropiación del presupuesto y el establecimiento de unos gastos para cada acción a realizar.

Baste lo anterior, para que esta Sala considere que no resulta procedente el medio de control de cumplimiento de normas con fuerza de ley en el presente asunto, y confirmará la sentencia de primera instancia, proferida el 30 de junio de 2022 por el Juzgado Segundo Administrativo.

4. De la condena en costas.

En este caso no hay condena en costas de conformidad con el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, por tratarse en este caso de un interés público.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, Sala Segunda de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

III. Falla

Primero: Confirmar la sentencia 036 del 30 de junio 2022 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales dentro del medio de control de **Cumplimiento de normas con fuerza de ley** promovido por **Morgan Londoño Marín, Shaira Maritza Franco Ramírez, Laura Daniela Ospina Cuervo, Estefanía Hincapié Aguirre, Ximena Gonzáles y Martina Patiño Forero** en contra del **Municipio de Manizales**, por las consideraciones acá expuestas.

Segundo. Sin costas.

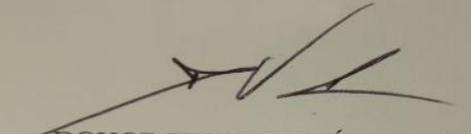
Tercero: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase

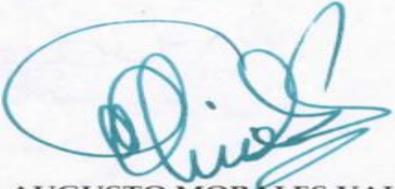
Discutido y aprobado en Sala de Ordinaria de Decisión celebrada en la fecha.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, cuatro (04) de agosto de dos mil veintidós (2022)

RADICACIÓN	17001-23-33-000-2022-00166-00
CLASE	VALIDEZ DE ACUERDO
DEMANDANTE	DEPARTAMENTO DE CALDAS
DEMANDADO	MUNICIPIO DE LA VICTORIA CALDAS

Procede la Sala a resolver el recurso de reposición, interpuesto por la gobernación de Caldas contra el auto del 19 de julio del año en curso, mediante el cual se rechazó una demanda de validez.

ANTECEDENTES

El 14 de julio de 2022, a través de escrito que obra en medio digital, la secretaria Jurídica del Departamento de Caldas, en virtud de la delegación del señor Gobernador del Departamento de Caldas, presentó demanda ante este Tribunal impugnando la validez contra los artículos 1 y 2 del **Decreto municipal nro. 001 del 04 de enero de 2022** “por medio del cual se modifica el presupuesto de la presente vigencia 2022 Decreto de Liquidación nro. 145 del 31 de diciembre de 2021”, artículos 1 y 2 del **Decreto municipal nro. 004 del 14 de enero de 2022** “por medio del cual se modifica el presupuesto de la presente vigencia 2022 Decreto de Liquidación nro. 145 del 31 de diciembre de 2021”, artículos 1 y 3 del **Decreto municipal nro. 026 del 05 de abril de 2022** “por medio del cual se modifica el presupuesto de la presente vigencia 2022 Decreto de Liquidación nro. 145 del 31 de diciembre de 2021”, los artículos 1, 2, 3 y 4 del **Decreto municipal nro. 027 del 07 de abril de 2022** “por medio del cual se modifica el presupuesto de la presente vigencia 2022 Decreto de Liquidación nro. 145 del 31 de diciembre de 2021”, emanados de la Alcaldía municipal de Victoria – Caldas.

Mediante auto del 19 de julio de 2022 se rechazó la demanda por haber operado el fenómeno de caducidad, teniendo en cuenta la fecha consignada en el acta de reparto de la oficina judicial.

La parte actora presentó recurso de reposición contra esa decisión, manifestando que pese a que la fecha consignada en el acta de reparto es 14 de julio de 2022, conforme al acuse de recibido que expide la ventanilla virtual, la demanda de validez fue presentada y radicado en debida forma el 12 de julio de 2022, de tal suerte que en el asunto bajo estudio no operó el fenómeno de caducidad, por lo que solicita se reponga la decisión de rechazo y en su lugar se dé el trámite correspondiente a la validez.

El Despacho del ponente, mediante auto del 02 de agosto de 2022 se requirió a la Oficina Judicial de Manizales, para que allegara un informe de la fecha de radicación del medio de control de validez identificado con radicado 17001-23-33-000-2022-00166-00, explicando con claridad el motivo de la inconsistencia presentada.

Mediante Oficio del 03 de agosto de 2022 la Oficina judicial informa que efectivamente la demanda fue presentada el 12 de julio de 2022, pero que debido al cumulo de trabajo solo se pudo hacer el reparto el 14 de julio de 2022, motivo por el cual el acta de reparto quedó con dicha fecha.

Así las cosas, pasa al Despacho para resolver lo pertinente.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La revisión de la validez de los actos de los Concejos Municipales y de los alcaldes por su oposición a la Constitución, la ley o una ordenanza, comporta un trámite judicial que tiene como fuente la potestad conferida al Gobernador del Departamento correspondiente por el artículo 305 constitucional, numeral 10, y que a su vez se encuentra regulado por los artículos 117 a 121 del Decreto 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal). Dicha normativa dispone:

ARTICULO 117. Dentro de los tres (3) días siguientes al de la sanción, el alcalde enviará copia del acuerdo al Gobernador del Departamento para su revisión jurídica. La revisión aquí ordenada no suspende los efectos de los acuerdos.

ARTICULO 118. Son atribuciones del Gobernador:

8a. Revisar los actos de los Concejos Municipales y de los alcaldes y por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad remitirlos al Tribunal competente para que decida sobre su validez (Artículo 194, ordinal 8o., de la Constitución Política).

ARTICULO 119. Si el Gobernador encontrare que el acuerdo es contrario a la Constitución, la ley o la ordenanza, lo remitirá, dentro de los veinte (20) días siguientes a la fecha en que lo haya recibido, al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para que éste decida sobre su validez.

ARTICULO 120. *El Gobernador enviará al Tribunal copia del acuerdo acompañado de un escrito que contenga los requisitos señalados en los numerales 2 a 5 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984). El mismo día en que el Gobernador remita el acuerdo al Tribunal, enviará copia de su escrito a los respectivos alcaldes, personero y Presidente del Concejo para que éstos, si lo consideran necesario, intervengan en el proceso.*

ARTICULO 121. *Al escrito de que trata el artículo anterior, en el Tribunal Administrativo se dará el siguiente trámite:*

1. Si el escrito reúne los requisitos de ley, el Magistrado sustanciador ordenará que el negocio se fije en lista por el término de diez (10) días durante los cuales el fiscal de la corporación y cualquiera otra persona podrán intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad o legalidad del acuerdo y solicitar la práctica de pruebas.

2. Vencido el término de fijación en lista se decretarán las pruebas pedidas por el Gobernador y los demás intervinientes. Para la práctica de las mismas se señalará término no superior a diez (10) días.

3. Practicadas las pruebas pasará el asunto al despacho para fallo. El Magistrado dispondrá de diez (10) días para la elaboración de la ponencia y el Tribunal de otros diez (10) días para decidir. Contra esta decisión, que produce efectos de cosa juzgada en relación con los preceptos constitucionales y legales confrontados, no procederá recurso alguno.

Así entonces, vista la competencia que le está asignada a esta Corporación para conocer en primera instancia de la presente controversia, y establecido el marco legal para su admisión, trámite y decisión, procede esta Sala de Decisión a revisar la demanda de la referencia.

En efecto, una vez revisada la solicitud, se concluye que la misma cumple los requisitos generales para ser admitida, contenidos en el artículo 120 del Decreto 1333 de 1986 y el artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, toda vez que, se designan las partes, se identifica lo que se demanda, los hechos u omisiones que le sirven de fundamento, los fundamentos de derecho de lo que se pretende, se aportan las pruebas que se quiere hacer valer, se indican las direcciones para las notificaciones correspondientes, y fue presentada dentro de su oportunidad, a pesar que en auto anterior se rechazara, conforme ahora a nueva evidencia se cambia y repone el auto. así:

Los decretos municipales nro. 001 del 04 de enero de 2022 "por medio del cual se modifica el presupuesto de la presente vigencia 2022 Decreto de Liquidación nro. 145 del 31 de diciembre de 2021", nro. 004 del 14 de enero de 2022 "por medio del cual se modifica el presupuesto de la presente vigencia 2022 Decreto de Liquidación nro. 145 del 31 de

diciembre de 2021”, **Decreto municipal nro. 026 del 05 de abril de 2022** “por medio del cual se modifica el presupuesto de la presente vigencia 2022 Decreto de Liquidación nro. 145 del 31 de diciembre de 2021”, y el **nro. 027 del 07 de abril de 2022** “por medio del cual se modifica el presupuesto de la presente vigencia 2022 Decreto de Liquidación nro. 145 del 31 de diciembre de 2021”, el día 10 de junio de 2022 vía correo electrónico, por lo que los 20 días hábiles consagrados en el Decreto 1333 de 1986 corrieron del 13 de junio de 2022 (día hábil siguiente a la radicación de los Decretos) al 13 de julio de 2022, ello en atención a los días feriados del mes de junio y julio de 2022 y a los días de fin de semana.

Al respecto, debe aclarar la Sala que, en el caso concreto la forma de contabilizar el término de 20 días establecido en el artículo 119 del Código de Régimen Municipal para remitir el acuerdo a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es teniendo en cuenta los días hábiles.

Ahora bien, respecto de la fecha de presentación de la demanda, debe la Sala manifestar que, pese a que en el acta de reparto expedida por la Oficina Judicial se consigna como fecha de prestación de la demanda el 14 de julio de 2022, lo cierto es que fue presentada el 12 de julio de 2022 como puede evidenciarse en el acuse de recibido que arroja la ventanilla virtual, herramienta dispuesta para la presentación de las demandas. En este sentido debe la Sala precisar que la imprecisión presentada por la Oficina judicial en la fecha de reparto del asunto bajo análisis, indujo a este Juez Plural de decisión a error, en el sentido de considerar que se había presentado el fenómeno de caducidad.

En este orden de ideas, al haber sido presentada la demanda el 12 de julio de 2022, y no el 14 de julio de 2022 como se había considerado en un principio, para este Tribunal no existe duda respecto de la fecha de radicación de la demanda mediante la ventanilla virtual dispuesta por la oficina judicial de Manizales para tal efecto, y en tal sentido encuentra esta Sala que la demanda fue presentada dentro de la oportunidad legal.

En consecuencia, se repone la decisión de rechazo de la demanda, y en su lugar se dispone su admisión.

Por las razones expuestas, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,**

RESUELVE

PRIMERO: REPONER el auto del 19 de julio de 2022 por medio del cual se rechaza **por caducidad** el medio de control de Validez Instaurado Departamento de Caldas mediante la cual se cuestiona la validez de los artículos 1 y 2 del **Decreto municipal nro. 001 del 04 de**

enero de 2022 “por medio del cual se modifica el presupuesto de la presente vigencia 2022 Decreto de Liquidación nro. 145 del 31 de diciembre de 2021”, artículos 1 y 2 del **Decreto municipal nro. 004 del 14 de enero de 2022** “por medio del cual se modifica el presupuesto de la presente vigencia 2022 Decreto de Liquidación nro. 145 del 31 de diciembre de 2021”, artículos 1 y 3 del **Decreto municipal nro. 026 del 05 de abril de 2022** “por medio del cual se modifica el presupuesto de la presente vigencia 2022 Decreto de Liquidación nro. 145 del 31 de diciembre de 2021”, los artículos 1, 2, 3 y 4 del **Decreto municipal nro. 027 del 07 de abril de 2022** “por medio del cual se modifica el presupuesto de la presente vigencia 2022 Decreto de Liquidación nro. 145 del 31 de diciembre de 2021”, expedidos por el municipio de Victoria – Caldas.

EN CONSECUENCIA

SEGUNDO: Revisados los requisitos establecidos en el Decreto 1333 de 1.986, **ADMÍTASE** la presente solicitud de validez instaurada por la delgada del **GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS** a través de apoderado judicial, frente de los artículos 1 y 2 del **Decreto municipal nro. 001 del 04 de enero de 2022** “por medio del cual se modifica el presupuesto de la presente vigencia 2022 Decreto de Liquidación nro. 145 del 31 de diciembre de 2021”, artículos 1 y 2 del **Decreto municipal nro. 004 del 14 de enero de 2022** “por medio del cual se modifica el presupuesto de la presente vigencia 2022 Decreto de Liquidación nro. 145 del 31 de diciembre de 2021”, artículos 1 y 3 del **Decreto municipal nro. 026 del 05 de abril de 2022** “por medio del cual se modifica el presupuesto de la presente vigencia 2022 Decreto de Liquidación nro. 145 del 31 de diciembre de 2021”, los artículos 1, 2, 3 y 4 del **Decreto municipal nro. 027 del 07 de abril de 2022** “por medio del cual se modifica el presupuesto de la presente vigencia 2022 Decreto de Liquidación nro. 145 del 31 de diciembre de 2021”, expedidos por el municipio de Victoria – Caldas.

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

NOTIFÍQUESE personalmente al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales en la forma y términos indicados en el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011 modificado por la Ley 2080 de 2021.

Al **ALCALDE DE VICTORIA– CALDAS** alcaldia@victoria-caldas.gov.co
notificacionjudicial@victoriacaldas.gov.co

AI CONCEJO MUNICIPAL DE VICTORIA – CALDAS concejo@victoria-caldas.gov.co

AI MINISTERIO PÚBLICO al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales que se haya informado a la Secretaría de la Corporación.

AI GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS por estado electrónico y enviar mensaje al correo oficial para notificaciones judiciales sjuridica@gobiernodecaldas.gov.co notificacionesjudiciales@caldas.gov.co richeliev@hotmail.com

Se deja constancia que en la notificación de esta providencia no se adjuntara copia de la demanda toda vez que conforme a los anexos allegados el Departamento de Caldas en cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 162 del CPACA adicionado por la Ley 2080 de 2021, mediante correo electrónico del 17 de enero de 2022, envió copia de la demanda y sus anexos a la Alcaldía de Victoria - Caldas y al Concejo de Victoria– Caldas conforme al anexo obrante en el PDF nro. 02 del expediente electrónico.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

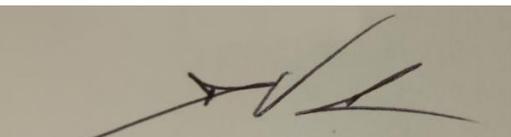
Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión, celebrada en la fecha el 04 de agosto de 2022, conforme acta nro. 045 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico nro. 139 del 08 de agosto de 2022

REPÚBLICA DE COLOMBIA

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, cuatro (04) de agosto de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17001-33-33-003-2019-00400-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	ANA ISMENIA GARCÍA BARCO
DEMANDADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL MUNICIPIO DE MANIZALES

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia, en virtud de recurso de apelación interpuesto por la Nación – Ministerio de Defensa – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contra la sentencia que accedió a pretensiones, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 24 de septiembre de 2021.

PRETENSIONES

1. Declarar la nulidad del acto ficto originado ante la negativa a responder petición presentada el 1 de noviembre de 2018, sobre el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo contados desde los 60 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías definitivas ante las demandadas, pues al momento de notificarse de la resolución renunció a los 10 días para interponer el recurso de reposición.
2. Declarar que la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde los 60 días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía definitivas ante la demandada, pues al momento de notificarse de la resolución renunció a los 10 días para interponer el recurso de reposición.

A título de restablecimiento del derecho:

1. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al municipio de Manizales a que reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006 a la demandante, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde los 60 días hábiles después de haber radicado la solicitud de ajuste de las cesantías ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2) Que se ordene Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al municipio de Manizales al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria, de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de ajuste de las cesantías, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia.

3) Condenar a las demandadas a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso como lo dispone el artículo 192 del CPACA.

4) Condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

HECHOS

✓ Señala que la demandante por laborar como docente solicitó el ajuste de sus cesantías definitivas mediante derecho de petición presentado el 5 de diciembre de 2017.

✓ Por medio de la Resolución nro. 0000130 del 21 de febrero de 2018, se le reconoció el ajuste de las cesantías definitivas solicitadas. Al momento de la notificación de este acto administrativo, la accionante renunció a los 10 días que establece el CPACA para interponer el recurso de reposición.

✓ Que el dinero por concepto de ajustes de cesantías fue puesto a disposición de la señora García Barco por intermedio de la entidad bancaria BBVA el día 26 de abril de 2018.

✓ Resaltó que la mora en las cesantías debe ser tenida en cuenta hasta la fecha en que realmente se efectuó el desembolso del dinero, ya que ni la secretaría de Educación ni el

fondo informaron a la docente la fecha en que se colocó el dinero a su disposición, situación que hace imposible en muchas oportunidades cobrarlo a tiempo, incluso que se genere la devolución a la entidad fiduciaria por falta de cobro.

✓ Que la solicitud de ajuste se radicó el 5 de diciembre de 2017, por lo que el plazo para cancelar las cesantías venció el 5 de marzo de 2018, pero el desembolso solo se presentó en su totalidad el 26 de abril de ese año, luego de haber transcurrido 51 días de mora contados a partir de los 60 días hábiles que tenía la entidad para tramitar y cancelar la cesantía hasta el momento en que se efectuó el pago.

✓ A través de petición presentada el 1 de noviembre de 2018 se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria; petición que fue resuelta negativamente de forma ficta.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Consideró que el acto administrativo cuya nulidad se pretende infringe los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; los artículos 1 y 2 de Ley 244 de 1995; y los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Manifestó que el pago de las cesantías de los docentes afiliados al fondo siempre ha estado menoscabando las disposiciones que regulan la materia, incurriendo en mora injustificada para el pago de la prestación, y en virtud de estas circunstancias fueron expedidas de manera progresiva la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, mediante las cuales se reguló la situación particular del pago de cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, consagrando un término de 15 días para el reconocimiento y 45 días para el pago.

Refirió que el espíritu de la normativa que contempla la sanción moratoria es proteger el derecho de los servidores públicos que se retiran del servicio a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías; en tal sentido, estableció el procedimiento para su reconocimiento y pago, consagrando, entre otros asuntos, una sanción a cargo de la administración y a favor del trabajador correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, en caso de constituirse retardo en el pago definitivo de la referida prestación.

Para apoyar su postura, citó jurisprudencia relativa al tema.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

MUNICIPIO DE MANIZALES: solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda; y en relación con los hechos, aunque sostuvo que dejaba la discusión de cada uno de ellos a lo que se demostrara en el proceso conforme lo determinado por el artículo 195 del CGP, se pronunció de manera expresa sobre cada uno.

Como argumentos de defensa, hizo alusión al procedimiento establecido en la ley para el reconocimiento de prestaciones sociales en favor de los docentes, al tenor del Decreto 2831 de 2005, para concluir que la secretaría de Educación procedió a expedir el acto administrativo de reconocimiento de la prestación dentro del término legal establecido.

Que, aunado a ello, en este caso se reclamaba sanción moratoria, pero sobre el ajuste a las cesantías, lo cual no tiene asidero jurídico ya que esta penalidad solo se estableció por el legislador para el pago tardío de las cesantías, situación que afirmó ya ha sido objeto de estudio por parte del Tribunal Administrativo de Caldas.

Propuso las excepciones de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva del municipio de Manizales y su secretaría de Educación:** con apoyo en el Decreto 2831 de 2005, adujo que las entidades territoriales solo cumplen funciones operativas o de trámite en el reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes.
- **Inaplicabilidad de la Ley 1071 de 2006 al municipio de Manizales en el trámite de reconocimiento y pago de cesantías a cargo del FOMAG y Fiduprevisora:** aclaró que, aunque el municipio de Manizales es la entidad empleadora, no es quien tiene a cargo el reconocimiento y pago de unas cesantías parciales o definitivas, ya que estas se encuentran a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales y la Fiduprevisora, y por ello el término de 15 días otorgado por la ley para la expedición de la resolución de reconocimiento no se le puede aplicar al municipio de Manizales por no ser la entidad pagadora.
- **Genérica:** pidió se declare cualquier otra excepción que se encuentra acreditada.

NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: no contestó la demanda.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 24 de septiembre de 2021 accedió a pretensiones, tras plantearse como problemas jurídicos determinar si la Ley 1071 de 2006, modificatoria de la Ley 244 de 1995, era aplicable al régimen prestacional de los docentes contenido en la Ley 91 de 1989; si resultaba aplicable la Ley 1071 de 2006 al régimen especial de los docentes desde qué fecha se causaría la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales o definitivas; y en caso de acceder a pretensiones de la demanda, si se configuraba la prescripción de la sanción moratoria reconocida.

Explicó en primer momento que, aunque los docentes del sector público tienen una regulación en materia de cesantías prevista en la Ley 91 de 1989, esta norma no contemplaba dentro de su articulado la sanción que reclama la actora; y que las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 sí fijan los términos del pago oportuno de la prestación para los servidores públicos del artículo 123 de la Constitución Política, entre los que se encuentran los docentes.

En cuanto al término con que cuentan las entidades para el trámite y pago de las cesantías solicitadas por los empleados a los que les aplica la Ley 1071 de 2006, advirtió que se tiene un plazo máximo de 45 días hábiles a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación para cancelarlas, el cual debe proferirse dentro de los 15 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, por lo que si la entidad demora su trámite más allá de lo dispuesto en la ley, el servidor tiene derecho a que se le reconozca un día de salario por cada día de retardo, hasta cuando se realice el pago.

Resaltó que a partir de la sentencia de unificación del Consejo de Estado relacionada con la sanción moratoria no solo se ha mantenido el criterio de conceder la sanción moratoria por pago tardío de cesantías, sino que ha precisado los posibles eventos en que esta se presente. En este sentido, ha identificado cómo se deben contar la mora dependiendo de si la petición a la administración ha obtenido respuesta o no, si ha sido notificado el acto administrativo en término a su destinatario y de la forma en que se ha presentado la notificación.

Que al aplicar los planteamientos de la sentencia de unificación al presente caso, la petición de reconocimiento de cesantías fue radicada el 5 de diciembre de 2017, empezando a partir del día siguiente a correr los términos, siendo contestada de manera

extemporánea mediante Resolución nro. 0000130 del 21 de febrero de 2018; petición de reconocimiento que se afirmó fue radicada en vigencia del CPACA por lo que el término de ejecutoria era 10 días, los cuales debían contarse a partir del día siguiente a su notificación, por lo que debía entenderse que transcurridos 60 días hábiles desde la presentación de la solicitud de reconocimiento de las cesantías sin que se haya realizado su pago, se causa el derecho a la sanción.

Que en el *sub lite* efectivamente hubo un retraso en el reconocimiento de la prestación, lo que genera el pago de una sanción moratoria en el período comprendido entre desde el 6 de marzo de 2018, inclusive, hasta el 24 de abril de 2018; sanción que debía ser liquidada con base en el salario devengado por la demandante durante los años 2017 y 2018.

En acatamiento de sentencia del Máximo Tribunal Administrativo, ordenó el pago del ajuste de la sanción con base en el IPC, de conformidad con el artículo 187 del CPACA, a partir del día siguiente que cesó la causación de la sanción moratoria hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, ordenando que en adelante corrieran los intereses consagrados en el artículo 192 y 195 del CAPCA.

En cuanto a la prescripción explicó que no se configuraba, teniendo en cuenta la fecha de exigibilidad de la sanción, la reclamación administrativa y la fecha de presentación de la demanda.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO.DECLARAR LA NULIDAD del acto administrativo ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo, por medio de la cual se negó el reconocimiento de una sanción por mora en el pago de cesantías de la demandante, que tiene como origen la petición presentada el 07 de diciembre de 2017.

SEGUNDO.-A título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocer y pagar a favor de la señora ANA ISMENIA GARCÍA BARCO la sanción por mora de que trata el párrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, consistente en un día de salario por cada día de retardo, por el período comprendido entre el 06 de marzo de 2018, inclusive, y hasta 24 de abril del 2018, inclusive. La sanción será liquidada con base en el promedio de los salarios devengados por la demandante para los años 2017 y 2018. Las sumas que resulten a favor de la demandante, deberán actualizarse conforme al

artículo 187 del C.P.A.C.A., a partir del día siguiente que cesó la causación de la sanción moratoria, esto es, desde el 25 de abril del 2018 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y pagará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en la citada norma.

CUARTO.-CONDENAR EN COSTAS a la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho, en la suma de \$515.900.

RECURSO DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio apeló la sentencia mediante memorial que reposa en el archivo #17 del expediente digital.

Indicó que la Ley 91 de 1989 es la norma que regula lo concerniente a las cesantías del personal docente, ya que las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 lo hacen frente a los servidores públicos del nivel general, lo que permite concluir que estas no son aplicables a los educadores del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Añadió que el Decreto 2831 de 2005 consagró el procedimiento exclusivo para el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al fondo, sin realizar discriminación alguna respecto del tipo de prestación que se tramita por ese procedimiento; sumado a que la petición se radica ante la secretaría de Educación, y la entidad fiduciaria procede con el pago luego de contar con el acto administrativo emitido por la respectiva entidad territorial, y en este caso se vislumbra la responsabilidad y obligación de pago de sanción del secretaría de Educación, quien de manera extemporánea expidió la resolución que otorgó la cesantía.

En relación con el cálculo de la sanción, sostuvo, de conformidad con la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, que la docente solicitó el reconocimiento el 7 de diciembre de 2017, razón por la que el ente territorial contaba con un plazo de 15 días para reconocer la prestación que feneció el 2 de enero de 2018; sin embargo, fueron reconocidas hasta el 21 de febrero de 2018, lo que evidentemente implica la expedición del acto administrativo fuera de término ya que la fecha límite para efectuar el pago de las

cesantías era el 22 de marzo de 2018, configurándose la mora a partir del 23 de marzo de 2018 y no 24 de marzo de 2018 como lo arguyó el *a quo*, razón por la que el cálculo efectuado no se encuentra acorde con la regla jurisprudencial y mucho menos con lo probado dentro del proceso, y más si se tiene en cuenta que el dinero fue puesto a disposición el 26 de abril de 2018, causándose 34 días de mora y no 50 días como lo concluyó la sentencia de primera instancia.

Además, precisó que el despacho tomó 60 días que tenía la entidad para reconocer y pagar las cesantías, lo cual es un término incorrecto bajo la hipótesis anteriormente mencionada, que se toma de la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018, ya que el término para contar los plazos para la moratoria son 70 días hábiles y no 60 días, siendo contradictoria la decisión del juez.

En cuanto a la indexación de la condena, señaló que teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial citado, se ha regulado que lo expresado en el artículo 187 del CPACA en su inciso final no es aplicable en el caso en concreto, toda vez que la indexación y la sanción moratoria son incompatibles, dado que la misma pretensión principal es una sanción que se le causa al ente público, y no debe causarse una doble sanción sobre un mismo derecho.

Finalmente, frente a la condena en costas, adujo que la misma no se rige por un concepto objetivo, sino que exige por parte del operador jurídico una valoración subjetiva para su condena, ya que no basta simplemente que la parte sea vencida, sino que debe realizarse una valoración de las conductas desplegadas por esa parte. En otras palabras, solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan causas para hacerlo, y en la medida de su comprobación.

Así las cosas, destacó que el *a quo* fijó de manera abrupta e inadecuada las agencias en derecho dado que la cuantía que se estimó para el presente asunto es de \$4.657.639 pesos (menor cuantía) y que al aplicarse el 10% de lo pretendido se obtiene un valor total de \$ 465.763,97 pesos y no \$515.900 pesos; por lo tanto, está siendo incongruente con lo indicado en sentencia y con lo permitido por el acuerdo en que se basó el juzgador de primera instancia para la fijación de las agencias en derecho en el presente asunto.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 247 del CPACA, las partes no se pronunciaron sobre el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES.

Al no observar irregularidades en el trámite del proceso que den lugar a declarar alguna

nulidad, se procede a decidir de fondo la *litis*.

Previo a plantear los problemas jurídicos a resolver en esta instancia, debe advertir la Sala que la sentencia de primera instancia analizó el reconocimiento de la sanción moratoria como si la misma se hubiera petitionado sobre el reconocimiento inicial de las cesantías, cuando lo cierto es que las pretensiones se encaminaban a que se conceda esa penalidad, pero sobre el reajuste de esta prestación, la cual fue reconocida mediante el acto administrativo 0000130 del 21 de febrero de 2018, lo que denota una vulneración al principio de congruencia externa de la sentencia.

Por ello, los problemas jurídicos que se plantearán en esta instancia tendrán que guardar relación con las súplicas de la demanda y lo decidido en la sentencia del 24 de septiembre de 2021.

Problemas jurídicos

1. ¿Tiene Derecho la parte actora a que se le reconozca la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, al tener la entidad demandada que reconocer reajuste de las cesantías?

En caso de que la respuesta sea positiva deberá resolverse:

2. ¿A qué entidad le corresponde el pago de la sanción moratoria por el pago tardío del reajuste de las cesantías reconocidas a favor de la parte demandante?

3. ¿Cuál es el salario base para liquidar la sanción moratoria?

4. ¿La condena al pago por la cantidad líquida de dinero se debe ajustar tomando como base el índice de precios al consumidor, tal y como lo ordena el inciso final del artículo 187 del CPACA?

5. ¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandada en primera instancia?

Lo probado

- Según los considerandos de la Resolución nro. 0000130 del 21 de febrero de 2018, a la accionante se le reconocieron cesantías definitivas a través de la Resolución nro. 253 del 7 de abril de 2017.

- Mediante la Resolución nro. 0000130 del 21 de febrero de 2018 se reconoció y ordenó a la demandante el pago de un ajuste de las cesantías definitivas por no haber incluido en la base de liquidación el valor de algunos factores con los cuales se retiró del servicio.
- Conforme a la constancia emitida por la Fiduprevisora, el dinero por concepto de cesantías reconocido mediante la Resolución nro. 130 del 2016 quedó a disposición de la señora Ana Ismenia García Barco el 26 de abril de 2018.
- Mediante petición radicada el 1 de noviembre de 2018 se solicitó el reconocimiento de una sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío del ajuste de las cesantías.

Primer problema jurídico

¿Tiene Derecho la parte actora a que se le reconozca la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, al tener la entidad demandada que reconocer reliquidación de las cesantías?

Tesis: La Sala defenderá la tesis de que el reajuste de las cesantías no da lugar al reconocimiento de sanción moratoria, en tanto este no es uno de los supuestos fácticos que se estableció en la norma para su procedencia.

Marco normativo

La Ley 244 de 1995¹ contempló:

Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

Artículo 2º.- La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías 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

¹ «Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»

pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo.

La anterior disposición fue modificada por la Ley 1071 de 2006², básicamente para señalar nuevos destinatarios de la norma.

Respecto al reconocimiento de sanción moratoria en caso de reliquidación de las cesantías, el Consejo de Estado en providencia del 4 de octubre de 2018 de la Sección Segunda - Subsección B, proceso con radicado interno 3490-15 expuso:

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 desvinculación³; 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 transcrita.”⁴ (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.

[...]

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

² «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.».

³ Cita propia del texto transcrito: Folios 14 a 16.

⁴ 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.

ley⁵". (Subrayado fuera de texto).

Dicha posición se ratifica en sentencia más reciente de la Sección Segunda – Subsección A del 9 de septiembre de 2021, radicado 17001-23-33-000-2018-00185-01(3324-19):

En ese sentido, se reitera que la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías consagrada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 no procede cuando se trate del pago inoportuno de una diferencia en la liquidación que debió pagarse, circunstancia que hace irrelevante analizar la oportunidad del momento en que se produjo el pago de la diferencia o saldo faltante frente a la liquidación inicial de las cesantías, por parte de la entidad demandada, pues ello no funge como hecho generador de la penalidad bajo estudio.

En pocas palabras, por el reajuste de la liquidación de cesantías, después de haberse cancelado el monto de la liquidación inicial, no puede imponérsele a la administración una pena de mora, puesto que, además de no estar establecida en disposición legal alguna para los casos de ajuste, desborda la finalidad para la que fue creada: castigar el retraso en el pago.

De acuerdo a lo anterior, se puede concluir que el Consejo de Estado ha sido reiterativo en considerar que el legislador no previó dentro de los supuestos de hecho que generan la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 o de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, el pago tardío de reajuste de las cesantías reconocidas, o que por razón de reajuste alguno haya lugar al pago de intereses moratorios, reduciendo en consecuencia su causación al reconocimiento y pago tardío de la liquidación inicial o reconocimiento inicial.

Al descender al caso concreto, quedó probado que a favor de la actora se reconocieron cesantías definitivas mediante la Resolución nro. 253 del 7 de abril de 2017.

Posteriormente, se reajustó el valor de las cesantías al incluir otros factores salariales, lo que se hizo mediante la Resolución nro. 0000130 del 21 de febrero de 2018, la cual fue cancelada el 26 de abril de ese mismo año.

Conforme a los anteriores hechos, es claro para este Tribunal que, no refiriéndose la demanda al pago extemporáneo del acto inicial que otorgó las cesantías definitivas, lo que existe es una solicitud de reajuste de esta prestación que la administración resolvió a favor de la accionante. En tal sentido, se advierte un error del *a quo* en la sentencia de primera instancia, toda vez que el análisis jurídico se realizó como si se trata del reconocimiento

⁵ 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.

inicial de las cesantías definitivas, más no del ajuste, que fue lo decidido en la Resolución nro. 0000130 del 21 de febrero de 2018.

De acuerdo a lo expuesto, la Sala concluye que el pago de la diferencia originada en la reliquidación de que fueron objeto las cesantías definitivas reconocidas no configura el derecho a la sanción moratoria pretendida en la demanda, pues como se señaló anteriormente, ella solo procede frente a la liquidación inicial, ya que frente a reliquidación no está prevista esta causal como generadora de sanción moratoria alguna. Además, los intereses moratorios como su mismo nombre lo indica son una sanción, y por tanto se requiere conforme a la dogmática sancionatoria una norma especial que establezca cuál es la causal para imponerla, sin que en este caso invocara la parte demandante disposición alguna que establezca una sanción moratoria en caso de reliquidación de cesantías, y como no se puede aplicar por analogía la penalidad establecida para el pago tardío de las cesantías iniciales, no se reconocerá este derecho.

Es de resaltar que este Tribunal ya ha emitido pronunciamientos en el mismo sentido en casos análogos desde las sentencias del 12 de marzo de 2021, proceso radicado 2019-00195; del 25 de noviembre de 2021, proceso radicado 2019-00207; y proceso radicado 2019-00032 del 20 de enero de 2022.

Como no se reconoce el derecho a la sanción moratoria, la Sala se inhibirá de resolver los demás problemas jurídicos planteados, incluido el de la condena en costas a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que la sentencia de primera instancia será revocada, por lo antes expuesto.

Conclusiones

Al no señalar la ley que el pago de reajustes de cesantías dé lugar a pago de intereses moratorios, se revocará el fallo proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito el 24 de septiembre de 2021, mediante el cual se accedió a las pretensiones de la parte actora, para en su lugar proceder a negar las mismas.

Costas

Atendiendo que en con esta sentencia se revoca la de primera instancia, conforme a las precisiones del C. G. del P., hay lugar a proveer sobre las costas en ambas instancias, sin embargo y atendiendo lo señalado en el numeral 2o del artículo 188 del CPACA, no se observa que en la demanda haya falta absoluta de fundamento legal y, por otro lado, no se demostraron gastos en el proceso, razón por la cual no se condenará en costas.

Por lo expuesto, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito el 24 de septiembre de 2021, dentro del proceso que por el medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** interpuso **ANA ISMENIA GARCÍA BARCO** contra **LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL MUNICIPIO DE MANIZALES**. En su lugar:

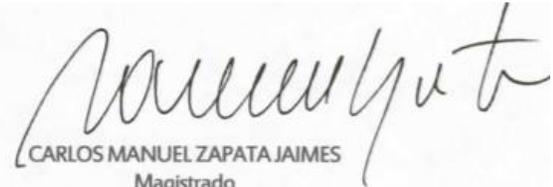
NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ambas instancias, por lo brevemente expuesto.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

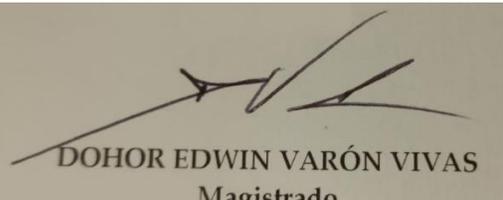
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 04 de agosto de 2022 conforme acta nro. 045 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 139 del 08 de agosto de 2022

REPÚBLICA DE COLOMBIA**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS****SALA PRIMERA DE DECISIÓN****MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, cuatro (04) de agosto de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17-001-33-33-003-2019-00465-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	LUZ ADRIANA RIVERA NARANJO
DEMANDADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Encontrándose el proceso de la referencia a despacho para sentencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 213 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, esta Sala de Decisión considera necesario decretar de oficio la práctica de la siguiente prueba de carácter documental.

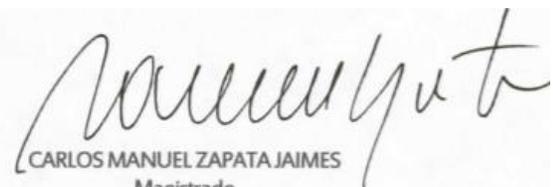
Por la Secretaría de esta corporación **OFÍCIESE** a la **FIDUPREVISORA S.A** para que en un término no mayor a cinco (5) días, siguientes al recibo de la correspondiente comunicación, certifiquen en qué momento se pusieron a disposición los dineros por concepto de cesantías parciales (\$8.700.000), reconocidos mediante Resolución nro. 5421-6 del 19 de junio de 2018 a la señora Luz Adriana Rivera Naranjo, identificada con cédula 1.059.703.910.

Aportada la prueba en mención, por la Secretaría de la Corporación **CÓRRASE** traslado de la misma a las partes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 110 del Código General del Proceso.

Surtido lo anterior, **REGRESE** inmediatamente el expediente al despacho del Magistrado ponente para proyectar la decisión que corresponda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

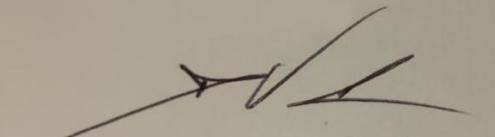
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 04 de agosto de 2022 conforme acta nro. 045 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 139 del 08 de agosto de 2022

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, cuatro (04) de agosto de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17001-33-39-007-2016-00142-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	IVÁN FERNANDO YANZA MEJÍA
DEMANDADO	HOSPITAL SAN BERNARDO DE FILADELFIA E.S.E y MUNICIPIO DE FILADELFIA.

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el fallo que accedió parcialmente a las pretensiones, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 10 de mayo de 2021.

PRETENSIONES

Se suplica por la parte actora, que se hagan los siguientes pronunciamientos:

PRIMERA.-

Que se declare la nulidad del **oficio sin número ni día de diciembre de 2015** expedido por la Dra. **PAULA TATIANA CADAVID NARANJO** mediante el cual se decidió no acceder al pago de salarios y prestaciones sociales.

SEGUNDA.-

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la **E.S.E. HOSPITAL SAN BERNARDO DE FILADELFIA (CALDAS)** y al **MUNICIPIO DE FILADELFIA (CALDAS)** pagar al Dr. **IVÁN FERNANDO YANZA MEJÍA** los siguientes salarios y prestaciones:

POR CESANTÍAS.-

TRES MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL DOCE PESOS M.C. (\$3.283.012), valor del salario que devengaba el trabajador y dado que trabajó un año por lo que tiene derecho a un mes de cesantías.

POR PRIMA DE SERVICIOS.-

TRES MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL DOCE PESOS M.C. (3.283.012), pues, tiene derecho a 30 días de salario por cuanto trabajó un año.

POR VACACIONES.-

UN MILLÓN SEISCIENTOS CUARENTA Y UN MIL QUINIENTOS SEIS PESOS M.C. (1.641.506), equivalente a 15 días por cada año de trabajo.

POR HORAS EXTRAS DIURNAS.-

Trabajó 364 horas extras diurnas a razón de \$17.098 la hora extra diurna, lo que nos da un total de **SEIS MILLONES DOSCIENTOS VEINTITRÉS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS M.C. (6.223.672)** por horas extras diurnas trabajadas.

POR HORAS EXTRAS NOCTURNAS.-

Trabajó 364 horas extras diurnas a razón de \$23.938 la hora extra nocturna, lo que nos da un total de **OCHO MILLONES SETECIENTOS TRECE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS M.C. (8.713.432)** por horas extras nocturnas trabajadas.

POR TRABAJO NOCTURNO.-

Trabajó 91 días nocturnos a razón de \$147.734 por día nocturno lo que nos da un valor de **TRECE MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO (\$13.443.794)** por trabajo nocturno.

POR DOMINICALES.-

Trabajó 11 domingos a razón de \$109.433 por cada domingo trabajado, el cual debe pagarse doble para un total de **DOS MILLONES CUATROCIENTOS SIETE MIL QUINIENTOS VEINTISÉIS PESOS M.C. (\$2.407.526)** por dominicales trabajados.

POR FESTIVOS.-

Trabajó 6 días festivos a razón de \$109.433 por cada día festivo trabajado, que debe pagarse doble, lo que nos da un total de **UN MILLÓN TRESCIENTOS TRECE MIL CIENTO NOVENTA Y SEIS PESOS M.C. (\$1.313.196)** por festivos trabajados.

POR SANCIÓN MORATORIA.-

De conformidad con la ley 1071 de 2006 el no pago oportuno de las prestaciones sociales genera una sanción de un día de salario por cada día de retardo. El doctor **IVÁN FERNANDO YANZA MEJÍA** dejó de trabajar el día 6 de noviembre de 2015 por lo que a la fecha de presentación de esta solicitud de conciliación (29 de marzo de 2016) han transcurrido 203 días a razón de \$109.433 diarios lo que nos da un total de **VEINTIDÓS MILLONES DOSCIENTOS CATORCE**

**MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL PESOS M.C.
(\$22.214.899) por sanción moratoria.**

GRAN TOTAL.-

**SESENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS VEINTICUATRO MIL
CUARENTA Y NUEVE PESOS M.C. (\$62.524.049)".**

HECHOS

Como fundamentos fácticos de las pretensiones la parte accionante esgrimió de manera compendiada:

Que el Dr. **Iván Fernando Yanza Mejía** laboró a órdenes de la **E.S.E. Hospital San Bernardo** bajo la figura de contrato de prestación de servicios profesionales médicos desde el 06 de noviembre de 2014 hasta el 06 de noviembre de 2015; no obstante, trabajó personalmente, bajo subordinación, sin autonomía ni independencia, cumpliendo un horario y recibiendo como contraprestación un salario, elementos propios de una relación laboral y no de un contrato de prestación de servicios.

Agrega que por existir un contrato de trabajo, el municipio de **Filadelfia -Caldas** y la **E.S.E. Hospital San Bernardo** se encuentran en la obligación de pagarle el reajuste salarial incluyendo todos los factores salariales: las cesantías, los intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, indemnización moratoria, trabajo suplementario (horas extras diurnas y nocturnas, dominicales y festivos trabajo nocturno) cuotas de seguridad y demás prestaciones sociales en igualdad de condiciones a los empleados de planta.

Manifiesta que el 13 de noviembre de 2015 presentó personalmente la correspondiente reclamación administrativa y la **E.S.E. Hospital San Bernardo de Filadelfia - Caldas** le notificó indebidamente la decisión de no acceder a la petición de reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales en diciembre de 2015, debido a que no especificó el día.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Decretos 3135 de 1968, 1849 de 1969 y 1045 de 1978, Decreto Ley 1042 de 1978; Decreto 1042 de 1978; Decreto 1045 de 1978, Ley 50 de 1981 Ley 10 de 1991, Ley 100 de 1993 y Constitución Política de Colombia artículos 1, 2, 3, 6, 13, 25, 53, 125.

Adujo que la forma en la que la entidad accionada contrato al actor para el cumplimiento del servicio obligatorio, esto es mediante contrato de prestación de servicios, desconoce la

normativa que regula el mismo, puesto que esta establece que la vinculación de los médicos en servicio social obligatorio debe hacerse mediante relación legal y reglamentaria, razón por la cual no se pueden celebrar contratos de prestación de servicios.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

E.S.E. HOSPITAL SAN BERNARDO DE FILADELFIA señaló que la vinculación de la demandante se efectuó bajo la figura de contrato de prestación de servicio y se ejecutó de manera independiente y con autonomía de la contratista; en consecuencia, tampoco era acreedora del pago de prestaciones sociales.

Respecto de las pretensiones manifestó que se opone a todas y cada una de ellas, toda vez que no existe ningún fundamento fáctico ni jurídico que amerite el reconocimiento y pago de las pretensiones económicas del actor por parte de la entidad demandada.

Como excepciones propuso las que denominó:

Ausencia de los elementos constitutivos de la relación legal o reglamentaria en virtud del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas: no existió subordinación o dependencia en relación con el demandante, la prestación del servicio se efectuó bajo la figura de esta modalidad de contratación pública regulada en la Ley 80 de 1993, con autonomía e independencia.

Argumentó que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, a pesar de que existan empleados de planta que realizan las mismas funciones, se justifica la vinculación del personal en la modalidad de prestación de servicios para satisfacer el objetivo de la entidad pública; en estos casos es totalmente admisible la coordinación de actividades sin que implique los elementos propios de una relación laboral.

Falta de causa para pedir la declaratoria de nulidad del acto administrativo: que no hay legitimidad de la parte actora, para obtener los efectos jurídicos que pretende porque su vinculación no corresponde a una relación laboral.

Cobro de lo no debido: en caso de acceder al reconocimiento de la accionante se auspiciaría un cobro de sumas no debidas.

Enriquecimiento sin causa: un pago indebido al accionante tiene como consecuencia un enriquecimiento sin causa a su favor.

Prescripción: en caso de que se accedan a las pretensiones solicitó se de aplicación al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

Caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho: con base en lo dispuesto en el artículo 138 del C.P.A.C.A. consideró que en el caso bajo estudio se configura la caducidad del medio de control.

Genérica: para que se declare probada toda circunstancia que configure una excepción a su favor.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 10 de mayo de 2021, accedió parcialmente a pretensiones, tras plantearse como problema jurídico si de la vinculación del señor Iván Fernando Yanza Mejía con la E.S.E. HOSPITAL San Bernardo de Filadelfia - Caldas a través de contratos de prestación de servicios se configuró o no una relación de índole laboral, que desnaturalizó los contratos de prestación de servicios suscritos por ambas partes y, por tanto, que le confiera el derecho al pago de los emolumentos legales que de ello se deriva.

Luego de relacionar el material probatorio así como las diferencias entre el contrato de prestación de servicios, la relación laboral y la figura del contrato realidad, encontró que en el presente caso se acreditó la prestación personal del servicio; la remuneración; y la subordinación y dependencia reflejada en el cumplimiento de un horario, la ejecución de órdenes, la exigencia de pedir permiso para ausentarse y las directrices impartidas desde la gerencia; elementos que daban cuenta de la existencia de una relación laboral entre las partes vigente entre quedando así desvirtuada la relación contractual.

Finalmente, se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de Ausencia de los elementos constitutivos de la relación legal o reglamentaria en virtud del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas y Prescripción, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR la existencia de la relación laboral entre la **E.S.E HOSPITAL SAN BERNARDO DE FILADELFIA** y el doctor **IVAN FERNANDO YANZA MEJÍA** durante el periodo comprendido entre el 06 de noviembre de 2014 al 06 de noviembre de 2015.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD del oficio de diciembre de 2015 (sin número y sin día de elaboración), procedente de la **E.S.E HOSPITAL SAN BERNARDO DE FILADELFIA** por medio del cual se negó la existencia del vínculo laboral con el accionante.

CUARTO: A título de indemnización y por las razones expuestas en la parte considerativa de esta decisión, la **E.S.E HOSPITAL SAN BERNARDO (SIC) DE FILADELFIA PAGARÁ** a **IVÁN FERNARDO (SIC) YANZA MEJÍA:**

□ El valor equivalente a las prestaciones sociales legales ordinarias y demás emolumentos devengados por quienes desempeñaban empleos de características similares a la actividad cumplida por el accionante en Empresas Sociales del Estado de condiciones similares al **HOSPITAL SAN BERNARDO DE FILADELFIA**, para el período comprendido entre el 6 de noviembre de 2014 al 06 de noviembre de 2015.

□ Tomar (durante el tiempo comprendido entre el 06 de noviembre de 2014 al 06 de noviembre de 2015) el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante (sueldo y demás factores salariales pagados y que aplican para el efecto), mes a mes. existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, **COTIZAR** al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador; el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo laboral y en la eventualidad que no la 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, conforme a la parte motiva de esta decisión.

Lo anterior conforme a lo relacionado en la parte considerativa de la providencia, para lo cual se tomará como base de liquidación el valor pactado en cada uno de los contratos.

QUINTO: La **E.S.E HOSPITAL SAN BERNARDO DE FILADELFIA** hará la actualización sobre las sumas adeudadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) del C.P.A.C.A, teniendo en cuenta los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la siguiente fórmula matemática adoptada por el Consejo de Estado:
R= RH x ÍNDICE FINAL
ÍNDICE INICIAL

SEXTO: La **E.S.E HOSPITAL SAN BERNARDO DE FILADELFIA DARÁ** cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A, **PREVINIÉNDOSE** a la parte

demandante de la carga prevista en el inciso 2º del artículo 192 ibídem.

SÉPTIMO: DECLÁRESE que el tiempo laborado por el señor **IVÁN FERNANDO YANZA MEJÍA** como médico en servicio social obligatorio, durante el 06 de noviembre de 2014 al 06 de noviembre de 2015, se debe computar para efectos pensionales. **OCTAVO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

NOVENO: A costa de la parte interesada, expídanse las copias auténticas que soliciten de esta providencia, teniendo en cuenta la Secretaría los lineamientos del artículo 114 del C.G.P.

DÉCIMO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte demandada **E.S.E HOSPITAL SAN BERNARDO DE FILADELFIA**, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso.

Se fijan Agencias en derecho por el equivalente al 4% del valor de las pretensiones reconocidas en esta sentencia¹⁰.

DÉCIMO PRIMERO: EJECUTORIADA esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

DÉCIMO SEGUNDO: La presente sentencia se notificará en los términos señalados en el artículo 203 del C.P.A.C.A. y contra la misma procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del C.P.A.C.A.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada presentó recurso de apelación, indicando que en el caso sub examine, no existió una subordinación o dependencia respecto del empleador para el contratista, por consiguiente no hay lugar al pago de crédito alguno por concepto de prestaciones sociales derivadas de una supuesta relación laboral dado que dentro del plenario no existen pruebas documentales o testimoniales que demuestren claramente el elemento de subordinación, tales como llamados de atención, memorandos, sanciones, felicitaciones, investigaciones disciplinarias, etcétera, que permitan afirmar que dependía del superior jerárquico que aduce, recibiendo órdenes continuas y realmente subordinadas.

De otro lado, y de acuerdo al material probatorio practicado en el trámite del proceso, se evidencia la ausencia de subordinación o dependencia por parte del accionante, toda vez que, la prestación de servicios se dio en el marco de una total autonomía personal e independiente por parte de aquel, en la forma señalada en los respectivos contratos de

prestación de servicios y para el cumplimiento de las actividades claras allí señaladas que debía cumplir el mismo, lo cual se demuestra también con los informes de cumplimiento de aquellas para proceder a su pago, los testimonios practicados y el interrogatorio de parte. No obstante, el contratista desde el inicio de la relación presentó propuesta de servicios con base en un contrato de prestación de servicios.

Finalmente, señaló que la parte demandante en el presente caso, no logró probar ninguna subordinación y la declaratoria del contrato realidad, basándose sus pretensiones en presunciones más que en un soporte probatorio, de ahí que la sentencia no se sustente en el material probatorio obrante en el cartulario, lo cual es motivo de inconformidad de esta parte, pues se cumple incluso con los precedentes jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado sobre el caso planteado del contrato realidad. Es por ello que se debe revocar el fallo de primera instancia, y en su lugar negar las pretensiones del demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Conforme a la constancia secretarial visible en PDF nro. 05 las partes guardaron silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

No se observa alguna irregularidad en el proceso que pueda dar lugar a una nulidad, y procede la Sala a resolver de fondo la litis.

Problemas jurídicos

1. ¿En el vínculo contractual que existió entre Iván Fernando Yanza Mejía y la ESE Hospital San Bernardo de Filadelfia, hoy liquidada, se configuraron los elementos de subordinación, prestación personal del servicio y remuneración, que permitan declarar una verdadera relación laboral?
2. ¿Se configuró la prescripción extintiva del derecho?

Lo probado

- Se allegó copia del Contrato nro. 118-2014 celebrado entre las partes, cuyo objeto era la prestación del servicio profesionales de médico de servicio social obligatorio en la ESE Hospital San Bernardo de Filadelfia – Caldas, desde el 06 de noviembre de 2014 hasta el

31 de diciembre de 2014, por un valor total de \$5.721.100.00(PDF nro. 01 contentivo del cuaderno 1 del expediente digitalizado)

- Obra copia del Contrato 020-2015 celebrado entre las partes cuyo objeto era la prestación del servicio profesionales de médico de servicio social obligatorio en la ESE Hospital San Bernardo de Filadelfia – Caldas, desde el 01 de enero de 2015 hasta el 06 de noviembre de 2015 por un valor total de \$33.486.622.00 (ibidem)

- Mediante petición presentada el 13 de noviembre de 2015 el actor solicitó ante el Hospital San Bernardo de Filadelfia – Caldas el reconocimiento de una relación laboral, y en consecuencia el reconocimiento y pago de las prestaciones a las que tiene derecho por el tiempo en el que estuvo vinculado a la entidad (Ibidem)

- Mediante oficio del 03 de diciembre de 2015 la E.S.E. Hospital San Bernardo de Filadelfia negó el reconocimiento solicitado por el actor.

- Se allegó un certificado de la E.S.E. Hospital San Bernardo de Filadelfia Caldas del 10 de noviembre de 2015 donde se indica que el actor, prestó sus servicios como Coordinador médico en la entidad entre enero de 2015 y el 06 de noviembre de 2015, mediante contrato de prestación de servicios.

- Se allegó certificado de la Dirección Territorial de Salud de Caldas de 13 de noviembre de 2013 donde se informa que el doctor Yanza Mejía cumplió el servicio social obligatorio como médico en la plaza identificada con el código 1727200820011-4 del 06 de noviembre de 2014 al 06 de noviembre de 2015, mediante contrato de prestación de servicios.

- Se allegó copia de los Cuadros de turnos médicos de la E.S.E Hospital San Bernardo de Filadelfia, correspondientes a los meses de noviembre de 2014 a noviembre de 2015, en los cuales se evidencia los turnos asignados y cumplidos por el actor.

- Se allegó copia del Acuerdo No. 006 de diciembre 18 de 2013 por medio del cual se refrenda el plan de cargos y asignaciones de la E.S.E. Hospital San Bernardo de Filadelfia Caldas, Vigencia fiscal del 01 de enero al 31 de diciembre de 2014.

- Se allegó copia del Acuerdo No. 002 de agosto 01 de 2014, por medio del cual se adopta el manual de contratación de la E.S.E. Hospital San Bernardo de Filadelfia.

- En audiencia de pruebas celebrada el 25 de abril de 2018 se recibieron los siguientes testimonios:

Julialba Montoya Chica, quien labora en la **E.S.E. Hospital San Bernardo de Filadelfia** como enfermera jefa del área de urgencias y hospitalización, indicó en su testimonio:

“PREGUNTA: ¿Indíqueme al Despacho todo lo que conozca respecto de las labores que debía realizar el Doctor Iván Fernando Yanza en el Hospital San Bernardo de Filadelfia durante el tiempo que se desempeñó en el año rural? **CONTESTÓ:** Estos profesionales llegan allá y como es un grupo de más o menos 3, 4, 5 médicos ellos elaboran el cuadro de turnos, ellos mismos lo desempeñan, lo desarrollan, combinando los turnos haciendo el servicio de turnos en el área de urgencias y en consulta externa. **PREGUNTA:** ¿Indíqueme al Despacho si una vez elaborado esos turnos por el grupo de médicos, ellos le deben reportar la fijación del horario de esos turnos a alguna persona? **CONTESTÓ:** No, porque entre ellos mismos lo elaboraban y ellos respondían por los turnos. **PREGUNTA:** ¿Indíqueme al Despacho quien verificaba si los turnos se cumplían por parte de los diferentes médicos, o ellos podían dejar de cumplir los turnos de manera deliberada? **CONTESTÓ:** Ellos hacían los cuadros de turnos y como la mayoría iban de lejos, ellos organizaban los turnos de forma tal que a ellos les quedaran varios días libres para viajar a sus sitios de procedencia. Que entregaran indicaciones o a quien tuvieran que dar información pues me imagino que era a la gerente, le entregaban el cuadro de turnos entre ellos mismos y ellos no sé si lo socializaban, sino que respondían ellos iban a hacer las labores de trabajo en los horarios que tenían en los cuadros. **PREGUNTA:** ¿Si el médico no iba a atender su turno qué sucedía? **CONTESTÓ:** Yo no recuerdo, que yo recuerde, que yo recuerde siempre cumplían el horario, es que entre ellos si necesitaban viajar o hacer alguna diligencia entonces entre ellos mismos organizaban el turno, nunca se quedó como solo el servicio, entre ellos mismos organizaban los turnos cuando necesitaban salir. **PREGUNTA:** ¿Indíqueme al Despacho si los turnos eran establecidos en qué cantidad de horas y en qué cantidad de días en la semana? **CONTESTÓ:** La verdad no sé, porque los turnos los organizaban entre ellos. **PREGUNTA:** Cuando usted refiere que eran 5 médicos y que entre ellos establecían los turnos, ¿esos 5 médicos todos se encontraban prestando el año rural o por el contrario había médicos que ya habían superado ese año rural como tal? **CONTESTÓ:** Todos eran de servicio social obligatorio, de año rural. **PREGUNTA:** ¿Indíqueme al Despacho qué labores debían desarrollar los médicos que se encontraban vinculados al Hospital prestando su año rural? **CONTESTÓ:** En el área de consulta externa haciendo consulta externa y en el servicio de urgencias y hospitalización atendían los pacientes que llegaban a urgencias y si era el caso de hospitalizarlos se hospitalizaban. **PREGUNTA:** ¿Recuerda usted qué personas y qué cargo desempeñaban quienes se encontraban en la planta de personal del Hospital? **CONTESTÓ:** de todo el personal no me acuerdo, me acuerdo que habíamos de planta y de contrato, de planta estamos laboratorio, una higienista oral, dos auxiliares de enfermería en el área de consulta externa, dos en el área de urgencias, los dos técnicos de saneamiento y yo. **PREGUNTA:**

¿Indíqueme al Despacho si en los eventos en que el Doctor Yanza Mejía debía ausentarse de las labores era necesario que él efectuara el respectivo permiso y en caso afirmativo a quien le pedía ese permiso? **CONTESTÓ:** No sé. **PREGUNTA:** ¿Existía algún tipo de jefe inmediato del médico Iván Fernando Yanza Mejía? **CONTESTÓ:** No, jefe inmediato no, pues como todos sabemos todos respondemos ante una gerencia, pero a un jefe inmediato no. **PREGUNTA:** ¿En algún momento llegó usted a percibir, denotar, observar que se le diera algún tipo de orden directa el médico Iván Fernando por parte de algún funcionario del Hospital? **CONTESTÓ:** No, por un funcionario del Hospital no. **PREGUNTA:** ¿Por parte del gerente de la institución en alguna oportunidad le llegó a ordenar algún tipo de actividad relacionada con el cumplimiento de sus funciones o actividades? **CONTESTÓ:** No sé si la gerente hablaba con ellos con órdenes. **PREGUNTA:** ¿Sabe usted si en alguna oportunidad la gerencia o algún funcionario del área administrativa le llegó a llamar la atención al Doctor Iván Fernando Yanza Mejía por la prestación de su servicio en hospitalización y en urgencias? **CONTESTÓ:** No sé. **PREGUNTA:** ¿Las actividades que cumplía el doctor Iván Fernando Yanza en el Hospital en el área de urgencias y consultas las realizaba con completa autonomía e independencia? **CONTESTÓ:** Yo creo que sí, porque como vuelvo y repito entre ellos mismos hacían el cuadro de turnos y entre ellos mismos se organizaban como iban a trabajar. (...) **PREGUNTA:** ¿Sabe usted si ha tenido creado el cargo de médico del servicio social obligatorio? **CONTESTÓ:** Sí, los médicos de servicio social obligatorio son los que hacen el año rural. **PREGUNTA:** ¿Pero si el Hospital como tal lo tiene creado dentro de su planta de cargos? **CONTESTÓ:** No, eso viene desde la Dirección Territorial. **PREGUNTA:** ¿Sírvese informar si después de establecer entre ellos los turnos como usted dice, en qué horario trabajaban, a quienes les correspondía el turno, en qué horario trabajaban? **CONTESTÓ:** En consulta externa hemos tenido el horario de 07:00 a.m. a 12:00 p.m. y de 01:30 p.m. a 06:00 p.m., y en el servicio de urgencias es de 24 horas, ingresan a las 07:00 a.m. y salen al otro día a las 07:00 a.m”.

Paula Tatiana Cadavid Naranjo, quien laboró en la **E.S.E. Hospital San Bernardo de Filadelfia** como gerente en el periodo de tiempo durante la ejecución de los contratos de prestación de servicio, indica en su testimonio:

PREGUNTA: ¿Qué actividades debía desarrollar usted para el manejo de personal dentro de esas funciones como gerente? **CONTESTÓ:** Llevar el control de las actividades que realizaban los funcionarios, contrataba el personal, era supervisora de algunos de los contratos. (...) **PREGUNTA:** ¿usted conoce al señor Iván Fernando Yanza y por qué motivo? **CONTESTÓ:** Si lo conozco, porque hizo en el hospital San Bernardo el rural de médico, el servicio médico obligatorio. **PREGUNTA:** ¿Cómo fue la vinculación del doctor Iván Fernando Yanza? **CONTESTÓ:** mediante contrato de prestación de servicios. **PREGUNTA:** ¿Cuántos médicos había en este momento en el hospital? **CONTESTÓ:** habían 4 médicos **PREGUNTA:** ¿Puede indicarle al Despacho qué actividades le correspondía realizar a los médicos que estaban vinculados a la entidad hospitalaria?

CONTESTÓ: Realizar atención a los pacientes en consulta externa y urgencias. **PREGUNTA:** ¿Quién le asignaba las áreas para el desarrollo de las actividades, es decir, ¿en consulta externa o en urgencias a los médicos? **CONTESTÓ:** Ellos desarrollaban un cuadro de turnos, que lo hacían entre ellos mismos. **PREGUNTA:** ¿Ese cuadro de turnos que ellos elaboraban se lo debían presentar o entregar a alguien en particular? **CONTESTÓ:** No ellos lo hacían entre ellos, ellos lo concertaban entre ellos y lo publicaban en una cartelera en el servicio de urgencias. **PREGUNTA:** ¿Quién debía controlar que efectivamente los médicos asistieran a los turnos que previamente habían establecido ellos mismos? **CONTESTÓ:** pues realmente ellos, cada quien sabía cuáles eran sus funciones y que debían llegar a turno cierto, no había un control estricto de si el médico estaba o no, porque es responsabilidad de cada quien llegar a lo que le correspondía según el cuadro. **PREGUNTA:** ¿Qué sucedía si alguno de los médicos no asistía a ese turno? **CONTESTÓ:** Se remplazaba la consulta o el turno con otro médico con el que estuviera descansando, porque el médico que hacía turno en urgencias descansaba al otro día, se concertaba con él, sí él podía hacer ese turno y se le pagaban esas horas que hacía de más, adicionales. **PREGUNTA:** ¿Quién hacía esa gestión para concertar con el médico para que reemplazara al otro? **CONTESTÓ:** Yo como gerente. **PREGUNTA:** ¿Si el médico no se presentaba a prestar su turno se le hacía algún requerimiento por la entidad hospitalaria? **CONTESTÓ:** No, nunca se les hizo requerimientos por algo, si se ausentaban o si no iban. Igual ellos las veces que se ausentaban lo concertaban entre ellos mismos para no ir a interferir con las actividades de la programación del cuadro, entre ellos mismos organizaban los turnos, si alguno tenía que ir a hacer alguna diligencia, entre ellos mismos se cuadraban. **PREGUNTA:** ¿La función desempeñada por el doctor Iván Fernando Yanzan se considera que tenía relación con la misión de la entidad hospitalaria? **CONTESTÓ:** yo diría que sí, porque ellos atienden usuarios y nosotros somos contratos por las EPS para la atención de sus pacientes **PREGUNTA:** ¿Como estaba constituida la planta de personal del hospital para los años 2014 y 2015? **CONTESTÓ:** no recuerdo muy bien, era la enfermera jefa, el gerente general que estaba nombrada por un periodo fijo de 4 años, he había unos auxiliares administrativos, había dos técnicos de saneamiento, no recuerdo muy bien, no recuerdo el número, pero habían 12 personas, no habían médicos en esa planta de personal. **PREGUNTADO:** ¿Cómo explica usted que dentro de la planta de personal del Hospital San Bernardo de Filadelfia no existieran médicos? **CONTESTÓ:** Porque no recuerdo bien el año, el Hospital se sometió a una reestructuración de personal y la planta quedo conformada de esa manera. **PREGUNTA:** ¿Qué horario debían prestar los turnos los médicos de acuerdo a los cuadros que ellos concertaban y que usted ha indicado? **CONTESTÓ:** El Hospital para el servicio de Urgencias prestaba el servicio las 24 horas y consulta externa eran 8 horas diarias, pues por la comodidad de los pacientes porque no podíamos citarlos a todos en una misma hora se programaban citas de 20 minutos que me acuerde, desde las 07 a.m. a 12:00 p.m y de 02:00 p.m. a 06:00 p.m. en ese tiempo era que se atendían a los usuarios en consulta externa. **PREGUNTA:** ¿Recuerda usted cómo se retribuía la labor prestada por los médicos que se encontraban vinculados al Hospital San Bernardo de Filadelfia y en

especial cómo se retribuían los servicios del Doctor Yanza Mejía? **CONTESTÓ:** No recuerdo muy bien, era un salario pues integral, de ahí ellos pagaban su seguridad social, he ellos hacían a veces disponibilidades efectivas, por ejemplo salía una urgencia vital, el médico debía salir en la ambulancia con ese paciente se le pagaban esos turnos adicionales aparte de lo que ellos recibían por el honorario que se había pactado y si hacían horas adicionales por ejemplo porque reemplazaban a un médico que no asistía eso también se le pagaba a ellos aparte de lo que estaba pactado en el contrato. **PREGUNTA:** ¿Esos pagos adicionales por los desplazamientos o los turnos adicionales, esos pagos estaban establecidos dentro de los contratos de prestación de servicios o por qué se realizaban esos acuerdos? **CONTESTÓ:** Se hacían mediante una orden de servicios y eran concertados con los médicos, si ellos decían no yo no quiero hacer esas horas, obviamente no las hacía, si el médico accedía a hacerlas se les pagaba aparte de lo que ya estaba pactado en el contrato. **PREGUNTA:** Es decir que por si ejemplo era necesaria la remisión de un paciente y el acompañamiento de la remisión del médico, ¿él podía negarse a hacer el acompañamiento del paciente para el traslado? **CONTESTÓ:** En ese caso no podía negarse porque es la vida de un paciente y esa es la labor del médico y eso estaba entre los mismos cuadros que ellos realizaban, ellos sabían que del médico que estaba atendiendo los pacientes de consulta externa era el que estaba disponible y si salía alguna remisión debía salir con ese paciente. **PREGUNTA:** ¿Puede usted aclararle al Juzgado cómo se realizaba el procedimiento para que los médicos del servicio social obligatorio llegaran a la E.S.E. Hospital San Bernardo de Filadelfia? **CONTESTÓ:** Las plazas se inscribían ante la Dirección Territorial y el Ministerio realizaba un sorteo. **PREGUNTA:** ¿Dentro de esa inscripción usted en calidad de gerente del Hospital San Bernardo colocaba de presente las condiciones a través de las cuales iba a vincular a ese profesional el día de mañana? **CONTESTÓ:** Si, dentro de lo que exigía la Dirección Territorial era que se dijera bajo que modalidad de contratación se iba a vincular al profesional y recuerdo que la resolución 1058 de 2010 del Ministerio en el artículo 15 nos decía que podía contratarse mediante contrato laboral, nombramiento o prestación de servicios, entonces siempre se dejaba claro que se iba a vincular mediante prestación de servicios. **PREGUNTA:** Es decir que el Doctor Iván Fernando Yanza Mejía sabía que la forma de su vinculación con la E.S.E iba a ser un contrato de prestación de servicios? **CONTESTÓ:** Si sabía. **PREGUNTA:** ¿Usted sabe quién realizaba la supervisión del contrato del doctor Yanza Mejía? **CONTESTÓ:** No recuerdo. **PREGUNTA:** ¿Bajo ese proceso sabía quién era el jefe inmediato del doctor Yanza Mejía? **CONTESTÓ:** Tampoco recuerdo. **PREGUNTA:** ¿Él sí tenía un jefe inmediato en periodo contratista? **CONTESTÓ:** No recuerdo. **PREGUNTA:** ¿En calidad de gerente en alguna oportunidad le llegó a dar algún tipo de orden diferente a las actividades que estaban señaladas en el contrato del Doctor Yanza? **CONTESTÓ:** No. **PREGUNTA:** ¿Le pudo haber llegado hacer algún tipo de llamado de atención por su comportamiento con pacientes o actuaciones relacionadas con la prestación de servicios? **CONTESTÓ:** Que yo recuerde no. **PREGUNTA:** ¿Si algún funcionario de carácter directivo de la E.S.E. pudo realizar algún tipo de llamado de atención? **CONTESTÓ:** Tampoco lo recuerdo. **PREGUNTA:** ¿Díganos qué

requería el Doctor Iván Fernando Yanza Mejía para que se le realizara el pago de sus honorarios? **CONTESTÓ:** Presentar la planilla de seguridad social y un informe de actividades que nosotros lo descargábamos, era como del sistema mirábamos que actividades se habían desarrollado en el mes, pero básicamente lo que ellos entregaban para el pago era el pago de la seguridad social. **PREGUNTA:** ¿Aparte de las actividades que tenía señaladas en el contrato bajo la cláusula establecida en su contrato de prestación de servicios, ellos debían cumplir algún tipo de actividad diferente durante el tiempo que estaban en la institución hospitalaria o por fuera de la institución hospitalaria? **CONTESTÓ:** No, lo que pues explico era que si hacían turnos adicionales era concertado con ellos, obvio si ellos lo querían hacer se les pagaba adicional por eso, no había actividades por fuera. **PREGUNTA:** ¿En su calidad de gerente usted llegó a pedir algún tipo de informe adicional para poderle cancelar los honorarios al Doctor Yanza Mejía durante ese año de servicios? **CONTESTÓ:** Ninguno. **PREGUNTA:** ¿Manifiesta el apoderado del demandante Iván Fernando Yanza que el Doctor estuvo subordinado con la E.S.E. Hospital San Bernardo, usted que nos puede decir al respecto? **CONTESTÓ:** No, pues ellos como lo expliqué desde un principio las actividades que ellos desarrollaban era por un cuadro de turnos que ellos mismo hacían, nadie lo imponía, era concertado entre los mismos médicos que se desarrollaban las actividades. **PREGUNTA:** ¿Según eso puede decirse entonces que las actividades que cumplió el Doctor Yanza Mejía eran completamente autónomas e independientes? **CONTESTÓ:** Si. **PREGUNTA:** Teniendo en cuenta que todos los médicos, obviamente de servicio social obligatorio, cuando requería hacer algún tipo de vuelta o diligencia ¿debían pedir algún tipo de permiso a algún funcionario de la E.S.E.? **CONTESTÓ:** No, ellos entre ellos concertaban eso, organizaban los turnos para no afectar como la prestación del servicio, pero ellos eran autónomos. **PREGUNTA:** ¿Hubo un momento en el que se declaró en el municipio de Filadelfia una situación de alerta amarilla hacia finales del mes de mayo del año 2015, usted recuerda si recibió algún tipo de carta por parte del Doctor Yanza comunicando una salida hacia fuera del municipio y que comunicaba que no podía estar en esos días? **CONTESTÓ:** No Doctor, no recuerdo. **PREGUNTA:** ¿Dijo usted en respuesta anterior que cuando un médico faltaba usted concertaba con los demás médicos quien le reemplazaba, pero luego dijo también que era ente ellos que se facilitaban los turno a fin de hacer cualquier gestión, no cree usted que hay una contradicción en esas respuestas? **CONTESTÓ:** No señor porque una cosa es cuando ellos necesitan hacer alguna diligencia personal entre ellos concertaban, cierto, diferente es por ejemplo cuando un médico no puede llegar al servicio porque lo incapacitaron, por "x" o "y" razón no pudo llegar, entonces en ese momento es cuando yo concertó con el médico que está libre en su día de descanso para que reemplace esas horas que el médico no pudo venir a hacer. **PREGUNTA:** Dice usted que en compañía de contaduría pagaban a los médicos, ¿era un pago fijo, variaba? **CONTESTÓ:** El pago era, el pago que estaba pactado en el contrato y si en ese mes había disponibilidades efectivas o había hecho turnos en el día que estaba descansando, había hecho pues alguna actividad, era ese pago adicional. **PREGUNTA:** ¿El doctor Yanza y los cuatro médicos más trabajaron algunas veces los sábados,

domingos de noche, en cualquier horario?, ¿trabajaban festivos?

CONTESTÓ: Ellos tenían un cuadro de turnos, sí, que incluía esos días.

PREGUNTA: ¿Cómo les pagaban ustedes esos trabajos nocturnos, en dominicales, en festivos, horas adicionales, en trabajo suplementario? **CONTESTÓ:** No, eso estaba incluido dentro del contrato.

Al actor, **Iván Fernando Yanza Mejía** se le practicó un interrogatorio de parte por parte de la entidad accionada en el cual indicó:

PREGUNTA: ¿En desarrollo de las actividades que se encuentran señaladas en el respectivo contrato de prestación de servicios, usted llegó a recibir algún tipo de orden, siendo así de quien y para qué?

CONTESTÓ: Yo ingresé el 06 de noviembre de 2014 en ese momento el coordinador médico de la institución era el Dr. Alexander, que disculpe su señoría ya no recuerdo el apellido del Dr., el Dr. Alexander fue el coordinador hasta diciembre, finalizar 2014, concertado con él, él me solicitó que si yo quería seguir siendo el coordinador médico y a lo cual yo acepté, entonces en adelante yo fui el coordinador de enero hasta noviembre 06 de 2015, entonces como coordinador yo era el encargado de hacer el cuadro de turnos y responsablemente hacía llegar ese cuadro de turnos al área de urgencias, al área de consulta externa, y también entregaba copia a la gerencia; entonces directamente yo no tenía pues como ya lo teníamos claro no había un médico por nómina o un superior médico, entonces yo hablaba directamente con la gerente, o sea nosotros hablábamos, el canal directo era la gerente y yo, sí.

PREGUNTA: ¿Bajo esa situación usted recibió algún tipo de orden de la gerente?

CONTESTÓ: Pues es que dentro de nuestras actividades, no había forma de negarse a la prestación del servicio de urgencias o consulta externa, se daba por entendido desde el principio cuáles eran nuestras obligaciones, nunca se presentó el hecho que pues a mí me tocara ausentarme a uno de mis turnos, no sufrí pues enfermedades, no me tuve que incapacitar, entonces no hubo de alguna manera como una orden adicional, no.

PREGUNTA: Indíqueme al Despacho ¿cuál era la relación que existía entre la gerencia y el grupo de médicos que prestaba sus servicios en la E.S.E. Hospital San Bernardo de Filadelfia?

CONTESTÓ: Pues, la gerencia se encargaba de mirar que ninguno de los médicos faltara a los turnos, pues que estaban programados, consulta externa, también si habían quejas por parte de los médicos ella era quien debía estar pendiente, digamos de disciplinar a los compañeros y pues en realidad ella velaba que si cumpliéramos con nuestras funciones.(...)

PREGUNTA: Indíqueme al Despacho si los cuadros de turno que se elaboraban por parte del médico coordinador se debían reportar a la gerencia o alguna otra persona dentro del hospital?

CONTESTÓ: Si señor, como lo dije anteriormente yo me encargaba de que el respectivo cuadro de turnos llegara una copia a gerencia, al área administrativa y al área pues de consulta externa y de urgencias, sacaba varias copias y en cada uno de los lugares entregaba una copia, pues porque de ahí mismo se cuadraba la consulta externa, entonces había que hacerlo, era fundamental que existiera un cuadro de turnos y que se le entregara copia a las partes, a las diferentes áreas.

Primer problema jurídico

¿En el vínculo contractual que existió entre Iván Fernando Yanza Mejía y la ESE Hospital San Bernardo de Filadelfia, hoy liquidada, se configuraron los elementos de subordinación, prestación personal del servicio y remuneración, que permitan declarar una verdadera relación laboral?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que entre el señor Yanza Mejía y la entidad demandada existió una verdadera relación laboral, habida cuenta que el acervo probatorio recaudado devela los tres elementos constitutivos de la relación laboral como lo son: i) la prestación personal del servicio, ii) la remuneración como contraprestación del mismo y iii) la continuada subordinación laboral.

Regulación del contrato de prestación de servicios

Tratándose del contrato de prestación de servicios el Estatuto de Contratación Estatal - Ley 80 de 1993- en su artículo 32 numeral 3 estableció:

Son contratos de prestación de servicios los que celebran 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 requieren conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente necesario (subrayado fuera de texto).

Valga precisar que los apartes que subraya la Sala fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 de 1997 con ponencia del Doctor Hernando Herrera Vergara: “salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada”; lo que significa que el trabajador puede acudir en vía judicial a controvertir lo plasmado en el contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrado por el artículo 53 de la Constitución Política:

ARTICULO 53. *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para*

transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

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

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

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores (Subrayado fuera de texto).

La Honorable Corte Constitucional en la precitada sentencia se refirió a este principio manifestando:

El principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal. De resultar vulnerados con esos comportamientos derechos de los particulares, se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del "contratista convertido en trabajador" en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

En el mismo fallo la Corte señaló las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo en los siguientes términos:

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.

A su vez el Consejo de Estado en jurisprudencia de su Sección Segunda¹ reforzó la anterior postura así:

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la

¹ Consejo De Estado, Sección Segunda. Sentencia de 16 de febrero de 2012. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.

Adicionalmente, el artículo 25 constitucional, establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

En suma, el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre que además de la prestación personal del servicio y la remuneración o retribución del mismo ha tenido también lugar la subordinación o dependencia respecto del empleador, lo que confiere el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Ahora bien, respecto del servicio social obligatorio se tiene que fue creado mediante la Ley 50 de 1981, y en el artículo 1º indica, que dicho servicio deberá ser prestado por todas aquellas personas con formación tecnológica o universitaria, de acuerdo con los niveles establecidos en el artículo 25 del Decreto-Ley 80 de 1980. El artículo 2 ibídem, establece que su prestación se hará con posterioridad a la obtención del respectivo título y será requisito indispensable y previo para obtener la refrendación de la profesión, por su parte el artículo 6 ídem, consagra que:

"Las tasas remunerativas y el régimen prestacional al cual serán sometidos quienes presten el Servicio Social Obligatorio serán los propios de la institución a la cual se vincule el personal para cumplimiento de dicho servicio y se aplicarán bajo la supervisión y control del Consejo Nacional Coordinador del Servicio Social Obligatorio."

La mencionada Ley 50 de 1981, fue reglamentada por el Decreto 2396 del mismo año, disponiendo en su artículo 1, que los egresados de los programas de Medicina, Odontología, Microbiología, Bacteriología, Laboratorio Clínico y Enfermería con formación tecnológica o universitaria, que hayan obtenido el respectivo título, o quienes habiéndolo obtenido en el exterior lo hayan convalidado, deberán cumplir el Servicio Social Obligatorio. El artículo 2 ibídem, exigió dedicación de tiempo completo y una duración del servicio de un (1) año, con el siguiente tenor literal:

“La duración del Servicio Social Obligatorio para los egresados de los programas enunciados en el artículo 1 del presente Decreto será de un (1) año y exigirá dedicación de tiempo completo.”

Con posterioridad, se expidió la Resolución 795 de 22 de marzo de 1995, emanada del Ministerio de Salud, “Por la cual se establecen los Criterios Técnicos Administrativos para la Prestación del Servicio Social Obligatorio”, contemplando en los numerales 7º y 8º del artículo 1, lo siguiente:

“La vinculación de los Profesionales deberá contar con la disponibilidad presupuestal respectiva y en ningún caso su remuneración será inferior a los cargos de planta de las instituciones en la cuales presten sus servicios”.

“El profesional que presta el Servicio Social Obligatorio gozará de las mismas garantías del personal de planta, en cuanto a honorarios, compensatorios etc.”

A su vez, el artículo 10 *ibídem*, indicó: “*Las Direcciones de Salud, así como las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas deberán hacer la equivalencia salarial de los cargos del Servicio Social Obligatorio a los de planta de personal de la respectiva entidad, para las mismas profesiones.*”, y finalmente el artículo 12 previó que: “*Los profesionales que cumplan con el Servicio Social Obligatorio estarán sujetos a las disposiciones vigentes que en materia de administración de personal, salarios y prestaciones sociales rijan en las entidades donde presten dicho servicio.*”

Por su parte, el Decreto 1921 de 1994, “Por el cual se establece la estructura de cargos de las entidades del Subsector Oficial del Sector Salud Territorial”, consagra en el artículo 3, el siguiente tenor literal:

“DE LOS NIVELES Y DENOMINACIONES DE CARGO. Establécense (sic) para los diferentes empleos contemplados en las plantas de cargos de los diferentes organismos y entidades del subsector oficial del sector salud de las entidades territoriales los siguientes niveles y denominaciones de cargos:

[...]

d) Profesional. El nivel profesional agrupa aquellos empleos a los que corresponden funciones cuya naturaleza demanda la aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional reconocida por la ley, y comprende los siguientes cargos:

3215 Médico General.”

Finalmente, el Decreto 933 de 2003, “Por medio del cual se reglamenta el Contrato de Aprendizaje y se dictan otras disposiciones”, contempla en el artículo 7, que:

“PRÁCTICAS Y/O PROGRAMAS QUE NO CONSTITUYEN CONTRATOS DE APRENDIZAJE. No constituyen contratos de aprendizaje las siguientes prácticas educativas o de programas sociales o comunitarios:

2. Las prácticas asistenciales y de servicio social obligatorio de las áreas de la salud y aquellas otras que determine el Ministerio de la Protección Social.”

Del análisis de la normativa, se desprende que, la Ley 50 de 1981 establecía en el artículo 8, que las tasas remunerativas y el régimen prestacional de los empleados del Servicio Social Obligatorio, serán los propios de la institución a la que se vinculen, lo mismo hizo el Decreto Reglamentario 2396 de 1981, cuando determinó en el artículo 6, que estarán sujetos a las disposiciones en materia de personal, así también lo entendió la Resolución 795 de 1995 del Ministerio de Salud, que reafirmó que están sujetos a las disposiciones vigentes en materia de administración de personal, salarios y prestaciones sociales de las entidades donde prestan sus servicios.

En consecuencia, la Sala se adentrará a revisar cada elemento de los enunciados.

i) Prestación personal del servicio

De los acuerdos de voluntades suscritos entre Yanza Mejía y la ESE Hospital San Bernardo se observa como común denominador que estos se circunscribieron a que éste prestara sus servicios de profesional médico en la ESE.

Practicadas las pruebas efectivamente se demostró que el actor cumplió personalmente las obligaciones a las que se comprometió en los contratos, lo cual se comprueba con las declaraciones y los documentos aportados al proceso, como las certificaciones expedidas por la ESE y de acuerdo a los cuadros de turnos aportados con la demanda.

ii) Remuneración como contraprestación del servicio

De acuerdo a lo estipulado en los contratos de prestación de servicios se estableció una suma global como valor del contrato la cual posteriormente se fraccionaba de acuerdo a la duración del mismo en pagos generalmente mensuales.

Aunado a esto, la entidad aceptó al pronunciarse sobre los hechos de la demanda el actor recibió sumas de dineros por las labores desarrolladas, las cuales aclaró fueron percibidas a título de honorarios.

Así las cosas, para este juez colegiado es evidente que el demandante recibió remuneración por parte de la entidad accionada como contraprestación por sus servicios, por lo que el segundo de los elementos que configura la relación laboral se encuentra también acreditado.

iii) Subordinación Laboral

Respecto de este requisito evidencia esta Sala que si bien de los testimonios rendidos en audiencia pública por parte de personas que por haber trabajado en el hospital de Filadelfia pudieron conocer de manera directa las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el actor prestó sus servicios, se puede extraer que dadas las condiciones especiales que presenta el Hospital en los años 2014-2015 no había personal médico de planta, lo que permitía a los 4 médicos que prestaban su servicio médico rural acordar entre ellos la asignación de turnos, lo cierto es que el cumplimiento de los mismos era obligatorio, no pudiendo los mismos decidir a voluntad cuando prestar el servicio, o la manera de hacerlo, puesto que es claro que debían prestar el servicio en el área de urgencias y en el área de consulta externa debiendo atender los pacientes de acuerdo a las citas que fueran asignadas por parte del hospital y atender como resulta evidente a los pacientes que ingresaban por urgencias, la mera liberalidad para acordar turnos no puede por sí misma desvirtuar la subordinación.

Además, considera la Sala que este elemento también se encuentra demostrado bajo las siguientes probanzas:

- La vocación de permanencia del cargo

Tal como se detalló en el acápite de pruebas de esta providencia el señor Yanza Mejía suscribió sucesivos contratos de prestación de servicios entre los años 2014 y 2015, y este actuar de la administración constituye un serio indicativo de que el cargo que desempeñaba la demandante tenían vocación de permanencia, máxime cuando las labores que desempeñaba son funciones misionales ya que estaban directamente relacionadas con los servicios de salud que el hospital ofrecía y brindaba, sumado al hecho de que para esos años la entidad hospitalaria no contaba con personal médico de planta.

Así las cosas, al utilizarse este modelo de contratación se está abusando de la figura del contrato de prestación de servicios estatal, pues este se convalida para ejercer labores especializadas y en un tiempo delimitado.

El cumplimiento de órdenes

Otro de los indicios que llevó a este Juez Plural a dilucidar la existencia de una relación subordinada, es que de acuerdo a las cláusulas de los contratos que obran en el expediente es claro que el servicio debía cumplirse de conformidad con los parámetros establecidos por la entidad, con sujeción a las órdenes proferidas por el gerente o la persona encargada de coordinar la prestación del servicio en urgencias y de consulta externa del Hospital de Filadelfia así como la asignación de turnos y el cumplimiento de los mismos.

Igualmente, de las pruebas aportadas se deduce que el actor no contaba con autonomía e independencia para realizar las labores encomendadas, pues las funciones desempeñadas no permitían que las ejerciera según su albedrío.

- Cumplimiento de horarios

Los testigos fueron claros en afirmar que el demandante debía cumplir con los turnos asignados. De igual forma y de acuerdo a los cuadros de turnos aportados al expediente se evidencia el claro establecimiento de un horario para cumplir las labores.

Ahora bien, respecto de la configuración de un contrato laboral respecto de los profesionales que prestan su servicio obligatorio el Consejo de Estado en providencia del 21 de octubre de 2019² señaló:

1. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 2 de octubre de 2008. Rad. 73001-23-31-000-2006-01326-01. En esta providencia, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado resolvió un caso en el que un médico del servicio social obligatorio, vinculado mediante contratos de prestación de servicios, solicitó el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones a los que tenía derecho, en razón de la regulación legal que tiene aquel servicio. Debe anotarse que en dicha oportunidad, se accedieron a la pretensiones de la demanda, bajo el entendido que (1) "dada la finalidad y las circunstancias especiales en las que se presta el Servicio Social Obligatorio, ha sido el querer del legislador y del Gobierno garantizar y proteger los derechos laborales de los profesionales que se vinculan en dichas plazas" y (2) "las plazas para el cumplimiento del SSO son aprobadas y renovadas por las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud certificadas, con sujeción a las políticas que fije el Ministerio de la Protección Social, previa solicitud de la entidad solicitante, la cual deberá acreditar para el efecto disponibilidad presupuestal y cumplimiento

² Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; Subsección B; Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA; Bogotá, D. C., veintiuno (21) de octubre de dos mil diecinueve (2019); Radicación número: 11001-03-15-000-2019-03943-00(AC)

de las disposiciones en materia de administración de personal". Al respecto, indicó (se transcribe):

"Así las cosas, no existe el obstáculo alegado para desconocer los derechos laborales del actor, garantizados, como se vio, de forma reiterada por la normativa que regula el Servicio Social Obligatorio. Para la Sala, la vinculación de profesionales del SSO mediante contratos de prestación de servicios, para evadir la carga prestacional, desnaturaliza la institución estudiada.

Además, es necesario precisar que dentro de la clasificación de los empleos del área asistencial de las entidades territoriales que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud, se encuentran los del SSO:

"de acuerdo con la naturaleza general de las funciones, la índole de sus responsabilidades y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos del área asistencial de las entidades territoriales que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos:

Directivo, Asesor, Ejecutivo, Profesional, Técnico y Auxiliar" (artículo 15 del decreto 1569 de 1998).

El artículo 21 ibídem determinó quiénes conforman el nivel profesional aludido:

"El nivel Profesional está integrado por los siguientes empleos:
Código Denominación del empleo
[...]
305 Médico Servicio Social Obligatorio
[...]"

Los anteriores razonamientos resultan suficientes para que la Sala decida revocar la sentencia apelada, mediante la cual el Tribunal denegó las súplicas de la demanda, para en su lugar declarar la nulidad de las resoluciones acusadas Nos. 80 de 30 de diciembre de 2005 y 013 de 17 de febrero de 2006. A título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales correspondientes al año de Servicio Social Obligatorio (2 de agosto de 2004 a 31 de julio de 2005 – fls. 11, 12), junto con los turnos médicos en el área de urgencias y salarios adeudados (fl. 17), más las cotizaciones correspondientes."

Así las cosas, es claro para esta Sala que los contratos de prestación de servicios por medio de los cuales se contrata al personal médico para el cumplimiento de su servicio social obligatorio pretenden enmascarar una verdadera relación laboral, en detrimento de los derechos laborales de los médicos contratados bajo esta modalidad, pues es claro que en la prestación del servicio médico se cumplen los elementos de subordinación, remuneración y prestación personal del servicio.

Segundo y tercer problema Jurídico

¿se configuro la prescripción de los derechos reclamados?

Tesis: se defenderá la tesis que no se configuró la prescripción.

Respecto al restablecimiento del derecho, es necesario hacer aclaración frente al tema de la prescripción, al respecto se tiene que la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016³ estableció que aunque se declare la existencia de un contrato realidad se hace necesario revisar si se configuró la prescripción del derecho a reclamar las prestaciones sociales derivadas de este, y para ello debe verificarse que la reclamación ante la entidad mediante la cual se solicitó el reconocimiento de la relación laboral se haya presentado dentro del término de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual.

Pese a ello, el Consejo de Estado también ha sido claro en exceptuar de esa prescripción los aportes a pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época.

3.5 Síntesis de la Sala. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionadas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:

i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la

³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, de fecha veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16,

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 (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) 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, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados.

Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que

los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales

Del resumen realizado en el cuadro consignado en la aparte de lo probado dentro del proceso, se observa que no existió interrupción entre el contrato firmado en el 2014 y el celebrado en el 2015, de surte que el actor prestó sus servicios de manera ininterrumpida entre el 06 de noviembre de 2014 al 06 de noviembre de 2015, fecha en la cual finalizó su vinculación.

Como el documento mediante el cual se solicitó la reclamación de la relación laboral se radicó el 13 de noviembre de 2015 (PDF nro. 01 del expediente digitalizado de primera instancia), es claro que entre esta fecha y la de terminación del último contrato no transcurrieron más de 3 años.

Ahora, frente al restablecimiento del derecho en casos de contrato realidad, el Consejo de Estado en providencia del 15 de agosto de 2013⁴ fue enfático al manifestar que por el hecho de reconocer la relación laboral no se le puede otorgar al demandante la calidad de empleado público, pero que esto no obsta para que se le reconozcan a manera de indemnización las prestaciones sociales dejadas de percibir basadas en los honorarios que devengó:

El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas (...).

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de

⁴ consejo de estado; sala de lo contencioso administrativo; sección segunda; Subseccion b; consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve; Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil trece (2013).; radicación número: 18001-23-31-000-2001-00087-01(1622-12)

tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia”⁵. (Líneas fuera del texto).

Así las cosas, habrá de accederse parcialmente a las pretensiones del actor tal, y a título de restablecimiento del derecho se ordenara a la ESE Hospital San Bernardo de Filadelfia - Caldas, a que reconozca y pague al demandante, tomando como base en los honorarios recibidos y el tiempo efectivamente laborado, las prestaciones sociales que un empleado de la entidad de igual categoría tendría derecho, tal y como se ordenará por la Juez A quo.

En relación con la sanción moratoria sobre las cesantías, debe indicarse que no es factible su reconocimiento como quiera que solo a partir de esta sentencia es que se está declarando la existencia de una relación laboral, y en consecuencia es desde este momento que surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado⁶, por ello también deberá confirmarse la sentencia de primera instancia.

Respecto de los aportes a la seguridad social, encuentra la Sala que en el proceso quedó acreditado con los testimonios y las cláusulas de los contratos relativas a la afiliación del contratista a la seguridad social, que la parte actora debió soportar con su propio peculio los aportes al sistema, y conforme a la jurisprudencia antes referida estos aportes son imprescriptibles.

En relación con los aportes a pensión, se deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 06 de noviembre de 2014 al 06 de noviembre de 2015) el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante (honorarios pactados) mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, se deberán tener en cuenta las cotizaciones que realizó la actora al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales, y si no las hubiere hechos o se verificará alguna diferencia en su contra, tendrá

⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sent. del 19 de febrero de 2009. Rad. 3074-05. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

⁶ Ver sentencia del 4 de marzo de 2010, radicado 85001-23-31-000-2003-00015-01(1413-08); sentencia del 23 de febrero de 2011, radicado 25000-23-25-000-2007-00041-01 (0260-09), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; sentencia del 19 de enero de 2015, radicado 47001-23-33-000-2012-00016-01(3160-13), Actor: Esteban Paternostro Andrade, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren entre otras, sentencia de fecha 6 de octubre de 2016, radicado 41001-23-33-000-2012-00041-00(3308-13), M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

la carga de completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Se declarará además que el anterior tiempo laborado por el demandante, se debe computar para efectos pensionales.

Conclusión

De acuerdo a las pruebas que reposan dentro del expediente se puede inferir que en el vínculo contractual que unió al señor Yanza Mejía y a la ESE Hospital San Bernardo de Filadelfia - Caldas se configuraron los elementos propios de una relación laboral, por lo que es procedente declarar la nulidad del oficio que negó la existencia de la misma, y en este sentido habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones del demandante, conforme a las consideraciones que anteceden.

Costas

En el presente asunto, pese a lo señalado en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condena en costas en esta instancia, toda vez que no existió actuación alguna por la parte demandada en la segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, La Sal primera de Decisión del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

FALLA

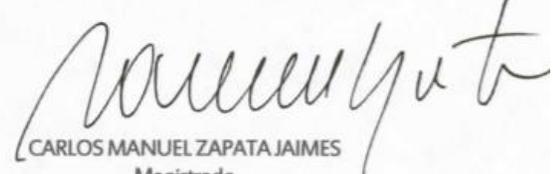
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 10 de mayo de 2021, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovió **IVÁN FERNANDO YANZA MEJÍA** contra **LA ESE HOSPITAL SAN BERNARDO DE FILADELFIA – CALDAS Y EL MUNICIPIO DE FILADELFIA– CALDAS**

SEGUNDO: SIN COSTAS

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

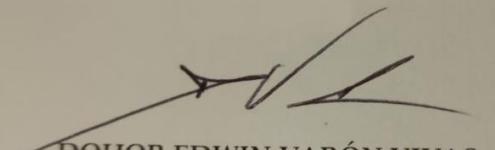
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Realizada el 04 de agosto de 2022 según acta nro. 045 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico nro. 139 del 08 de agosto de 2022

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, cuatro (04) de agosto de dos mil veintidós (2022)

PROCESO No.	17001-33-39-007-2018-00026-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	NORBERTO MEJÍA CÉSPEDES
ACCIONADO	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP

Procede el Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la UGPP, contra el fallo que accedió a las pretensiones, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 03 de marzo de 2021, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Solicitó declarar la nulidad de la Resoluciones RDP 025043 del 14 de junio de 2017 y RDP 032087 del 11 de agosto de 2017, por medio de las cuales se negó el reconocimiento de la pensión gracia a favor del actor.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad y a título de restablecimiento del derecho se ordene la UGPP reconocer y pagar la pensión gracia a favor del actor, tomando en cuenta todos los factores devengados en el año inmediatamente anterior a la adquisición del status pensional.

HECHOS

El señor Norberto Mejía Cespedes nació el 09 de febrero de 1959, cumpliendo 50 años el 09 de febrero de 2009.

Se vinculó al servicio docente el 14 de mayo de 1980, teniendo 20 años de servicio.

El 30 de marzo de 2017 el señor Mejía Céspedes solicitó el reconocimiento de la pensión gracia, siendo negada mediante las Resoluciones RDP 025043 del 14 de junio de 2017 y RDP 032087 del 11 de agosto de 2017.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Artículos 1, 2, 6, 13, 33, 25, 28, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, Ley 114 de 1913, Ley 116 de 1928, Ley 37 de 1933, Ley 4 de 1966 y Decreto 2277 de 1979.

Adujo que la pensión gracia fue consagrada mediante la Ley 114 de 1913, en favor de los maestros de las escuelas primarias oficiales que hayan servido al Magisterio por un término no menor a 20 años.

Señala que conforme a la regulación de la pensión gracia el actor cumple con los requisitos para acceder a la pensión gracia. Como sustento del concepto de la violación transcribe una sentencia del Consejo de Estado mediante la cual se concede la pensión gracia a la parte actora.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP: manifiesta que se opone a todas y cada una de las pretensiones, puesto que los actos demandados se ajustan a derecho.

Propuso como excepciones:

Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido: precisó que la demandante no tiene derecho a la pensión gracia, toda vez que no cumple los requisitos legales para acceder a ella, por tanto la UGPP no tiene ninguna obligación en tal sentido.

Buena fe: la entidad accionada ha obrado de buena fe, expidiendo los actos administrativos demandados con observancia de las normas que regulan el reconocimiento de la pensión gracia.

Prescripción: Manifestó que sin que implique aceptación de las pretensiones de la demanda, se debe declarar la prescripción prevista para las acciones laborales y prestaciones periódicas contempladas en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del C.P del T.

Genérica: Solicitó se declare oficiosamente todo hecho a su favor que se constituya en excepción frente a las pretensiones del accionante.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 03 de marzo de 2021 accedió a las pretensiones de la demanda.

La Juez *A-quo* se planteó como problema jurídico, si la parte demandante cumple con los requisitos establecidos en las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928; 37 de 1993 y 91 de 1989, para acceder al reconocimiento y pago de la pensión gracia.

Tras hacer un recuento normativo sobre el reconocimiento de la pensión gracia y los tiempos de servicios prestados por el actor, sin mayor análisis concluye que cumple con los requisitos legales para que le sea reconocida la pensión gracia.

En virtud de lo anterior falla:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de "INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO", "BUENA FE" y "PRESCRIPCIÓN", propuestas por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, por aludido en precedencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de las Resoluciones Nos. RDP 025043 del 14 de junio de 2017 y RDP 032087 del 11 de agosto de 2017, mediante las cuales la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación gracia al señor NORBERTO MEJÍA CÉSPEDES, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, se condena a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, que reconozca pensión de jubilación gracia al señor NORBERTO MEJÍA CÉSPEDES, desde el 19 de noviembre de 2015, en cuantía del 75% de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la consolidación del status pensional, comprendido entre el 19 de noviembre de 2014 y el 19 de noviembre de 2015.
Las sumas resultantes a favor de la demandante, se ajustarán en su valor aplicando la fórmula financiera indicada en la parte considerativa.

CUARTO: SE CONDENA EN COSTAS a la PARTE DEMANDADA, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código

General del Proceso. Se fija como agencias en derecho el equivalente al 4% del valor de las pretensiones de la demanda.

QUINTO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

SEXTO: EXPEDIR por Secretaría y a costa de los interesados, las copias auténticas que de esta providencia se requieran, conforme a los lineamientos establecidos en el artículo 114 del C.G.P.

SÉPTIMO: EJECUTORIADA esta providencia, LIQUÍDENSE los gastos del proceso, DEVUÉLVANSE los remanentes si los hubiere. ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI.

OCTAVO: La sentencia queda notificada en estrados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 202 del C.P.A.C.A., y contra ella procede el recurso de apelación en la forma prevista en el artículo 247 del CPACA.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionada presentó recurso de alzada de forma oportuna, mediante memorial visible en PDF nro. 12 del expediente digitalizado de primera instancia.

Señaló que el señor Norberto Mejía Céspedes no acreditó cumplir con los requisitos que la ley 114 de 1913 exige para el reconocimiento de la pensión gracia, puesto que debió acreditar 20 años de servicios departamental, distrital, municipal y nacionalizada. Una vez revisado el expediente administrativo se evidencia certificado expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio consecutivo nro. P.G.0490, del Departamento de Caldas, de fecha 30 de junio de 2017, indicando que el interesado laboró desde el 05 de junio de 1998 hasta el 30 de diciembre de 2014 (de acuerdo con el certificado de factores salariales) con tipo de vinculación de carácter **nacional**. Así las cosas, es claro que los diferentes actos administrativos expedidos por la Unidad están conforme a lo establecido por el numeral 3, del artículo 4 de la ley 114 d 1913, así como la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado (Sentencia S-699 del 26 de agosto de 1997 M.P Nicolás Pájaro Peñaranda) y de la corte constitucional (sentencias C-479 de 1998. C- 954 de 2000, T-218 DE 2012). Ahora bien, respecto de la condena en costas señaló no es el resultado del actuar temerario o de mala fe de una parte, sino que es el reflejo de las resultas del proceso, es decir, que una parte fue derrotada en juicio.

Señaló que se debe precisar que, aunque el criterio para la condena en costas acogido sea el objetivo, éste 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 sí se echa de menos en la providencia de primera instancia, pues en esta simplemente se plasmó que con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 se condenaba en costas a la UGPP, fijando como agencias en derecho el 3% del valor de las pretensiones reconocidas, e indicando que las mismas se liquidarían de acuerdo al estatuto procesal civil.

Con lo anterior se deja evidenciado que, la entidad accionada en todas sus actuaciones, y en el caso en particular al expedir las resoluciones que niegan la solicitud del accionante, lo hizo de conformidad a preceptos legales, no actuó de manera arbitraria, amañada, ni mucho menos vulnerando normatividad alguna.

Por lo anteriormente expuesto, solicitó sea revocada la sentencia, proferida el 03 de marzo de la presente anualidad y en su lugar se profiera fallo que reconozca prosperidad en los argumentos esgrimidos dentro del presente recurso de apelación y se niegue las pretensiones del demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a la constancia secretarial obrante en pdf nro. 05 del expediente digital de segunda instancia las partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo la litis.

Problemas jurídicos.

1. ¿El señor Norberto Mejía Céspedes reúne los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión gracia?

2. ¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandante en primera instancia?

I. LO PROBADO

Las pruebas que reposan en el cartulario dan cuenta de lo siguiente:

- Conforme al acta de posesión nro. 664 del 14 de mayo de 1980 el señor Mejía Céspedes fue nombrado mediante el Decreto 0264 del 29 de abril de 1980 por parte del Gobernador de Caldas (PDF nro. 03 que contiene el cuaderno 3 de pruebas) en plaza departamental y pagada con recursos del Departamento. Dicho nombramiento tuvo lugar hasta el 31/12/1982, y se cumplió así: (PDF nro. 03 que contiene el cuaderno 3 de pruebas)
 - Mediante Decreto nro. 264 el señor Mejía Céspedes fue nombrado como docente en la Escuela rural Carrizales – Victoria del 14/05/1980 hasta el 15/05/1980.
 - Mediante el Acuerdo nro. 342 del 16/05/1980 el señor Mejía Céspedes fue trasladado a la escuela rural La Italia Victoria hasta el 13/10/1980.
 - Mediante el Acuerdo nro. 900 del 14-10-1980 el señor Mejía Céspedes fue traslado a la escuela rural de Buena Vista de La Dorada – Caldas hasta el 31/12/1982.
- Mediante el Decreto nro. 308 del 29 de marzo de 1984 el Departamento de Caldas destituyó al señor Mejía Céspedes del cargo de Docente para el cual fuera nombrado en la escuela rural Buena Vista de La Dorada – Caldas por incumplimiento de sus funciones y abandono del cargo en varias ocasiones (PDF nro. 03 que contiene el cuaderno 3 de pruebas)
- Mediante Decreto nro. 0470 del 25/05/1998 fue nombrado como docente en plaza nacionalizada en la escuela rural Carrizales de Supía – Caldas, desde el 05/06/1998 hasta el 26/12/2004 conforme al certificado laboral expedido por la Secretaria de Educación Departamental (PDF nro. 03 que contiene el cuaderno 3 de pruebas)
- Mediante Decreto nro. 01120 del 27/12/2004 fue nombrado como docente plaza nacionalizada en la institución educativa Hojas Anchas desde el 04/02/2005 sin que a la fecha se certifique el retiro del cargo conforme al certificado laboral expedido por la Secretaria de Educación Departamental (PDF nro. 03 que contiene el cuaderno 3 de pruebas)

Primer Problema jurídico:

Tesis: la Sala defenderá la tesis de que la demandante al tener tiempos de servicios departamentales y nacionalizados tiene derecho al reconocimiento de la pensión gracia, por cuanto al momento de solicitar el reconocimiento de la pensión gracia esto es 30 de marzo de 2017 contaba con 50 años y 20 años de servicios docente.

La pensión gracia tuvo su origen con la expedición de la Ley 114 de 1913 que dispuso reconocer a los maestros de escuelas primarias oficiales que hayan servido en el Magisterio por un término no inferior a 20 años, el derecho a una pensión de jubilación vitalicia, siempre que el interesado comprobara que reunía todos los requisitos exigidos en el artículo 4º de la citada ley.

Posteriormente, la Ley 116 de 1928 extendió el aludido beneficio a los empleados y profesores de las escuelas normales y a los inspectores de instrucción pública, al tiempo que con el artículo 6º se autorizó a los docentes completar el tiempo requerido para acceder a la pensión, sumando los servicios prestados en diversas épocas, tanto en la enseñanza primaria como en la normalista, asimilando para tales efectos la inspección de instrucción pública a la enseñanza primaria.

La Ley 37 de 1933 en su precepto 3º hizo extensiva las pensiones de jubilación de los maestros de escuela a aquellos que hubieran completado el tiempo de servicios señalado por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria.

Por su parte, la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2º, literal a), reiteró la vigencia del derecho a la pensión gracia solo para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980, y siempre que reunieran la totalidad de los requisitos legales. En efecto, dice textualmente la citada norma:

"... Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aun en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la nación". (Líneas de la Sala).

Ley 91 de diciembre 29 de 1989, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio señaló en su artículo 1º lo siguiente:

"Artículo 1. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

Parágrafo. Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad”.

Conforme a la anterior disposición, se entiende como personal docente nacional, los profesores nombrados por el Ministerio de Educación Nacional.

Ahora, como se enunció en líneas anteriores, si bien la Ley 116 de 1928 extendió el beneficio pensional aludido a los maestros de las escuelas normales, no es menos cierto que deben cumplirse los demás requisitos establecidos en las normas legales para acceder a dicha prestación, uno de los cuales se traduce en acreditar 20 años de servicios en plazas docentes nacionalizadas o territoriales, línea conceptual que adoptó la alta corporación en Sala Plena desde 1997, y que ha venido sosteniendo desde entonces en los siguientes términos¹:

“(…) En resumen, de conformidad con las Leyes antes citadas, han tenido derecho al reconocimiento y pago de la pensión gracia, los maestros de enseñanza primaria oficial, empleados y profesores de escuelas normales e inspectores de instrucción pública y maestros que hubieran completado los servicios en establecimientos de enseñanza secundaria, prestación a la que, a partir de las precisiones que se hicieron por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 26 de agosto de 1997, dictada en el proceso No. S-699 de la cual fue ponente el Magistrado Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, sólo acceden aquellos docentes que hubieran prestado los servicios en planteles municipales, distritales o departamentales. No tienen derecho a ella, aquellos que hubieran servido en centros educativos de carácter nacional”

De acuerdo a lo anterior, las personas que se desempeñen como docentes territoriales tienen derecho a la pensión gracia, siempre y cuando acrediten los requisitos de ley.

Caso concreto.

La prueba documental arrimada al cartulario, da cuenta que, si bien en sus inicios fue

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 30 de julio de 2015, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación número: 25000-23-42-000-2012-01275-01 (0951-14)

nombrada en plaza territorial el señor Mejía Céspedes se vinculó posteriormente en plaza nacional, registrando un tiempo de servicio desde el 15 de mayo de 1980 hasta el 31 de diciembre de 1982, en diferentes entidades educativas, discriminadas de la siguiente manera:

- Mediante Decreto nro. 264 el señor Mejía Céspedes fue nombrado como docente en la Escuela rural Carrizales – Victoria del 14/05/1980 hasta el 15/05/1980.
- Mediante el Acuerdo nro. 342 del 16/05/1980 el señor Mejía Céspedes fue trasladado a la escuela rural La Italia Victoria hasta el 13/10/1980.
- Mediante el Acuerdo nro. 900 del 14-10-1980 el señor Mejía Céspedes fue traslado a la escuela rural de Buena Vista de La Dorada – Caldas hasta el 31/12/1982.
- Mediante Decreto nro. 0470 del 25/05/1998 fue nombrado como docente en plaza nacionalizada en la escuela rural Carrizales de Supía – Caldas, desde el 05/06/1998 hasta el 26/12/2004 (PDF nro. 03 que contiene el cuaderno 3 de pruebas)
- Mediante Decreto nro. 01120 del 27/12/2004 fue nombrado como docente en plaza nacionalizada en la institución educativa Hojas Anchas desde el 04/02/2005 sin que a la fecha se certifique el retiro del cargo (PDF nro. 03 que contiene el cuaderno 3 de pruebas)

Conforme a la anterior reseña fáctica, es claro que la demandante acreditó tener nombramientos de carácter departamentales y nacionalizado, por lo que se pueden tener en cuenta para reconocer la pensión gracia.

Computando entonces los tiempos de servicios rendidos en virtud de estos nombramientos, debe decirse que el señor Mejía Céspedes acreditó 20 años, 7 meses y 16 días de vinculación departamental y plaza nacionalizada.

De otro lado, se allegó certificado del Departamento de Caldas donde se informa que asumió la administración del sector de educación, dentro del modelo de descentralización administrativa, e incorporó a la planta de personal docente del Departamento a algunos docentes, directivos docentes, y administrativos, y si bien dicha circunstancia no conlleva con ello que los docentes que pasaron a ser administrados por el Departamento, les mute la calidad de docente nacional a territorial, en el caso del actor su vinculación se dio una plaza nacionalizada, por lo que conforme a lo considerado por la Juez de instancia, los tiempos de servicios docente acreditados por el señor Mejía Céspedes pueden ser computados para efectos del reconocimiento pensional.

En este orden de ideas, al haber prestado el señor Mejía Céspedes sus servicios como docente plaza departamental y nacionalizada por 20 años, efectivamente es procedente reconocerle la pensión gracia.

Segundo problema jurídico

¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandante en primera instancia?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que en este caso al momento de condenarse en costas se fundamentó la decisión, lo que no genera una vulneración al derecho de defensa ya que se conocen los motivos por los cuales se impusieron.

Al revisar la argumentación que se plasmó en el fallo de primera instancia en relación con las costas, se adujo que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y a la remisión normativa señalada por el canon 306 *ibídem*, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, y atendiendo a un criterio objetivo valorativo en su imposición, se condenaba a la parte demandante por el valor de las agencias en derecho, dado que se habían negado las pretensiones y se tenía acreditado que la parte demandada desplegó actuación por intermedio de su apoderado judicial.

En el recurso de apelación se argumentó, en síntesis, que no procedía la condena en costas, ya que se trató de una condena automática para la parte vencida en juicio, sin que se analizara si se habían causado o no, por lo que se pasó por alto el criterio valorativo.

Respecto a este tema, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone:

ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

Debe indicarse que las costas se entienden como la erogación económica que corresponde efectuar a las partes involucradas en el proceso, la cual corresponde por una

parte a las expensas, es decir, a todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderado; y, por otro lado a las agencias en derecho, que corresponde a las erogaciones efectuados por concepto de apoderamiento, las cuales se decretan en favor de la parte y no de su representante judicial, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pactados.

El artículo 188 del CPACA, con la modificación introducida por la Ley 2080 de 2021, determinó que se dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, pero ello no eliminó, en dado caso que la demanda haya incurrido en ese supuesto, de tener que aplicar el criterio adoptado para su imposición que es el objetivo valorativo, el cual impone no solo verificar la parte vencida en juicio sino además el deber de precisar los motivos por los cuales se considera procede la condena, es decir, por qué se aduce que se causaron las mismas.

En la sentencia de primera instancia se argumentó que en atención al criterio objetivo valorativo procedía la condena en costas para la parte demandante en el rubro agencias en derecho, por evidenciar actuación por parte del apoderado de la demandada, aspecto que considera la Sala suficiente para entender cumplido este requisito, por lo que se confirmará la condena en costa en esta instancia

CONCLUSIÓN

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, estima esta Corporación que el actor acreditó servicios departamentales y nacionalizados por 20 años, teniendo una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1980, por lo que le asiste derecho de acceder al beneficio pensional que reclama, teniendo en cuenta la normativa y jurisprudencia mencionadas en estas consideraciones.

Así las cosas, al desvirtuarse la legalidad de los actos atacados, las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar por lo que el fallo de primera instancia debe ser confirmado.

COSTAS

En el presente asunto, pese a lo señalado en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condena en costas en esta instancia, toda vez que no existió actuación alguna por la parte demandada en la segunda instancia.

Es por lo expuesto que el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, Sala de Decisión Oral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 03 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **NORBERTO MEJÍA CÉSPEDES** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP**. Lo anterior, atendiendo las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NO SE CONDENA en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto en la parte motiva.

TERCERO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

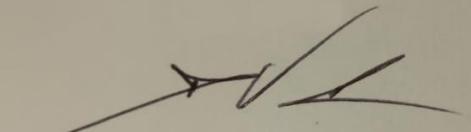
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada el 04 de agosto de 2022, conforme acta nro. 045 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico nro. 139 del 08 de agosto de 2022

17001333300320180052002

Nulidad y restablecimiento del derecho

Claudia Marcela Sánchez Montes Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Admite recurso contra sentencia

Auto interlocutorio n° 056

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, cinco (5) de agosto de dos mil veintidós (2022)

El pasado 30 de junio de 2022 se celebró sorteo de conjueces y por ese conducto me correspondió el conocimiento y trámite de este proceso, en consecuencia **AVOCO** su conocimiento y en mi calidad de Conjuez directora de este Despacho procedo a estudiar el recurso de apelación presentado por las partes demandada y demandante en contra de la sentencia de 1° instancia emitida en desarrollo de audiencia inicial, celebrada el 30 de junio de 2021 por el Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales, sentido de fallo que accedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

A la luz del artículo 203 del CPACA en concordancia con los artículos 192 inciso 1° y 247 Ibidem, modificado por el artículo 67 n° 5 de la Ley 2080 de 2021. Así las cosas, la sentencia recurrida fue notificada en estrados a las partes intervinientes (demandante y demandado), ese mismo día, pero se les otorgó los 10 días de la ejecutoria del fallo. La parte demandada allegó escrito con recurso de apelación el 7 de julio de 2021 y la parte demandante el 15 de julio de 2021, recursos que se encuentra dentro del término de 10 días, otorgado por el numeral 1° del artículo 247 de la Ley 2080 de 2020, el cual iba hasta el 15 de julio de 2021.

En consecuencia, se **ADMITEN** los recursos de apelación interpuestos por las partes demandada *Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial* y demandante *Claudia Marcela Sánchez Montes* contra la *Sentencia de 30 de junio de 2021* y emitida por el *Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales*, dentro del medio de control *nulidad y restablecimiento del derecho* identificado en la referencia.

Notifíquese esta providencia a través de mensaje de datos a los correos electrónicos conocidos en autos y al *Procurador 29 Judicial II Administrativo de Manizales*. Ejecutoriado este auto, por *Secretaría* pásese a *Despacho* para proferir la Sentencia de 2° Instancia.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Liliana Eugenia García Maya'.

LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA

Conjuez

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación en el Estado Electrónico n°. 139 de 8 de agosto de 2022.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'HJC'.

HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

17001333300320190002602

Nulidad y restablecimiento del derecho

Natalia Piedrahita Moncaleano Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Admite recurso contra sentencia

Auto interlocutorio n° 057

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, cinco (5) de agosto de dos mil veintidós (2022)

El pasado 30 de junio de 2022 se celebró sorteo de conjueces y por ese conducto me correspondió el conocimiento y trámite de este proceso, en consecuencia **AVOCO** su conocimiento y en mi calidad de Conjuez directora de este Despacho procedo a estudiar el recurso de apelación presentado por las partes demandada y demandante en contra de la sentencia de 1° instancia emitida en desarrollo de audiencia inicial, celebrada el 9 de marzo de 2020 por la Conjuez directora del proceso Dra. Beatriz Elena Henao Giraldo en cabeza del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, accediendo a las pretensiones de la demanda.

A la luz del artículo 203 del CPACA en concordancia con los artículos 192 inciso 1° y 247 Ibidem, modificado por el artículo 67 n° 5 de la Ley 2080 de 2021. Así las cosas, la sentencia recurrida fue notificada en estrados a las partes intervinientes (demandante y demandado), ese mismo día, pero se les otorgó los 10 días de la ejecutoria del fallo. Hubo suspensión de los términos por el periodo comprendido entre el 16 de marzo al 30 de junio de 2020, debido al confinamiento declarado a raíz de la emergencia de salud pública derivada de la pandemia Covid-19. La parte demandada allegó escrito con recurso de apelación el 1 de julio de 2020, recurso que se encuentra dentro del término de 10 días, otorgado por el numeral 1° del artículo 247 de la Ley 2080 de 2020, el cual iba hasta el 8 de julio de 2020.

En consecuencia, se **ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada *Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial* contra la *Sentencia de 9 de marzo de 2020* y emitida por el *Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales*, dentro del medio de control *nulidad y restablecimiento del derecho* demandante la *Sra. Marcela Piedrahita Moncaleano*.

Notifíquese esta providencia a través de mensaje de datos a los correos electrónicos conocidos en autos y al *Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales*. Ejecutoriado este auto, por *Secretaría* pásese a *Despacho* para proferir la Sentencia de 2° Instancia.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Liliana Eugenia García Maya'.

LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA

Conjuez

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación en el Estado Electrónico n°. 139 de 8 de agosto de 2022.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'HJC'.

HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Conjueces-

Manizales, cinco (5) de agosto de dos mil veintidós (2022)

De acuerdo con el mandato conferido por el Tribunal Administrativo de Caldas, por conducto de Sorteo de Conjueces celebrado el pasado 30 de junio de los corrientes, que me ordena conocer, tramitar y decidir este proceso en calidad de Conjuez Ponente, **AVOCO** su conocimiento y procedo a decidir al respecto de la admisión o inadmisión de este medio de control.

Toda vez que esta demanda fue instaurada el 18 de agosto de 2019, es decir bajo el amparo del procedimiento contemplado en la Ley 1437 de 2011 *-vigente a partir del 2 de julio de 2012¹-* y a hoy esta vigente la Ley 2080 de 25 de enero de 2021 *“por medio de la cual se modifica la Ley 1437 de 2011 y se dictan otras disposiciones”*, a la luz del inciso 2° del artículo 86 ibidem, corresponde tramitar este medio de control, bajo el ala del procedimiento regido por la Ley 2080 de 2021;

“ARTÍCULO 86. Régimen de vigencia y transición normativa. La presente ley rige a partir de su publicación, con excepción de las normas que modifican las competencias de: los juzgados y tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las cuales solo se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada esta ley.

(...).

De conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, las reformas procesales introducidas en esta ley prevalecen sobre las anteriores normas de procedimiento desde el momento de su publicación y solo respecto de los procesos y trámites iniciados en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

(...)” (subrayas del Despacho)

Aclarada esta situación el Despacho pasa a estudiar la demanda y decidir sobre su admisión o inadmisión. Encuentra este funcionario que se trata del medio de control estipulado en el artículo 138 del CPACA, además de que reúne los requisitos contemplados en los artículos 155 a 164 del CPACA, modificados por los artículos 30 a 35 de la Ley 2080 de 2021, en consecuencia; se **ADMITE** la demanda presentada por el doctor **CESAR**

¹ Artículo 308 de la Ley 1437 de 2011.

AUGUSTO BUITRAGO LOPEZ por intermedio de apoderado, contra la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, y en consecuencia; se imparten las siguientes ordenes:

1. Ejecutoriada esta providencia **NOTIFIQUESE**;
 - 1.1. **PERSONALMENTE** al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales en la forma y los términos indicados en el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, que modificó el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, mensaje que debe contener copia de esta decisión y del escrito de la demanda.
 - 1.2. A la **FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN** al buzón de correo electrónico *jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co*; conforme a lo dispuesto en el n° 7 del artículo 103 de la Ley 270 de 1996.
 - 1.3. Al buzón de correo electrónico *procjudadm28@procuraduria.gov.co*; perteneciente al **MINISTERIO PUBLICO** informando a la Secretaria de la Corporación.
 - 1.4. Al buzón de correo electrónico de la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO** *procesoterritoriales@defensajuridica.gov.co*.
2. **REMITASE** a los correos institucionales autorizados de las entidades notificadas, o a través servicio postal certificado, copia de esta decisión, de la demanda y de sus anexos, en la forma y los términos indicados en los artículos 13, 53, 53A, 56 y 67 n° 1 del CPACA en concordancia con el artículo 197 ibidem.
 - 2.1. **REQUIERASE** a la parte demandante para que una vez se surta por parte de la Secretaría del Tribunal la notificación electrónica de esta providencia, adelante las gestiones necesarias para la remisión referida en el numeral anterior. Se le advierte a la parte demandante que si dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación personal del auto admisorio de la demanda, no se acredita la remisión de los documentos antes indicados, se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 178 del CPACA.
 - 2.2. **CORRASE** traslado de la demanda a la **FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN** por el termino de treinta (30) días, de

conformidad con lo dispuesto por el artículo 172 del CPACA, plazo que comenzará a correr, pasados dos (2) días, después de surtida la última notificación, para lo cual la Secretaria dejará constancia del vencimiento de este término en el expediente.

3. **PREVENGASE** a la **FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN** para que, con la contestación de la demanda, allegue copia completa del expediente administrativo, que contenga los antecedentes de los actos acusados, so pena de que el funcionario encargado incurra en falta disciplinaria gravísima, conforme lo ordenado por parágrafo 1° del n° 7 del artículo 175 del CPACA.
4. **RECONOCER PERSONERIA** para actuar en representación del doctor **CESAR AUGUSTO BUITRAGO LOPEZ** al abogado **JUAN GUILLERMO OCAMPO GONZALEZ** identificado con la cédula de ciudadanía n° 75'082.971 y la tarjeta profesional n° 127.349 del C.S.J., en los mismos términos y condiciones del poder obrante a folio 14 del expediente digital.

Notifíquese y Cúmplase.


LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA
Conjuez.



17001-23-33-000-2022-00022-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, cinco (05) de AGOSTO de dos mil veintidós (2022)

A.I. 284

Atendiendo la solicitud presentada por el **MUNICIPIO DE MANIZALES**, visible en el PDF N° 38 del expediente digitalizado, se dispondrá el aplazamiento de la audiencia programada para el 9 de agosto del año avante; por ende, se **FIJA** el día **MARTES 16 DE AGOSTO DE 2022 a las 3:00 p.m.** para realizar la **AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO** de que trata el artículo 27 de la Ley 472/98, dentro del proceso promovido en **ACCIÓN POPULAR** por el señor **SANTIAGO BERMÚDEZ CAÑAVERAL** contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES** y la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS -CORPOCALDAS-**.

La audiencia se realizará a través de la plataforma 'LifeSize', y el ingreso a la misma será a través del siguiente enlace <https://call.lifesizecloud.com/15254984> sin que sea necesaria la remisión de la invitación a los correos electrónicos suministrados por las partes.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que en caso de que requieran allegar sustituciones o renunciaciones de poderes u otros documentos para que sean tenidos en cuenta en la audiencia, se sirvan remitirlos a más tardar el día anterior a la celebración de la audiencia, únicamente al correo "sgtadminclld@notificacionesrj.gov.co" Cualquier documento enviado a dirección distinta, se entenderá por no presentado.

REQUIÉRESE a las autoridades accionadas, para que se sirvan asistir a la Audiencia Especial de Pacto de Cumplimiento con la respectiva acta del comité de conciliación según los lineamientos establecidos en la Sentencia de

Unificación del Consejo de Estado Sección Primera del once (11) de octubre de 2018¹.

COMUNÍQUESE a través de las direcciones electrónicas indicadas en el expediente.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado Ponente

¹ Radicación: 17001-23-33-000-2016-00440-01, C. P.: Roberto Augusto Serrato Valdés.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN
MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, cinco (05) de agosto de dos mil veintidós (2022).

A.I. 180

RADICADO: 17-001-23-33-000-2022-00180-00
NATURALEZA: Protección de Derechos e Intereses Colectivos
DEMANDANTE: Oscar Hernando Nieto Scarpetta
DEMANDADO: Municipio de Manizales y otro

I. Antecedentes.

La parte demandante solicita se ordene: *“al municipio de Manizales, para presentar propuesta ante el concejo municipal referente a la organización del espacio público en la ciudad en lo atinente a los antejardines comerciales y no comerciales, así como otros elementos constitutivos de espacio público del municipio”* toda vez que, carece hasta el momento de una política pública que pretenda regularizar el uso de espacio público en la ciudad, particularmente en lo que tiene que ver con las terrazas y antejardines de los inmuebles comerciales y no comerciales.

Señaló que, el municipio cuenta con el Acuerdo 443 de 1999, el cual regula el usufructo del espacio público a través de la venta informal; sin embargo, no se encuentra actualizado, y no regula las demás formas de ocupación y/o uso del mismo.

II. Consideraciones.

La Ley 472 de 1998, que desarrolló el artículo 88 de la Constitución Política, en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo, asignó el conocimiento de las mismas, en primera instancia, a los Jueces Administrativos y a los Jueces Civiles de Circuito, y en segunda al Tribunal Contencioso Administrativo o Tribunal Superior – Sala Civil del distrito judicial al que pertenezca el juez (artículo 16).

Por su parte, el artículo 152 del CPACA, modificado por el artículo 28 de la ley 2080 de 2021, sobre la competencia de los Tribunales Administrativos para conocer de acciones populares dispuso:

*“ARTÍCULO 152. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:
(...)*

14. De los relativos a la protección de derechos e intereses colectivos y de cumplimiento, contra las autoridades del orden nacional o las personas privadas que dentro de ese mismo ámbito desempeñen funciones administrativas.”

Ahora, en cuanto a la competencia de los jueces administrativos para conocer de este tipo de acciones, el CPACA en su artículo 155, modificado por el artículo 30 de la Ley 2080 de 2021, previó:

“ARTÍCULO 155. COMPETENCIA DE LOS JUECES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA. Los juzgados administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

(...)

10. De los relativos a la protección de derechos e intereses colectivos y de cumplimiento, contra las autoridades de los niveles departamental, distrital, municipal o local o las personas privadas que dentro de esos mismos ámbitos desempeñen funciones administrativas.” Se resalta.

Analizado el escrito contentivo de la acción popular de la referencia, observa este Despacho que la vulneración de derechos colectivos se endilga al **municipio de Manizales**.

Si bien se menciona como demandada al Departamento Nacional de Planeación, no se indica que esta se encuentre vulnerando los derechos colectivos alegados por el actor.

En consecuencia, se ordenará la remisión del expediente a la Oficina Judicial para que proceda a su reparto entre los Juzgados Administrativos del Circuito de Manizales, de conformidad con lo prescrito en el numeral 2º del artículo 155 del CPACA en concordancia con lo prescrito en el referido artículo 168 ibídem.

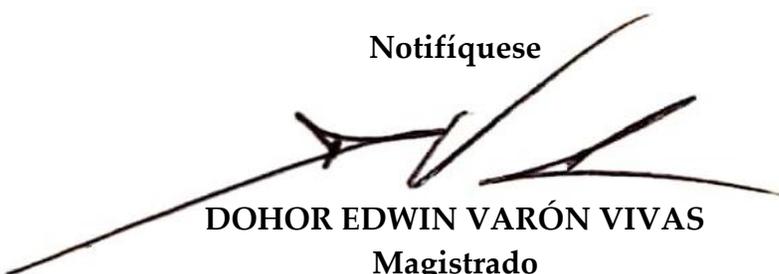
Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

III. Resuelve

Primero: Declarar la falta de competencia, para avocar el conocimiento de la demanda que en ejercicio del medio de control de Protección de Derechos e Intereses Colectivos presenta Oscar Hernando Nieto Scarpetta contra el municipio de Manizales.

Segundo: Enviar el expediente a la Oficina Judicial para que proceda a su reparto entre los Juzgados Administrativos del Circuito de Manizales como asunto de su competencia.

Notifíquese



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado