

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022).

A.I. No. 199

RADICADO: 17-001-33-33-002-2017-00434-02
NATURALEZA: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: María Amanda Alvarán
DEMANDADO: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional(Casur)

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el auto que declaró probada la excepción de prescripción extintiva del derecho.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Se deprecó la nulidad parcial de: i) la Resolución 2628 del 05 de julio de 1988, mediante la cual Casur reconoció al señor Arlex Antonio Corrales Pérez una asignación mensual de retiro omitiendo incluir en su liquidación la prima de actualización consagrada en los Decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995; ii) el Oficio E-02663-2016006557 del 23 de diciembre de 2016, por medio del cual Casur despacha de manera desfavorable la solicitud de reliquidación de la sustitución de asignación de retiro.

Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a Casur a reliquidar la asignación mensual de retiro incluyendo la prima de actualización y, a pagar a la demandante la reliquidación pensional de manera retroactiva, desde 11 de noviembre 2013 (teniendo en cuenta la fecha de reclamación y la prescripción trienal) y hasta el momento del pago efectivo.

1.2. Hechos

En síntesis señaló que, al señor Arlex Antonio Corrales Pérez (Q.E.P.D.) le fue reconocida una asignación mensual de retiro mediante Resolución 2628 del 05 de julio de 1988 por parte de Casur, efectiva a partir del 21 de marzo de 1988, en cuantía equivalente al 70% del sueldo básico de actividad correspondiente a su grado y partidas legalmente computables.

Que el señor Corrales Pérez falleció el 10 de julio de 2000 y Casur mediante Resolución 6101 del 21 de noviembre de 2000, reconoció la sustitución de la asignación de retiro a favor de la señora María Amanda Alvarán De Corrales.

Que la señora Alvarán De Corrales el 11 de noviembre de 2016 reclamó la reliquidación de la asignación mensual de retiro, incluyendo la prima de actualización prevista en los Decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995; la cual fue negada por Casur mediante Oficio E-02663-2016006557 del 23 de diciembre de 2016.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Citó la Constitución Política en sus artículos: 4, 13, 53; la Ley 4 de 1992, artículo 13; Decreto 335 de 1992, artículo 15; Decreto 025 de 1993, artículo 28; Decreto 065 de 1994, artículo 28; Decreto 133 de 1995, artículo 29 y las sentencias del Consejo de Estado del 14 de agosto expediente 9923 y 6 de noviembre de 1997 expediente 11423, por medio de las cuales se declararon nulidad de las expresiones “...que la devengue en servicio activo...” y “...reconocimiento de...”.

Señaló que, en la resolución que concede la asignación mensual de retiro al causante se tiene que la entidad a la hora de determinar la prestación, no incluyó dentro de la liquidación del IBL la prima de actualización, razón por la cual se transgredieron las disposiciones previstas en los Decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, las cuales se hicieron extensivas para el personal en retiro, en virtud al fallo del Consejo de Estado del 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997.

Que, negarse a la reliquidación de la prestación en la forma solicitada quebranta a su vez lo dispuesto por la Ley 4ª de 1992, norma que previó el establecimiento de una escala salarial, gradual y porcentual, que permitiera nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública, entre otras porque tampoco es posible desconocer el derecho adquirido del causante al pago de una prima de actualización y a su inclusión como partida computable en la base de la asignación de retiro que percibió y que actualmente se encuentra en cabeza de la demandante.

Que mucho menos resulta de recibo que, se invoque la prescripción de tal acción por cuanto ha de tenerse presente que tratándose de prestaciones periódicas como lo son las correspondientes a la seguridad social, lo que prescribe no es la posibilidad de hacer exigible un derecho o solicitar una reliquidación, sino las mesadas causadas.

2. Contestación de la demanda

Casur se opuso a las pretensiones de la demandante, aceptó como ciertos los hechos referentes al reconocimiento de la asignación de retiro, la sustitución a la demandante, la reclamación de la reliquidación y señaló que, la prima de actualización tuvo vigencia prolongada pero determinada, tal como se contempló en los decretos que ampararon la referida prima; su obligatoriedad fue hasta el 31 de diciembre de 1995.

Que la prima de actualización decayó con el establecimiento de la escala salarial porcentual, de tal manera que mal podría predicarse que la base a 31 de diciembre de 1995, con la inclusión de dicho emolumento hasta ese año, sería la base para reajustar de 1996 en adelante, puesto que ella solo tenía vigencia temporal hasta el 31 de diciembre de 1995, lo mismo que su base, porque la base para tener en cuenta es la establecida en la escala salarial porcentual que contiene el Decreto 107 de 1996.

Con base en lo anterior formuló las excepciones: -. *Cobro de lo no debido*; -. *Inexistencia del Derecho* y -. *Falta de fundamento jurídico de las pretensiones*.

3. La decisión apelada

El *a quo* en la audiencia inicial realizada el 26 de septiembre de 2019 declaró probada la excepción de "*prescripción extintiva del derecho*" y por ende, terminado el proceso.

Para ello, al paso de un recuento normativo y jurisprudencial, seguido del análisis de los hechos acreditados señaló que, la reliquidación de la asignación de retiro con la inclusión de la prima de actualización pudo ser reclamada por el personal retirado dentro de los cuatro años siguientes a la ejecutoria de las sentencias del Consejo de Estado que la hicieron extensiva al personal retirado, esto es, hasta el 24 de noviembre de 2001; en tanto en el presente caso se petitionó el 11 de noviembre de 2016, ha operado la prescripción.

4. El recurso de apelación

La parte **demandante** solicitó que se revoque la decisión y en su lugar se continúe el proceso, teniendo en cuenta que, "*si bien es cierto debido a su temporalidad, el Estado no puede incumplirle a los retirados, es decir, ellos aún esperan la entrada en vigencia de dicha escala graduada única para los servidores y desconocerla para efectos del cómputo de la reliquidación de asignación en uso de buen retiro sería ignorar su campo normativo. Está promesa pues quedó plasmada en la Ley 4ª del año 92 como beneficio tanto para los servidores activos como para los inactivos*".

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

De conformidad con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, se centra en establecer: *¿operó la prescripción del derecho porque la reclamación no se presentó dentro de los 4 años siguientes a la a la ejecutoria de las sentencias del Consejo de Estado que la hicieron extensiva al personal retirado, como lo consideró el a quo; o por el contrario, el derecho a la reliquidación que depreca no se extingue por el paso del tiempo, como lo afirma la recurrente?*

Para resolver el interrogante planteado se hará referencia al i) marco normativo sobre la prima de actualización, para descender al ii) análisis del caso concreto.

2. Marco Jurídico - Prima de actualización

La Constitución Política, en el numeral 19 (letras e y f) del artículo 150, le asigna al Congreso de la República competencia para dictar las normas generales, desde luego a través de leyes, a las cuales debe sujetarse el Gobierno, entre otras materias, en punto a fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública, así como la regulación del régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales. A su vez, los artículos 217 y 218 de la norma superior contemplan que la ley determinará el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario propio de los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional.

En ejercicio de las anteriores atribuciones, el Congreso de la República expidió la Ley 4ª de 1992, por medio de la cual se señalan normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno nacional para establecer el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del mismo Congreso y de la fuerza pública, y respecto de la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, la cual previó en su artículo 1 (letra d) que «*El Gobierno Nacional con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta ley fijará el régimen salarial y prestacional*» de los miembros de la fuerza pública.

En cumplimiento de la anterior disposición, el presidente de la República expidió el Decreto 335 de 1992, por el cual se fijaron los sueldos básicos para el personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, cuyo artículo 15 estableció que los oficiales en servicio activo de las fuerzas militares y de la Policía Nacional de los grados de teniente coronel a subteniente y sus equivalencias y los suboficiales de todos los grados tenían derecho a recibir una prima de actualización que oscilaría entre un 45 y 10% del sueldo básico, según el grado. Asimismo, en su artículo 22 dispuso sus efectos fiscales a partir del 1º de enero de 1992. De igual forma, fueron expedidos los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 que regularon lo atinente a la prima de actualización para esos años.

Pese a lo anterior, en principio, la prestación reclamada fue concebida a favor de los oficiales en servicio activo, existiendo un obstáculo de orden legal que no permitía la exigibilidad del derecho para los oficiales en situación de retiro, el cual fue removido con la expedición de las sentencias del Consejo de Estado, de 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997 dictadas dentro de los procesos 9923 y 11423, respectivamente, por medio de las cuales se declaró la nulidad de las expresiones «*que la devenguen en servicio activo*» y «*reconocimiento de*» contenidas en los párrafos de los artículos 28 de los Decretos 25 de 1993 y 65 de 1994 y en el párrafo del artículo 29 del Decreto 133 de 1995.

Por tanto, se hizo extensiva para el personal de las fuerzas militares y de la Policía Nacional en retiro, en virtud del principio de oscilación consagrado en los artículos 169, 151 y 110 de los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990, en su orden, conforme a los cuales las asignaciones de retiro del personal de la fuerza pública se incrementa de acuerdo con el aumento salarial decretado para el personal en servicio activo, de acuerdo con de las bases de liquidación señaladas en aquellos.

Se tiene entonces que, el principio de oscilación respecto de las asignaciones de retiro y pensiones de jubilación de los miembros de las fuerzas militares y la Policía Nacional, se ha mantenido a través de las leyes y decretos de carrera correspondientes, y su objetivo principal radicó en evitar la pérdida del poder adquisitivo, de modo tal que cada variación que sufran los salarios del personal en actividad se extiende *ipso jure* al personal en retiro.

En desarrollo de estas normas, el Gobierno nacional expidió el Decreto 107 de 1996¹, en el que creó la escala gradual porcentual aplicable a estos servidores y estableció en su artículo 1.º que “[l]os sueldos básicos mensuales para el personal a que se refiere este artículo, corresponderán al porcentaje que se indica para cada grado, con respecto a la asignación básica del grado de General”, disposición que ha sido reproducida en los decretos expedidos anualmente por el ejecutivo con el propósito de incrementar tales salarios².

El artículo 39 del referido Decreto 107 de 1996 preceptúa que “...rige a partir de la fecha de su publicación, deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial el Decreto 133 de 1995 y surte efectos fiscales a partir del 1º de enero de 1996”.

Frente a lo anterior, ha señalado el Consejo de Estado, que:

*“Resulta claro que el derecho al reconocimiento y pago de la prima de actualización solo tuvo vigor entre el 1º de enero de 1992 y el 31 de diciembre de 1995, puesto que los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 condicionaron su existencia hasta cuando se fijara la escala salarial porcentual única de conformidad con el artículo 13 de la Ley 4.ª de 1992, por lo que una vez cumplida esa condición, el derecho se extinguía, como efectivamente sucedió ante la expedición del Decreto 107 de 15 de enero de 1996, que expresamente derogó lo previsto en el Decreto 133 de 1995”.*³

En otras palabras, al haberse consolidado la escala gradual porcentual, por medio del Decreto 107 de 1996, que niveló la remuneración del personal en servicio activo y retirado de la fuerza pública a partir del 1º de enero de 1996 en armonía con el artículo 13 de la Ley 4a de 1992, **la prima de actualización se extinguió jurídicamente.**

3. Caso concreto

Se encuentra acreditado que:

¹ “Por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional...”

² Ver Decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001, 745 de 2002, 3552 de 2003, 4158 de 2004, 923 de 2005, 407 de 2006, 1515 de 2007, 673 de 2008, 737 de 2009, 1530 de 2010, 1050 de 2011, 842 de 2012, 1017 de 2013, 187 de 2014, 1028 de 2015, 214 de 2016, 984 de 2017 y 324 de 2018.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. C.P.: Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia del 27 de enero de 2022. Rad. 76001-23-33-000-2013-00398-01 (4584-2017).

- Casur mediante Resolución 2628 del 5 de julio de 1988 ordenó el reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro al señor Arlex Antonio Corrales Pérez a partir del 21 de marzo de 1988, liquidada sobre las partidas: sueldo, prima de antigüedad, subsidio familiar, prima de actividad, y prima de navidad.⁴

- Casur mediante Resolución 6101 del 21 de noviembre de 2000 reconoció la sustitución de la asignación mensual de retiro a la señora María Amanda Alvarán de Corrales.⁵

- La demandante, el 11 de noviembre de 2016 solicitó a Casur el reajuste de la sustitución de la asignación mensual de retiro, incluyendo la prima de actualización⁶, la cual fue negada mediante Oficio E-02663-2016006557 del 23 de diciembre de 2016, argumentando que, la prima de actualización tuvo carácter temporal para el personal activo y para el personal retirado se debió reclamar oportunamente.⁷

De acuerdo con lo expuesto, es claro que, al señor Arlex Antonio Corrales Pérez le fue reconocida la asignación de retiro, a partir del 21 de marzo de 1988 y la reclamación del reajuste, incluyendo la prima de actualización, se radicó el 11 de noviembre de 2016.

En cuanto a la exigibilidad de la prima de actualización para el personal retirado de la fuerza pública, el Consejo de Estado, en sentencia de 3 de diciembre de 2002⁸, precisó:

“El Gobierno Nacional, actuando ahora «en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992» dictó los decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, por los cuales fijó para los respectivos años los sueldos básicos para el personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas para las respectivas vigencias, y en todas estas normas incluyó la prima de actualización. El Decreto Legislativo 335 de 1992 fue expresamente derogado (salvo sus artículos 18, 19 y 20) por el artículo 35 del Decreto 35 de 1992; éste lo fue por el Decreto 65 de 1994, que, a su vez, fue derogado por el Decreto 133 de 1995. Cabe anotar que esta Corporación ha señalado reiteradamente la fuerza que tienen los decretos expedidos en desarrollo de leyes marco o cuadro para derogar leyes anteriores, siempre que unos y otras se refieran a la misma materia delimitada por la ley marco y que se sujeten a los principios establecidos en ésta...

Como se dijo atrás, los decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 crearon la prima de actualización para las respectivas vigencias. Esta prima tenía carácter temporal, «hasta cuando se consolide la escala salarial porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado, de conformidad con lo establecido en el artículo décimo tercero de la Ley 4ª de 1992.

...

Bien se ve cómo según el texto original de estas disposiciones, sólo el personal que hubiere devengado la prima de actualización estando en servicio activo tendría derecho a que ésta se

⁴ Fls. 7-8 Archivo Digital: 02DemandaYAnexos.pdf

⁵ Fls. 23-26 Archivo Digital: 02DemandaYAnexos.pdf

⁶ Fls. 35-37 Archivo Digital: 02DemandaYAnexos.pdf

⁷ Fls. 39-40 Archivo Digital: 02DemandaYAnexos.pdf

⁸ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera, C.P. Camilo Arciniegas Andrade. Proceso S-764.

le computase para su asignación de retiro. Pero la Sección Segunda de esta Sala, en sentencia de 14 de agosto de 1997 declaró la nulidad de las expresiones «que la devengue en servicio activo» y «reconocimiento de» contenidas en los parágrafos de los artículos 28 de los decretos 25 de 1993 y 65 de 1994, como violatorias del artículo 13 de la Ley 4ª”.

Conforme a lo precitado, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha reiterado⁹ que, es a partir de la fecha de ejecutoria de las providencias de 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997, a saber, el 24 de noviembre de 1997, que se hizo exigible el derecho al reconocimiento y pago de la prima de actualización para los miembros de la fuerza pública en retiro. Lo anterior, cabe anotar, hasta el 24 de noviembre de 2001, en aplicación del término cuatrienal de prescripción previsto en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990¹⁰.

Sobre este particular¹¹ sostuvo:

“La prima de actualización se hizo exigible desde el momento en que esta Corporación declaró la nulidad de las expresiones “que la devenguen en servicio activo “y “reconocimiento de”, mediante sentencias de 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997, respectivamente, cuya ejecutoria tuvo lugar el 24 de noviembre de 1997. Es a partir de dicha fecha que quien se creyera con derecho a percibirla debía reclamar ante la administración su reconocimiento y pago, hasta el vencimiento de los 4 años, es decir, hasta el 24 de noviembre de 2001...”

Teniendo en cuenta lo expuesto, estima la Sala que, la prima de actualización reclamada en virtud de las sentencias de esta Corporación, antes citadas, sólo se hizo exigible para el personal en retiro entre el 24 de noviembre de 1997 y el 24 de noviembre de 2001, como quiera que el término de prescripción para el reconocimiento dicha prestación para el año de 1995 empezó a contarse a partir del 24 de noviembre de 1997 y el término de los 4 años señalados en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 finalizó el 24 de noviembre de 2001”.

En ese orden de ideas se tiene que, la prima de actualización prevista en los Decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 introdujo una modificación gradual a las asignaciones de actividad que es computable para el reconocimiento de la asignación de retiro y pensión, no solo para quienes la devengan en servicio activo, sino también para el personal retirado, toda vez que en virtud del sistema de oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones consagrado en los Decretos 1211 (artículo 169), 1212 (artículo 151) y 1213 (artículo 110) de 1990, las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad se deben reflejar en las de retiro y pensiones ya concedidas.

Por otro lado, sobre el fenómeno jurídico de la prescripción, el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990¹², establece que “[l]os derechos consagrados en es[e] Estatuto prescriben en cuatro

⁹ Ver Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Expediente 25000-23-42-000-2016-06110-01(1929-20), sentencia de 29 de julio de 2021, C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

¹⁰ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

¹¹ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de 20 de agosto de 2009. Expediente: 2095-2008

¹² Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares

(4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual...". En ese orden de ideas, si tales derechos no son reclamados en el término de 4 años después de su causación o exigibilidad, su titular pierde la posibilidad válida de solicitarlos, pues sobre ellos ya cobró sus efectos el fenómeno de la prescripción extintiva.

La Sala itera que, las pretensiones de la demandante se encuentran dirigidas a obtener el reajuste de la asignación de retiro con la prima de actualización que solo se hizo exigible para el personal en retiro entre el 24 de noviembre de 1997 y el 24 de noviembre de 2001, comoquiera que el término de prescripción para el reconocimiento de dicho emolumento para 1995 empezó a contarse a partir del 24 de noviembre de 1997 y el término de los 4 años, señalado en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, finalizó el 24 de noviembre de 2001.

Así las cosas, la parte actora tenía hasta el 24 de noviembre de 2001 para reclamarla, luego, en ese contexto, como esta solo se realizó el **11 de noviembre de 2016**, se excedió el lapso legal que, una vez consumado, produjo la extinción de la titularidad sobre cualquier derecho relacionado con la prima de actualización.

En conclusión, operó la prescripción del derecho porque la reclamación no se presentó dentro de los 4 años siguientes a la a la ejecutoria de las sentencias del Consejo de Estado que la hicieron extensiva al personal retirado, como lo consideró el *a quo*.

Por lo tanto, no son de recibo por esta Colegiatura los argumentos expuestos por la parte demandante y en consecuencia se confirmará en su integridad la decisión apelada.

4. Costas en segunda instancia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y atendiendo a la remisión normativa señalada por el canon 306 *ibidem* en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, y atendiendo a un criterio objetivo valorativo en su imposición, no se condenará en costas en esta instancia dado que, no se encuentra demostrada su causación en esta instancia.

Por lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMASE la decisión proferida el 26 de septiembre de 2019 por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho propuesto por María Amanda Alvarán de Corrales contra la Caja de Sueldo de Retiro de la Policía Nacional – Casur.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa "Justicia Siglo XXI".

Notificar

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión Ordinaria No. 059 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Manizales, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022).

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho
RADICADO: 17-001-23-33-000-2017-00547-00
DEMANDANTE: Roel Antonio Quintero Cárdenas
DEMANDADO: Nación –Ministerio De Educación –FNPSM –
Departamento De Caldas

Por su oportunidad y procedencia, conforme a lo establecido en los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **SE CONCEDE** en el efecto **SUSPENSIVO** el recurso de apelación interpuesto por la PARTE DEMANDANTE (Archivo PDF 009) contra la Sentencia No. 124 proferida por esta Corporación el primero (01) de julio de 2022 (Archivo PDF 007).

Cabe anotar, que en atención a que en el recurso formulado la parte no realizó manifestación sobre la existencia de interés conciliatorio, no es procedente citar a audiencia de conciliación, al tenor de lo previsto en el numeral 2 del artículo 247 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021.

Una vez en firme el presente auto, se remitirá de forma inmediata el expediente al H. Consejo de Estado para que allí se desate el respectivo recurso, previas las anotaciones correspondientes en el sistema informático Justicia Siglo XXI.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que deben aportarse todos los memoriales a través de mensaje de datos, enviados al correo electrónico tadmin02cld@notificacionesrj.gov.co, siendo éste el único medio oficial para la recepción de documentos; por lo que, cualquier mensaje enviado a otra dirección no será tenido en cuenta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Fernando Alberto Alvarez Beltran
Magistrado
Despacho 02
Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **04c24ee0763e069d444a98e8f5904ca218e48b2ddf31e22ae849646fcfdc0dc1**

Documento generado en 26/08/2022 10:31:43 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veintiséis (26) de AGOSTO de dos mil veintidós (2022).

Radicación	17001-23-33-000-2017-00620-00
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Julián Madrid Marín
Accionado	Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Providencia	Sentencia No. 165

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 dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por el señor Julián Madrid Marín contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

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. Que se declare la Nulidad del oficio No. 9702 / GAG SDP del 24 de JUNIO de 2015, notificado el 17 de Julio de 2015, en referencia al Oficio No. 10105 GAG SDP del 21 DE ABRIL DE 2014, suscrito por el señor Brigadier General JORGE ALIRIO BARON LEGUIZAMON, Director General, de la referida entidad demandada, por la cual se negó el reconocimiento, liquidación y pago de las PARTIDAS COMPUTABLES y el pago de los dineros retroactivos, resultantes de la diferencia económica dejada de percibir, con su respectiva indexación que en derecho corresponda entre lo dejado de cancelar por la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA

NACIONAL, al señor IT (R) JULIAN MADRID MARIN.

2. *Inaplicar por inconstitucionales e ilegales los artículos 49 del decreto 1091 de 1995; 23 y 25 del decreto 4433 de 2004 en lo que tiene que ver con el reconocimiento de la asignación de retiro del señor IT (R) JULIAN MADRID MARIN.*

3. *Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la entidad demandada, incluir, reajustar y reliquidar las PARTIDAS COMPUTABLES dándole aplicación a la LEY 4 DE 1992, en sus ARTICULOS 2 Y 10°, LA LEY 180 DE 1995 EN SU ARTICULO 7 PARAGRAFO UNICO Y EL DECRETO LEY 132 DE 1995 en su ARTICULOS 82.*

4. *Cómo resultado del reconocimiento del derecho anterior Que se ordene el reajuste y pago de las PARTIDAS COMPUTABLES del señor IT (R) JULIAN MADRID MARIN CC N° 18.506.402 por parte de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL, desde el 13 de AGOSTO de 2012 a la fecha de la sentencia así como liquidar reajustar e indexar una vez reconocido el pago y reajuste permanente de las partidas computables como lo son Prima de Actividad, Prima de Antigüedad, Subsidio Familiar en su totalidad, en la asignación de Retiro o Pensión y demás prestaciones sociales de mi poderdante, con los mayores porcentajes legales y en forma permanente, de acuerdo con el grado, de lo contrario implicaría un desmedro o empobrecimiento sin causa para mi poderdante.*

Que se ordene el pago de los intereses moratorios exigibles a partir de la causación del reconocimiento de las partidas computables, en la Asignación de Retiro o Pensión, desde la fecha de retiro, fecha desde que debió hacerse el reconocimiento de las partidas Computables en su totalidad, en la Asignación de Retiro o Pensión, sobre el mayor valor de la pensión reajustada y hasta cuando se cancele efectivamente dicho reajuste

B) CONDENAS:

1. *Ordénese a la Entidad demandada a incluir, reajustar y reliquidar las PARTIDAS COMPUTABLES y demás prestaciones del señor IT (R) JULIAN MADRID MARIN con el mayor porcentaje legal y en forma permanente, como resultado del reconocimiento del derecho anterior, de acuerdo a su grado*

2 *Ordénese a entidad demandada RELIQUIDAR, REAJUSTAR E INDEXAR una vez reconocida el pago y reajuste permanente de las Partidas Computables como son Prima de Actividad, Prima de Antigüedad, Subsidio Familiar en su totalidad, en la Asignación de Retiro o Pensión y demás prestaciones sociales de mi poderdante, con los mayores porcentajes legales y en forma permanente, de acuerdo con su grado, de lo contrario implicaría en desmedro a empobrecimiento sin causa para mi poderdante.*

3. *Igualmente deberá pagar los intereses moratorios exigibles a partir de la causación de la Asignación de Retiro con las PARTIDAS COMPUTABLES, sobre el mayor valor de la pensión reajustada y hasta cuando se cancele efectivamente dicho reajuste En consonancia con la LEY 4 DE 1992, en sus ARTICULOS 20 Y 10°, LA LEY 180 DE 1995 EN SU ARTICULO 7° y EL DECRETO LEY 132 DE 1995 en su ARTICULO 82.”*

2. Hechos

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

El señor Julián Madrid Marín ingresó a las filas de la Policía Nacional el 1° de diciembre de 1992 hasta el 30 de junio de 1994. El 1° de julio de 1994 fue homologado al nivel ejecutivo y en consecuencia inició su vida laboral bajo el régimen denominado "Nivel Ejecutivo". El retiro del servicio se produjo el 13 de agosto de 2012.

La asignación de retiro fue reconocida con fundamento en los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004, esto es, sin incluirle las partidas computables a las que tenía derecho antes de ingresar al nivel ejecutivo.

Mediante derecho de petición el aquí demandante solicitó la reliquidación de su asignación de retiro a fin de que se tuvieran en cuenta las partidas a las que tenía derecho como miembro de la Policía Nacional y antes de su homologación al nivel ejecutivo de la institución.

3. Normas violadas y concepto de la violación

Considera violadas las siguientes normas: Constitución Política de Colombia, artículos 13, 48, 53, 83 y 220; Ley 4ª. de 1992, artículos 2 y 10; Ley 180 de 1995, artículo 7; Decreto Ley 132 de 1995, artículos 82; y Sentencia C-168 de 1995.

Indica que el párrafo del artículo 7 de la Ley 180 de 1995 previó que la creación del nivel ejecutivo no podría discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresaran al nivel ejecutivo. Y que lo propio se dispuso en el artículo 82 de la Ley 132 de 1995.

Aduce que el demandante, al homologarse al nivel ejecutivo, quedó sometido al régimen previsto para este personal, salvo en lo relativo a sus derechos adquiridos y prestaciones toda vez que, conforme a las normas citadas, estas condiciones no podían ser desmejoradas en ningún aspecto, motivo por el cual la entidad demandada no debió haber aplicado la norma general sobre el reconocimiento de asignación de retiro para el nivel ejecutivo, contenida en los decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004, sino lo normado en el decreto 1213 de 1990, que señala los factores a tener en cuenta al momento del retiro del servicio.

Concluye que las normas sobre derechos prestacionales contenidas en los decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004 rigen para las personas que ingresaron como nuevas a la institución en el nivel ejecutivo, no para aquellos que se trasladaron de régimen.

4. Contestación de la demanda.

Casur no contestó la demanda.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante.

Guardó silencio.

5.2. Parte demandada.

Solicita que se denieguen las pretensiones de la parte actora y se declare la legalidad de los actos administrativos contenidos en los Oficios No 10105 GAG/ SDP del 21 de Junio de 2014 y oficio No 9702 GAG/ SDP de fecha 24 de Junio de 2015, por medio de los cuales la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional "CASUR" le niega al actor el incremento en la asignación de retiro; ello, puesto que los porcentaje de los rubros que le fueran liquidados se ajustan al ordenamiento jurídico vigente para esa data, esto es, en los Decretos 1091 de 1995 "por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional" y el Decreto 4433 de 2004 "por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública".

Precisa que, revisado el expediente administrativo del actor, se constató que la liquidación se hizo de conformidad con los haberes certificados por la Policía Nacional en el formato hoja de servicios de la Dirección de Talento Humano No. 18506402 de fecha 27 de agosto de 2012, en la cual se le toma en cuenta un tiempo de 20 años, 08 meses y 3 días.

Cita jurisprudencia del Consejo de Estado y de este Tribunal como sustento adicional para solicitar que se desestimen las pretensiones de la parte demandante.

7.3. Concepto del Ministerio Público.

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

II. Consideraciones de la Sala

De conformidad con el fundamento fáctico y jurídico expuesto por las partes, la Sala considera que los problemas jurídicos se centran en dilucidar:

¿Le asiste derecho al demandante a que se reliquide su asignación de retiro incluyendo el subsidio familiar, la prima de antigüedad y la prima de actividad como factores computables para tales efectos con sustento en el Decreto 1212 de 1990 y demás normas que le eran aplicables antes de su homologación al nivel ejecutivo de la Policía Nacional?

1. Fundamento jurídico.

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

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

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

(...)

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

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

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

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

Posteriormente el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1091 de 1995, *por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional*, contemplando como partidas computables para efectos del cálculo de la asignación de retiro: el sueldo básico; la prima de retorno a la experiencia; el subsidio de alimentación; la duodécima parte de la prima de navidad; la duodécima parte de la prima de servicio; la duodécima parte de la prima de vacaciones y la bonificación por compensación¹. Así mismo estableció expresamente que ninguna de las primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en los Decretos 1212 y 1213 de 1990 podrán ser computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, sustituciones pensionales

¹ La Sala no pasa por alto que esta Corporación, a través de la sentencia de 14 de febrero de 2007. Rad. 1240-2004, declaró la nulidad del artículo 51 del Decreto 1091 de 1995, en lo que se refería al tiempo exigido a los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional para efectos del reconocimiento de una asignación de retiro. Así se expresó en la referida providencia: “El Gobierno Nacional no podía variar ni modificar el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública en tanto - se repite - era una materia que se hallaba reservada a la ley y, de otra parte, existía una clara protección especial para quienes se habían acogido a la carrera del nivel ejecutivo.”.

y demás prestaciones sociales, a excepción de las específicamente señaladas en la norma.

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

A su vez, en el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, el Gobierno Nacional fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. Allí señaló que el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que haya ingresado al escalafón del referido nivel a partir de la vigencia del mencionado decreto, tendría derecho al reconocimiento de una asignación de retiro² después de 20 años de servicio, cuando la desvinculación se produzca por *“llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno”* o con 25 años de servicio siempre que el retiro se verifique por solicitud propia o en forma absoluta³.

En relación con el cálculo del monto de la asignación de retiro, el artículo 23.2 del Decreto 4433 de 2004 estableció que debían tenerse en cuenta, como partidas computables: ***“i) el sueldo básico; ii) la prima de retorno a la experiencia; iii) el subsidio de alimentación; iv) la duodécima parte de la prima de servicio; v) la duodécima parte de la prima de vacaciones y vi) la duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro”***. Y en el párrafo dispuso: *“En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales”*.

Ahora bien, es cierto que los artículos 7 de la Ley 180 de 1995, 82 del Decreto 132 de 1995 y, a su turno, la Ley 923 de 2004 establecieron, cada una en su ámbito, una protección a

² “ARTICULO 25. Asignación de retiro para el personal de la Policía Nacional. Los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y que sean retirados del servicio activo después de veinte (20) años, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro, así:

25.1 El setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio.

25.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los veinte (20) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%). 25.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.”

³ Debe precisarse, que esta Corporación a través de la sentencia de 12 de abril de 2012. Rad. 1074-2077, declaró la nulidad del párrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, al considerar que dicha norma ***“(…) Excedió lo dispuesto por la Ley marco e invadió competencias legislativas, pues modificó lo referente al tiempo mínimo para obtener la asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo que a la fecha de entrada en vigencia de la norma se encontraba en servicio activo*** al no establecer un régimen de transición que respetara sus expectativas legítimas.

En efecto, estableció como tiempo mínimo para obtener la asignación de retiro por solicitud propia en 25 años, tiempo que excede al contemplado en el régimen anterior para suboficiales en 5 años.”.

favor del personal de suboficiales y agentes de la Policía Nacional que decidieron voluntariamente ingresar, a través de homologación, al Nivel Ejecutivo de dicha institución; que las referidas normas prohibieron la discriminación y/o desmejora de las condiciones que venían disfrutando los referidos suboficiales y agentes antes de hacer parte del Nivel Ejecutivo, esto con el fin de evitar la afectación o variación de sus condiciones laborales; y que, incluso, a través de la sentencia de 12 de abril de 2012, proferida por el Consejo de Estado, se declaró la nulidad del párrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 en cuanto incrementaba los requisitos, referido concretamente al tiempo de servicio, para que el personal del Nivel Ejecutivo que venía vinculado a la Policía Nacional, con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida norma, obtuviera el reconocimiento de una asignación de retiro.⁴

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

El Consejo de Estado, en sentencia del 30 de octubre de 2020⁵, abordó el estudio de las partidas computables para asignación de retiro de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional frente a aquellas previstas para esos mismos frente al personal de oficiales y suboficiales de dicha institución, en aras de establecer si las diferencias existentes entre uno y otro, implican un desmejoramiento o regresión en los derechos laborales de aquellos.

Al respecto, la Alta Corporación consideró lo siguiente:

[...] No obstante, la Sala resalta que esta Corporación⁶, en casos con identidad de supuesto fácticos y jurídicos al que hoy ocupa su atención, ha sostenido que el hecho de que el régimen prestacional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no reproduzca con exactitud el previsto, en otrora, para el personal de suboficiales de esa institución no supone per se una discriminación o desmejora en materia prestacional para los miembros del referido Nivel. Por el contrario, esta Sección ha precisado que un análisis y/o visión en conjunto de ambos regímenes permite advertir que las prestaciones previstas para un miembro del Nivel Ejecutivo, en el Decreto 1091 de 1995, superan en monto a las contempladas para el personal de suboficiales de la Policía Nacional.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Bogotá, D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 25000-23-42-000-2013-04582-01(1667-14)

⁵ *Ibidem*.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 26 de enero de 2017, expediente radicado 25000-23-42-000-2013-07009-01(3696-2014), M.P. César Palomino Cortés; sentencia de 2 de febrero de 2017, expediente radicado 25000-23-42-000-2013-02266-01 (3929-2014), M.P. César Palomino Cortés; sentencia de 24 de agosto de 2018, expediente radicado 25000-23-42-000-2014-00471-01(3551-17), M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez; sentencia de 6 de diciembre de 2018, expediente radicado 25000-23-42-000-2013-02750-01(2579-17), M.P. William Hernández Gómez; sentencia de 20 de septiembre de 2018, expediente radicado 25000-23-42-000-2013-06102-01(3283-16). M.P. Carmelo Perdomo Cuéter; sentencia de 27 de septiembre de 2018, expediente radicado 44001-23-33-000-2014-00050-01(0789-16), M.P. Carmelo Perdomo Cuéter; sentencia de 17 de octubre de 2018, expediente radicado 17001-23-33-000-2015-00026-01(4864-17). M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas; sentencia de 11 de abril de 2019, expediente radicado 05001-23-33-000-2013-01472-01(2516-2017) M.P. César Palomino Cortés; sentencia de 25 de abril de 2019, expediente radicado 25000-23-42-000-2014-02067-01(4404-2017), M.P. César Palomino Cortés.

En efecto, al realizar un análisis de los emolumentos que percibía el actor antes de su homologación y después de ella, se observa que continuó percibiendo algunos de los que recibía en su condición de suboficial de la Policía Nacional, aun cuando la manera de liquidarlos fue diferente. Esto se puede observar en el siguiente cuadro comparativo:

[...]

De acuerdo con lo anterior, se advierte que en relación con la prima de actividad que, si bien no fue prevista en el Decreto 1091 de 1995, esta normativa creó en el artículo 7 la prima del Nivel Ejecutivo que corresponde al 20% de la asignación básica mensual. La prima de antigüedad también desapareció, pero a la par se estableció la prima de retorno a la experiencia en el artículo 8 ibídem.

[...]

Con relación al subsidio familiar, el Decreto 1091 de 1995 en los artículos 15 y siguientes continúa reconocido dicha prestación a favor del servidor por las personas que pueda tener a cargo como, los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros, hermanos huérfanos y padres mayores de 60 años, pero excluyó al cónyuge, tal como se puede inferir del anterior cuadro comparativo; sin embargo no puede incluirse como partida computable para liquidar la asignación de retiro, como se pretende en la demanda, en consideración a que no fue establecida como tal en los artículos 49 del Decreto 1091 de 1995 y 23.2 del Decreto 4433 de 2004.

En este orden de ideas, se determina que, en conjunto, las partidas computables previstas para el régimen prestacional de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, determinado en el Decreto 1091 de 1995, constituyen un monto superior a lo percibido por el personal de suboficiales de la Policía Nacional en el Decreto 1212 de 1990.

Entonces, pese a que en el régimen salarial y prestacional del Nivel Ejecutivo no se contemplaron las primas de actividad y antigüedad, entre otras, lo cierto es que en dicho régimen se crearon otras primas y una asignación básica mensual superior a lo que se devengaba en el grado de suboficial.

En efecto, con la adopción e implementación de la carrera profesional en la Policía Nacional, a través de su Nivel Ejecutivo, no solo se pretendió profesionalizar al personal de suboficiales y agentes que venían al servicio de la institución sino también, como quedó visto, retribuir en mayor proporción las responsabilidades que asumieron cada uno de los miembros del nuevo Nivel frente a la misión constitucional y legal atribuida a la Policía Nacional.

En tal sentido, y contrario a lo afirmado por el accionante, su homologación al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, en ningún caso le supuso una “discriminación o desmejora” en materia laboral dado que, según se expuso en precedencia, lo percibido en el referido Nivel Ejecutivo supera lo devengado por el personal de suboficiales que se regía por el Decreto 1212 de 1990.

En otras palabras, en vigencia de un nuevo régimen prestacional del Nivel Ejecutivo se superaron las condiciones salariales y prestacionales que el interesado ostentaba antes de homologarse a aquél voluntariamente.

Conforme con lo anterior, el demandante no puede pretender que se reliquide su asignación de retiro beneficiándose de un régimen mixto

integrado por la asignación salarial del Nivel Ejecutivo y los factores salariales y prestacionales del Decreto 1212 de 1990, al cual tenía derecho como suboficial, en la medida en que se estaría contrariando el principio de inescindibilidad de la ley.

[...]"

Además se ha precisado que, la disparidad existente en dichos regímenes tiene origen, entre otras cosas, en el nivel de requisitos y responsabilidades de cada uno de esos cargos. Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia del 22 de abril de 2021⁷ precisó que:

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

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

2. Caso concreto

En el presente asunto, el señor Julián Madrid Marín, en su calidad de incorporado al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, solicita la nulidad del Oficio N° 9702/GAG SDP del 24 de junio de 2015, mediante el cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional le negó la reliquidación de la asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar, la prima de antigüedad y la prima de actividad; ello, con fundamento en el numeral 23.2 del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, que determina las partidas sobre las cuales se liquida la asignación mensual de retiro al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional. Lo anterior, en concordancia con el parágrafo único del artículo 49 del Decreto 1091 de 1995.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda. C.P. Gabriel Valbuena Hernández, sentencia de tutela de 22 de abril de 2021. expediente: 11001-03-15-000-2020-05145-01(AC)

Así mismo, se recalcó que las partidas solicitadas son aplicables en la liquidación de la pensión de los agentes, suboficiales y oficiales de la Institución, en atención a lo previsto en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, no siendo ese el caso del aquí demandante, quien al homologarse al nivel ejecutivo quedó amparado por normas especiales que no consagran las primas de antigüedad y actividad ni contemplan el subsidio familiar como factor computable para liquidar la asignación de retiro.

Resulta igualmente pertinente iterar que, en aplicación del principio de inescindibilidad, el demandante no se puede favorecer de las ventajas de uno y otro régimen, máxime cuando la decisión de acogerse al nivel ejecutivo de la Policía Nacional surgió en forma libre y espontánea, y ello conlleva la aceptación de las normas que fijaban los salarios y prestaciones sociales del régimen salarial que se estableció para el personal del nivel ejecutivo. Además, ante regímenes tan disímiles, como son, el nivel ejecutivo y el de los Oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, no es procedente continuar con el estudio de las demás etapas del test de igualdad, ya que para la prosperidad de un juicio de tal naturaleza se precisa la existencia de supuestos o situaciones que objetiva, material y funcionalmente sean equiparables, a fin de establecer qué es lo igual que merece un trato igual. Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia del 18 de marzo de 2021⁸ precisó que:

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

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

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

El trato diferenciado entre los integrantes y sus familias del nivel ejecutivo por un lado, y los oficiales, suboficiales y agentes y sus familias de la Policía Nacional por el otro, está

⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta. C.P. Rocío Araújo Oñate, sentencia de tutela de 18 de marzo de 2021. expediente: 11001-03-15-000-2021-00004-00(AC)

justificado en las funciones y responsabilidad que se asumen en el desarrollo de las actividades, sin que se evidencie la vulneración de las garantías superiores a la igualdad y la familia invocadas por el demandante. Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia del 5 de febrero de 2021⁹ precisó que:

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

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

A partir de los anteriores prolegómenos y comoquiera que la sentencia cuestionada no adolece de desconocimiento del precedente ni de violación directa de la Constitución, esta Sala negará el amparo deprecado”. (Se resalta)

En conclusión, al demandante no le asiste derecho a que se reliquide su asignación de retiro salario incluyendo las primas ya mencionadas y el subsidio familiar, por cuanto esas partidas no están previstas en las normas especiales que se aplican al personal homologado al nivel ejecutivo.

Además, no existe vulneración del derecho a la igualdad del demandante y de su familia, como miembro de la Policía Nacional del nivel ejecutivo, en comparación con los suboficiales y oficiales de esa institución en lo relacionado con el reconocimiento y pago del subsidio familiar y las demás primas deprecadas, por cuanto la disparidad existente en dichos regímenes tiene origen, entre otras cosas, en el nivel de requisitos y responsabilidades de cada uno de esos cargos; teniendo en cuenta además, y por sobre todo, que aunque en el régimen salarial y prestacional del Nivel Ejecutivo no se contemplaron las primas de actividad y antigüedad, entre otras, lo cierto es que en dicho régimen se crearon otras primas y una asignación básica mensual superior a lo que se devengaba en el grado de suboficial, tal y como lo hace ver el Consejo de Estado en la jurisprudencia citada ut supra.

2.1. De la condena en costas en primera instancia.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección B. C.P.: Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia de tutela de 5 de febrero de 2021. Radicación número: 11001-03-15-000-2020-05145-00(AC)

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado¹⁴ 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 Casur (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.

En conclusión, se negarán las pretensiones de la parte demandante por lo discurrido en precedencia.

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

III. Falla

Primero: Se niegan las pretensiones de la parte demandante dentro del proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por el señor **Julián Madrid Marín** contra la **Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – Casur**.

Segundo: Sin costas.

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

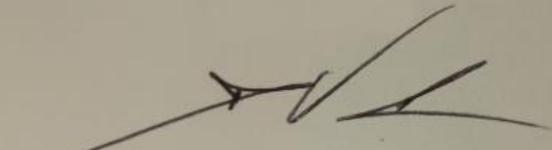
Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **liquídense** los gastos del proceso, **devuélvase** los remanentes si los hubiere. **Archívense** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el Programa Justicia Siglo XXI.

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

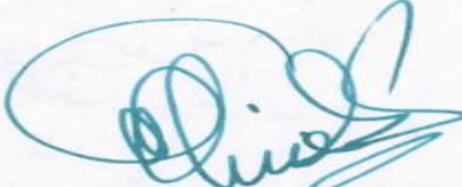
Notifíquese y cúmplase



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Manizales, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022).

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho
RADICADO: 17-001-23-33-000-2018-00011-00
DEMANDANTE: María de los Ángeles Mancera Osorio
DEMANDADO: Casur

Por su oportunidad y procedencia, conforme a lo establecido en los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **SE CONCEDE** en el efecto **SUSPENSIVO** el recurso de apelación interpuesto por la PARTE DEMANDADA (Archivo PDF 021) contra la Sentencia No. 122 proferida por esta Corporación el primero (01) de julio de 2022 (Archivo PDF 019).

Cabe anotar, que en atención a que en el recurso formulado la parte no realizó manifestación sobre la existencia de interés conciliatorio, no es procedente citar a audiencia de conciliación, al tenor de lo previsto en el numeral 2 del artículo 247 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021.

Una vez en firme el presente auto, se remitirá de forma inmediata el expediente al H. Consejo de Estado para que allí se desate el respectivo recurso, previas las anotaciones correspondientes en el sistema informático Justicia Siglo XXI.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que deben aportarse todos los memoriales a través de mensaje de datos, enviados al correo electrónico tadmin02cld@notificacionesrj.gov.co, siendo éste el único medio oficial para la recepción de documentos; por lo que, cualquier mensaje enviado a otra dirección no será tenido en cuenta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:
Fernando Alberto Alvarez Beltran

Magistrado
Despacho 02
Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **b560f4061061aac20e3c09082a7d48bb7048492a3004e539e18f5ed9fe81e690**

Documento generado en 26/08/2022 10:29:40 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

A.I. 333

Manizales, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Radicación:	17 001 33 33 003 2018 00223 02
Clase:	Protección de derecho e intereses colectivos
Demandante:	Procuraduría 70, 179, 180 y 181 Judicial I para Asuntos Administrativos
Demandado:	Municipio de La Dorada
Vinculado:	Construseñales S.A.

Asunto

Procede el Despacho a resolver sobre la procedencia del recurso de reposición y en subsidio queja contra el auto del 31 de mayo de 2022, por medio del cual se rechazó por improcedente un recurso de apelación.

I. Antecedentes

En el curso de la segunda instancia, este Despacho profirió el auto interlocutorio No. 169 del 6 de abril de 2022, por medio del cual se negó la solicitud de nulidad presentada por el apoderado judicial de Consultoría de Servicios Urbanos S.A.S. (Archivo 66)

Contra dicho proveído se interpuso recurso de apelación (Archivo 68) y el mismo fue rechazado por improcedente de conformidad con lo expuesto en auto del 31 de mayo del año avante (Archivo 73); y aunque el Despacho le dio a dicho recurso el trámite de una reposición, al final se confirmó el auto del 6 de abril de 2022.

Contra el auto del 31 de mayo de 2022, la mencionada Sociedad interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de queja. (Archivo 75)

II. Consideraciones

A efectos de resolver lo pertinente sea lo primero indicar que, el artículo 245 del C.P.A.C.A, respecto al recurso de queja señala:

“Artículo 245¹. Este recurso se interpondrá ante el superior cuando no se conceda, se rechace o se declare desierta la apelación, para que esta se conceda de ser procedente.
[...]" (Subrayas por fuera del texto).

Teniendo en cuenta que la decisión objeto del recurso de queja fue proferida en el curso de la segunda instancia que se surte ante este Tribunal, es claro que no existe una tercera instancia que a manera de superior jerárquico pueda dar trámite al referido recuso. La queja, tal y como está concebida, procede en las hipótesis previstas en la norma ya reseñada, siempre que ocurran en el trámite de la primera instancia y por ende se pueda interponer ante el superior, esto es, Tribunal o Consejo de Estado, según el caso.

Así las cosas, contra la decisión que rechazó por improcedente el recurso de apelación contra un auto proferido en segunda instancia, no procede el recurso de queja.

Ahora bien, frente a la decisión que por vía de reposición profirió el Despacho, no procede recurso alguno al tenor de lo dispuesto en el artículo 243 A² del CPACA, a saber:

Artículo 243 A. *No son susceptibles de recursos ordinarios las siguientes providencias:*

[...]

3. Las que decidan los recursos de reposición, salvo que contengan puntos no decididos en el auto recurrido, caso en el cual podrán interponerse los recursos procedentes respecto de los puntos nuevos.

Siendo ello así y sin que sean necesarias consideraciones adicionales, se declarará improcedente el recurso de queja interpuesto por Construseñales S.A.

Por lo expuesto, el Despacho,

III. Resuelve

Primero: Declarar improcedente el recurso de queja interpuesto por Construseñales S.A.

Segundo: Continúese con el trámite procesal correspondiente.

¹ Modificado por el artículo 65 de la Ley 2080 de 2021.

² Adicionado por el artículo 63 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Fernando Alberto Alvarez Beltran

Magistrado

Despacho 02

Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **999d260ad3bbe8dde75b66bc7db5facbf2616c1cd189bac9d547e908a4d3b3a9**

Documento generado en 26/08/2022 10:25:27 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Manizales, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022).

MEDIO DE CONTROL: PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
RADICADO: 17-001-23-33-000-2018-00232-00
DEMANDANTE: MEDARDO MARTÍNEZ CHIQUITO Y OTROS
DEMANDADOS: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE, INSTITUTO DE HIDROLOGÍA, METEOROLOGÍA Y ESTUDIOS AMBIENTALES – IDEAM -, FONDO DE ADAPTACIÓN, UNIDAD NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO, CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS – CORPOCALDAS -, CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA -CORMAGDALENA -, DEPARTAMENTO DE CALDAS, MUNICIPIO DE LA DORADA, EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE CALDAS - EMPOCALDASSA ESP -, EMGESA SA ESP y EMPRESA DE ENERGÍA DEL PACÍFICO – EPSA SA.
COADYUVANTE: Javier Elías Arias Idárraga

Por su oportunidad y procedencia, conforme a lo establecido en el artículo 37 de la Ley 472 de 1998, en concordancia con los artículos 322 y 323 del Código General del Proceso, **SE CONCEDEN** en el efecto **DEVOLUTIVO** los recursos de apelación interpuestos por las demandadas así: EMPOCALDAS, DEPARTAMENTO DE CALDAS, CORPOCALDAS, CORMAGDALENA, FONDO DE ADAPTACION, UNIDAD DE GESTION DEL RIESGO y MUNICIPIO DE LA DORADA (Archivos PDF 144 a 146, 148 a 151 y 156) contra la Sentencia No. 64 proferida por esta Corporación el dieciocho (18) de abril de 2022 (Archivo PDF 142).

Una vez en firme el presente auto, se remitirá de forma inmediata el expediente al H. Consejo de Estado para que allí se desaten los respectivos recursos, previas las anotaciones correspondientes en el sistema informático Justicia Siglo XXI.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que deben aportarse todos los memoriales a través de mensaje de datos, enviados al correo electrónico tadmin02cld@notificacionesrj.gov.co, siendo éste el único medio oficial para la recepción de

documentos; por lo que, cualquier mensaje enviado a otra dirección no será tenido en cuenta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Fernando Alberto Alvarez Beltran

Magistrado

Despacho 02

Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **d18a1252adc685fe4631e34afd28fd037e887f928e58f974433c90a6161a10ff**

Documento generado en 26/08/2022 10:28:25 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veintiséis (26) de AGOSTO de dos mil veintidós (2022).

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación	17-001-23-33-000-2018-00496-00
Demandante	Estella Palacio Muñoz
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas
Providencia	Sentencia No. 166

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 dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por la señora Estella Palacio Muñoz 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:

Declarar la nulidad del “Artículo Sexto de la Resolución No. 5462 - 6 del 20 de junio 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 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. 5462 - 6 del 20 de junio 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. 5462 - 6 del 20 de junio 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 25/03/2015.

Por medio de la Resolución Nro. 4379-6 del 27 de mayo 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 24/07/2015, por intermedio de entidad bancaria BBVA.

Mediante petición radicada el 19/04/2018, 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. 5462 - 6 del 20 de junio de 2018, fue otorgado el ajuste de las cesantías definitivas reconocidas inicialmente mediante la resolución No. 4379-6 del 27 de mayo de 2015, sin reconocimiento de intereses moratorios.

La demandante solicitó las cesantías definitivas el 25/03/2015, siendo el plazo para cancelarlas el 9/07/2015, transcurriendo hasta la fecha en la cual fue realizado el pago total de las cesantías definitivas mediante el ajuste reconocido por medio de la Resolución 5462 - 6 del 20 de junio de 2018, un total de 1.080 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.

Guardó silencio.

3.2. Departamento de Caldas.

Guardó silencio.

4. Audiencia Inicial.

La audiencia inicial en este proceso fue llevada a cabo el 8 de octubre de 2021. (Archivo 002, C. 1, Carpeta Digital)

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.

6. Concepto del Ministerio Público.

No rindió concepto.

II. Consideraciones de la Sala

Los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se contraen a 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).

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.”

1. Caso concreto.

En el caso concreto se tiene acreditado:

Mediante la Resolución Nro. 4379-6 del 27 de mayo de 2015 se reconoció y ordenó el pago de las cesantías definitivas a la señora Estella Palacio Muñoz, liquidadas con base en los siguientes factores: sueldo mensual, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de alimentación. (Fls. 32-33, Archivo 001, Cdno 1, Carpeta Digital)

La demandante solicitó el ajuste del valor de las cesantías definitivas incluyendo la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados, así como el reconocimiento y pago de la sanción mora hasta que fuera realizado el pago del ajuste (fls. 27 a 30, Archivo 001, Cdno 1, Carpeta Digital)

A través de la Resolución No. 5462 - 6 del 20 de junio de 2018 se accedió al ajuste de la cesantía definitiva incluyendo como base de liquidación la **prima de servicios y la bonificación**. En el ordinal sexto de la referida resolución se negó la sanción moratoria (fls. 39 a 40, Archivo 001, Cdno 1, Carpeta Digital)

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

pago de la prestación inicial. Es decir, la sanción castiga la demora en el pago, pero no el error en la liquidación, como en reciente providencia explicó el Consejo de Estado¹:

“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 13001-23-31-000-2007-00225-01, número interno 1483-13. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

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.”

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.

2. 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.

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.

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 la Nación – Ministerio de Educación Nacional mediante apoderada judicial (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.

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 niegan las pretensiones de la parte demandante por lo considerado.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Se reconoce personería para actuar como apoderado de la Nación – Ministerio de Educación Nacional- FNPSM al abogado Luis Alfredo Sanabria Ríos, portador de la Tarjeta Profesional No. 250.292, de conformidad con el poder general a él conferido. (Archivos 5, 6 y 7 de la Carpeta Digital). De igual manera, **se reconoce personería** a la abogada Leidy Johana Barrientos Peñuela, portadora de la Tarjeta Profesional No. 325.804 del C.S. de la J., de conformidad y en los términos de la sustitución de poder a ella conferida. (Archivo 008 de la Carpeta Digital)

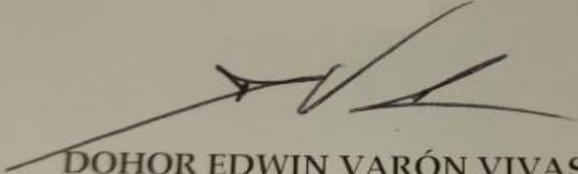
Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

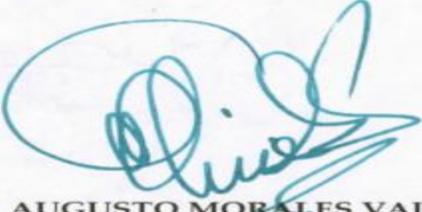
Discutido y aprobado en Sala de Ordinaria de Decisión celebrada en la fecha.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veintiséis (26) de AGOSTO de dos mil veintidós (2022).

Radicación	17001-23-33-000-2018-00537-00
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Mario de Jesús Alvarán Sánchez
Accionado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM y Departamento de Caldas
Providencia	Sentencia No. 167

La Sala Segunda Oral de Decisión, conformada por los Magistrados **Fernando Alberto Álvarez Beltrán**, **Dohor Edwin Varón Vivas** y **Augusto Morales Valencia**, procede a dictar sentencia de primer grado dentro del proceso de **nulidad y restablecimiento del derecho** promovido por el señor **Mario de Jesús Alvarán Sánchez** contra la **Nación - Ministerio de Educación Nacional** y el **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 deprecia lo siguiente:

“Primera.- Se declare la nulidad de la Resolución No. 5059-6 del 07 de mayo de 2017, notificada el día 06 de septiembre de 2018, por medio de la cual se desconoció y negó los Intereses moratorios generados con ocasión al pago tardío del retroactivo de la Homologación y Nivelación salarial, así como el ajuste a la indexación.

***Segunda.-** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, igualmente se declare que el actor tiene pleno derecho a que el DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, le reconozcan y ordenen pagar los intereses moratorios, efectivos a partir del día siguiente a los treinta (30) días posteriores a su causación - 10 de Febrero*

de 1997 al año 1999 - y en adelante hasta el día en que fue efectivo el pago total del retroactivo por homologación y nivelación salarial, estos es, el día 15 de Abril de 2013.

Tercera.- Se condene al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, a pagar al actor los intereses moratorios a que tiene derecho, liquidados con base al interés bancario corriente desde la fecha de causación hasta la fecha efectiva de pago; en consideración a que, el pago de la nivelación salarial debe hacerse al igual que el salario, por periodos de treinta (30) días, por tanto, una vez ocurrido dicho vencimiento, su no pago genera automáticamente la obligación de cancelar los intereses aludidos.

Cuarta.- Se ordene liquidar y pagar, a expensas de LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS y LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, a favor del actor, los intereses reclamados, con base al capital neto cancelado, es decir, sin incluir el valor que por concepto de Indexación salarial se reconoció.

Quinta.- Se ordene revisar, ajustar y pagar, a expensas de DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, a favor del actor, la indexación con base a la última tabla de IPC ponderado emitida por la Superintendencia Financiera.

Sexta.- Se ordene al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el inciso segundo del artículo 192 del CPACA., igualmente que en virtud de la voluntad contemplada en el poder conferido se haga entrega de los dineros al apoderado.

Séptima.- Se condene al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, pagar a favor de mi mandante, los intereses moratorios, conforme lo ordena el inciso 3ero. Del artículo 192 del CPACA.

Octava.- Se condene en costas al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, en caso de que se oponga a las pretensiones de esta demanda.

[...]"

2. Hechos.

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

- El demandante laboró en la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en calidad de personal administrativo.
- La entidad territorial expidió el Decreto No. 0021 de 1997 mediante el cual transfirió el personal administrativo adscrito al servicio público educativo del orden Nacional, a la planta de cargos y personal que laboraba en el Departamento de Caldas.

- Previo concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, y en atención a lo dispuesto por el Ministerio de Educación a través de la Directiva Ministerial N° 10 de 2005 y de la Resolución 2171 de 2006, el departamento presentó ante dicha entidad el estudio técnico para la homologación nacional, la que fue aprobada por esa cartera ministerial.
- Como consecuencia de lo anterior, el Departamento expidió el Decreto N° 0399 del 20 de abril de 2007, por medio del cual homologó y niveló salarialmente los cargos administrativos de la Secretaría de Educación.
- Con Decreto N° 337 de diciembre de 2010, el Departamento de Caldas modificó la homologación y nivelación salarial del Decreto N° 0399 de 2007.
- Mediante Resolución No. 1705-6 del 22 de marzo de 2013, aclarada por la Resolución No. 4010-6 del 19 de junio de 2013, modificada por la Resolución No. 8787-6 del 11 de diciembre de 2014, se canceló a favor del ahora accionante el retroactivo por concepto de homologación salarial; y según certificación expedida por la Secretaría de Educación Departamental, el retroactivo reconocido se liquidó a partir del 10 de febrero de 1997 hasta el año 1999. El pago se efectuó el 15 de abril de 2013.
- Mediante derecho de petición radicado en la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas el día 5 de abril de 2017, se solicitó el reconocimiento y pago de intereses moratorios por el pago tardío del retroactivo por Homologación y Nivelación salarial del personal Administrativo adscrito a la Secretaría de Educación, así como la revisión y ajuste de la indexación.
- Mediante los actos acusados la entidad demandada negó lo deprecado.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Se invocan los artículos 1, 2, 13, 25, 53, 58, 72, 93, 123, 209 y 350 de la Constitución Política; artículos 1608, numerales 1 y 2, 1617 y 1649 del Código Civil y demás normas concordantes.

Indica que la Homologación y Nivelación Salarial de los empleados administrativos de las Secretarías de Educación generó una obligación de pago desde el mismo momento de su incorporación a la planta departamental, razón por la cual, la demora en el pago las

acreencias derivadas de tal nivelación, genera intereses moratorios desde cuando nació el derecho. Aduce que, tanto el Gobierno Nacional como el Departamental debieron haber contemplado dentro del presupuesto, el pago de esta deuda laboral generada por la transferencia del personal administrativo a las entidades territoriales certificadas en virtud de la descentralización del servicio educativo, dispuesta por las leyes 60 de 1993 y 715 de 2001.

Invoca la aplicación de los principios de favorabilidad y pro homine al momento de interpretar las normas al amparo de las cuales se debe resolver la controversia, dejando presente que en cualquier caso, resulta más favorable para la parte demandante el reconocimiento de intereses moratorios que la indexación tal y como fue reconocida.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Ministerio de Educación Nacional – FNPSM.

Se opuso a todas las pretensiones de la parte demandante. Planteó como excepciones las que denominó “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “prescripción”, “inepta demanda” y “Genérica”.

Aduce que tratándose del pago del retroactivo por concepto de homologación y nivelación salarial del personal administrativo, no resulta razonable la exigencia de intereses moratorios toda vez que no existe mora en el pago de las obligaciones laborales por parte del empleador sino una simple equiparación de cargos como consecuencia de una decisión administrativa del Estado fundamentada en el Concepto No. 1607 del 9 de diciembre de 2004 de Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado, la cual tiene un procedimiento legal establecido para determinar el monto a reconocer y para establecer las fuentes de financiación y la asignación de recursos para el pago, por lo tanto no podría hablarse de un retardo injustificado imputable al deudor que conlleve la obligación de pago de los perjuicios a título de intereses moratorios.

4.2. Departamento de caldas.

Se opuso a las pretensiones de la parte actora y se refirió a los trámites y gestiones interadministrativas que debieron adelantarse para lograr la homologación y nivelación salarial del personal administrativo transferido a dicha entidad territorial desde el año 1997, recalcando que el pago del retroactivo por tal concepto contempló la indexación de las sumas sin que fuera dado acudir al reconocimiento y pago de intereses moratorios a modo

de sanción. Propuso las excepciones que denominó “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”, “inaplicabilidad de los intereses moratorios”, “caducidad”, “prescripción” y “buena fe”.

5. Audiencia Inicial.

Se prescindió de la audiencia inicial de conformidad con el artículo 182A de la Ley 2080 de 2021. (Archivo 003, C. 1, Carpeta Digital)

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante.

Guardó silencio.

6.2. Nación - Ministerio de Educación Nacional.

Reiteró su oposición a la prosperidad de las pretensiones deprecadas por la demandante al estimar que las mismas carecen de sustento legal que las respalde; teniendo en cuenta además que el Ministerio de Educación Nacional no es el titular de las obligaciones pretendidas por vía de restablecimiento del derecho.

6.3. Departamento de Caldas.

Recalca que la única participación de ese ente territorial en el proceso de homologación salarial se limitó al estudio técnico solicitado por el Ministerio de Educación, sin embargo, acota que todo el proceso y los recursos para su financiación corresponden a la Nación, por lo que no le asiste responsabilidad frente a lo reclamado por la parte actora.

El Ministerio Público no emitió concepto.

II. Consideraciones de la Sala

Pretende la parte demandante se declare la nulidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago de intereses moratorios con ocasión de la cancelación tardía del retroactivo por homologación y nivelación salarial, y en su lugar, se acceda al pago de dichos intereses.

1. Problemas jurídicos.

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

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

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

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

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

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

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

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

“Artículo 2º.- *Competencias de los municipios. Corresponde a los municipios, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas municipales competentes, en su carácter de entidades ejecutoras principales de las acciones en materia social, dirigir, prestar o participar en la prestación de los servicios directamente, conforme*

a la ley, a las normas técnicas de carácter nacional, a las ordenanzas y a los respectivos acuerdos municipales, así:

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

- Dirigir y administrar directa y conjuntamente con sus municipios la prestación de los servicios educativos estatales en los niveles de preescolar, básica primaria y secundaria y media.
- Participar en la financiación y cofinanciación de los servicios educativos estatales y en las inversiones de infraestructura y dotación.
- Asumir las funciones de administración, programación y distribución de los recursos del situado fiscal para la prestación de los servicios educativos estatales.
- Promover y evaluar la oferta de capacitación y actualización de los docentes, de acuerdo con los desarrollos curriculares y pedagógicos y

facilitar el acceso a la capacitación de los docentes públicos vinculados a los establecimientos educativos del área de su jurisdicción.

- *Regular, en concurrencia con el municipio, la prestación de los servicios educativos estatales.*
- *Ejercer la inspección y vigilancia y la supervisión y evaluación de los servicios educativos estatales.*
- *Incorporar a las estructuras y a las plantas departamentales las oficinas de escalafón, los fondos educativos regionales, centros experimentales piloto y los centros auxiliares de servicios docentes.*
- *Asumir las competencias relacionadas con currículo y materiales educativos.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹ Consejero ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

3. Indexación e intereses moratorios.

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

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

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

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

“(..) La indexación persigue entonces mantener el valor originario del crédito dinerario, mediante el empleo de pautas preestablecidas, aplicables a todas las obligaciones dinerarias que se especifican. Mediante este procedimiento de ajuste periódico y automático se pueden actualizar salarios, rentas, ahorros, impuestos y en general todas aquellas prestaciones originadas en obligaciones que se prolongan en el tiempo”.

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

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

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

El interés legal se fija en seis por ciento anual.

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

3a.) Los intereses atrasados no producen interés.

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

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

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

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

“Por el contrario, no procede reconocer intereses moratorios pues si el ex-empleado inconforme con la decisión recurre a la acción judicial, además del reconocimiento de las sumas de dinero dejadas de cancelar por efecto del acto ilegal, se ordena su ajuste conforme al artículo 178 del C.C.A., con lo cual se previene la devaluación, buscando que el restablecimiento del derecho represente el valor real al momento de la condena que es el equivalente al perjuicio recibido.

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

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

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

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

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

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

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

4. Caso Concreto.

En el expediente se encuentra acreditado lo siguiente:

- Mediante la Resolución No. No. 1705-6 del 22 de marzo de 2013, aclarada por la Resolución No. 4010-6 del 19 de junio de 2013, modificada por la Resolución No. 8787-6 del 11 de diciembre de 2014, al aquí demandante le fue reconocido el pago por homologación y nivelación salarial del período comprendido a partir del 10 de febrero de 1997 al 31 de diciembre de 2009, incluyendo la indexación. (fls. 44 a 53 del cuaderno 1)
- Dicho pago se le realizó el 15 de abril de 2013 según se advierte de la certificación expedida por la Secretaría de Educación de Caldas (fl. 54 cdno. 1).
- Mediante petición dirigida al Ministerio de Educación Nacional y a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, el accionante solicitó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios por la falta de pago oportuno de la nivelación y homologación salarial causados desde el año de 1997 al año 1999, y en adelante hasta el día en que fue efectivo el pago total del retroactivo por homologación y nivelación salarial, esto es, el 15 de abril de 2013. (fls. 33 a 41 del cuaderno 1)

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

En este punto, cabe destacar que en casos similares este Tribunal, mediante postura mayoritaria y acudiendo al canon 53 Constitucional, ha venido reconociendo la actualización de sumas de dinero pagadas de manera tardía en sede administrativa, ya que en esos

asuntos ocurrió que entre la fecha de ejecutoria de la resolución de reconocimiento de homologación y su pago, había transcurrido un lapso entre de uno o varios meses, lo que a juicio de la Sala mayoritaria, hacía variar el IPC y por ende se hacía procedente realizar la actualización monetaria; además por cuanto no hubo resolución posterior que modificara el valor de la indexación para hacer un reconocimiento mayor por ajuste a este concepto.

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

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

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

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

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

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

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

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

Como ya se mencionó, el Tribunal, acudiendo a los artículos 53 de la Constitución y 50 del Código Procesal del Trabajo, ha venido defendiendo la tesis de la irrenunciabilidad de los beneficios laborales, para acceder de manera oficiosa, a un rubro no pedido en la instancia administrativa (indexación de unas sumas ya pagadas por homologación y nivelación salarial en el ramo docente); así como también dándole el carácter de crédito laboral a la técnica de indexación.

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

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

“(…) En lo atañadero a la presunta facultad que se atribuye el a quo, para decidir extra petita, la Corte Constitucional, en fallo T-873 de 16 de agosto de 2001⁴, indicó que «[a]l contrario de los procesos laborales a los cuales asimila el demandante su asunto, el ejercicio de la función judicial en materia contencioso administrativa⁵, la competencia del juez al momento de fallar no le permite decidir ultra petita o extra petita, porque la resolución judicial que se extienda más allá de lo pedido o que se tome fuera del petitum de la

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

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

demanda, a más de resultar violatoria del derecho de defensa de la contraparte sería contraria a la estructura misma del proceso que en esta materia se guía por el principio de que la materia del litigio se define por las partes y, estas al hacerlo, delimitan la competencia del juzgador».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ha quedado acreditado que dicha actualización es incompatible con los intereses que se imploran, lo que fuerza a denegar la pretensión de la parte demandante.

Es de agregar que el ajuste a la indexación deprecado en la demanda será denegado comoquiera que la suma reconocida a la parte actora fue actualizada en la forma indicada en el acto administrativo de reconocimiento de la homologación¹³, de tal suerte que, toda controversia en torno al mismo debió ventilarse a través de los recursos procedentes contra aquel y dentro del término legal previsto para dicho efecto.

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

¹² Folio 41.

¹³ *Resolución No. 4010 – 6 del 19 de junio de 2013 “por medio de la cual se aclara la resolución número 1705-6 de marzo 22 de 2013”, en la cual se consideró lo siguiente: “Que una vez verificado el valor adeudado por concepto de indexación a cada funcionario, se observó una diferencia entre el valor total calculado por el Ministerio de Educación Nacional y el valor total calculado por la Secretaría de Educación, lo cual obliga a la SED a hacer el correspondiente ajuste, liquidando el valor de la indexación teniendo como base el IPC inicial del mes de enero de 1997 (IPC INICIAL 80,92)”*

5. Costas.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado¹⁴ 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 la Nación – Ministerio de Educación Nacional mediante apoderado judicial (contestación de la demanda y presentación de alegatos de conclusión) y por el departamento de Caldas (contestación de la demanda), la parte demandante no se verá obligada al pago de aquellas en tanto la demanda no fue presentada con manifiesta carencia de fundamento legal.

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

III. Falla

Primero: Se declaran fundadas las excepciones de *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* e *“inaplicabilidad de los intereses moratorios”*, propuestas por el departamento de Caldas.

Segundo: Se niegan las pretensiones de la parte demandante.

Tercero: Sin condena en costas.

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

¹⁴ 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.

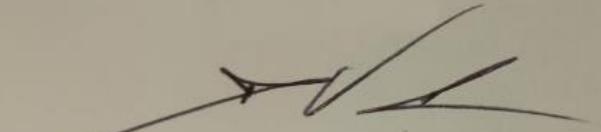
Quinto: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

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

NOTIFÍQUESE



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 UNITARIA DE DECISIÓN
MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022).

A.I. 198

RADICADO: 17-001-33-39-006-2019-00048-02
NATURALEZA: Proceso Ejecutivo
EJECUTANTE: Nicolas Fernando Ramírez Marulanda
EJECUTADO: Municipio de Manizales

Se decide la solicitud de aclaración formulada por la parte actora frente al auto emitido por esta Sala Unitaria el pasado 28 de julio de 2022.

I. Antecedentes

Mediante auto del 11 de febrero de 2022 el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales dispuso modificar la liquidación del crédito formulada por el ejecutante, obteniendo un saldo por capital de \$779.797 y por intereses hasta el 10 de febrero de 2022 de \$1.078.533.

Ante esta decisión el ejecutante interpuso apelación señalando en síntesis tres cargos de oposición, los cuales baso en:

- (i) No haberse liquidado los valores correspondientes a recargos nocturnos ordenados en la sentencia, incluyendo los recargos nocturnos en día de descanso obligatorio, que se deben calcular “sobre el valor doble de la hora trabajada”;
- (ii) No haberse liquidado las prestaciones sociales devengadas por el trabajador como expresamente lo ordenó el fallo -limitándose a efectuar el cómputo de las cesantías-; y
- (iii) Un indebido cómputo de los recargos por horas extras y dominicales en aquellas semanas en que se superó el tope de 44 horas de trabajo ordinario.

Mediante proveído del 28 de julio de 2022 esta Sala Unitaria revocó la decisión adoptada por el a quo, para en su lugar improbar la liquidación del crédito, advirtiendo la necesidad de que esta sea nuevamente presentada ante el Juzgado de primera instancia, para ser analizada con base en los criterios que fueron expuestos por este Tribunal.

Mediante memorial allegado el 3 de agosto de 2022, la parte actora formuló solicitud de aclaración del referido auto, con base a los siguientes puntos:

- (i) *“...[A]claración sobre el argumento/fundamento de la idea de que la sentencia ordinaria sólo reconoció los recargos nocturnos y no las horas extras nocturnas, más cuando desde el recurso de apelación que presentó este extremo en contra del auto que modificó la liquidación del crédito, se explicó que el juez ordinario siempre habló de horas extras sin referirse únicamente a las diurnas o excluyendo las nocturnas, recordemos que el trabajo suplementario opera indiferente de si es diurno o nocturno.”*
- (ii) *Adicional, se solicita aclaración sobre el ítem “3.5. De la acumulación de recargos solicitada por la parte actora”, toda vez que es confuso y no permite evidenciar a qué concepto puntual se refiere.*

II. Consideraciones

Frente a la solicitud formulada por la parte actora, se torna necesario traer a colación el artículo 285 del C.G.P. el cual regula la figura de aclaración de providencias al señalar:

“ARTÍCULO 285. ACLARACIÓN. La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutoria de la sentencia o influyan en ella.”

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.

La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración.” (Subrayado y negrillas son de esta Corporación)

Con sustento en la norma en cita, resulta incuestionable que la figura de aclaración de sentencia no se torna como una oportunidad procesal para pretender la modificación o cuestionamiento de los fundamentos o motivos de una decisión judicial, sino que se erige como una herramienta para aclarar conceptos o frases que pueden generar dudas en la providencia.

En tal sentido, se advierte la imposibilidad de acceder a la solicitud de aclaración formulada por la parte actora, pues con su solicitud claramente pretende oponerse a los fundamentos de la decisión adoptada en el auto emitido por este Tribunal el 28 de julio de 2022, sin que exista motivo alguno de duda en su contenido, pues al respecto, el referido proveído señaló en forma clara y puntual las razones de hecho y de derecho por las cuales se concluyó que, la sentencia arribada como título ejecutivo no reconoció, ni podía reconocer al actor los recargos del 75% por concepto de horas extras nocturnas, lo anterior dado que dicha figura difiere y resulta excluyente con la que sí fue objeto de reconocimiento, esto es, los recargos nocturnos del 35%.

Ahora bien, respecto del segundo aspecto frente al cual se deprecia aclaración, esto es, "...el ítem "3.5. De la acumulación de recargos solicitada por la parte actora", toda vez que es confuso y no permite evidenciar a qué concepto puntual se refiere", debe destacarse que, el contenido del auto es claro en referir que, la parte actora como fundamento de su alzada señaló que, los recargos nocturnos en día de descanso obligatorio, se deben calcular "sobre el valor doble de la hora trabajada".

Así, el desarrollo de este acápite hace referencia al señalado argumento de apelación de la parte ejecutante, concluyéndose por esta Sala Unitaria que el mismo no puede ser de recibo, pues "los recargos siempre deben ser computados sobre el valor del salario básico -por horas- y no aplicando recargos sobre recargos".

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO: NO ACLARAR el auto del 28 de julio de 2022 proferido por esta Sala Unitaria por medio del cual se dispuso improbar la liquidación del crédito y se fijaron las reglas para su liquidación.

SEGUNDO: En firme esta providencia, DEVUÉLVASE la actuación al Juzgado de origen.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 218

Manizales, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022).

RADICADO: 17001-33-33-003-2019-00234-02
NATURALEZA: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Francia Elena Arredondo Cardona
DEMANDADO: Departamento de Caldas

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Se deprecó la nulidad de: i) la Resolución 4386-6 del 1 de mayo de 2018, por medio de la cual el departamento de Caldas resuelve derecho de petición costo Acumulado y ii) la Resolución 7465-6 del 27 de agosto de 2018 por medio de la cual el departamento de Caldas niega el reconocimiento y pago del costo acumulado generado desde el 1 de enero de 2016 en la categoría 2 BE hasta el 9 de agosto de 2017, momento en que se actualizó en el escalafón docente.

Se declare y se condene al departamento de Caldas a reconocer y pagar al demandante su ascenso o reubicación salarial en el grado y/o nivel 2 BE, en el Escalafón Docente desde el 1º de enero de 2016, por haber aprobado la Evaluación con Carácter Diagnóstico Formativa en la modalidad de *curso de formación*.

1.2. Hechos

En síntesis señaló que, ha prestado sus servicios de manera ininterrumpida al departamento de Caldas desde el momento de la certificación educativa establecida en la Ley 60 de 1993 y la Ley 715 de 2001 siendo inscrita en el escalafón docente en los términos del Decreto Ley 1278 de 2002.

Que Fecode¹ y el Gobierno Nacional en el *Acta de acuerdos* suscrita el 7 de mayo de 2015, concertaron la realización de una evaluación con carácter *diagnóstico formativo* a todos los docentes que no hubiesen podido ascender o reclasificarse en el escalafón, a pesar de haberse presentado con anterioridad, para que aquellos accedieran a tal ascenso o reclasificación.

Que el demandante superó la mencionada evaluación integral y como resultado de la misma se le reubica en el grado 2, nivel BE; sin embargo, los efectos fiscales se reconocen a partir del 08 de agosto de 2017, teniendo derecho a que se reconozcan desde el 1º de enero de 2016.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Citó la Constitución Política en sus artículos: 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 53, 58, 67 y 122; el Decreto 1751 de 2016; Acta de Acuerdos MEN-FECODE de 7 de mayo de 2015; Acta de acuerdos Comité Implementación de la E.C.D.F. – MEN y FECODE del 17 de agosto de 2016.

Señala que Fecode a principios de 2015, presentó dentro de los términos del Decreto 160 de 2014, el respectivo pliego de peticiones, solicitándole al Gobierno Nacional, el ascenso en el escalafón nacional y la reubicación salarial de todos los docentes que pertenecían al Decreto Ley 1278 de 2002. Compromisos con base en los cuales se expidió el artículo 2.4.1.4.5.8 del Decreto 1075 de 2015 adicionado por el Decreto 1757 de septiembre 10 de 2015, que de manera literal y específica determinó las etapas del "*proceso de evaluación con carácter diagnóstico formativo*".

En este sentido, la evaluación con carácter diagnóstica formativa es un (1) solo procedimiento, en el cual se asciende o se reubica al docente a través de dos actuaciones administrativas principales, esto es, la "*Realización del proceso de evaluación*" y la "*Inscripción y desarrollo de los cursos de formación*" las cuales hacen parte del mismo procedimiento.

Destaca que, el Decreto 1751 de 2016 estableció que "*La reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir de 1º de enero de 2016 para los educadores que superen la evaluación de carácter diagnóstica formativa, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para reubicación o ascenso, establecidos en la presente sección*".

Por tanto, advierte que los efectos fiscales del ascenso o reclasificación en el escalafón docente deben darse desde el 1º de enero de 2016, en tanto demostró cumplir los requerimientos legales para ello; por lo que, los actos administrativos demandados vulneraron el ordenamiento jurídico partiendo de una subjetiva interpretación normativa, mediante la cual se transgrede la ley.

2. Contestación de la demanda

¹ Federación colombiana de trabajadores de la educación.

El **departamento de Caldas** se opuso a las pretensiones del demandante y señaló que, el ascenso de grado en el *escalafón docente* que se produzca por haber aprobado los cursos de formación determinados en el Decreto 1075 de 2015, solo puede surtir efectos fiscales a partir de la fecha en que el educador radique la certificación de la aprobación de dichos cursos ante la respectiva autoridad nominadora, siempre y cuando cumpla los requisitos para ser reubicado o ascendido, dado que solo en este punto se pueden dar por cumplidos los requisitos para acceder a tal ascenso.

Que la entidad territorial limitó su participación en la expedición de los actos demandados al cumplimiento de las directrices impartidas por el Ministerio de Educación Nacional, quien fue la entidad que aprobó que para aquellos docentes y directivos docentes que no superaran la evaluación con carácter diagnóstica formativa (ECDF) se diera la posibilidad de culminar su proceso por medio del curso de formación, es decir, que fue dicho ente ministerial el encargado de fijar los parámetros, procesos, procedimientos y requisitos para que los docentes pudieran escalafonarse y reubicarse salarialmente.

Advierte que los efectos fiscales que son pretendidos por el demandante se encuentran claramente establecidos en la ley solamente para aquellos docentes que superaran la evaluación con carácter diagnóstica, lo cual no fue el caso de la accionante pues aquella logró su ascenso a través del curso de formación tras no aprobar la referida evaluación.

Finamente advirtió que, en todo caso, el departamento de Caldas no tiene obligaciones pecuniarias pendientes en relación al reconocimiento de los efectos fiscales que se hubieran generado por los ascensos del personal docente.

Así, propuso las excepciones tituladas *"Falta de legitimación en la causa por pasiva"*, *"Inexistencia de la Obligación Con Fundamento En La Ley"*, *"Buena Fe"*, y *"Prescripción"*.

3. La sentencia apelada

El *a quo* declaró probadas las excepciones denominadas *"inexistencia de la obligación con fundamento en la ley"* propuesta por el departamento de Caldas y *"estricta legalidad de los actos administrativo demandados"* de la Comisión Nacional del Servicio Civil y **negó las pretensiones** del demandante, **sin imponer condena en costas**.

Para ello, al paso de un recuento normativo respecto del escalafón docente y sobre el *"proceso de evaluación con carácter diagnóstico formativo"* advirtió que los efectos fiscales aplicables a partir del 1° de enero de 2016, de conformidad con la normativa pertinente está dado para quienes superaron sin problemas la evaluación diagnóstica, paso del proceso de ascenso que difiere y no puede ser equiparado o conmutado como un solo aspecto del proceso, pues para quienes no lograron aprobar el examen diagnóstico, se dispuso una nueva oportunidad a través de los cursos de formación.

Así entonces concluye que, en este proceso se dieron dos escenarios diferentes: un primer grupo conformado por los docentes cuya evaluación diagnóstica fue superada y un segundo grupo, formado por aquellos que no superaron la prueba y cuyo ascenso quedó condicionado a la realización del curso de formación.

En tal sentido, al observar que el demandante se encuentra dentro del segundo grupo señalado, concluyó que no es dable para su caso aplicar los efectos fiscales que se establecieron para quienes sí aprobaron el examen diagnóstico.

4. El recurso de apelación

La parte **demandante** solicitó que se revoque la sentencia y en su lugar se acceda a sus pretensiones dado que, no existe motivo para que no se apliquen los efectos fiscales que establece la norma; insistió en que el examen diagnóstico es un solo procedimiento que se aprueba, bien sea por superar el examen o por superar el curso de formación, por lo cual para ambos escenarios resultan igualmente aplicables los efectos del Decreto 1751 de 2016 cuando señaló que: *“La reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir de 1° de enero de 2016 para los educadores que superen la evaluación de carácter diagnóstica formativa, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para reubicación o ascenso, establecidos en la presente sección”*.

Que, es así como la decisión contenida en la Resolución 7160-6 del 20 de Septiembre de 2017, con los efectos fiscales a partir del 08 de Agosto de 2017, va en contravía a la disposición del Decreto 1751 de 2016, donde se fija sin distinción que los docentes que hicieron parte de la ECDF Primera Cohorte, deben ser reconocidos sus ascensos desde el 1 de enero de 2016.

De esta manera es como el artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015, luego de la modificación del Decreto 1751 del 3 de noviembre de 2016, unificó la fecha de reconocimiento de los efectos fiscales desde el 1° de enero de 2016, para todos los docentes que superaron la evaluación de carácter diagnóstico formativa sin distinguir la etapa en la cual fue superada.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

De conformidad con los argumentos expuestos en los recursos de apelación, se centra en establecer: *¿Los efectos fiscales del ascenso en el escalafón docente obtenido por el demandante, deben ser aplicados de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015 modificado por el Decreto 1751 de 2016, esto es, a partir del 1° de enero de 2016?*

Para resolver el interrogante planteado resulta necesario en primer lugar hacer referencia al marco normativo sobre el método de evaluación para ascenso de grado o reubicación

de nivel salarial docente desarrollado por el Decreto 1075 de 2015, para luego descender al análisis del caso concreto.

2. Escalafón docente y procedimiento especial de evaluación para ascenso de grado o reubicación de nivel salarial a través de cursos de formación.

El Decreto 1278 de 2002, el cual tiene por objeto regular las relaciones entre el Estado y los educadores a su servicio, para garantizar que la docencia sea ejercida por personal idóneo estableció el “*Estatuto de Profesionalización Docente*” definiendo las reglas para ascenso en el escalafón nacional docente con base a la capacitación y superación profesional de los docentes inscritos en carrera administrativa. En efecto dispuso:

“Artículo 19. Escalafón Docente. Se entiende por Escalafón Docente el sistema de clasificación de los docentes y directivos docentes estatales de acuerdo con su formación académica, experiencia, responsabilidad, desempeño y competencias, constituyendo los distintos grados y niveles que pueden ir alcanzando durante su vida laboral y que garantizan la permanencia en la carrera docente con base en la idoneidad demostrada en su labor y permitiendo asignar el correspondiente salario profesional.

La idoneidad encierra el conjunto de conocimientos, habilidades, actitudes, aptitudes, rendimiento y valores que se consideran imprescindibles para el desempeño de la función docente.

Artículo 20. Estructura del Escalafón Docente. El Escalafón Docente estará conformado por tres (3) grados. Los grados se establecen con base en formación académica. Cada grado estará compuesto por cuatro (4) niveles salariales (A-B-C-D).

Quienes superen el período de prueba se ubicarán en el Nivel Salarial A del correspondiente grado, según el título académico que acrediten; pudiendo ser reubicados en el nivel siguiente o ascender de grado, después de tres (3) años de servicio, siempre y cuando obtengan en la respectiva evaluación de competencias el puntaje indicado para ello, según lo dispuesto en el artículo 36 del presente decreto.

Artículo 21. Requisitos para inscripción y ascenso en el Escalafón Docente. Establecen los siguientes requisitos para la inscripción y ascenso de los docentes o directivos docentes estatales en los distintos grados del Escalafón Docente:

Grado Uno:

- a) Ser normalista superior;*
- b) Haber sido nombrado mediante concurso;*
- c) Superar satisfactoriamente la evaluación del período de prueba.*

Grado Dos:

- a) Ser licenciado en Educación o profesional con título diferente más programa de pedagogía o un título de especialización en educación;*
- b) Haber sido nombrado mediante concurso;*

c) *Superar satisfactoriamente la evaluación del período de prueba; o la evaluación de competencias en caso de que esté inscrito en el Grado Uno.*

Grado Tres:

a) *Ser Licenciado en Educación o profesional;*

b) *Poseer título de maestría o doctorado en un área afín a la de su especialidad o desempeño, o en un área de formación que sea considerada fundamental dentro del proceso de enseñanza-aprendizaje de los estudiantes;*

c) *Haber sido nombrado mediante concurso;*

d) *Superar satisfactoriamente la evaluación del período de prueba; o la evaluación de competencias en caso de que esté inscrito en el Grado Uno o Dos.*

Parágrafo. Quien reúna los requisitos de los Grados Dos o Tres puede aspirar a inscribirse directamente a uno de estos grados, previa superación de la evaluación del período de prueba.

Artículo 23. Inscripción y Ascenso en el Escalafón Docente. *En cada entidad territorial certificada existirá una repartición organizacional encargada de llevar el registro de inscripción y ascenso en el Escalafón de los docentes y directivos docentes estatales, con las correspondientes evaluaciones y los documentos de soporte para cada grado y nivel salarial, comunicando a la dependencia que se encargue de las novedades de nómina cada vez que se presente una modificación de los mismos.*

...

Los ascensos en el Escalafón y la reubicación en un nivel salarial superior procederán cuando la entidad territorial certificada convoque a evaluación de competencias y se obtenga el puntaje establecido en el artículo 36 de este decreto. Dicha convocatoria establecerá el monto de la disponibilidad presupuestal para efectos de ascenso y reubicación salarial. No podrán realizarse ascensos y reubicación que superen dicha disponibilidad."

Ahora bien, de forma extraordinaria y atendiendo a una negociación sindical con representantes docentes, el Gobierno Nacional estableció una posibilidad de ascenso en el escalafón para aquellos docentes que no habían logrado ascender en el mismo a pesar de haber presentado en años anteriores los exámenes para el efecto, tal oportunidad se dio a través del Decreto 1075 de 2015 -modificado por el Decreto 1757 de 2015- que señaló:

“Artículo 2.4.1.4.5.1. Objeto. *La presente Sección tiene por objeto reglamentar transitoriamente una modalidad de la evaluación de que trata el artículo 35 del Decreto-ley 1278 de 2002 que será aplicada a los educadores que entre los años 2010 y 2014 no lograron el ascenso de grado o la reubicación en un nivel salarial superior, la cual tendrá carácter diagnóstica formativa.*

Artículo 2.4.1.4.5.2. Ámbito de aplicación. *La evaluación de que trata la presente Sección, que tendrá carácter diagnóstica formativa, será aplicada a los docentes, directivos docentes y orientadores inscritos en el Escalafón que regula el Decreto-ley 1278 de 2002, que habiendo participado en alguna de las evaluaciones de competencias desarrolladas entre los años 2010 y 2014 no lograron el ascenso o la reubicación salarial en cualquiera de los grados del Escalafón Docente.*

Artículo 2.4.1.4.5.3. Características de la evaluación. *La evaluación prevista en la presente Sección es de carácter diagnóstica formativa, por lo que valorará la práctica educativa, pedagógica, didáctica y de aula. La aprobación de esta evaluación permitirá el ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial en los términos que se consagran en los artículos siguientes.*

...

Artículo 2.4.1.4.5.8. Etapas del proceso. El proceso de evaluación de carácter diagnóstica formativa de que trata el presente decreto, comprende las siguientes etapas:

1. Convocatoria y divulgación de la evaluación.
2. Inscripción.
3. Acreditación del cumplimiento de requisitos.
4. Realización del proceso de evaluación.
5. Divulgación de los resultados.
6. Expedición de los actos administrativos de ascenso y reubicación.
7. Inscripción y desarrollo de los cursos de formación.
8. Reporte de los resultados de los cursos de formación.
9. Expedición de los actos administrativos de ascenso y reubicación. “

...

Artículo 2.4.1.4.5.11. Resultados y procedimiento. *La entidad territorial certificada publicará en su sitio Web y en un lugar de fácil acceso al público la lista de educadores que hubieren superado la evaluación de carácter diagnóstica formativa en los términos establecidos en el numeral 2 del artículo 36 del Decreto-ley 1278 de 2002. Los educadores contarán con un término de cinco (5) días, a partir de la publicación, para presentar las reclamaciones a que hubiere lugar.*

...

La reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir de la fecha de la publicación de la lista de candidatos, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para reubicación o ascenso, establecidos en la presente Sección.

Artículo 2.4.1.4.5.12. Cursos de formación. Los docentes que no hubieren superado la evaluación de carácter diagnóstica formativa en los términos establecidos en la presente Sección, deberán adelantar alguno de los cursos de formación que ofrezcan universidades acreditadas institucionalmente y/o que cuenten con facultades de educación de reconocida trayectoria e idoneidad, de conformidad con los parámetros establecidos por el Ministerio de Educación Nacional y siempre que cuenten con la respectiva aprobación de este.

...

La reubicación salarial o el ascenso de grado en el Escalafón Docente que se produzca por haber aprobado los cursos de formación en los términos del inciso anterior, surtirán efectos fiscales a partir de la fecha en que el educador radique la certificación de la aprobación de dichos cursos ante la respectiva autoridad nominadora, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para ser reubicado o ascendido según lo establecido en la presente Sección...”. (Se destaca)

Como se desprende de la normativa en cita, el Decreto 1075 de 2015 -modificado por el Decreto 1757 de 2015- estableció dos diferentes escenarios para obtener el ascenso en el

escalafón docente, los cuales cuentan con una diferencia sustancial en cuanto a la fecha en que surtiría efectos fiscales el correspondiente ascenso.

Así, el Artículo 2.4.1.4.5.11. del referido decreto dispuso un ascenso por aprobación del examen diagnóstico formativo, ascenso que contaría con efectos fiscales a partir de la publicación de la lista de candidatos.

A su vez, el Artículo 2.4.1.4.5.12. *ibidem*, estableció una segunda oportunidad de ascenso a través de la realización y aprobación de un curso de formación docente, evento para el cual el ascenso respectivo tendría efectos fiscales a partir de la radicación de la certificación de la aprobación de dichos cursos ante la autoridad nominadora.

Ahora bien, posteriormente el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1751 de 2016 aduciendo una serie de situaciones excepcionales advertidas, modificó el referido Artículo 2.4.1.4.5.11. señalando:

“Que en virtud de lo dispuesto en los artículos 2.4.1.4.5.2 y 2.4.1.4.5.9 del Decreto 1075 de 2015, el día 24 de septiembre de 2015 las entidades territoriales certificadas en educación convocaron a los educadores oficiales que cumplían con los requisitos para ello, con el fin de que participaran en la evaluación de carácter diagnóstico formativa indicada en esta parte considerativa.

Que a pesar de los esfuerzos realizados para desarrollar la evaluación de carácter diagnóstica formativa dentro de la vigencia 2015, fue necesario que el Ministerio de Educación Nacional modificara el cronograma de la misma establecido en el artículo 14 de la Resolución 15711 de 2015, mediante las resoluciones 16604, 18024, 19499 de 2015, y 9486, 10986, 12476, 14909 Y 16740 de 2016, considerando entre otros hechos: i) los problemas de conectividad en varias zonas del territorio nacional, lo que condujo a que algunos educadores no pudieran cargar los instrumentos de la evaluación, como el video establecido en el artículo 7, literal a) de la Resolución 15711 de 2015; ii) educadores que tuvieron que separarse temporalmente de su cargo por incapacidad médica o licencia de maternidad, así como educadores que cambiaron de establecimiento educativo o de cargo, lo que impidió que pudieran aplicárseles en debida forma los instrumentos de la evaluación; iii) la finalización del primer semestre del calendario académico de las entidades territoriales certificadas en educación, lo que trajo consigo que los educadores no pudieran completar las encuestas que hacían parte de la evaluación; y iv) los bloqueos de las vías principales durante el paro agrario y el paro de transportadores ocurridos en el primer semestre del año 2016, que le dificultaron al ICFES practicar, dentro del cronograma previsto inicialmente, la evaluación a los educadores participantes.

Que por lo anterior, resulta necesario establecer que para los educadores que superen la evaluación indicada en esta parte considerativa, su ascenso de grado o reubicación en el nivel salarial siguiente dentro del Escalafón Docente, se tenga efectos fiscales desde el 1° de enero de 2016.

...

Que en mérito de lo expuesto,

DECRETA

ARTÍCULO 1º. Modificación del artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015. El artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015 quedará así:

«ARTÍCULO 2.4.1.4.5.11. Resultados y Procedimiento. La entidad territorial certificada publicará en su sitio Web y en un lugar de fácil acceso al público la lista de educadores que hubieren superado la evaluación de carácter diagnóstica formativa en los términos establecidos en el numeral 2 del artículo 36 del Decreto Ley 1278 de 2002. Los educadores contarán con un término de cinco (5) días a partir de la publicación, para presentar las reclamaciones a que hubiere lugar.

...

La reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir de 1º de enero de 2016 para los educadores que superen la evaluación de carácter diagnóstica formativa, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para reubicación o ascenso, establecidos en la presente sección.”

Como puede verse, la disposición normativa en cita modificó el artículo 2.4.1.4.5.11, en lo concerniente a los efectos fiscales que tendrían los ascensos de aquellos docentes que aprobaran la evaluación de carácter diagnóstica formativa, esto en atención a una serie de inconvenientes presentados en el marco de la realización de dichos exámenes, empero, por modo alguno modificó lo relacionado con los efectos fiscales de los docentes que obtuvieran su ascenso en forma supletoria a través de la realización y aprobación de los cursos de formación, situación última regulada por el artículo 2.4.1.4.5.12. del mismo decreto y que no fue objeto de ningún tipo de modificación.

3. Caso concreto

Se encuentra acreditado que:

- La Secretaria de Educación de Caldas, mediante Resolución 7212-6 del 20 de septiembre de 2017 “Por medio de la cual se asciende a un docente regido por el Decreto 1278 de 2002”, dispuso ascender al grado 2BE del escalafón docente al demandante, con efectos fiscales a partir del 9 de agosto de 2017 por haber realizado el curso en pedagogía con un puntaje de 82 puntos².

- Mediante Resolución 7465-6 del 27 de agosto de 2018, se confirmó la decisión anterior³.

De los actos administrativos señalados, se advierten las siguientes situaciones -que no fueron objeto de oposición o prueba en contrario por la parte actora:

- El demandante no aprobó la evaluación diagnóstica formativa.

² Fls. 21-22 Archivo: 01DemandaYAnexos.pdf

³ Fls. 23-25 Archivo: 01DemandaYAnexos.pdf

- Por lo anterior, la docente realizó un curso de formación en los términos del artículo 2.4.1.4.5.12. del Decreto 1075 de 2015.

De lo anterior se concluye que, el ascenso en el escalafón docente obtenido por el demandante se dio en los términos del artículo 2.4.1.4.5.12. del Decreto 1075 de 2015, esto es, mediante la aprobación de curso de formación, por lo cual los efectos fiscales del mismo no son otros que los señalados por dicho canon normativo, es decir, *“a partir de la fecha en que el educador radique la certificación de la aprobación de dichos cursos ante la respectiva autoridad nominadora”*, lo cual para el caso de marras se dio el 9 de agosto de 2017, efectos fiscales que fueron precisamente los dados por los actos demandados.

Así las cosas, no es de recibo por esta Colegiatura la pretensión de la parte actora tendiente a que se le otorgue a su ascenso en el escalafón docente, los efectos fiscales que estableció Decreto 1751 de 2016, puse como se advirtió líneas atrás, dicha excepcionalidad solo es aplicable a aquellos docentes que obtuvieran dicho ascenso mediante la aprobación del examen diagnóstico establecido por el artículo 2.4.1.4.5.11. del Decreto 1075 de 2015, lo cual no es el caso del accionante.

No puede pretenderse por aquel, equiparar su situación a la de los docentes que aprobaron dicha evaluación, pues como pudo verse en el acápite anterior, se trata de situaciones fácticamente diferentes y reguladas jurídicamente en formas distintas.

Así las cosas, se halla respuesta negativa al problema jurídico planteado.

4. Costas en segunda instancia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y atendiendo 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, no se condenará en costas en esta instancia dado que, no se encuentra demostrada su causación en esta instancia.

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

FALLA

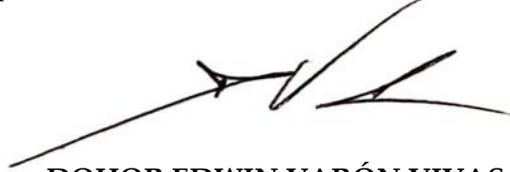
PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia proferida el 23 de marzo de 2022 por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho propuesto por Francia Elena Arredondo Cardona contra el departamento de Caldas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa "Justicia Siglo XXI".

Notificar

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión Ordinaria No. 059 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. 217

Manizales, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Proceso: 17-001-33-39-007-2020-00153-02
Clase: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho
Accionante: Luz Mary Restrepo Osorio
Accionado: Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM)

Se dicta sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el fallo que negó las pretensiones.

I. Antecedentes

1. Demanda.

1.1. Pretensiones.

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto surgido con ocasión a la petición presentada el 28 de junio de 2019, en cuanto negó el reconocimiento de la prima de junio establecida en el artículo 15, Numeral 2, literal B, de la Ley de 91 de 1989.

Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a reconocer, y pagar a la demandante, la prima de junio establecida en el artículo 15 Numeral 2, literal B, de la Ley de 91 de 1989, a partir del 15 de marzo de 2012 equivalente a una mesada pensional; que, sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución y la ley; el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

1.2. Fundamento Factivo.

Se señala que, la accionante fue vinculada por primera vez como docente oficial en fecha posterior al 1 de enero de 1981, razón por la cual, en condición de pensionada por el FNPSM, no tiene derecho a que Cajanal, hoy "UGPP" reconozca a su favor la pensión de gracia. La pensión fue reconocida por Resolución 585 del 15 de agosto de 2013 expedida

por la Secretaría de Educación del ente territorial, en representación legal de la Nación, y con fundamento legal en la Ley 91 de 1989.

Que el fundamento jurídico de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional está consagrado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 destinada de manera especial para los profesores afiliados al FNPSM que por el haber ingresado por primera vez al servicio de la docencia oficial no tienen derecho a la pensión gracia.

1.3. Normas violadas y concepto de violación.

Ley 91 de 1989 Artículo 15 y la Sentencia de unificación, SUJ—014— CE—S2—2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Como sustentó del concepto de violación señaló que, el objetivo de haber establecido esta prestación, fue en compensación por haber perdido la pensión de gracia, sumado al hecho de que el derecho solicitado fue establecido mucho antes de reconocerse la mesada en la ley 100 de 1993.

Que, cuando se estableció el pago de una mesada adicional para los pensionados en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, ya existía para los docentes del Magisterio que fueron vinculados después de 1981, conforme lo establece la ley 91 de 1989 una prima de medio año equivalente a una mesada pensional a partir de la adquisición del derecho pensional, sin que se realizara alguna derogatoria del beneficio reclamado.

Que es claro que, el numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, nada tiene que ver con la mesada pensional causada con posterioridad al año 2005, pues el régimen especial, que contiene la misma, identifica una prima, que "equivale" a una mesada pensional, situación diferente a la prestación acontecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año.

2. Contestación de la demanda.

La Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM: se opuso a las pretensiones de la parte demandante toda vez que, carecen de sustento fáctico y jurídico necesario para que las mismas prosperen, en cuanto al segundo hecho lo aceptó como cierto de conformidad con las pruebas aportadas dentro del proceso.

Propuso las excepciones de *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO"* considerando que, la entidad no ha actuado con el fin de atentar en contra los derechos laborales de la demandante, por el contrario, los mismos se encuentran debidamente satisfechos y así como tampoco se han violado las disposiciones incoadas por la parte actora, no puede alegarse error o inaplicación de la ley, por lo que no resulta viable el reconocimiento y pago de una prima de junio y/o mesada adicional sin el cumplimiento de los requisitos previstos en la ley. *"GENÉRICA"*.

3. Fallo de primera instancia.

El *a quo* declaró fundada la excepción denominada “*legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad*”, negó las pretensiones de la parte demandante y la condenó en costas después de plantearse como problema jurídico principal, si era procedente declarar la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se negó el reconocimiento y pago de la prima de junio establecida en el literal B, numeral 2, del artículo 15 de la Ley de 91 de 1989.

Tras hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional consagrada en la Ley 91 de 1985, Ley 812 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005, concluye que, debe verificarse si la parte demandante causó su pensión antes del 31 de julio 2011 y de ser así, determinarse si la prestación es igual o inferior a los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época del reconocimiento.

Concluyó que a la actora le fue reconocida pensión mensual vitalicia de jubilación mediante Resolución 585 del 15 de agosto de 2013 y adquirió su status de jubilada el 3 de mayo de 2012, con posterioridad al 31 de julio de 2011, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005, lo que determina que no le asiste derecho a la mesada 14.

4. Recurso de apelación.

La parte accionante solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones; para ello, después de hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional de mitad de año, señaló que cumple con los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento a la prima de mitad de año, equivalente a una mesada pensional, pues se vinculó al magisterio después del 01 de enero de 1981, esto es, el 27 de abril de 1998, por lo tanto cumple con el primer requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y que indica a que tiene derecho a la prima de mitad de año, aquellos docentes que se hayan vinculado a partir del 01 de enero de 1981.

Que la prima de mitad de año, fue prevista por el legislador como un beneficio adicional a la pensión de jubilación, para aquellos docentes que por su fecha de vinculación no tenían derecho a la pensión gracia. De ahí que por el hecho de que se pague en junio y que equivalga a una mesada pensional, no desnaturaliza su calidad de prima de beneficio solo para los docentes que cumplen los requisitos establecidos en el numeral 2, literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y tampoco la convierte en la mesada adicional creada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, pues la naturaleza de ambas es diferente.

En cuanto a la condena en costas señaló que, acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en busca de protección judicial para sus derechos salariales, con la firme convicción de que existe una vulneración de sus garantías constitucionales y legales. Por otro lado, señaló que, si bien es cierto con las reformas introducidas a través de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) como la ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 se adicionó “*En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal*”

5. Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Tras hacer un recuento normativo sobre el régimen legal pensión de jubilación y vejez docentes oficiales, las reglas jurisprudenciales sobre el IBL en la pensión de jubilación y vejez de los docentes y el carácter vinculante de la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, solicitó que, en aplicación de las reglas fijadas en la Sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, se profiriera sentencia anticipada negando las pretensiones de la demanda, en el sentido de no acceder a la inclusión de factores salariales sobre los cuales no se realizó el respectivo aporte o cotización.

Así mismo, señaló que, el memorial que presentó no es una manifestación de la intención de la Agencia para intervenir en el proceso de la referencia, sino que es una intervención directa y de fondo, lo que no genera una suspensión procesal.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos.

¿Tiene derecho la demandante a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?

2. Primer problema jurídico.

2.1. Tesis del tribunal.

A la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada o prima adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues, adquirió su estatus pensional con posterioridad al 25 de Julio de 2005, fecha a partir de la cual entró a regir el Acto legislativo 01 de 2005, y con posterioridad al 31 de julio de 2011.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) los hechos acreditados; ii) el régimen aplicable a los docentes; iii) la mesada 14; para descender al análisis del iv) caso concreto.

2.2. Hechos probados.

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

➤ Mediante Resolución 585 del 15 de agosto de 2013 expedida por la Secretaría de Educación de Manizales, se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor de la accionante, efectiva a partir del 04 de mayo de 2012, por un valor mensual de \$1.691.173¹.

¹ Fls. 23-26 exp. digital, archivo "02DemandayAnexos"

➤ A través de petición radicada el 20 de junio de 2019 la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989².

2.3. Régimen legal aplicable.

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003, que reguló dos eventos:

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.
- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en el, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

El Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el parágrafo transitorio 1º, lo siguiente:

***PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o.** El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

***ARTÍCULO 15.** A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:*

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los

² Fls. 19-20 exp. digital, archivo “02DemandayAnexos”

empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:[...]

B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. [...] (Negrillas fuera de texto)

2.4. La mesada adicional de medio año o mesada catorce prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Respecto de la mesada catorce contemplada para los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia, el Consejo de Estado - Sala de Servicio Civil y consulta en concepto del 22 de noviembre de 2007³, esgrimió:

2. La mesada adicional del mes de junio:

2.1. Su origen y evolución:

Como lo reseña la consulta de la señora Ministra, la mesada adicional del mes de junio fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4ª de 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberle significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988 18. Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexequibles 19, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales pensionados: Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado, y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994. / Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

³ Consejo de Estado. Sala De Consulta Y Servicio Civil. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. 22 de noviembre de 2007. Radicación No. 1.857 11001-03-06-000-2007-00084-00

"Parágrafo. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual."

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 1993, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."

Por sus antecedentes y su ubicación en el cuerpo normativo, la mesada adicional es parte del sistema general de pensiones. Esta afirmación se refuerza al observar que la misma ley 100, artículo 279, excluía del régimen general a varios grupos de pensionados, pese a lo cual el texto del artículo 142 incluyó de manera expresa uno de esos grupos, el de "los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía", para que pudieran gozar del beneficio de la mesada adicional. En este sentido, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-461-95, al ordenar aplicar un beneficio similar a los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio:

"La excepción al régimen general, consagrada en el artículo 279 de la ley 100, es total. Vale decir, a los afiliados del mencionado Fondo no se les aplica la Ley 100, en ninguna de sus partes, en lo referente al Sistema Integral de Seguridad Social. El artículo 142 – que consagra la mesada adicional para pensionados – tampoco se aplicaría a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que tal artículo forma parte del Sistema Integral de Seguridad Social."

Ahora bien, en nuestro ordenamiento es claro que los requisitos, condiciones y beneficios que configuran un régimen general o un régimen especial, son excluyentes, de manera que los destinatarios de uno y de otro se sujetan en su integridad al que les sea aplicable; salvo disposición legal en contrario que extienda un beneficio del régimen general a los pensionados bajo regímenes especiales, pero sin modificar estos últimos, como es el caso que nos ocupa.

Es claro que la mesada adicional creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 es un beneficio del sistema general de pensiones, y por lo mismo, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente por el artículo 279 de la misma ley 100; al analizar esta última disposición, la Corte Constitucional con base en la ley 91 de 1989 encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión de gracia y los vinculados al fondo de Prestaciones del Magisterio, antes del 1º de enero de 1988, sin derecho a esa pensión, configuraban una excepción arbitraria pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados; y tomó esta situación como ejemplo de comparación entre el régimen general y los regímenes especiales, a fin de determinar la constitucionalidad de estos; así, en la sentencia C-080-99, se lee:

"...7. Con base en los anteriores criterios, la Corte concluyó que, por ejemplo, la exclusión de la mesada pensional adicional prevista por la Ley 100 de 1993 a ciertos maestros desconocía la igualdad, por cuanto estos no gozaban, dentro de su régimen especial, de ningún beneficio similar o equivalente 'que obre como compensación por el deterioro que causa la inflación sobre el poder adquisitivo de las pensiones... 8. El

análisis precedente muestra que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, en principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a otras prestaciones...”

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-94 que declaró inexequibles las expresiones “actuales” y “cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988”, del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que “la desvalorización constante y progresiva de la moneda” afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995, y que fue propuesta y aprobada como una “adición” de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPETROL y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

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

Destaca la Sala que la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.

Es decir, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conseroándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

2.2. La supresión de la mesada adicional del mes de junio:

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 2004, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

"Las personas a las que se les reconozca pensión a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año."

Esta propuesta no encontró reparos en el Congreso y desde el inicio de los debates fue modificada para que la prohibición no quedara referida al reconocimiento de la pensión sino a su causación; así, la norma aprobada como inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, ordena:

"Artículo 1º...

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento."

En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el párrafo transitorio 6º del Acto Legislativo No. 01 del 2005:

"Párrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 2005, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el párrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del párrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo.

Con base en las premisas anteriores,

SE RESPONDE:

"1. Desde la perspectiva jurídica, por gozar los docentes de un régimen especialísimo de pensiones y al haber sido excluidos de la aplicación del Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional del mes de junio?"

Los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio del 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

"2. De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005, ¿la vigencia del régimen exceptuado de los docentes afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expirará el 31 de julio del año 2010?"

Sí; de manera que en virtud del Acto Legislativo No. 01 del 2005, son tres los regímenes pensionales aplicables al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

a). el de la ley 91 de 1989 y demás leyes vigentes al 27 de junio del 2003, para los docentes vinculados al servicio con antelación al 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007).

b). el de prima media con prestación definida de las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003, pero con edad de 57 años para hombres y mujeres, tratándose de los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007);

c). el del Sistema General de Pensiones, para las pensiones que se causen después del 31 de julio del 2010 (párrafo transitorio segundo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005). [...] (Negrillas y subrayas de la Sala)

Ahora bien, respecto de la aplicación del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado en providencia del 1 de febrero de 2018 expuso:

La accionante, centra su inconformidad en la interpretación que fue dada por el Tribunal Administrativo del Tolima, a las normas del Acto Legislativo 01 de 2005 que hace referencia a los regímenes pensionales exceptuados, especialmente, el relacionado con la carrera docente y sus derechos pensionales.

Al respecto, indicó que en relación con la mesada catorce, la procedencia para su reconocimiento es la fecha en que se presentó la vinculación al servicio oficial de educación, y no, como razón la autoridad judicial accionada, la fecha de adquisición del estatus pensional por parte de quien pretende el reconocimiento de dicha prestación económica.

Sobre el particular, este juez constitucional encuentra que la interpretación dada por el tribunal accionado, resulta razonable y por lo tanto, los defectos alegados por la parte accionante, no se configuran. Lo anterior, bajo las siguientes consideraciones:

Como se expuso en el acápite de hechos probados en de la presente providencia, en la sentencia que resolvió en segunda instancia sobre las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de la actora, el fallador parte de la base de establecer con claridad el régimen aplicable (i) tanto al reconocimiento pensional docente, así como a (ii) la mesada adicional número catorce.

Respecto al segundo de los aspectos, el cual resulta ser el relevante para el sub lite, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, señaló que tras la inclusión de la mesada catorce como un beneficio de los docentes oficiales (a través de la Ley 238 de 1995), con el Acto Legislativo 01 de 2005 se establecieron condiciones específicas para su reconocimiento, de las cuales se puede concluir que (i) la mesada adicional catorce no será pagada a quienes causen su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del acto reformatorio de la constitución y (ii) se exceptúan de ello a quienes obtenga su estatus pensional antes del 31 de julio del 2011, y tengan igual o menos de tres salarios mínimos como monto reconocido.

La conclusión expuesta en precedencia, tuvo como sustento una lectura armónica de las disposiciones del citado acto reformatorio de la constitución, especialmente, lo fijado en el inciso 8º del artículo 1º del mismo, el cual señala que “las personas cuyo derecho de pensión se cause a partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.

Fundamentó la autoridad judicial accionada dicha interpretación, no sólo en la lectura de las normas, sino también en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 22 de noviembre del 2007, radicado 2007-0084, en donde se expuso lo dicho en precedencia.

A su vez, la autoridad judicial accionada señaló que conforme al concepto del Consejo de Estado, el beneficio de la mesada catorce en favor de los docentes oficiales, si bien fue

incluido excepcionalmente, ello no implica una modificación del régimen que regula su situación pensional, razón por la cual, al mantenerse como un beneficio del régimen general (Ley 100 de 1993), “la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales”.

Así las cosas, para esta judicatura, la interpretación dada por la el Tribunal Administrativo del Tolima es razonable, toda vez que obedece a un criterio derivado de la lectura de las normas aplicables al caso concreto, lo que implica que el defecto alegado no se configure.

De acuerdo a lo anterior, es claro concluir que, la mesada catorce consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 del 2005, o que, habiendo causado su derecho pensional antes del 31 de julio del 2011, su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

2.5. Análisis de los hechos probados a la luz de la normatividad aplicable.

De acuerdo a lo probado en el expediente, mediante Resolución 585 del 15 de agosto de 2013 expedida por la Secretaría de Educación de Manizales, se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación con cuota aparte a favor de la accionante, efectiva a partir del 04 de mayo de 2012, por un valor mensual de \$1.691.173⁴.

Conforme a lo anterior evidencia la Sala que, la actora adquirió su estatus pensional con posterioridad al 25 de Julio de 2005, fecha a partir de la cual entró a regir el Acto legislativo 01 del 22 de Julio de 2005, y con posterioridad al 31 de julio de 2011.

2.6. Conclusión.

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados se concluye que, a la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia mediante la cual se niegan las pretensiones de la demandante.

3. Segundo Problema Jurídico *¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?*

Tesis del Tribunal: Fue adecuada la imposición de condena en primera instancia a cargo de la parte demandante por cuanto el *a quo* aplicó el criterio objetivo valorativo.

Señala la apelante que, la condena en costas impuesta en primera instancia debe ser revocada por cuanto acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en busca de

⁴ Fls. 23-26 exp. digital, archivo “02DemandayAnexos”

protección judicial para sus derechos salariales, con la firme convicción de que existe una vulneración de sus garantías constitucionales y legales; que si bien es cierto con las reformas introducidas a través de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) como la ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 se adicionó *“En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”*, por lo que considera que la demanda cuenta con todo el fundamento legal y jurídico.

La Sala precisa que, si bien el artículo 366 del CGP en su numeral 5° establece la procedencia del recurso de apelación contra el auto que aprueba la liquidación de las costas procesales; dicha disposición no resulta aplicable para el caso bajo estudio, toda vez, que en esta ocasión aún no existe auto que apruebe la liquidación de costas; es más, lo que se discute no es su liquidación, sino la condena en sí, la cual, al ser objeto de decisión en la sentencia de primera instancia, resulta apelable de conformidad con el inciso primero del artículo 243 del CPACA. En tal sentido, la Sala estima procedente abordar la discusión planteada por la entidad accionada por vía de alzada.

Así las cosas, la Corte Constitucional⁵ ha explicado que las costas, esto es, *“aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial”* están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados, así, de conformidad con el Capítulo II del Título I -Costas- del CGP, las expensas están conformadas por aranceles judiciales, honorarios de auxiliares de la justicia, entre otros, es decir, en términos generales a todos los gastos surgidos para dar el curso procesal ordinario requerido por el proceso judicial.

Por su parte, prosigue el citado pronunciamiento jurisprudencial constitucional advirtiendo que *“las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho”*.

El artículo 188 del CPACA dispone:

“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.

En atención a la remisión expresa del artículo referido, se tiene entonces que el Código General del Proceso en su artículo 365 establece:

⁵ C-539 de 1999. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1°, numeral 198 (parcial) del Decreto 2282 de 1989, "Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil" Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz Expediente D-2313

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este punto se considera necesario destacar que, el H. Consejo de Estado mediante providencia de 7 de abril de 2016, advirtió sobre la variación de la postura que se venía aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en el CGP puesto que la normatividad anterior, Decreto 01 de 1984 consagraba originalmente en su artículo 171, un criterio subjetivo de valoración, en el cual se atendía exclusivamente a caracteres como la temeridad o mala fe, para proferir condenas en costas y agencias en derecho, en

síntesis, advirtió el establecimiento de un nuevo criterio objetivo en lo que respecta a la imposición de costas procesales.

Ahora bien, con respecto al referido cambio de criterio para la imposición de costas procesales, el H. Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que, si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del CGP se comprueba para su imposición que *“en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*. En efecto, la aludida corporación⁶ ha señalado:

“[E]sta Subsección..., varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” —CCA— a uno “objetivo valorativo” —CPACA.

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia 12 de abril de 2018. C. P. William Hernández Gómez Radicado: 05001233300020120043902 (01782017).

Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.”

Cabe resaltar además que, la reforma introducida por la Ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 adicionó una regla o criterio para la imposición de condena en costas, consistente en que, en aquellos casos en que se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas; sin que se pueda afirmar que hace inaplicable las demás reglas señaladas en Ley 1437 de 2011 y el 365 del CGP (Código General del Proceso).

Por lo tanto, en el presente asunto, si bien no puede afirmarse que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, era procedente el análisis de las demás reglas de imposición de condena en costas.

Así, aunque el criterio para condenar en costas sea objetivo, este también debe ser valorativo, lo que impone al operador judicial el deber de precisar los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas, es decir, por qué aduce que se causaron las mismas. Análisis que fue realizado en la providencia de primera instancia, por cuanto evidenció la actividad de los apoderados de la parte demandada, razón por la cual, decidió fijar agencias en derecho por el equivalente al 4% del valor de las pretensiones de la demanda.

De acuerdo al análisis precedente, a la redacción del artículo 188 de la ley 1437 de 2011, y al atender y acoger el criterio objetivo valorativo, se confirmará la condena en costas impuestas a la parte demandante en primera instancia.

4. Costas en esta instancia.

No se condenará en costas de conformidad con el artículo 365 del CGP, toda vez que no se encuentra acreditada su causación en esta instancia.

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

FALLA

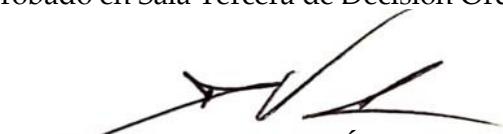
PRIMERO: Se confirma la sentencia del 30 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Luz Mary Restrepo Osorio contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

Notificar

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión Ordinaria No. 059 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. 216

Manizales, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Proceso: 17-001-33-33-002-2020-00169-02
Clase: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho
Accionante: María Consuelo Valencia
Accionado: Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de
Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM)

Se dicta sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el fallo que negó las pretensiones.

I. Antecedentes

1. Demanda.

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto surgido con ocasión a la petición presentada el 28 de junio de 2019, en cuanto negó el reconocimiento de la prima de junio establecida en el artículo 15, Numeral 2, literal B, de la Ley de 91 de 1989.

Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a reconocer, y pagar a la demandante, la prima de junio establecida en el artículo 15 Numeral 2, literal B, de la Ley de 91 de 1989, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia debido a que fue vinculada por primera vez a la docencia oficial, en fecha posterior al 1 de enero de 1981, a partir del 28 de junio de 2019 equivalente a una mesada pensional; que, sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución y la ley; el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

1.2. Fundamento Factivo

Se señala que la accionante fue vinculada por primera vez como docente oficial en fecha posterior al 1 de enero de 1981, razón por la cual, en condición de pensionada por el FNPSM, no tiene derecho a que Cajanal, hoy "UGPP" reconozca a su favor la pensión de gracia. La pensión fue reconocida por la Resolución 0972 del 16 de diciembre de 2017 expedida por la Secretaría de Educación del ente territorial, en representación legal de la Nación, y con fundamento legal en la Ley 91 de 1989.

Que el fundamento jurídico de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional está consagrado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 destinada de manera especial para los profesores afiliados al FNPSM que por el haber ingresado por primera vez al servicio de la docencia oficial no tienen derecho a la pensión gracia.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Ley 91 de 1989 Artículo 15 y la Sentencia de unificación, SUJ—014— CE—S2—2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Como sustentó del concepto de violación señaló que, el objetivo de haber establecido esta prestación, fue en compensación por haber perdido la pensión de gracia, sumado al hecho de que el derecho solicitado fue establecido mucho antes de reconocerse la mesada en la ley 100 de 1993.

Señaló que, cuando se estableció el pago de una mesada adicional para los pensionados en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, ya existía para los docentes del Magisterio que fueron vinculados después de 1981, conforme lo establece la ley 91 de 1989 una prima de medio año equivalente a una mesada pensional a partir de la adquisición del derecho pensional, sin que se realizara alguna derogatoria del beneficio reclamado.

Agregó que es claro que, el numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, nada tiene que ver con la mesada pensional causada con posterioridad al año 2005, pues el régimen especial, que contiene la misma, identifica una prima, que "equivale" a una mesada pensional, situación diferente a la prestación acontecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año.

2. Contestación de la demanda

La Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM: se opuso a las pretensiones de la parte demandante toda

vez que, carecen de fundamentos de derecho, en cuanto a los hechos aceptó como cierto el referente al reconocimiento de la pensión.

Propuso las excepciones de "*LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD*" expresando que, los actos administrativos emitidos por la entidad se encuentran ajustados a derecho y que el mismo se profirió en estricto seguimiento de las normas legales; "*INEPTITUD DE LA DEMANDA POR CARENCIA DE FUNDAMENTO JURÍDICO*" indicando que, las pretensiones de la demanda es improcedente jurídicamente, atendiendo las razones expuestas en la sentencia C-409-94, que fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993; "*LA CONDENA EN COSTAS NO ES OBJETIVA, SE DESVIRTUAR LA BUENA FE DE LA ENTIDAD*" señala que, según la jurisdicción Contencioso Administrativa se debe tener en cuenta la actuación de la entidad, en la medida que siempre actuó de acuerdo con lo estipulado en la norma jurídica; además de que el Consejo de Estado refiriera que la condena en costas no es objetiva, si no que el Juez debe tener en cuenta la buena fe de la entidad respecto a sus actuaciones procesales.

3. Fallo de primera instancia

El *a quo* declaró probada las excepciones denominadas "*legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad*" e "*ineptitud de la demanda por carencia de fundamento jurídico*", negó las pretensiones de la parte demandante y condenó en costas después de plantearse como problema jurídico principal, si a la demandante en calidad de docente oficial le asistía el derecho al reconocimiento de la mesada 14 al ser beneficiaria de una pensión de jubilación.

Tras hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional consagrada en la Ley 91 de 1989, Ley 100 de 1993, Ley 218 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005, concluye que, debe verificarse si la parte demandante causó su pensión antes del 31 de julio 2011 y de ser así, determinarse si la prestación es igual o inferior a los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época del reconocimiento.

Concluyó que a la demandante le fue reconocida su pensión posterior al 31 de julio de 2011, lo que determina que no le asiste derecho a la mesada adicional según lo dispone el párrafo sexto transitorio del artículo 48 de la Constitución Política.

4. Recurso de apelación

La parte accionante solicitó revocar en su totalidad la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones; para ello, después de hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional de mitad de año, señaló que cumple con los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento a la prima de mitad de año, equivalente a una mesada pensional, pues se vinculó al magisterio el 08 de febrero de 1982, por lo tanto cumple con el primer requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y que indica a que tiene derecho a la prima de mitad de año, aquellos docentes que se hayan vinculado a partir del 01 de enero de 1981.

Que la prima de mitad de año, fue prevista por el legislador como un beneficio adicional a la pensión de jubilación, para aquellos docentes que por su fecha de vinculación no tenían derecho a la pensión gracia. De ahí que por el hecho de que se pague en junio y que equivalga a una mesada pensional, no desnaturaliza su calidad de prima de beneficio solo para los docentes que cumplen los requisitos establecidos en el numeral 2, literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y tampoco la convierte en la mesada adicional creada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, pues la naturaleza de ambas es diferente.

En cuanto a la condena en costas señaló que, acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en busca de protección judicial para sus derechos salariales, con la firme convicción de que existe una vulneración de sus garantías constitucionales y legales. Por otro lado, señaló que, si bien es cierto con las reformas introducidas a través de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) como la ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 se adicionó *“En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”*.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos.

¿Tiene derecho la demandante a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del tribunal

A la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada o prima adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues, adquirió su

estatus pensional con posterioridad al 25 de Julio de 2005, fecha a partir de la cual entró a regir el Acto legislativo 01 de 2005, y con posterioridad al 31 de julio de 2011.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) los hechos acreditados; ii) el régimen aplicable a los docentes; iii) la mesada 14; para descender al análisis del iv) caso concreto.

2.2. Hechos probados

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

- Mediante Resolución 0972 del 16 de diciembre de 2017 expedida por la Secretaría de Educación de Manizales, se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor la accionante, efectiva a partir del 26 de agosto de 2017, por un valor mensual de \$2.795.434¹.
- A través de petición radicada el 28 de junio de 2019 la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985².

2.3. Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003, que reguló dos eventos:

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.
- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en el, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

El Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el párrafo transitorio 1º, lo siguiente:

***PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o.** El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo*

¹ Fls. 23-24 exp. digital, archivo "02demandayanexos"

² Fls. 18-20 exp. digital, archivo "02demandayanexos"

oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

ARTÍCULO 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:*

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:[...]

B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. [...] (Negrillas fuera de texto)

2.4. La mesada adicional de medio año o mesada catorce prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Respecto de la mesada catorce contemplada para los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia, el Consejo de Estado - Sala de Servicio Civil y consulta en concepto del 22 de noviembre de 2007³, esgrimió:

2. La mesada adicional del mes de junio:

2.1. Su origen y evolución:

Como lo reseña la consulta de la señora Ministra, la mesada adicional del mes de junio fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4ª de 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberle significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988 18. Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexequibles 19, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales pensionados: Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado, y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994. / Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

"Parágrafo. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual."

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 1993²⁰, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."

³ Consejo de Estado. Sala De Consulta Y Servicio Civil. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. 22 de noviembre de 2007. Radicación No. 1.857 11001-03-06-000-2007-00084-00

Por sus antecedentes y su ubicación en el cuerpo normativo, la mesada adicional es parte del sistema general de pensiones. Esta afirmación se refuerza al observar que la misma ley 100, artículo 279, excluía del régimen general a varios grupos de pensionados, pese a lo cual el texto del artículo 142 incluyó de manera expresa uno de esos grupos, el de "los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía", para que pudieran gozar del beneficio de la mesada adicional. En este sentido, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-461-95, al ordenar aplicar un beneficio similar a los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio:

"La excepción al régimen general, consagrada en el artículo 279 de la ley 100, es total. Vale decir, a los afiliados del mencionado Fondo no se les aplica la Ley 100, en ninguna de sus partes, en lo referente al Sistema Integral de Seguridad Social. El artículo 142 – que consagra la mesada adicional para pensionados – tampoco se aplicaría a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que tal artículo forma parte del Sistema Integral de Seguridad Social."

Ahora bien, en nuestro ordenamiento es claro que los requisitos, condiciones y beneficios que configuran un régimen general o un régimen especial, son excluyentes, de manera que los destinatarios de uno y de otro se sujetan en su integridad al que les sea aplicable; salvo disposición legal en contrario que extienda un beneficio del régimen general a los pensionados bajo regímenes especiales, pero sin modificar estos últimos, como es el caso que nos ocupa.

Es claro que la mesada adicional creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 es un beneficio del sistema general de pensiones, y por lo mismo, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente por el artículo 279 de la misma ley 100; al analizar esta última disposición, la Corte Constitucional con base en la ley 91 de 1989 encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión de gracia y los vinculados al fondo de Prestaciones del Magisterio, antes del 1º de enero de 1988, sin derecho a esa pensión, configuraban una excepción arbitraria pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados; y tomó esta situación como ejemplo de comparación entre el régimen general y los regímenes especiales, a fin de determinar la constitucionalidad de estos; así, en la sentencia C-080-99, se lee:

"...7. Con base en los anteriores criterios, la Corte concluyó que, por ejemplo, la exclusión de la mesada pensional adicional prevista por la Ley 100 de 1993 a ciertos maestros desconocía la igualdad, por cuanto estos no gozaban, dentro de su régimen especial, de ningún beneficio similar o equivalente 'que obre como compensación por el deterioro que causa la inflación sobre el poder adquisitivo de las pensiones... 8. El análisis precedente muestra que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, en principio no es posible comparar las prestaciones

individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a otras prestaciones...”

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-94 que declaró inexecutable las expresiones “actuales” y “cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988”, del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que “la desvalorización constante y progresiva de la moneda” afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995, y que fue propuesta y aprobada como una “adición” de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPETROL y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

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

Destaca la Sala que la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.

Es decir, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de

1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

2.2. La supresión de la mesada adicional del mes de junio:

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 2004, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

"Las personas a las que se les reconozca pensión a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año."

Esta propuesta no encontró reparos en el Congreso y desde el inicio de los debates fue modificada para que la prohibición no quedara referida al reconocimiento de la pensión sino a su causación; así, la norma aprobada como inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, ordena:

"Artículo 1º...

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento."

En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el párrafo transitorio 6º del Acto Legislativo No. 01 del 2005:

"Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 2005, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del parágrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo.

Con base en las premisas anteriores,

SE RESPONDE:

"1. Desde la perspectiva jurídica, por gozar los docentes de un régimen especialísimo de pensiones y al haber sido excluidos de la aplicación del Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional del mes de junio?"

Los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio del 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

"2. De acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005, ¿la vigencia del régimen exceptuado de los docentes afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expirará el 31 de julio del año 2010?"

Sí; de manera que en virtud del Acto Legislativo No. 01 del 2005, son tres los regímenes pensionales aplicables al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

a). el de la ley 91 de 1989 y demás leyes vigentes al 27 de junio del 2003, para los docentes vinculados al servicio con antelación al 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007).

b). el de prima media con prestación definida de las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003, pero con edad de 57 años para hombres y mujeres, tratándose de los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007);

c). el del Sistema General de Pensiones, para las pensiones que se causen después del 31 de julio del 2010 (parágrafo transitorio segundo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005). [...] (Negrillas y subrayas de la Sala)

Ahora bien, respecto de la aplicación del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado en providencia del 1 de febrero de 2018 expuso:

La accionante, centra su inconformidad en la interpretación que fue dada por el Tribunal Administrativo del Tolima, a las normas del Acto Legislativo 01 de 2005 que hace referencia a los regímenes pensionales exceptuados, especialmente, el relacionado con la carrera docente y sus derechos pensionales.

Al respecto, indicó que en relación con la mesada catorce, la procedencia para su reconocimiento es la fecha en que se presentó la vinculación al servicio oficial de educación, y no, como razón la autoridad judicial accionada, la fecha de adquisición del estatus pensional por parte de quien pretende el reconocimiento de dicha prestación económica.

Sobre el particular, este juez constitucional encuentra que la interpretación dada por el tribunal accionado, resulta razonable y por lo tanto, los defectos alegados por la parte accionante, no se configuran. Lo anterior, bajo las siguientes consideraciones:

Como se expuso en el acápite de hechos probados en la presente providencia, en la sentencia que resolvió en segunda instancia sobre las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de la actora, el fallador parte de la base de establecer con claridad el régimen aplicable (i) tanto al reconocimiento pensional docente, así como a (ii) la mesada adicional número catorce.

Respecto al segundo de los aspectos, el cual resulta ser el relevante para el sub lite, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, señaló que tras la inclusión de la mesada catorce como un beneficio de los docentes oficiales (a través de la Ley 238 de 1995), con el Acto Legislativo 01 de 2005 se establecieron condiciones específicas para su reconocimiento, de las cuales se puede concluir que (i) la mesada adicional catorce no será pagada a quienes causen su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del acto reformativo de la constitución y (ii) se exceptúan de ello a quienes obtenga su estatus pensional antes del 31 de julio del 2011, y tengan igual o menos de tres salarios mínimos como monto reconocido.

La conclusión expuesta en precedencia, tuvo como sustento una lectura armónica de las disposiciones del citado acto reformativo de la constitución, especialmente, lo fijado en el inciso 8º del artículo 1º del mismo, el cual señala que “las personas cuyo derecho de pensión se cause a partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.

Fundamentó la autoridad judicial accionada dicha interpretación, no sólo en la lectura de las normas, sino también en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 22 de noviembre del 2007, radicado 2007-0084, en donde se expuso lo dicho en precedencia.

A su vez, la autoridad judicial accionada señaló que conforme al concepto del Consejo de Estado, el beneficio de la mesada catorce en favor de los docentes oficiales, si bien fue incluido excepcionalmente, ello no implica una modificación del régimen que regula su situación pensional, razón por la cual, al mantenerse como un beneficio del régimen general (Ley 100 de 1993), “la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales”.

Así las cosas, para esta judicatura, la interpretación dada por la el Tribunal Administrativo del Tolima es razonable, toda vez que obedece a un criterio derivado de la lectura de las normas aplicables al caso concreto, lo que implica que el defecto alegado no se configure.

De acuerdo a lo anterior, es claro concluir que, la mesada catorce consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985 solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 del 2005, o que, habiendo causado su derecho pensional antes del 31 de julio del 2011, su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes,

según lo establece el párrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

2.5. Análisis de los hechos probados a la luz de la normatividad aplicable

De acuerdo a lo probado en el expediente, mediante Resolución 0972 del 16 de diciembre de 2017 expedida por la Secretaría de Educación de Manizales, se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor la accionante, efectiva a partir del 26 de agosto de 2017, por un valor mensual de \$2.795.434⁴.

Conforme a lo anterior evidencia la Sala que, la actora adquirió su status pensional con posterioridad al 25 de Julio de 2005, fecha a partir de la cual entró a regir el Acto legislativo 01 del 22 de Julio de 2005 , y con posterioridad al 31 de julio de 2011.

2.6. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados se concluye que, a la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia mediante la cual se niegan las pretensiones del demandante.

3. Segundo Problema Jurídico *¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?*

Tesis del Tribunal: Fue adecuada la imposición de condena en primera instancia a cargo de la parte demandante por cuanto el *a quo* aplicó el criterio objetivo valorativo.

Señala la apelante que la condena en costas impuesta en primera instancia debe ser revocada por cuanto acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en busca de protección judicial para sus derechos salariales, con la firme convicción de que existe una vulneración de sus garantías constitucionales y legales; que si bien es cierto con las reformas introducidas a través de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) como la ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 se adicionó *“En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”*, por lo que considera que la demanda cuenta con todo el fundamento legal y jurídico.

⁴ Fls. 23-24 exp. digital, archivo “02demandayanexos”

Al respecto, en la sentencia apelada se indicó que, con fundamento en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se condena en costas a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General de Proceso, por cuanto se evidenció la actividad del abogado de la parte accionada realizada dentro del proceso, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General del Proceso, atendiendo los recientes pronunciamientos del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Se fijan agencias en derecho por el equivalente al 4% del valor de las pretensiones solicitadas, esto es \$ \$236.483.

Así las cosas, la Corte Constitucional⁵ ha explicado que las costas, esto es, *"aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial"*, están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados, así, de conformidad con el Capítulo II del Título I -Costas- del CGP, las expensas están conformadas por aranceles judiciales, honorarios de auxiliares de la justicia, entre otros, es decir, en términos generales a todos los gastos surgidos para dar el curso procesal ordinario requerido por el proceso judicial.

Por su parte, prosigue el citado pronunciamiento jurisprudencial constitucional advirtiéndole que *"las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho"*.

El artículo 188 del CPACA dispone que: *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*.

En atención a la remisión expresa del artículo referido, se tiene entonces que el Código General del Proceso en su artículo 365 establece:

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

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o

⁵ C-539 de 1999. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º, numeral 198 (parcial) del Decreto 2282 de 1989, "Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil" Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz Expediente D-2313

revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este punto se considera necesario destacar que, el H. Consejo de Estado mediante providencia de 7 de abril de 2016, advirtió sobre la variación de la postura que se venía aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en el CGP puesto que la normatividad anterior, Decreto 01 de 1984 consagraba originalmente en su artículo 171, un criterio subjetivo de valoración, en el cual se atendía exclusivamente a caracteres como la temeridad o mala fe, para proferir condenas en costas y agencias en derecho, en síntesis, advirtió el

establecimiento de un nuevo criterio objetivo en lo que respecta a la imposición de costas procesales.

Ahora bien, con respecto al referido cambio de criterio para la imposición de costas procesales el H. Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del CGP se comprueba para su imposición que *“en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*. En efecto, la aludida corporación⁶ ha señalado:

“[E]sta Subsección..., varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” —CCA— a uno “objetivo valorativo” —CPACA.

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia 12 de abril de 2018. C. P. William Hernández Gómez Radicado: 05001233300020120043902 (01782017).

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.”

Cabe resaltar además que, la reforma introducida por la Ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 adicionó una regla o criterio para la imposición de condena en costas, consistente en que, en aquellos casos en que se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas; sin que se pueda afirmar que hace inaplicable las demás reglas señaladas en Ley 1437 de 2011 y el 365 del CGP (Código General del Proceso).

Por lo tanto, en el presente asunto, si bien no puede afirmarse que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, era procedente el análisis de las demás reglas de imposición de condena en costas.

Así, aunque el criterio para condenar en costas sea objetivo, este también debe ser valorativo, lo que impone al operador judicial el deber de precisar los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas, es decir, por qué aduce que se causaron las mismas. Análisis que fue realizado en la providencia de primera instancia, en la que se tuvo en cuenta que, la parte demandada actuó a través de apoderado judicial.

De acuerdo al análisis precedente, a la redacción del artículo 188 de la ley 1437 de 2011, y al atender y acoger el criterio objetivo valorativo, se confirmará la condena en costas impuestas a la parte demandante en primera instancia.

4. Costas en esta instancia.

No se condenará en costas de conformidad con el artículo 365 del CGP, toda vez que no se encuentra acreditada su causación en esta instancia.

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

FALLA

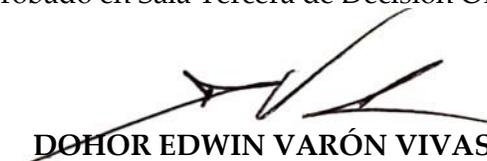
PRIMERO: **Confirmar** la sentencia del 05 de mayo de 2022 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por María Consuelo Valencia contra la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.**

SEGUNDO: **sin condena en costas** en esta instancia.

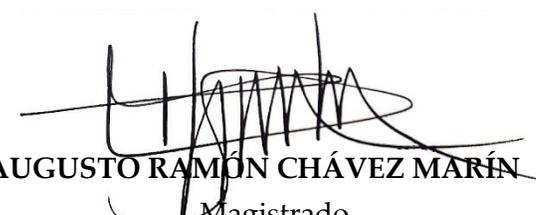
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

Notificar

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión Ordinaria No. 059 de 2022.


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado


AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Decisión

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de segunda instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Carlos Arturo López Niño

Demandado: Nación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG-

Radicación: 170013339007-2020-000233-02

Acto judicial: Sentencia 117

Manizales, veintidós (22) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Proyecto aprobado en sala de la presente fecha.

ASUNTO

§01. **Síntesis:** La parte demandante docente solicita el reconocimiento de la prima de mitad de año consagrada en la Ley 91 de 1989. El juzgado de primera instancia negó las pretensiones. La sala confirma la decisión del juzgado.

§02. La sala dicta sentencia de segunda instancia en el proceso de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO interpuesto por CARLOS ARTURO LÓPEZ NIÑO, demandante, en contra de la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, demandadas. El objeto de decisión es la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia dictada el 09 de diciembre del 2021 proferida por la Señoría del Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. LA DEMANDA ¹

§03. El acto pretende la nulidad del acto ficto o presunto configurado el 10 de octubre de 2019, el cual denegó el reconocimiento y pago de la prima de mitad junio, conforme lo establece la Ley 91 de 1988.

§04. En restablecimiento del derecho, solicitó se reconozca y pague la prima de prima de junio a que tiene derecho por ser pensionado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues no tuvo derecho al reconocimiento de la pensión gracia.

§05. Expuso que al actor le fue reconocida pensión mediante Resolución 089 del 04 de febrero de 2017, expedida por la Secretaría de Educación de la Gobernación de Caldas, en representación de la Nación.

§06. Manifestó que conforme lo preceptúa el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, por haber sido nombrado con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 y no ser acreedor de la pensión gracia establecida en la Ley 114 de 1913.

§07. Consideró como violados los artículos 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política; artículo 56 de la Ley 962 de 2005; 56 del Decreto 2831 de 2005; 15 de la Ley 91 de 1989

§08. Expresó que se vulneró el artículo 13 de la Constitución Política, al negar el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, contemplada en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989, para los docentes que se encuentran pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que no tuvieron derecho a la pensión gracia por haber sino nombrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 o por ser nombrados docentes nacionales. Esta prima fue creada como una compensación por la pérdida al derecho a la pensión gracia.

§09. Epilogó que el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 creó una mesada adicional para los pensionados contemplados en dicho ídem, que no tiene relación con la prima de mitad de año creada en la Ley 91 de 1989, para los docentes que no tuvieron derecho a la pensión gracia.

2. Contestación de la Demanda del Ministerio de Educación ²

§10. Solamente se solicitó que se expidiera sentencia anticipada.

§11. No obstante lo anterior, el 26 de agosto de 2021 el juzgado decidió la excepción de ineptitud de la demanda por carencia de fundamento jurídico.

¹ (fs. 1 a 14 c. 1)

1.3. SENTENCIA ²

§12. En pasado 10 de junio de 2021, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, dictó sentencia en audiencia conjunta, negando a las pretensiones de la parte actora, las que pasan a relacionarse:

“ PRIMERO: DECLARAR FUNDADAS las excepciones de “LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD”, “CARENCIA DE FUNDAMENTO JURÍDICO DE LAS PRETENSIONES” e “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO”, “propuestas por la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por aludido en precedencia, sin que sea necesario el estudio de la excepción de “PRESCRIPCIÓN” ante la prosperidad de estos.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de las demandas que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instauraron AUGUSTO GOMEZ ARBELAEZ, MARIA CRISTIAN RAMIREZ LÓPEZ, CECILIA CASTELLANSO MARTINEZ, ANGELA MARIA GIRALDO CARDONA, JHON JAIRO RODRIGUEZ MORENO, MARIA LUZ DARY TABARES GONZALEZ, MARIA NUBIA URREA AGUIRRE, RUBEN DARIO VILLADA GIRALDO, DORIS GIL MARQUEZ, y CARLOS ARTURO LÓPEZ NIÑO, en contra de la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS, por lo expuesto.”

§13. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó el siguiente problema jurídico:

“Es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se negó el reconocimiento y pago de la prima de junio establecida en el literal B, numeral 2, del artículo 15 de la Ley de 91 de 1989?”

§14. La sentencia analizó: (i) el régimen jurídico contemplado en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reconocimiento de la mesada adicional para pensionados, conocida como mesada catorce; (ii) el análisis de constitucionalidad hecho por la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-409 de 1994; (iii) las modificaciones realizadas a la norma ibídem, introducidas en la Ley 238 de 1995; (iv) el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y acto legislativo 01 de 2005, éste última que eliminó dicha mesada en todos los regímenes pensionales, conforme a los parámetros allí señalados; y, (v) el pronunciamiento sobre dicho tópico hizo la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado.

§15. Conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales precitados, el juez de instancia consideró que el Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la mesada catorce a partir del 25 de julio de 2005, pues la pensión le fue reconocida a la parte demandante con posterioridad al 31 de julio de 2011.

² (fs 80-85 vto. c. 1)

§16. Expuso en cuanto a la procedencia de la prima de mitad de año o mesada 14 de los docentes pensionados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, debe tenerse en cuenta la fecha de adquisición del estatus pensional, y el monto de la mesada adicional pensional que percibe, esto es, si es inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

§17. En consecuencia, como la parte accionante le fue reconocida pensión mensual vitalicia de jubilación mediante Resolución 00089 del 4 de febrero de 2017 y que adquirió el status de jubilado el 30 de noviembre de 2016.

1.4. Apelación de Sentencia ³

§18. La parte actora solicitó se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones.

§19. Para ello resaltó que la prima de mitad de año con base en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es diferente a la mesada adicional cuyo pago es en el mes de junio de cada año, establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

§20. Expuso que la prima de mitad de año es para los docentes que perdieron el derecho a la pensión gracia, constituyéndose en una compensación por la pensión perdida; y en cambio la prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, buscó compensar a los pensionados con anterioridad a la Ley 71 de 1989, respecto a las pensiones reajustadas en un porcentaje inferior al salario mínimo.

§21. Describió que la prima de mitad de año, fue prevista por el legislador como un beneficio adicional a la pensión de jubilación, para aquellos docentes que por su fecha de vinculación no tenían derecho a la pensión gracia. De ahí que por el hecho de que se pague en junio y que equivalga a una mesada pensional, no desnaturaliza su calidad de prima de beneficio solo para los docentes que cumplen los requisitos establecidos en el numeral 2, literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y tampoco la convierte en la mesada adicional creada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, pues la naturaleza de ambas es diferente.

§22. Señaló que conforme a la Ley 812 de 2003 los docentes vinculados al sector educativo antes de junio de 2003 continuarán con el régimen pensional anterior.

§23. Concluyó que la Ley 91 de 1989 no fue modificada en ninguno de los apartes por el acto legislativo número 01 de 2005, y sigue vigente la prima de mitad de año.

1.6. Alegatos de segunda instancia e intervención del Ministerio público

§24. La parte demandante, las demandadas y el Ministerio Público permanecieron silentes.

³ (fs. 105 a 111, c. 1)

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§25. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforma al artículo 153 del CPACA⁴.

2.2. Problemas Jurídicos

§26. ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, conforme lo prevé el numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

2.3. Lo probado en el proceso

§27. Mediante la Resolución 0089 del 04 de febrero de 2017, se reconoció la pensión de jubilación por la Secretaría de Educación del municipio de Manizales a favor de Carlos Arturo López Niño, en cuantía de \$2.615.723, a partir del 01 de diciembre de 2016.⁵

§28. Mediante petición del 10 de julio de 2019 la parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de la prima de medio año.

2.4. Fundamento Jurídico

§29. El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, servicio prestado por entidades públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

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

§31. El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

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

⁴ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

⁵ (Exp 01).

sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

2.4.2. Prima de mitad de año de los docentes afiliados al FOMAG

§32. El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé sobre su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional”-nft-

§33. La mesada adicional de diciembre para los pensionados de los sectores público, oficial semioficial y privado los empleados públicos, incluidos docentes, fue creada por la Ley 4ª de 1976:

“Artículo 5º Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión.

§34. La Ley 91 de 1989 estipuló el régimen pensional para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 y con posterioridad al 1 de enero de 1981. Para estos últimos previó una prima de medio año, *que es la que se demanda en este proceso*, equivalente a una mesada pensional:

“B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. -Rft”

§35. Luego, los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993 consagraron dos mesadas para los pensionados, la primera en noviembre y una mesada adicional, *de interés para este proceso*, pagadera en junio para los pensionados del sector público, correspondiente a treinta (30) días de valor de la pensión, dicha norma dispone:

“ARTÍCULO 50. MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión.

(...)

ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.”-srft-

§36. Es de recordar que la Ley 100 de 1993 estipuló en el artículo 279 un régimen de excepción para los afiliados al FOMAG:

“ARTÍCULO 279. Excepciones.

(...) 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. (...)”

§37. Debido que la sentencia de C-409 de 1994 declaró inexequibles los apartes tachados del precitado artículo 142 de la Ley 100 de 1993, dio lugar a la expedición del artículo 1° de la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 sobre excepciones al sistema, de la siguiente manera: “... *Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados*”.

§38. La Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto 1857 de 20074, ilustró que sobre el tránsito legislativo de la Ley 238 de 1995 que: “... *la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.*”

“La sentencia C-461 de 1995 de la Corte Constitucional, en cuya demanda se pretendía la extensión de la mesada del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 a todos los docentes, explica que la prima de medio año y la mesada catorce son asimilables, y debían ampliarse el beneficio de la mesada adicional solamente a los docentes que no gozaban de pensión gracia vinculados con anterioridad al 1° de enero de 1981: “... el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2°, literal b, de la Ley 91 de 1989, según el cual los pensionados vinculados al Fondo con posterioridad al 1° de enero de 1981, "gozarán (...) adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional", puede asimilarse a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993...”:

“En efecto, la Corte advierte que el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2°, literal b, de la Ley 91 de 1989, según el cual los pensionados vinculados al Fondo con posterioridad al 1° de enero de 1981, "gozarán (...) adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional", puede asimilarse a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

En el artículo 15, numeral 2, literal b, de la Ley 91 de 1989, se dispone que los pensionados del Magisterio tienen derecho a la prima de medio año allí establecida, "adicionalmente" a la pensión de jubilación - pensión ésta que de manera inmediatamente anterior, concede el mismo artículo para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981-

El monto de la prima de medio año del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es el mismo que el de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, ya que existe equivalencia entre "una mesada pensional" (monto de la prima de medio año de la Ley 91) y "30 días de pago de la pensión" (monto de la mesada adicional de la Ley 100), teniendo en cuenta que como mesada pensional se conoce aquel pago mensual (30 días) que recibe un pensionado en virtud de su derecho a la pensión.

Los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1981 no se encuentran en una situación distinta a la de los pensionados a quienes se aplica el Sistema Integral de Seguridad Social contemplado en la Ley 100 de 1993, en lo referente a la obtención de algún beneficio que compense la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones, pues mientras los primeros reciben la prima adicional de medio año (artículo 15 Ley 91 de 1989), los segundos reciben la mesada adicional (artículo 142 Ley 100 de 1993), que son prestaciones equivalentes.

Sin embargo, es menester tener en cuenta que la prima adicional de medio año, establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, sólo cobija a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, mientras que el derecho a la mesada adicional del artículo 142 de la Ley 100, luego de la sentencia C-409 de 1994, no está condicionado por aspectos temporales."

§39. El Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la posibilidad de recibir más de 13 mesadas a los nuevos pensionados:

"ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

"El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".

(...) "Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

(...) "Parágrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

(...) "Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

§40. En la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo, se justificó la eliminación de la mesada 14 de la siguiente manera:

“5.4 La eliminación de la decimocuarta mesada pensional

Debe recordarse que esta mesada adicional fue creada por la Ley 100 de 1993 para compensar la falta de ajuste de las pensiones reconocidas con anterioridad a 1988, es decir para compensar su pérdida de poder adquisitivo, y fue extendida a todas las demás pensiones por una decisión de la Corte Constitucional (Sentencia C-489/94), generando un desequilibrio adicional en la financiación de los pasivos pensionales.

Dado el origen de esta mesada, no es razonable que la misma deba pagarse a los nuevos pensionados, cuyas pensiones se liquidan con base en lo dispuesto por la Ley 100 de 1993 y normas que la han modificado y no se ven expuestas a pérdida de poder adquisitivo. Es por ello que se propone su eliminación.

El costo anual de esta mesada adicional asciende hoy a \$1.1 billones. Sin embargo, debe aclararse que este costo no se va a reducir en la medida en que se seguirá pagando esta mesada a los actuales pensionados, pero dejará de incrementarse a futuro por efecto del presente Acto Legislativo. De acuerdo con las actuales proyecciones su eliminación reducirá el déficit operacional acumulado en 12.9% del PIB, entre los años 2004 y 2050.” (PROYECTO DE LEY 034 CÁMARA - GACETA 385 DE 2004).

§41. El concepto 1857 de 20075 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estimó que debido a los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005 “... los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del párrafo transitorio 6° del mencionado acto legislativo”:

“2.2. La supresión de la mesada adicional del mes de junio:

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 200, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

“Las personas a las que se les reconozca pensión a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año.”

Esta propuesta no encontró reparos en el Congreso y desde el inicio de los debates fue modificada para que la prohibición no quedara referida al reconocimiento de la pensión sino a su causación; así, la norma aprobada como inciso octavo del artículo 1° del Acto Legislativo No. 01 del 2005, ordena:

“Artículo 1º...

“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento.”

En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo No. 01 del 2005:

"Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 200, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del parágrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo."-sft-

§42. Como se anotó en precedencia, la prima de medio año de una mesada prevista en el literal b, numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es equivalente a la mesada prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que se extendió en garantía del principio de igualdad a todos los docentes por la sentencia C-461 de 1995, por la Ley 238 de 1995.

§43. Bajo este entendido, el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que, a partir de su entrada en vigor, ningún nuevo pensionado podría recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año, salvo aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011.

§44. En sede de tutela, el Consejo de Estado ha considerado que esta interpretación de equivalencia de la prima de mitad de año y la mesada de junio: *“...no desconoce las normas aplicables al caso, ni el precedente judicial de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre la materia, por lo que para la Sala es claro que no vulneró los derechos fundamentales que la accionante alega conculcados.”*⁶

⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN CUARTA - Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO- Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03255-00(AC). SECCIÓN PRIMERA-

§45. Es por ello, que conforme a los parámetros normativos planteados en el Acto Legislativo 01 de 2005, aplicable a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se analizará el caso particular, en aras de identificar si le asiste el derecho a la parte actora a percibir la mesada de mitad de año.

§46. En el sub judice, la parte actora le fue reconocido el derecho a la pensión de jubilación por aportes a través de la Resolución 089 del 14 de febrero de 2017; conforme en dicho acto adquirió el estatus pensional el 1º de diciembre de 2016; además el monto de la pensión está estimado en un valor de \$2.615.723, que supera los 3 smlmv de \$2.068.365,00, a razón de 689.455,00 de smlmv.

§58. En consecuencia, no le asiste el derecho a la parte en percibir la mesada adicional toda vez que no se encuentra dentro de las excepciones previstas en el Acto Legislativo 01 de 2005; dado que su derecho pensional fue causado con posterioridad a la vigencia de dicho acto, esto es el 25 de julio de 2005, y la mesada es superior a los 3 smlvm.

§59. Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

3. Costas en segunda instancia

§47. En cuanto a las costas de esta instancia, con base en el numeral 3 del artículo 365 numeral 1 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, atendiendo que no se reflejaron actuaciones por parte de la entidad accionada en esta instancia y la demanda no tiene carencia manifiesta de fundamento legal.

§48. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§49. Por lo discurrido, la Sala de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 09 de diciembre de dos mil veintiuno de por la Señoría del Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, con respecto al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por CARLOS ARTURO LÓPEZ NIÑO contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por los argumentos motivo de la demanda.

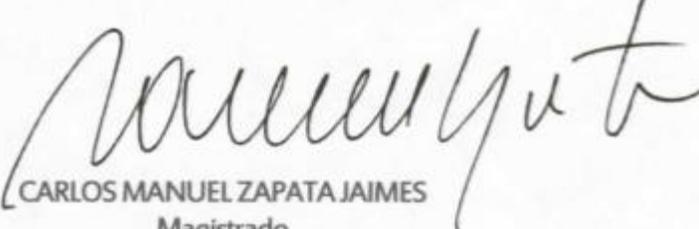
SEGUNDO: NO SE CONDENA EN COSTAS conforme a los argumentos expuestos.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso. Remítase de la sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y cúmplase
Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022).

A.I. 200

Radicación:	17001-33-33-003-2021-00042-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Gloria Mercedes Salazar Escobar
Demandado:	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra el auto que decretó una medida cautelar.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita la nulidad de la Resolución 4333 del 28 de julio de 2020 y del memorando que da efectividad a la terminación del nombramiento provisional de la demandante y a título de restablecimiento del derecho se condene al ICBF al reintegro al cargo de profesional universitaria, código 2044, grado 08 o a uno de superior jerarquía y al pago de salarios, prestaciones sociales, bonificaciones, aportes al sistema de seguridad social en pensiones calculadas desde el momento de la desvinculación y hasta que se haga efectivo el reintegro.

1.2. Fundamento fáctico

Se señala que, la demandante fue nombrada en provisionalidad el 05 de marzo del 2013 en el ICBF, en el empleo de profesional universitario, código 2044, grado 08 de la planta global de cargos de dicha Entidad, con el rol de trabajadora social adscrita a la Regional Caldas. Que a la fecha de la terminación del nombramiento provisional (01 de septiembre del 2020), la demandante contaba con 1.075 semanas efectivamente cotizadas y 55 años cumplidos.

Que mediante Acuerdo CNSC-2016000001736, la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, convocó a concurso de méritos para proveer de manera definitiva empleos vacantes de manera definitiva del sistema general de carrera administrativa de la planta de personal del ICBF. Finalizado el proceso de selección, la CNSC expidió la Resolución 2018220072125 del 17 de julio del 2018, mediante la cual se conformó la lista de elegibles para proveer 03 vacantes definitivas del cargo identificado con la OPEC 39887, denominado profesional universitario, código 2044, grado 08 de la planta global de cargos del ICBF.

Precisa que, el cargo que ocupaba no fue ofertado en la convocatoria pública. Que el ICBF le indicó a que, pese a que no estaba ofertado el empleo, en el marco de la Ley 1960 del 2019 y los criterios unificados de la CNSC si en la lista de elegibles existían personas que pudieran optar por el cargo, el mismo se debía proveer con ellas.

Mediante Resolución 4333 del 28 de julio del 2020, el ICBF decidió dar por terminado el nombramiento provisional de la demandante, condicionando su retiro a la posesión de la persona que iba a ocupar dicho cargo en periodo de prueba. Mediante memorando del 28 de agosto del 2020, el ICBF le comunicó que su nombramiento terminaría el 01 de septiembre del 2020, fecha en la que tomaría posesión la persona de la lista de elegibles.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Señaló como vulnerados los artículos 1, 48 ,53 y 83 de la Carta Política, la Ley 100 de 1993, Ley 1437 del 2011 artículo 164 numeral 1 literal C, y Decreto 498 del 2020.

Precisó que, con la expedición de los actos demandados, el ICBF vulneró el ordenamiento jurídico debido a que omitió su deber de generar acciones afirmativas en aras de dar protección especial a la demandante, por encontrarse en una situación especial de vulnerabilidad por ser pre pensionada. Que los actos además contienen una falsa motivación debido a que en ninguna de sus motivaciones establecen la protección especial que tenía la demandante como pre pensionada.

2. Solicitud de medida cautelar

La demandante solicitó la suspensión provisional de los actos demandados y señaló que, es actualmente una persona de especial protección por encontrarse en situación especial de vulnerabilidad por ser pre pensionada, figura desarrollada en la Ley 790 de 2002 y que aplica a los servidores a los cuales se les suprime su cargo en el marco de reestructuraciones administrativas, o rediseño institucional.

Que de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, el pre pensionado es aquella persona a la que le faltan menos de 150 semanas de cotización para adquirir la densidad necesaria exigida por el sistema para pensionarse y menos de 3 años para cumplir la edad para causar el derecho a la pensión. Que la demandante al momento de ser desvinculada del ICBF contaba con 1.075 semanas cotizadas y 55 años de edad, por lo que sólo le faltaban 75 semanas por densidad y alrededor de dos años para causar su derecho a la pensión.

Que el ICBF, debió acatar las disposiciones del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 498 de 2020, ya que, al existir otros empleos iguales o equivalentes en su planta global, debía reubicar a la actora mientras se causaba su derecho pensional.

3. Oposición a la medida cautelar

El ICBF señaló que, se está frente a hechos acaecidos en virtud del acuerdo expedido por la CNSC 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, por el cual se convocó a concurso de méritos para proveer los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al sistema

general de carrera administrativa del ICBF y que la Resolución 4333 del 28 de julio de 2020 no fue el resultado de una aplicación unilateral de la Ley 1960 de 2019, por lo que la expedición del mismo no se dio de forma irregular o infringiendo la normatividad, ya que se expidió con autorización que la CNSC mediante oficio 20201020512041 dio al ICBF para hacer uso de las listas de elegibles.

Que la terminación del nombramiento de la demandante y el nombramiento en periodo de prueba de Leidy Johana Arenas Mora se efectuó en cumplimiento de lo dispuesto en el criterio unificado *“uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de julio de 2019”* expedido por la CNSC.

Respecto a la condición de pre pensionado señaló que, la Corte delimitó el concepto para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador estimando que el término de 3 años o menos debe contabilizarse a partir de la fecha en que se declara la reestructuración de la entidad de la administración pública, razón por la que, si a la terminación del nombramiento provisional el 1 de septiembre de 2020 a la señora Salazar Escobar la señora contaba con 1.075 semanas cotizadas y 55 años cumplidos, es preciso inferir que le faltaban menos de 3 años para adquirir el status que le permitiera acceder a la pensión en cuanto a la edad, pero le faltaba acreditar 225 semanas para cumplir con el requisito de tiempo de servicio, lo que representa más de 4 años, motivo por el cual no podría tenerse como persona de especial protección.

Que es así como, la infracción alegada por la actora no surge en esta etapa de la mera confrontación normativa y valoración temprana de las probanzas traídas, lo cual amerita un estudio más profundo a la luz de las normas y la jurisprudencia que regula la materia, además no se encuentra probado que al no otorgarse la cautela se cause un perjuicio irremediable a la demandante, ni que la negativa de la misma haga nugatorio los efectos de la sentencia que llegue a producirse.

4. Providencia recurrida

El *a quo* **accedió a la medida cautelar** solicitada y dispuso suspender provisionalmente, mientras se resuelve este medio de control, los efectos de la Resolución 4333 del 28 de julio de 2020 y del memorando que da efectividad a la terminación del nombramiento provisional de la demandante el 28 de agosto de 2020, por lo que, *“esta mantendrá la vinculación en el cargo que estaba desempeñando o en su defecto, deberá ser reintegrada a uno de igual o superior categoría, para evitar un perjuicio irremediable”*.

Para ello argumentó que, los pre pensionados son los servidores que se encuentran a menos de tres años de satisfacer las exigencias previstas en el ordenamiento jurídico para el otorgamiento de la pensión, situación que les concede una condición de sujetos de especial protección constitucional. Que con el propósito de determinar si la demandante es pre pensionada, en el expediente reposa copia de la cédula de ciudadanía en la que se evidencia que nació el 6 marzo de 1965, de forma que al momento de su desvinculación del ICBF el 28 de agosto de 2020, contaba con 55 años, 5 meses y 23 días, cumpliendo así con el requisito de edad, es decir, estaba a menos de 3 años para adquirir el status de pensionada.

Que la demandante se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que, para poder obtener la pensión de vejez, requiere acreditar las condiciones mínimas señaladas en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, y en todo caso, existe una garantía de pensión mínima, que contempla la posibilidad de obtener la aludida prestación, siempre y cuando se haya cotizado un mínimo de 1150 semanas. Es así como, se comprueba que, para julio de 2020, fecha en la que fue desvinculada de su cargo, la demandante tenía un total de 1088 semanas cotizadas y un capital acumulado de \$162.311.128, número de semanas que resulta insuficiente a las 1150, restando por cotizar 62 semanas, las cuales pueden completarse en 1 año y 3 meses.

Que así las cosas, la demandante sí goza de la condición de prepensionada y en consecuencia, sí es procedente acceder a la suspensión provisional de los actos demandados.

4. Recurso de apelación

El ICBF solicitó se revoque la decisión y en su lugar se levante la medida teniendo en cuenta que, la terminación del nombramiento provisional de la demandante y el nombramiento en periodo de prueba de la señora Leidy Johana Arenas Mora se efectuó en cumplimiento de lo dispuesto en el criterio unificado *"uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019"*, expedido por la CNSC en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales dicho criterio esta proferido por la autoridad a quien corresponde de manera exclusiva y excluyente tanto la elaboración de la convocatoria para el concurso, como sus eventuales modificaciones.

Que si se suspende provisionalmente la Resolución 4333 de 28 de julio de 2020 mientras se resuelve el medio de control, se suspendería también el nombramiento de Leidy Johana Arenas Mora quien fue nombrada a través de la Resolución 4333 de 28 de julio de 2020, con evidente afectación de los intereses de la señora Arenas Mora.

Que la jurisprudencia ha sostenido que, la estabilidad laboral de la que gozan los funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad es una estabilidad laboral relativa, en la medida en que no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse a través del concurso de méritos, tal y como aconteció en el presente caso con el nombramiento provisional a nombre de la demandante cuando fue provisto con la persona que supero las etapas del concurso público.

Que así las cosas, es claro que la desvinculación de la demandante se dio por la aplicación de un parámetro objetivo, como lo es la provisión del cargo por uso de lista de elegibles, resultante del concurso de méritos no siendo admisible que se suspenda sus efectos, pues de contera, estarían dos personas ocupando un mismo empleo en la planta de cargos del ICBF, lo que está en contravía de la normatividad legal y constitucional vigente.

II. Consideraciones

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación

interpuesto. Además es procedente, por cuanto el auto que decreta, deniega o modifica una medida cautelar, se encuentra enlistado en el numeral 5 del artículo 243 *Ibidem*.

2. Problema jurídico

La atención de esta Sala Plural se contrae en determinar: *¿se cumplen los presupuestos normativos necesarios para ordenar como medida cautelar, la suspensión provisional de los actos demandados, por medio de los cuales se procede a la terminación del nombramiento provisional de la demandante?*

Para resolver lo anterior, se hará referencia: i) los hechos hasta el momento acreditados, ii) el marco jurídico sobre: las medidas cautelares y la compatibilidad pensional, para descender al iii) análisis sustancial del caso.

3. Hechos relevantes hasta el momento acreditados

- La demandante fue nombrada el 05 de marzo del 2013 en el ICBF, en provisionalidad, en el empleo de profesional universitario, código 2044, grado 08, con el rol de trabajadora social adscrita a la Regional Caldas.

- Mediante Resolución 4333 del 28 de julio del 2020, el ICBF decidió dar por terminado el nombramiento provisional de la demandante, condicionando su retiro a la posesión de la persona que iba a ocupar dicho cargo en periodo de prueba¹, considerando entre otros aspectos que, de conformidad con el artículo 6 de Ley 1960 de 2019², la Circular Externa 001 del 21 de febrero de 2020 de la CNSC³, el artículo 8 del Acuerdo 0165 de 2020 de la CNSC⁴ y el Decreto Legislativo 491 de 2020⁵ el ICBF solicitó a la CNSC *autorización de uso directo de lista de elegibles para proveer la(s) nueva(s) vacante(s) que se generaron con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016 del empleo PROFESIONAL UNIVERSITARIO CÓDIGO 2044 GRADO 08...*, y la CNSC *“mediante oficio 20201020512041, radicado en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, el día 13 de julio de 2020, autorizó el uso directo de listas de elegibles (con cobro), para el nombramiento en periodo de prueba de LEIDY JOHANA ARENAS MORA, identificada con cédula No. 1.053.776.110.(...)”*.

¹ FL 14-23 Archivo Digital: 02PoderDemandaAnexos.pdf

² *“(...) ARTÍCULO 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004. quedará así: ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende: // (...) 4 Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad (...)”*

³ *Por medio de la cual se emite instrucciones para la aplicación del Criterio Unificado “Uso de Listas de Elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”, en procesos de selección que cuentan con listas de elegibles vigentes*

⁴ *“Por el cual se reglamenta la conformación, organización y manejo del Banco Nacional de Listas de Elegibles para el Sistema General de Carrera y Sistemas Específicos y Especiales...”*

⁵ *Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*

- Mediante memorando del 28 de agosto del 2020, el ICBF comunicó a la demandante que su nombramiento terminaría el 01 de septiembre del 2020, fecha en la que tomaría posesión la persona de la lista de elegibles⁶.

- La demandante nació el 6 de marzo de 1965⁷ y de acuerdo a la historio laboral emitida por el Fondo de Pensiones Protección, el 21 de octubre de 2020, contaba con 1.082,85 semanas cotizadas, y un capital acumulado de \$162.311.128, restando por cotizar 62 semanas, para completar las 1.150 semanas para alcanzar una garantía de pensión mínima.⁸

4. Marco jurídico - Sobre las medidas cautelares

La Ley 1437 de 2011 concibió la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos como medida cautelar en los casos en que del análisis que surja entre estos y las normas invocadas se evidencie la transgresión de estas últimas, en tal sentido el artículo 231 de la referida normativa señala:

“ARTÍCULO 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.” (Subrayas de la Sala)

Dado que esta figura intrínsecamente busca dejar en suspenso y de forma transitoria la presunción de legalidad del acto, previo a una decisión definitiva dentro del proceso respectivo y sin que el Juez deba realizar un análisis profundo del asunto planteado, en todo caso ha de evidenciarse la transgresión que el acto administrativo materializa sobre las normas invocadas. Al respecto el H. Consejo de Estado expuso:

“Como lo tiene decantada la jurisprudencia de esta Corporación, la suspensión provisional de los actos administrativos, prevista como medida cautelar en el artículo 231 del CPACA, fue concebida para evitar que las decisiones de las autoridades manifiestamente ilegales puedan producir o continuar produciendo efectos, mientras sobreviene el fallo de fondo que los retire del ordenamiento jurídico, si resultan ciertos los argumentos de la demanda; de igual manera, se ha precisado que la medida implica desvirtuar de manera transitoria y anticipada la presunción de legalidad que acompaña los actos de la administración, es decir, que se constituye como juicio previo que conduce a negar aquella presunción. Por lo anterior, para desvirtuar tal presunción, es imperativo demostrar que la trasgresión del ordenamiento surge de la sola descripción de lo que mandan o prohíben las normas superiores y el contenido del acto acusado, de cuyo cotejo debe aparecer de modo nítido, directo y evidente que la aplicación de este, pugna con la vigencia de la norma de orden superior; empero, si para

⁶ FL 24-25 Archivo Digital: 02PoderDemandaAnexos.pdf

⁷ FL 13 Archivo Digital: 02PoderDemandaAnexos.pdf

⁸ FL 26-38 Archivo Digital: 02PoderDemandaAnexos.pdf

*verificar los supuestos que soportan la solicitud de suspensión provisional es necesario hacer algún tipo de análisis que implique elaboradas deducciones, ya no procede la medida cautelar pues debe privilegiarse la presunción de legalidad propia de los actos de la administración, lo que sin más implica que, de no ser evidente la violación al ordenamiento jurídico, debe reservarse su decisión para la sentencia de fondo, previo el estudio cuidadoso de todo el acervo probatorio vertido al plenario por las partes”.*⁹ (Se resalta).

En este sentido, acorde a los anteriores planteamientos, procederá la Sala a efectuar el análisis de los actos administrativos respecto de la normatividad a la que se acude como sustento de la medida cautelar, advirtiéndose que conforme lo prescribe el inciso 2° del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, la decisión que sea adoptada en la presente providencia no habrá de implicar prejuzgamiento.

5. Vulneración de la normativa invocada

Con el fin de determinar la viabilidad de la medida de suspensión provisional solicitada, resulta necesario establecer *prima facie* si los actos administrativos objeto de pretensiones de nulidad, vulneran la normativa invocada bajo la egida de que, desconocieron la calidad de pre pensionada que ostentaba la demandante.

Para ello la demandante señaló como vulnerados los artículos 1, 48, 53 y 83 de la Carta Política, la Ley 100 de 1993, Ley 1437 del 2011 artículo 164 numeral 1 literal C, el Decreto 498 del 2020 y específicamente la Ley 790 de 2002 y el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 498 de 2020 en lo referente a la protección especial a las personas que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad por ser pre pensionados.

Al respecto precisa la Sala que, la Corte Constitucional en Sentencia SU-003 de 2018, indicó que, la figura de la prepensión consiste en evitar la pérdida intempestiva del empleo, “*la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez*” y la condición de pre pensionado la tienen: “*aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez*”.

En Sentencia T-055 de 2020 explicó que, únicamente cuentan con la calidad de pre pensionadas aquellas personas que acrediten estar a tres años o menos de completar las semanas cotizadas requeridas para efectos de la pensión, contado a partir del momento en que se produce la desvinculación, por lo que si la persona ya completó las semanas y solo le falta tres o menos años para alcanzar la edad de pensión no cumple con las condiciones para considerarse un pre pensionado.

También precisó que, los cotizantes al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad también pueden ser considerados como prepensionados y aclaró que, como los requisitos para acceder a la prestación de vejez en ese sistema son distintos a los del Régimen de Prima Media con prestación definida, la valoración debe tener en cuenta ese presupuesto, de este

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A; M.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. providencia de 23 de julio de 2014. Rad. 68001-23-33-000-2013- 0221-01(3531-13).

modo, *“podrá gozar de la calidad referida quien se encuentre a tres años o menos de alcanzar el monto mínimo previsto para acreditar el derecho o, acudiendo a la analogía con lo dispuesto para los afiliados al Régimen de Prima Media, quien esté a tres años o menos de completar las semanas que le permitan ser beneficiario de la garantía de la pensión mínima”*.

Ahora bien, en sentencia SU-691 de 2017, la Corte Constitucional se pronunció sobre la desvinculación de servidores públicos provisionales con ocasión de concurso de méritos y estableció que en casos en que exista tensión entre los derechos de carrera y la estabilidad laboral reforzada de que gozan algunas personas, se deben aplicar las siguientes reglas:

“En primer lugar, las personas nombradas en cargos de libre nombramiento y remoción, no gozan de estabilidad laboral reforzada, por la naturaleza del cargo que desempeñan. Esta misma regla es, en principio, aplicable a las personas nombradas en provisionalidad.

En segundo lugar, a juicio de la Sala Plena, a los cargos de provisionalidad o de libre nombramiento y remoción no le son aplicables reglas de prepensionados o de retén social, menos aún en el caso de profesiones liberales.

Ahora bien, en tercer lugar, cuando en la relación laboral una de las partes la conforma un sujeto especialmente protegido (inciso 2° del artículo 43 de la CP), como lo son las madres cabeza de familia que cumplen con los presupuestos establecidos en la sentencia SU- 388 de 2005, puede llegar a reconocérseles la garantía de la estabilidad laboral reforzada, claro está, mientras no exista una causal justificativa del retiro del servicio, dado que la protección de la estabilidad laboral reforzada no debe confundirse con el otorgamiento de una inmunidad que exonere de las obligaciones a su cargo, desconozca principios superiores como el mérito que funda el sistema de carrera o que la proteja frente a las medidas disciplinarias, fiscales o penales que eventualmente puedan ejercerse en su contra. De esta manera, la garantía constitucional se sustenta en las siguientes hipótesis:

1. La terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de los servidores públicos en provisionalidad, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos”.
(Negrillas fuera de texto original).

De la cita transcrita, es de resaltar que los servidores públicos nombrados en provisionalidad apenas cuentan con una estabilidad laboral relativa, la cual *“cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos”*.

Asimismo, y en armonía con la jurisprudencia constitucional citada, el artículo 8 de la Ley 2040 del 27 de julio de 2020¹⁰, reguló la situación de las personas a las que les faltare tres o menos años para cumplir los requisitos pensionales y estipuló:

“Artículo 8. PROTECCIÓN EN CASO DE REESTRUCTURACIÓN ADMINISTRATIVA

¹⁰ *“Por medio de la cual se adoptan medidas para impulsar el trabajo para adultos mayores y se dictan otras disposiciones”*

*O PROVISIÓN DEFINITIVA DE CARGOS. Las personas a las que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez, que hagan parte de las plantas de las entidades públicas en nombramiento provisional o temporal y que, derivado de procesos de reestructuración administrativa o **provisión definitiva de cargos públicos a través de concursos de mérito, deberían ser separados de sus cargos, serán sujetos de especial protección por parte del Estado y en virtud de la misma deberán ser reubicados hasta tanto adquieran los requisitos mínimos para el acceso al beneficio pensional**". (Se resalta).*

Con fundamento en la normativa y jurisprudencia expuesta, se advierte que la protección a la que tienen derecho los prepensionados no consiste en permanecer indefinidamente en un cargo, en el cual deba ser nombrado quien superó un concurso de méritos. Por el contrario, la Ley 2040 de 2020 establece que la garantía otorgada a los prepensionados, dada su condición de sujetos de especial protección por parte del Estado, radica en la reubicación "*hasta tanto adquieran los requisitos mínimos para el acceso al beneficio pensional*".

De la confrontación de los actos administrativos que se solicita suspender, con las disposiciones invocada como vulneradas, la Sala evidencia de forma primigenia en esta etapa, la necesidad de adoptar la medida cautelar, pues se encuentra acreditado que, la demandante nació el 6 marzo de 1965, de forma que al momento de su desvinculación del ICBF el 28 de agosto de 2020, contaba con 55 años de edad, además contaba con 1.075 semanas cotizadas y un capital acumulado de \$162.311.128, restando por cotizar 62 semanas, para completar las 1.150 semanas para alcanzar una garantía de pensión mínima¹¹, las cuales pueden completarse en 1 año y 3 meses.

De allí que, la demandante goza de la condición de pre pensionada, en la medida en que le falta menos de 3 años para para completar las 1.150 semanas para alcanzar una garantía de pensión mínima; por lo tanto, resulta procedente acceder a la suspensión provisional de los efectos de la Resolución 4333 del 28 de julio de 2020 mediante el cual se dio por terminado el nombramiento de la demandante y del memorando que da efectividad a la terminación del nombramiento el 28 de agosto de 2020, mientras se resuelve este medio de control.

En cuanto al argumento de la demandada en el sentido de señalar que, el cumplimiento de la medida cautelar conllevaría el desconocimiento de los derechos de la persona nombrada en virtud del concurso o que estarían dos personas ocupando un mismo empleo en la planta de cargos del ICBF; teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial previamente reseñado, según el cual, la garantía otorgada a los prepensionados, dada su condición de sujetos de especial protección por parte del Estado, radica en la "*reubicación*" hasta tanto adquieran los requisitos mínimos para el acceso al beneficio pensional se modificara la medida cautelar en el sentido de señalar que, en atención a la suspensión provisional de los actos demandados, la demandante deberá ser reubicada en uno de igual o superior categoría, para evitar un perjuicio irremediable.

6. Conclusión

¹¹ FL 26-38 Archivo Digital: 02PoderDemandaAnexos.pdf

Así las cosas, se cumplen los presupuestos normativos necesarios para ordenar como medida cautelar, la suspensión provisional de los actos demandados, por medio de los cuales se dio por terminado el nombramiento provisional de la señora Gloria Mercedes Salazar Escobar, mientras se resuelve este medio de control; sin embargo, se modificara la medida cautelar en el sentido de señalar que, en atención a la suspensión provisional de los actos demandados, la demandante deberá ser reubicada en uno de igual o superior categoría, para evitar un perjuicio irremediable.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera del Tribunal Administrativo de Caldas,

Resuelve:

Primero: Se modifica el ordinal primero del auto proferido el 7 de marzo de 2022, por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales, dentro del medio de control de nulidad, formulado por Gloria Mercedes Salazar Escobar contra el ICBF, el cual quedará, así:

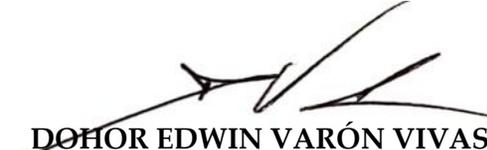
*SUSPENDER provisionalmente, mientras se resuelve este medio de control, los efectos de la resolución No. 4333 del 28 de julio de 2020 y del memorando que da efectividad a la terminación del nombramiento provisional de la demandante el 28 de agosto de 2020, por medio de la cual el ICBF dio por terminado el nombramiento provisional de la señora Gloria Mercedes Salazar Escobar, por lo que está **deberá ser reubicada en un cargo** de igual o superior categoría, para evitar un perjuicio irremediable.*

Segundo: En lo demás se confirma la decisión

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen para lo de su competencia y háganse las anotaciones pertinentes en el programa "Justicia Siglo XXI".

Notificar

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión Ordinaria No. 059 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 TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022).

A.I. 201

Radicación:	17001-33-33-001-2021-00199-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones
Demandado:	Julialba Gómez Piñeros

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el auto que se negó medida cautelar solicitada.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Colpensiones solicitó la nulidad de las resoluciones GNR 247680 del 04 de octubre de 2013, VPB 60284 del 08 de septiembre de 2015 y SUB 167343 del 04 de agosto de 2020 por medio de las cuales se resolvió una solicitud prestacional y se reliquidó la pensión de vejez de la demandada.

1.2. Fundamento factico

Se señala que, mediante Resolución GNR 247680 del 04 de octubre de 2013, Colpensiones reconoció y ordenó el pago de la pensión de vejez a favor de la demandante de conformidad con la Ley 71 de 1988, decisión que fue confirmada mediante la Resolución GNR 201188 de 04 de Junio de 2014, que resolvió un recurso de reposición.

Mediante Resolución VPB 60284 del 8 de septiembre de 2015 se reliquidó la pensión con base en 1.195 semanas cotizadas con un ingreso base de liquidación \$1,746,892 al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 75% generando una mesada por valor de \$1.310.169, efectiva a partir del 1 de noviembre de 2011, reconociendo un retroactivo pensional.

La demandando solicitó el 8 de mayo de 2020 la reliquidación de su pensión y con el fin de resolver dicha solicitud, Colpensiones decide realizar nuevamente un estudio pensional, evidenciando *“menores valores pagados por parte del empleador en la CO con respecto al IBC reportado, razón por la cual se imputan días proporcionales. Por ejemplo, para el ciclo 200010 con*

IBC de \$1,308,000, se esperaba un aporte de \$130,800 (como se observa en los demás periodos del mismo año) pero el pago se realizó por \$92,494”.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Señaló como vulnerados los artículo 48 de la Constitución, artículo 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, artículo 1 del Decreto 1158 del 3 de junio de 1994.

Precisó que, de acuerdo a la normativa aplicable, se evidenció que la mesada correcta para 2021 corresponde a \$1,568,943, la cual es inferior a la que se encuentra percibiendo la demandada en la nómina General de Pensionados de la Entidad por valor de \$1,881,590, esto teniendo en cuenta que para la liquidación inicial no se tuvo en cuenta la totalidad de las semanas efectivamente cotizadas durante los ultimo 10 años ni los verdaderos reportes de IBC cotizados por los empleadores.

2. Solicitud de medida cautelar

Colpensiones solicita la suspensión provisional de los actos demandados reiterando que, para la liquidación pensional no se tuvo en cuenta las semanas efectivamente cotizadas durante los ultimo 10 años, ni los verdaderos reportes de IBC cotizados por los empleadores.

3. Oposición a la medida cautelar

La demandada no se pronunció en esta etapa.

4. Providencia recurrida

El *a quo* **negó la medida cautelar** solicitada argumentando que, no se evidencia una irregularidad que amerite la adopción de esta medida, pues el asunto amerita una exhaustiva valoración de medios de prueba y de la historia laboral de la demandada.

Que adicionalmente, el Consejo de Estado ha fijado varias pautas en sentencias de unificación en torno al tema que nos ocupa, que deben aplicarse tanto en vía judicial como administrativa, que ameritan en cada caso un estudio pormenorizado no solo del asunto concreto sino de las sentencias que terminan siendo aplicables como precedente judicial.

4. Recurso de apelación

Colpensiones solicitó se decrete la medida cautelar argumentando que, se hace necesaria la suspensión a título de prevención del detrimento del equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, medidas que guardan una estrecha relación con las pretensiones de la demanda.

Que se acredita dentro del libelo demandatorio en los hechos y en el concepto de violación, la transgresión de las normas superiores y legales invocadas, abriendo paso a decretar su ilegalidad a través de la vía contenciosa administrativa, como también evitar que, durante el recorrido procesal se continúe con la ejecutoria de los actos administrativos acusados bajo

la suspensión de los mismos, como medidas que protegen el sistema pensional, toda vez, que, el error administrativo que reliquidó la pensión, le fue notificado al demandado a expensas de su voluntad para la revocatoria directa del mismo, en consecuencia, se debe inferir la buena fe de la entidad en corregir su decisión administrativa reconociendo jurídicamente de lo que realmente es titular el beneficiario.

Que el pago de una prestación generada de un error de interpretación, atenta igualmente contra el principio de Estabilidad Financiera del Sistema General de Pensiones, establecido por el Acto Legislativo 001 de 2005.

5. Oposición al recurso

La **demandada** señaló que su pensión no se debe liquidar con la Ley 71 de 1988 sino con la Ley 33 de 1985, por haber quedado en el régimen de transición, y que Colpensiones no quiere aceptar que se debe reconocer la pensión de vejez, no pensión de jubilación y pagar el retroactivo.

Que la pensión es inembargable, es legal y soportada con certificaciones. Que no le reliquidaron la pensión de vejez pues lo que le pagan es la pensión de jubilación, que le deben siete años, porque la pensionaron a los 57 años y debía ser a los 50 años y 20 de servicio, además que le disminuyeron el salario.

II. Consideraciones

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación interpuesto. Además es procedente, por cuanto el auto que niega una medida cautelar, se encuentra enlistado en el numeral 5 del artículo 243 Ibidem.

2. Problema jurídico

La atención de esta Sala Plural se contrae en determinar: *¿se cumplen los presupuestos normativos necesarios para ordenar como medida cautelar, la suspensión provisional de los actos demandados, por medio de la cual se reconoció y reliquidó la pensión de vejez a la demandante, por cuanto, para la liquidación inicial no se tuvo en cuenta la totalidad de las semanas efectivamente cotizadas durante los ultimo 10 años, ni los verdaderos reportes de IBC cotizados por los empleadores?*

Para resolver lo anterior, se hará referencia: i) los hechos hasta el momento acreditados, ii) el marco jurídico sobre: las medidas cautelares y la compatibilidad pensional, para descender al iii) análisis sustancial del caso.

3. Hechos hasta el momento acreditados

- Colpensiones mediante Resolución GNR 247680 del 04 de Octubre de 2013, reconoció y ordenó el pago de la pensión de vejez a favor de la demandante en una cuantía inicial de

\$1.392.198 en 14 mensualidades anuales con un ingreso base de liquidación de \$1.856.264 al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 75% y un total de 1.192 semanas, de conformidad con la Ley 71 de 1988 por ser más favorable a la que correspondería con base en la Ley 33 de 1985¹. Decisión confirmada mediante Resolución GNR 201188 de 04 de Junio de 2014, que resolvió un recurso de reposición, precisando que, los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión, son los señalados en el Decreto 1158 de 1994.²

- Colpensiones mediante Resolución VPB 60284 del 8 de septiembre de 2015 por la cual se resuelve un recurso de apelación, modificó la Resolución GNR 247680 de 04 de octubre de 2013 y reliquidó la pensión de vejez, teniendo en cuenta que, la señora Gómez Piñeros Julialba se había trasladado a Colfondos AFP, y solicitó traslado nuevamente a Colpensiones el 01 de Febrero de 2011; por ello se realizó un nuevo estudio con base en 1.195 semanas cotizadas con un ingreso base de liquidación \$1,746,892 al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 75% generando una mesada por valor de \$1.310.169, efectiva a partir del 1 de noviembre de 2011: Ello de conformidad con la Ley 71 de 1988 por ser más favorable a la que correspondería con base en la Ley 33 de 1985; reiterando que, los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la pensión, son los señalados en el Decreto 1158 de 1994, pero sin precisarlos.³

- La demandando solicitó el 8 de mayo de 2020 la reliquidación de su pensión, la cual fue negada por Colpensiones mediante Resolución SUB252846 de 23 de noviembre de 2020 para ello realizó un nuevo estudio pensional, evidenciando que la interesada acredita 1.207 semanas y que una vez validado el expediente pensional de la asegurada se evidenciaron inconsistencia en la Historia laboral, por lo cual se solicitó a la Dirección de Afiliaciones e historia laboral, efectuar la corrección a que hubiere lugar, que en respuesta dada al radicado No. 2020_10713451, se informó:

*“(...) se reiteró a la DIA gestionar una vez más el cobro por pagos inexactos para los ciclos 1998/09, 1999/09, 2000/01 y 2000/10 con el empleador DEPARTAMENTO DEL CAQUETA, donde nos informaron lo siguiente: “Acciones de cobro por pagos inexactos para los ciclos 1998/09, 1999/09, 2000/01 y 2000/10 con el empleador DEPARTAMENTO DEL CAQUETÁ Nit 800091594: Respecto a las acciones de cobro, una vez realizadas las consultas en las bases de datos de la DIA y aplicativos en la entidad, el aportante registra Visitas de fiscalización ISS bajo los expedientes OL0010001 en el año 2006. Actualmente se realizan acciones de cobro mediante radicado 2020_5721152 en estado CITACION LCD ENTREGADA POR CORRESPONDENCIA. La QUE DEUDA PRESUNTA POR DIFERENCIA EN PAGO POR PAGOS INEXACTOS Y/O EXTEMPORÁNEOS NO PROCEDE C-14 POR MORA PATRONAL, se debe tener en cuenta que esta deuda no es cobrable por un solo afiliado sino que afecta a todos los afiliados relacionados en ese sticker. Respecto a la gestión adelantada para efectos de la determinación de la deuda, se siguieron los lineamientos establecidos en la Resolución 2082 de 2016 artículos 11 y 12”.*⁴

4. Marco jurídico

¹ Fls. 14-21 Archivo Digital: 03Anexos.pdf

² Fls. 22-24 Archivo Digital: 03Anexos.pdf

³ Fls. 25-32 Archivo Digital: 03Anexos.pdf

⁴ Fls. 47-50 Archivo Digital: 03Anexos.pdf

4.1. Sobre las medidas cautelares

La Ley 1437 de 2011 concibió la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos como medida cautelar en los casos en que del análisis que surja entre estos y las normas invocadas se evidencie la transgresión de estas últimas, en tal sentido el artículo 231 de la referida normativa señala:

***“ARTÍCULO 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES.** Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.” (Subrayas de la Sala)*

Dado que esta figura intrínsecamente busca dejar en suspenso y de forma transitoria la presunción de legalidad del acto, previo a una decisión definitiva dentro del proceso respectivo y sin que el Juez deba realizar un análisis profundo del asunto planteado, en todo caso ha de evidenciarse la transgresión que el acto administrativo materializa sobre las normas invocadas. Al respecto el H. Consejo de Estado expuso:

*“Como lo tiene decantada la jurisprudencia de esta Corporación, la suspensión provisional de los actos administrativos, prevista como medida cautelar en el artículo 231 del CPACA, fue concebida para evitar que las decisiones de las autoridades manifiestamente ilegales puedan producir o continuar produciendo efectos, mientras sobreviene el fallo de fondo que los retire del ordenamiento jurídico, si resultan ciertos los argumentos de la demanda; de igual manera, se ha precisado que la medida implica desvirtuar de manera transitoria y anticipada la presunción de legalidad que acompaña los actos de la administración, es decir, que se constituye como juicio previo que conduce a negar aquella presunción. Por lo anterior, para desvirtuar tal presunción, **es imperativo demostrar que la trasgresión del ordenamiento surge de la sola descripción de lo que mandan o prohíben las normas superiores y el contenido del acto acusado**, de cuyo cotejo debe aparecer de modo nítido, directo y evidente que la aplicación de este, pugna con la vigencia de la norma de orden superior; empero, **si para verificar los supuestos que soportan la solicitud de suspensión provisional es necesario hacer algún tipo de análisis que implique elaboradas deducciones, ya no procede la medida cautelar pues debe privilegiarse la presunción de legalidad propia de los actos de la administración**, lo que sin más implica que, de no ser evidente la violación al ordenamiento jurídico, debe reservarse su decisión para la sentencia de fondo, previo el estudio cuidadoso de todo el acervo probatorio vertido al plenario por las partes”.⁵ (Se resalta).*

En este sentido, acorde a los anteriores planteamientos, procederá la Sala a efectuar el análisis de los actos administrativos respecto de la normatividad a la que se acude como sustento de la medida cautelar, advirtiéndose que conforme lo prescribe el inciso 2° del

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A; M.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. providencia de 23 de julio de 2014. Rad. 68001-23-33-000-2013- 0221-01(3531-13).

artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, la decisión que sea adoptada en la presente providencia no habrá de implicar prejuzgamiento.

2. Vulneración de la normativa invocada

Con el fin de determinar la viabilidad de la medida de suspensión provisional solicitada, resulta necesario establecer *prima facie* si los actos administrativos objeto de pretensiones de nulidad, vulneran la normativa invocada bajo la egienda de que, reconocieron y reliquidaron la pensión de vejez de la demandada sin tener en cuenta las semanas efectivamente cotizadas durante los ultimo 10 años, ni los verdaderos factores salariales o de IBC cotizados por los empleadores.

Para ello se señalaron como vulnerados los artículo 48 de la Constitución, 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, artículo 1 del Decreto 1158 del 3 de junio de 1994, que hacen referencia a la seguridad social como servicio público obligatorio; los requisitos específicos para mantener las prerrogativas del régimen pensional que fuere aplicable según el caso particular, con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo sistema pensional; el ingreso base de liquidación pensional y los factores salariales que lo componen.

De la confrontación de los actos administrativos que se solicita suspender, con las disposiciones invocada como vulneradas, la Sala no evidencia de forma primigenia en esta etapa, una irregularidad que amerite la adopción de la medida cautelar, pues los aspectos referentes a las semanas efectivamente cotizadas, los factores salariales y los reportes de IBC cotizados por los empleadores, requieren una valoración exhaustiva de los medios de prueba, entre ellos la historia laboral de la demandada y los comprobantes de pago de aportes; además que se requiere el análisis jurídico del régimen pensional aplicable y los efectos de la existencia de reportes o pagos inexactos de aportes.

De allí que tampoco pueda afirmarse es esta etapa procesal que, se encuentre acreditada la amenaza al principio de Estabilidad Financiera del Sistema General de Pensiones, establecido por el Acto Legislativo 001 de 2005 y que haga procedente la medida cautelar.

6. Conclusión

Así las cosas, no se cumplen los presupuestos normativos necesarios para ordenar como medida cautelar, la suspensión provisional de los actos demandados, por medio de la cual se reconoció y reliquidó la pensión de vejez a la demandante, por lo tanto, se confirmara la decisión que negó la medida cautelar solicitada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera del Tribunal Administrativo de Caldas,

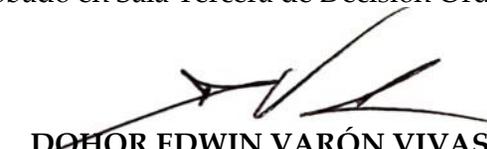
Resuelve:

Primero: Se confirma el auto proferido el 13 de enero de 2022, por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales, en cuanto dispuso negar la medida cautelar solicitada por la demandante, dentro del medio de control de nulidad, formulado por Colpensiones contra Julialba Gómez Piñeros.

Segundo: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen para lo de su competencia y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Notificar

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión Ordinaria No. 059 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 UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022).

A.I. 197

Radicado: 17-001-23-33-000-2021-00271-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento
Demandantes: Vilma Sarmiento
Demandados: Nación-Ministerio de Educación-Fomag

I. ANTECEDENTES

La parte **demandada** apeló el fallo de primera instancia que se emitió el 22 de julio de 2022.

II. CONSIDERACIONES

El artículo 243 del CPACA dispone que: *“Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces (...)”*. En cuanto al trámite del recurso de apelación, los ordinales 1 y 2 del artículo 247 ibidem (modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021), señala:

“Artículo 247. Trámite del recurso de apelación contra sentencias. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

- 1. El recurso deberá interponerse y sustentarse ante la autoridad que profirió la providencia, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.*
- 2. Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio, total o parcialmente, y contra este se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado ponente citará a audiencia de conciliación que deberá celebrarse antes de resolverse sobre la concesión del recurso, siempre y cuando las partes de común acuerdo soliciten su realización y propongan fórmula conciliatoria. (...)”*(Subrayas fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, se tiene que el término para la interposición del recurso de apelación contra la sentencia, transcurrió entre el 28 de julio¹ y el 10 de agosto de 2022; que la parte **demandada** presentó el recurso de apelación 4 de agosto de 2022, esto es, de forma oportuna.

¹ Día siguiente a la notificación.

Por lo tanto será concedido el recurso de apelación formulado sin que sea necesario citar a audiencia de conciliación.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE:

Primero: Conceder el recurso de apelación interpuesto por la parte **demandada** en el presente asunto.

Segundo: En firme la presente providencia **remitir** el expediente al H. Consejo de Estado para lo de su competencia.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, veintiséis (26) de agosto dos mil veintidós (2022)

Medio de control	Cumplimiento de normas con fuerza de ley
Radicación	17 001 23 33 000 2022 00185 00
Demandante	Dagoberto Bohórquez García
Demandado	Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC – la Dorada, director Aldemar Penagos Escobar, Coordinadora Consejo de Evaluación y Tratamiento – CET – y Dirección de Atención y Tratamiento
Providencia	Sentencia No. 164

Se dispone la Sala a dictar sentencia de **primera** instancia dentro del asunto de la referencia.

I. Antecedentes

1. Pretensiones

La pretensión general y principal en el escrito de cumplimiento es la siguiente:

“Respetuosamente, solicito el cumplimiento del título XIII. Tratamiento Penitenciario. De la ley 65 de 1993. Código Penitenciario y Carcelario. En los siguientes artículos:

ARTÍCULO 142. OBJETIVO. *El objetivo del tratamiento penitenciario es preparar al condenado, mediante su resocialización para la vida en libertad.*

ARTÍCULO 143. TRATAMIENTO PENITENCIARIO. *El tratamiento penitenciario debe realizarse conforme a la dignidad humana (...) Se verifica a través de la educación, la instrucción, el trabajo, la actividad cultural, recreativa y deportiva y las relaciones de familia. Se basará en el estudio científico de la*

personalidad del interno, será progresivo y programado e individualizado hasta donde sea posible.

ARTÍCULO 144. FASES DEL TRATAMIENTO. El sistema del tratamiento progresivo está integrado por las siguientes fases:

1. Observación, diagnóstico y clasificación del interno.
2. Alta seguridad que comprende el período cerrado.
3. Mediana seguridad que comprende el período semiabierto.
4. Mínima seguridad o período abierto.
5. De confianza, que coincidirá con la libertad condicional.

Los programas de educación penitenciaria serán obligatorios en las tres primeras fases para todos los internos, sin que esto excluya el trabajo (...) orientadas a la resocialización del interno.

PARÁGRAFO. La ejecución del sistema progresivo se hará gradualmente, (...)

Artículo 145. Modificado, Art 87. Ley 1709 de 2014. Consejo de Evaluación y Tratamiento (...) El tratamiento del sistema progresivo será realizado por medio de grupos interdisciplinarios, (...)

NOTA ACLARATORIA

De manera rogada honorables magistrados, les pido respetuosamente el cumplimiento específico de los dos artículos siguientes.

ARTÍCULO 146. BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS. Los permisos hasta de setenta y dos horas, (...) harán parte del tratamiento penitenciario en sus distintas fases, de acuerdo con la reglamentación respectiva.

ARTÍCULO 147. PERMISO HASTA DE SETENTA Y DOS HORAS (...) a los condenados que reúnan los siguientes requisitos:

1. Estar en la fase de mediana seguridad.
2. Haber descontado una tercera parte de la pena impuesta.
3. No tener requerimientos de ninguna autoridad judicial.
4. No registrar fuga ni tentativa de ella, durante el desarrollo del proceso ni la ejecución de la sentencia condenatoria.
5. Haber descontado el setenta por ciento (70%) de la pena impuesta, tratándose de condenados por los delitos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados.
6. Haber trabajado, estudiado o enseñado durante la reclusión y observado buena conducta, certificada por el Consejo de Disciplina. (subraya el demandante) (...)

Solicitud concreta (peticiones)

1. *Que se ordene a la penitenciaría a entregarme el acta de mediana seguridad porque su negativa no tiene fundamento legal alguno.*
2. *Que no me digan que debo esperar otros 6 meses para ser evaluado, con argumentos peregrinos.*
3. *Que se proteja a la población que está en tratamiento de salud mental y a todos los demás compañeros a los que se la montan porque reclaman sus derecho así, como la población presente y futura de esta cárcel frente a las malas prácticas administrativas.*
4. *Acabar con las ínfulas de legislador que tienen estos funcionarios de esta cárcel.*
5. *Llamar la atención del director general, director regional y director de esta cárcel, para que se capacite a este personal y les obliguen a acabar con las malas prácticas administrativas.*
6. *Ordenar una investigación por parte de la procuraduría para auditar todos los casos de los presos que sin fundamento legal esta cárcel le niega sus beneficios*
7. *Que se ordene una campana en todos los patios informándole a los reclusos sobre sus derechos en el sistema progresivo y paso.*
8. *Compulsar copias a las entidades pertinentes para que se investiguen estos funcionarios por la aplicación reiterada de las malas prácticas administrativas que se vuelven generador de violencia dentro de la penitenciaría.*
9. *Si, la cárcel decide seguir con su error, perjudicándome, entonces ordenen honorables magistrados mi traslado al batallón Pedronel Ospina de Medellín, o una cárcel de Antioquia para estar cerca a mi familia.*
10. *Como soy ex funcionario, los pabellones ERE, nunca tienen hacinamiento y allá si puedo pedir mi clasificación en fase.”*

2. Hechos

El peticionario expone que, en febrero del año 2021 solicitó a la dirección de atención y tratamiento de la penitenciaría de La Dorada, Caldas, la calificación en fase y la asignación a mediana seguridad por haber cumplido con una tercera parte de la pena impuesta como lo establece el artículo 147 de la ley 65 de 1993; quienes respondieron mediante acta No. 637-321-2021 del 12 de marzo del 2021 sugiriendo un plan de tratamiento en salud mental, donde refiere estrategias de intervención de sesiones grupales e individuales de aprendizaje de cadena de vida, evoluciones positivas a la adherencia del tratamiento, y como criterio de éxito, refiere alta médica satisfactoria de su proceso de salud mental.

Dice que, el artículo 65 de la ley 1993 en el capítulo del tratamiento penitenciario no contempla las situaciones descritas, por lo que afirma existir un tratamiento discriminatorio en las personas que padecen trastornos psiquiátricos, negando la dirección, sin fundamento alguno, la aplicación de la ley 65 de 1993, en cuanto a la oportunidad de acceder a un cambio de fase y como consecuencia poder solicitar permisos de 72 horas, vulnerando a su juicio el derecho a la resocialización y debido proceso.

Narra que se encuentra condenado a 40 años, y que la tercera parte de esa condena son 13 años y 4 meses, estando privado de su libertad desde el año 2010; y que, el 02 de agosto de este año cumple 12 años físicos en la cárcel y 10 en esa penitenciaría, y que, con el tiempo redimido lleva casi “16” años de la pena.

Refiere que el INPEC antepone la resolución 7302 de 23 de noviembre de 2005 a la ley 65 de 1993, y seguidamente hace un listado de acciones emprendidas relacionadas con esa situación, como que el 29 de junio de 2021 interpuso acción de tutela, que se llevó a cabo en el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia con radicado 2021-00112-00, tutelándole los derechos y otorgándole a la entidad un mes para la evaluación, tutela que dice haber sido “anulada” por el Tribunal, no obstante en septiembre del 2021 el señor Dagoberto Bohórquez García fue reevaluado, obteniéndose los mismos resultados, que dice son desfavorables.

Relata que, para solicitar la tercera evaluación realizó el curso del programa *cadena de vida* exigido en el acta 637-321-2021, como criterio del éxito; y que, renunció al tratamiento psiquiátrico porque en la referida acta exigen como criterio el alta del médico tratante, y deja de presente que, en el momento en el que se le tutelaron los derechos fue enviado a Medicina Legal en Manizales para ser valorado por un psiquiatra, el cual le disminuyó la medicación.

Sostiene que, en el mes de enero de este año, solicitó al Centro de evaluación y Tratamiento nueva evaluación por cumplir los 6 meses que se exigen para volver a

solicitar la clasificación en fase, la cual fue nuevamente negada, habiendo cumplido más de 2 años de haber cumplido con el factor subjetivo y objetivo; y que, volvió a ser calificado en alta seguridad mediante acta 637-747-2022 del 11 de junio de 2022, sugiriendo un plan de tratamiento que enlista:

- a) *fortalecer habilidades de formación académica con miras a su vida en libertad.*
- b) *Desarrollar destrezas y afianzar ideas que permitan sentido de coherencia con la existencia y la esencia humana.*
- c) *Participar activamente del sistema de oportunidades y el régimen interno.*
- d) *Mostrar avances y/o mejoría de su proceso de salud mental.*

Objetivos

- 1. *Culminar ciclos educativos hasta culminar educación básica.*
- 2. *Culminar ciclos de sesiones psicoeducativos del programa cadena de vida.*
- 3. *Allegar al área de atención y tratamiento cada 3 mes de un informe de logros, dificultades y fortalezas en su proceso de tratamiento y desarrollo.*
- 4. *Allegar al área de atención y tratamiento informe de avances en su proceso de salud mental.*

Criterio de éxito

- a) *Seguimiento al desempeño como mínimo sobresaliente en el sistema de oportunidades.*
- b) *Aprobar ciclos electivos.*
- c) *Aprobar sesiones dentro del módulo y obtener reportes positivos en el programa cadena de vida.*
- d) *Avanzar en su proceso de salud mental.*

Nota: No cumple el factor subjetivo por plan de tratamiento y criterios de cumplimiento para clasificación y cambio de fase.”

Criterio de éxito:

- A) *Seguimiento al desempeño como mínimo sobresaliente en el sistema de oportunidades.*
- B) *Aprobar ciclos electivos.*
- C) *Aprobar sesiones dentro del módulo y obtener reportes positivos en el programa cadena de vida.*
- D) *Avanzar en su proceso de salud mental.*

Nota: No cumple el factor subjetivo por plan de tratamiento y criterios de cumplimiento para clasificación y cambio de fase.”

Finalmente, controvierte los requisitos exigidos, aduciendo su buena conducta, solicitando estudios técnicos en el SENA, y afirma no pertenecer ya, al programa de salud mental, solicitando el cumplimiento de la ley 65 de 1993.

3. Contestación INPEC (Documento 013 expediente digital)

La demandada se opone a las pretensiones de la demanda y afirma que, ha cumplido con lo dispuesto por la ley 65 de 1993, modificada por la ley 1709 de 2014, precisamente en los artículos 143, 144 y 145.

Refiere que, adicional a la norma en mención, se encuentra vigente el contenido de la Resolución N°. 7302 de 23 de noviembre de 2005, reglamentación interna que se encarga de evaluar la Atención y Tratamiento Penitenciario de los privados de la libertad al interior de los centros de reclusión del país.

Menciona que, el hecho que el accionante esté inconforme con las decisiones adoptadas por el Consejo de Evaluación y Tratamiento Penitenciario CET, ello no implica que se esté incumpliendo la normatividad alegada, como la ley 65 de 1993, sino que, el cumplimiento cabal de ésta por parte de las autoridades penitenciarias, lo que ha generado la presente actuación.

Sostiene que en este caso existe improcedencia del medio de control promovido, ya que al analizar el contenido de la demanda, lo que en realidad pretende el actor, es la concesión del beneficio administrativo de hasta 72 horas, beneficio este, desarrollado en los artículos 146 y 147 de la ley 65 de 1993¹, modificada por la ley 1709 de 2014.

Dice que los informes proferidos por la entidad fueron ajustados a derecho y que el interno no ha cumplido con el factor subjetivo, elemento necesario, al momento de pretender la clasificación de fase de seguridad; y que, el no cumplir con los requisitos exigidos por la ley, no permite a las autoridades penitenciarias desconocer dicho incumplimiento.

Manifiesta que se evidencia la existencia de patologías psiquiátricas; y que, los integrantes del Consejo de Evaluación y Tratamiento, fueron claros en determinar que el señor Dagoberto Bohórquez García, no cumple con los requisitos exigidos por la

resolución N°. 7302 de 2005, por lo que el mismo, no puede ser aún clasificado en fase de mediana seguridad, lo que no implica necesariamente, que en el momento de cumplidos los requisitos, no sea ubicado en fase de mediana seguridad, debiéndose recordar que dentro de esos requisitos, se encuentran precisamente los factores subjetivo y objetivos, descritos en la resolución antes referenciada.

Concluye que, los elementos aducidos por el INPEC, para la no clasificación en fase de median seguridad del actor, se encuentran directamente relacionados con el no cumplimiento del factor subjetivo y la existencia de tratamiento psiquiátrico, aún activo; elementos que se consideran, deben ser debidamente acatados por el solicitante, so pena precisamente de no alcanzar la clasificación solicitada y con ello, el no cumplimiento de los requisitos, para acceder a los beneficios administrativos de hasta 72 horas.

Propuso como excepción la siguiente:

“inexistencia de incumplimiento de la norma e inexistencia vulneración de derechos al señor Dagoberto Bohórquez García, por parte del instituto nacional penitenciario y carcelario inpec penitenciaria de alta y mediana seguridad de la dorada caldas y consejo de evaluación y tratamiento cet del establecimiento penitenciario de la dorada caldas.”, que funda en que, las autoridades penitenciarias del orden nacional, basan sus actuaciones, en el contenido de lo ordenado por la Ley 65 de 1993 en su artículo 142, y en la resolución N°. 7302 de 2005, encargada de determinar los requisitos necesarios al momento en que una persona privada de la libertad pretenda su clasificación en alguna de las fases de seguridad allí descritas; siendo dicha clasificación definida por el Consejo de Evaluación y Tratamiento, que es un grupo interdisciplinario, encargado de realizar el tratamiento progresivo de los condenados quienes han considerado, que el hoy actor, aún no ha cumplido con el lleno de los requisitos exigidos, entre ellos precisamente el factor subjetivo, de la resolución N°.7302 de 2005.

Y que, si bien es cierto se cumple al parecer con el tiempo de reclusión, la inexistencia de antecedentes penales y disciplinarios, entre otros, también lo es, el hecho de que, a la par con dichos requerimientos, el actor, se encuentra supeditado, a la valoración subjetiva, de los integrantes del cuerpo colegiado denominado CET.

4. Contestación Dirección EPAMS La Dorada Caldas (Documento 017 expediente digital)

Expone la accionada que, en virtud del artículo 145 de la Ley 65 de 1993 a quien le corresponde determinar cuál es tratamiento penitenciario que se le debe brindar a cada uno de los condenados es al Consejo de Evaluación y Tratamiento de cada establecimiento penitenciario, tratamiento que es realizado por medio de un grupo interdisciplinario, conformado mínimo por 3 integrantes que garanticen un concepto desde los aspectos jurídico, de seguridad y psicosocial, conforme a las competencias profesionales consagradas en el Artículo 145 de la Ley 65 de 1993.

Por lo anterior, dice que, el beneficio administrativo de hasta 72 horas, es un beneficio concedido por autoridad judicial siempre y cuando cumpla con los requisitos que se requieren para ese, esto es, desde el factor subjetivo y objetivo, refiriendo lo dispuesto en el artículo 10 de la resolución 7302 de 2005, que establece las fases del tratamiento, características de personalidad del interno, perfil delictivo, los avances en su proceso de tratamiento integral, el comportamiento individual, social y la proyección para la vida en libertad y perfil de seguridad que requiere frente a las medidas restrictivas; indicando que, para la fase de mediana seguridad, su calificación debe ser buena o ejemplar, no registrar investigaciones o sanciones disciplinarias; y que, desde el factor objetivo, se requiere haber descontado una tercera parte de la pena impuesta por la justicia ordinaria, para el caso de Justicia Especializada se requiere el cumplimiento de 70% de la condena; no registrar requerimiento por la autoridad judicial, haber demostrado una actitud positiva y de compromiso hacia el Tratamiento Penitenciario; relacionarse e interactuar adecuadamente, no generar violencia física,

ni psicológica; que su proyecto de vida se dirija a la convivencia intra y extramural; y demostrar un desempeño efectivo en las áreas del Sistema de Oportunidades ofrecido en la fase anterior, entre otros.

Luego se refiere a cada uno de los aspectos mencionados en el escrito de cumplimiento y, transcribe cantidad de documentos relacionados con las condiciones del interno, con el incumplimiento de los planes de tratamientos, la permanencia en tratamiento psiquiátrico, y que, no se encuentra soporte de alta médica por psiquiatría.

Finaliza argumentando que, aún no ha sido clasificado en fase de mediana seguridad por parte del CET -consejo de evaluación y tratamiento-; para que posteriormente por parte del área de Jurídica se recopile la documentación que acredite el lleno de requisitos para el aval del permiso de hasta 72 horas y así, ponerlos a disposición del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, por lo que demuestra este establecimiento que frente al trámite de la PPL ha sido diligente, ya que al interno se le notificó de la limitante legal que aún no está clasificado en fase de mediana seguridad, tal como lo exige la ley para acceder, o no al tan nombrado beneficio.

Solicita que se declare la improcedencia de la acción toda vez que se demostró que no se cuenta con el acervo probatorio suficiente para acceder a las pretensiones de la demanda del mismo modo pone de presente que se ha demostrado gestión responsable en el trámite de clasificación en fase.

5. Concepto del Ministerio Público (Documento 018 del expediente digital)

Empieza haciendo una exposición sobre la acción de cumplimiento y los requisitos para su procedencia.

Se pronuncia sobre el caso concreto exponiendo que, si bien en éste, el actor sostiene que busca el cumplimiento real y efectivo de las normas que invoca como incumplidas,

un análisis integral y sistemático de sus argumentos denota que su verdadero reproche se ubica en la afectación de sus derechos fundamentales, con ocasión de la aplicación de las normas que regulan el tratamiento penitenciario establecidas en los artículos 142 y siguientes de la Ley 65 de 1993 “Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”, cuyo objetivo es preparar al condenado, mediante su resocialización para la vida en libertad.

Afirma que, se constatan los siguientes presupuestos: (i) las normas cuyo cumplimiento se demanda están contenidas en disposiciones de rango legal, esto es, corresponden a los artículos 142, 143, 144, 145 (modificado por el artículo 87 de la Ley 1709 de 2014), 146 y 147 de la Ley 65 de 1993 “Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”; (ii) de acuerdo con los medios probatorios aportados al plenario y con base en las respuestas de la entidad accionada Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, no se evidencia el inminente incumplimiento normativo alegado por la parte actora, en cuanto a la aplicación de las normas que regulan el tratamiento penitenciario establecidas en los artículos 142 y siguientes de la Ley 65 de 1993; (iii) es claro que la parte actora contaba con mecanismo judicial distinto al medio de control de cumplimiento para obtener el cumplimiento del deber jurídico reclamado.

Concluye el Ministerio Público que en este caso no se reúnen los presupuestos para la procedencia de la acción de cumplimiento y, en consecuencia, no está llamada a prosperar la pretensión de cumplimiento de los artículos 142, 143, 144, 145 (modificado por el artículo 87 de la Ley 1709 de 2014), 146 y 147 de la Ley 65 de 1993 “Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”, al no advertirse el inminente incumplimiento de las normas enunciadas, conclusión que se ajusta a las reglas definidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la naturaleza y finalidad de este mecanismo constitucional.

II. Consideraciones de la Sala

Con el fin de determinar si procede el presente medio de control de cara a las pretensiones del accionante, es preciso recordar la naturaleza y objeto de la acción de cumplimiento.

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”

Esta disposición es objeto de desarrollo por la ley 393 de 1997:

“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 el 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.”

A su turno, el artículo 146 de la ley 1437 de 2011, señala:

“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”

Se trata de una acción constitucional, de carácter preferente, sumaria y principal, concebida para hacer efectivo el deber de las autoridades de cumplir con las normas (ley y actos administrativos) que rigen las actuaciones del Estado. El Consejo de Estado ha precisado al respecto¹:

“Colombia es un Estado Social de Derecho y dentro de sus fines esenciales está el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, teniendo en cuenta lo anterior y que las autoridades de la República están instituidas, entre otras, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (artículo 2° de la Constitución Política), la acción en estudio permite la realización de este postulado logrando la eficacia material de la ley y de los actos administrativos expedidos por las diferentes autoridades en cumplimiento de sus funciones públicas⁴.

De este modo, la acción de cumplimiento constituye el instrumento adecuado para demandar de las autoridades o de los particulares que ejercen funciones públicas, y ante el incumplimiento de los deberes consagrados, la efectividad de las normas con fuerza material de ley y de los actos administrativos.

Como lo señaló la Corte Constitucional “el objeto y finalidad de esta acción es otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter. De esta manera, la referida acción se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado Social de Derecho, que tienden a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económico justo” ⁵(Subraya fuera del texto).

Sin embargo, para que la acción de cumplimiento prospere, del contenido de la Ley 393 de 1997, se desprende que se deben acreditar los siguientes requisitos mínimos:

La corte Constitucional² en reconocida sentencia 157 de 1998, ha considerado al respecto:

¹ Sección Quinta. Sentencia de 27 de octubre de 2017. C.P. Dra. Rocío Araujo Oñate. Rad. 25000-23-41-000-2016-01119-01(ACU).

² Sentencia C-157 de 1998 Magistrados Ponentes Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

“(...) el derecho que se le confiere a toda persona natural o jurídica, pública o privada, en cuanto titular de potestades e intereses jurídicos activos frente a las autoridades públicas y aún de los particulares que ejerzan funciones de esta índole, y no meramente destinataria de situaciones pasivas, concretadas en deberes, obligaciones o estados de sujeción, demandados en razón de los intereses públicos o sociales, para poner en movimiento la actividad jurisdiccional del Estado, mediante la formulación de una pretensión dirigida a obtener el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo que ha impuesto ciertos deberes u obligaciones a una autoridad, la cual se muestra renuente a cumplirlos.”

(...)

i) Que el deber que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos vigentes (Art. 1º).

ii) 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.

iii) Que el actor pruebe la renuencia de la entidad accionada frente al cumplimiento del deber, antes de formular la demanda, bien sea por acción u omisión del exigido o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (Art. 8º). El artículo 8º señala que, excepcionalmente, se puede prescindir de este requisito “cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable”, caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.

iv) Que el afectado no tenga o haya podido ejercer otro instrumento judicial paralogar 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. A contrario sensu, es improcedente la acción que persigue la protección de derechos que puedan ser garantizados a través de la acción de tutela o se pretenda el cumplimiento de normas que establezcan gastos a la administración (Art. 9º).”

A continuación, pasa la Sala a verificar el cumplimiento de cada uno de los anteriores requisitos:

i) Que el deber que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos vigentes:

Las normas cuyo cumplimiento se invoca son los artículos 142 a 147 de la ley 65 de 1993, mediante la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario que disponen:

“ARTÍCULO 142. OBJETIVO. El objetivo del tratamiento penitenciario es preparar al condenado, mediante su resocialización para la vida en libertad.

ARTÍCULO 143. TRATAMIENTO PENITENCIARIO. El tratamiento penitenciario debe realizarse conforme a la dignidad humana y a las necesidades particulares de la personalidad de cada sujeto. Se verifica a través de la educación, la instrucción, el trabajo, la actividad cultural, recreativa y deportiva y las relaciones de familia. Se basará en el estudio científico de la personalidad del interno, será progresivo y programado e individualizado hasta donde sea posible.

ARTÍCULO 144. FASES DEL TRATAMIENTO. El sistema del tratamiento progresivo está integrado por las siguientes fases:

- 1. Observación, diagnóstico y clasificación del interno.*
- 2. Alta seguridad que comprende el período cerrado.*
- 3. Mediana seguridad que comprende el período semiabierto.*
- 4. Mínima seguridad o período abierto.*
- 5. De confianza, que coincidirá con la libertad condicional.*

Los programas de educación penitenciaria serán obligatorios en las tres primeras fases para todos los internos, sin que esto excluya el trabajo. La sección educativa del INPEC suministrará las pautas para estos programas, teniendo en cuenta que su contenido debe abarcar todas las disciplinas orientadas a la resocialización del interno.

PARÁGRAFO. La ejecución del sistema progresivo se hará gradualmente, según las disponibilidades del personal y de la infraestructura de los centros de reclusión.

ARTÍCULO 145. <Artículo modificado por el artículo 87 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> En cada establecimiento penitenciario habrá un Centro de Evaluación y Tratamiento. El tratamiento del sistema progresivo será realizado por medio de grupos interdisciplinarios, de acuerdo con las necesidades propias del tratamiento penitenciario. Estos serán integrados por abogados, psiquiatras, psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales, médicos, terapeutas, antropólogos, sociólogos, criminólogos, penitenciaristas y miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia.

Este consejo determinará los condenados que requieran tratamiento penitenciario después de la primera fase. Dicho tratamiento se regirá por las guías científicas expedidas por el Inpec, los Tratados Internacionales de

Derechos Humanos ratificados por Colombia y por las determinaciones adoptadas en cada consejo de evaluación.

Estos consejos deberán estar totalmente conformados dos (2) años después de promulgada la presente ley.

ARTÍCULO 146. <Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 2098 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Los permisos hasta de setenta y dos horas, la libertad y franquicia preparatorias, el trabajo extramuros y penitenciaria abierta harán parte del tratamiento penitenciario en sus distintas fases, de acuerdo con la reglamentación respectiva.

ARTÍCULO 147. PERMISO HASTA DE SETENTA Y DOS HORAS. La Dirección del Instituto Penitenciario y Carcelario podrá conceder permisos con la regularidad que se establecerá al respecto, hasta de setenta y dos horas, para salir del establecimiento, sin vigilancia, a los condenados que reúnan los siguientes requisitos:

- 1. Estar en la fase de mediana seguridad.*
- 2. Haber descontado una tercera parte de la pena impuesta.*
- 3. No tener requerimientos de ninguna autoridad judicial.*
- 4. No registrar fuga ni tentativa de ella, durante el desarrollo del proceso ni la ejecución de la sentencia condenatoria.*
- 5. Haber descontado el setenta por ciento (70%) de la pena impuesta, tratándose de condenados por los delitos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados.*
- 6. Haber trabajado, estudiado o enseñado durante la reclusión y observado buena conducta, certificada por el Consejo de Disciplina.*

Quien observare mala conducta durante uno de esos permisos o retardare su presentación al establecimiento sin justificación, se hará acreedor a la suspensión de dichos permisos hasta por seis meses; pero si reincide, cometiere un delito o una contravención especial de policía, se le cancelarán definitivamente los permisos de este género”.

De esta manera encuentra la Sala satisfecho el primer requisito, esto es, se invoca el cumplimiento de normas de rango legal y de actos administrativos, que se encuentran vigentes.

ii) Que el actor pruebe la renuencia de la entidad accionada frente al cumplimiento del deber, antes de formular la demanda, bien sea por acción u omisión del exigido o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (Art. 8º).

Según se desprende de los anexos al escrito de acción de cumplimiento, entre las páginas 60 y 68, donde se da respuesta a petición de permiso de las 72 horas, y se dice que se niega por no estar clasificado en mediana seguridad, siendo su caso el de clasificación en alta seguridad; y las demandadas tampoco discuten sobre las peticiones del demandante y la constitución en renuencia de éste.

iii) Que el mandato sea imperativo e inobjetable y que esté radicado encabeza 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:

Las Sala considera que, los artículos 142, 143, 144, 145 y 146 de la ley 65 de 1993 lo que hacen es definir el objetivo del tratamiento penitenciario; cómo debe prestarse, en observancia de derechos fundamentales, dignidad humana, educación, trabajo, recreación, y demás, basados en estudios científicos de la personalidad del interno; define las fases del tratamiento progresivo; la existencia en cada establecimiento de un Centro de Evaluación y Tratamiento, que determinarán los condenados que requieran tratamiento después de la primera fase; el artículo 146 relacionado con que los permisos hasta de 72 horas harán parte del tratamiento penitenciario de acuerdo a la reglamentación aplicable; y específicamente el artículo 147 que señala que la concesión de permisos hasta de 72 horas para salir del establecimiento sin vigilancia, es para los condenados que reúnan los requisitos que allí enlista.

Ahora, bien, para la Sala que el primer párrafo del artículo 145 si contiene un mandato imperativo, en cuanto la obligación que impone de contar en cada establecimiento con un centro de evaluación y tratamiento; no obstante, ello no es objeto de discusión en la presente acción, y, al contrario, el mismo actor reconoce la existencia de éste por las reclamaciones a él realizadas.

Ahora, el artículo 146 de la ley 65 de 1993, si bien dice que los permisos hasta de setenta y dos horas, la libertad y franquicia preparatorias, el trabajo extramuros y penitenciaria abierta harán parte del tratamiento penitenciario en sus distintas fases; también dispone que ello, procede de acuerdo con la reglamentación respectiva; es decir que por sí sólo, no tiene un mandato imperativo e inobjetable, sino que remite a una regulación particular sobre el asunto.

Y, el artículo 147 ibidem, pese a que dice que la Dirección del Instituto Penitenciario y Carcelario podrá conceder permisos con la regularidad que se establecerá al respecto, hasta de setenta y dos horas, para salir del establecimiento, sin vigilancia, a los condenados; el mismo también contiene una serie de requisitos como:

“1. Estar en la fase de mediana seguridad. 2. Haber descontado una tercera parte de la pena impuesta. 3. No tener requerimientos de ninguna autoridad judicial. 4. No registrar fuga ni tentativa de ella, durante el desarrollo del proceso ni la ejecución de la sentencia condenatoria. 5. Haber descontado el setenta por ciento (70%) de la pena impuesta, tratándose de condenados por los delitos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados, y 6. Haber trabajado, estudiado o enseñado durante la reclusión y observado buena conducta, certificada por el Consejo de Disciplina; requisitos que son necesarios para la concesión del mismo, y que dependen de cada caso y condición particular; estando claro en este caso que, el accionante no se encuentra clasificado en mediana, sino en alta seguridad”.

Sumado a lo anterior, el artículo 147 dice que *“Quien observare mala conducta durante uno de esos permisos o retardare su presentación al establecimiento sin justificación, se hará acreedor a la suspensión de dichos permisos hasta por seis meses; pero si reincide, cometiere un delito o una contravención especial de policía, se le cancelarán definitivamente los permisos de este género”*, estando así sujeto el permiso allí contemplado, a unas circunstancias particulares de la conducta de cada interno.

Baste lo expuesto para considerar que los artículos de los cuales solicita cumplimiento el demandante, no contienen un mandato imperativo, inobjetable y expreso; sino unos objetivos, fases de tratamiento y la existencia y finalidad de los Centros de Evaluación

y Tratamiento; y, contrario a ello, justamente los artículos 146 y 147, relacionados con los permisos de hasta 72 horas, están condicionados al cumplimiento de diversos requisitos de cada caso particular, reglamentos precisos y, del estudio de diferentes variables.

Sumado a lo expuesto, es necesario dejar presente que, la resolución número 7302 de 2005 regula y precisa las pautas y criterios de la atención integral y tratamiento penitenciario, y en su capítulo II, precisa el tratamiento penitenciario y define los criterios de clasificación de seguridad con factores subjetivos y objetivos, y en el numeral 2.1. dispone:

“2.1 Permanencia en Fase Alta Seguridad Permanecerán en fase de Alta seguridad, recibirán mayor intervención en su tratamiento y no podrán ser promovidos por el CET a fase de mediana seguridad aquellos internos(as) que presenten algunas de las siguientes situaciones: Desde el factor objetivo: 1. Condena por delitos que el legislador excluye de manera taxativa.

- 2. Presenten requerimientos por autoridad judicial.*
- 3. Presenten notificación de nueva condena.*
- 4. No hayan cumplido con una tercera parte (1/3) de la pena impuesta, en el caso de justicia ordinaria o del 70% de la pena impuesta en el caso de justicia especializada.*
- 5. Registren acta de seguridad que restrinja su movilidad para evitar atentados contra la vida e integridad de otras personas o de sus bienes.*

Desde el factor subjetivo:

- 1. Presenten elevados niveles de violencia.*
- 2. No asuman normas que permitan la convivencia en comunidad.*
- 3. Sean insensibles moralmente y presenten trastornos severos de personalidad.*
- 4. No hayan participado de manera activa y responsable en el Sistema de Oportunidades.*
- 5. Por concepto del psiquiatra deban recibir atención y tratamiento especializado dadas las limitaciones de su estado de salud mental.*
- 6. Aquellos internos que a juicio de la Junta de Distribución de Patios y asignación de celdas deban estar reclusos en lugares de alta seguridad conforme al parágrafo del artículo 17 del Acuerdo 0011 de 1995, con tratamiento especial.”*

Así pues, la resolución en mención, evidencia la existencia de criterios objetivos y subjetivos que determinan la permanencia en la fase de alta seguridad; lo que no riñe con lo dispuesto en los artículos citados como incumplidos por el accionante, y que,

no sólo no pueden desconocerse; sino que reafirman el criterio de esta Sala de que los artículos 142 a 147 de la ley 65 de 1993 no contienen mandatos inobjetables y de imperativo cumplimiento, por cuanto dependen de una regulación particular, y criterios objetivos y subjetivos para la estancia del actor en un centro de alta seguridad, lo que le impide la consecución de los permisos de hasta 72 horas; los cuales tampoco son mandato imperativo e inobjetable, pues a su vez, ello depende de variables como el comportamiento de cada interno.

Por lo anterior, de los hechos y pretensiones expuestos por el accionante permiten establecer que su intención a través del ejercicio de la acción de cumplimiento es obtener una clasificación de mediana seguridad y como consecuencia de ello, poder acceder a permisos de 72 horas; no obstante, las normas que reputa como incumplidas, no disponen el cambio de clasificación de alta a mediana seguridad, aspecto que termina siendo sustancial en los hechos discutidos por el demandante para acceder al permiso de 72 horas; y, ya sería otra la discusión y las normas relacionadas con los traslados de los internos y la reclasificación de estos.

Se hace igualmente necesario precisar que, que la acción de cumplimiento constituye un mecanismo que no está destinado a lograr el reconocimiento de derechos particulares que se encuentren en discusión, sino la protección del orden jurídico, a través del cumplimiento de deberes concretos de las autoridades, derivados de normas con fuerza material de ley o contenidos en actos administrativos.

Concluye la Sala que, los artículos 142, 143, 144, 145, 146 y 147 de la ley 65 de 1993 no contienen mandatos imperativos e inobjetables, lo cual constituye un requisito sin el cual la acción de cumplimiento es improcedente, como se dirá en la parte resolutive de esta providencia.

Finalmente, no puede pasar por alto esta Sala de decisión, las pruebas relacionadas con las acciones de tutela interpuestas por el accionante, con el fin de lograr una

nueva clasificación la Dirección, área y tratamiento y consejo de Evaluación y Tratamiento en el siguiente sentido:

Sentencia No 071 del Juzgado Segundo Promiscuo de Familia La Dorada Caldas, 29 de junio del 2021 (expediente digital documento 017 folios 24-32)

(...) En síntesis, evidencia esta funcionaria que lo dispuesto en el acta 637-321-2021 del 12 de marzo de 2021, mediante la cual se clasificó en fase de alta seguridad, tal y como quedó consignado en la comunicación remitida al interno y conforme con lo sostenido por la penitenciaria en su respuesta de tutela, es vulneratorio de los derechos al debido proceso y a la igualdad del accionante, haciéndose imperioso ordenar que se proceda a realizar un nuevo proceso de evaluación que tenga en cuenta la situación actual del interno, y en el cual realice una adecuada interpretación y análisis del diagnóstico psiquiátrico del interno, sin que el solo hecho de estar inmerso en un tratamiento por el mismo, pueda ser causal por sí sola para excluirlo de la posibilidad de avanzar en su tratamiento penitenciario, debiendo en todo caso adoptar una decisión motivada y comunicándosela al interno de forma adecuada (...)

RESUELVE: PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad invocados por el interno DAGOBERTO BOHORQUEZ GARCÍA en contra de la DIRECCIÓN, ÁREA DE ATENCIÓN Y TRATAMIENTO y CONSEJO DE EVALUACIÓN Y TRATAMIENTO de la penitenciaria local EPAMSLDO, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: ORDENAR a la DIRECCIÓN, ÁREA DE ATENCIÓN Y TRATAMIENTO y CONSEJO DE EVALUACIÓN Y TRATAMIENTO de la penitenciaria local EPAMSLDO, que en un plazo no mayor a un (1) mes, proceda a realizar un nuevo proceso de evaluación para clasificación en fase que tenga en cuenta la situación actual del interno, para lo cual deberá tenerse en cuenta lo consignado en la parte motiva de esta sentencia, no pudiendo ser invocado el solo hecho de encontrarse inmerso el accionante en un tratamiento psiquiátrico, como la razón que imposibilita su progreso dentro del tratamiento penitenciario, debiéndose en todo caso adoptar una decisión suficientemente motivada (...)

Sentencia de segunda instancia del 29 de junio de 2021. (expediente digital documento 017 folios 33 – 40)

(...) Cabe anotar que la reubicación en la fase de mediana seguridad, significa para el interno una posibilidad de acceder a ciertas prerrogativas que de lo contrario serían negadas; verbigracia la procedencia del beneficio de las 72 horas de libertad, es menester que el recluso se encuentre ubicado en dicha clasificación, razón por la cual de no realizarse la valoración para reubicación, sin dar a conocer los resultados al demandante, se tornaría dilatorio el trámite para la solicitud del beneficio. Sin embargo, conviene precisar que en vista de que la reubicación en fase de

mediana seguridad se efectúa después de un detallado estudio interdisciplinario del cual es objeto el interesado, no es procedente por esta vía ordenar dicho traslado, toda vez que ello rebasaría la protección de los derechos fundamentales invocados e implicaría una intromisión en la competencia del penal, razón por la cual solo es revisable si en las condiciones de desarrollo del estudio existe vulneración manifiesta de garantías fundamentales (...) lo que no acontece en el sub lite, en tanto, la motivación en la que se fundó el Consejo de Evaluación y Tratamiento obedeció a criterios razonables establecidos en la normativa que rige la materia; ello, permite colegir que no resultó vulnerado ni amenazado el derecho al debido proceso e igualdad del extremo activo, dado que el proceso de clasificación de fase se realizó dentro de los términos establecidos cuando el interno así lo solicitó y, además, no existe trato discriminatorio por cuánto el numeral 2.1 del artículo 10 de la resolución 7302 de 2005 en su numeral 5 del factor subjetivo preceptúa que “por concepto del psiquiatra deban recibir atención y tratamiento especializado dadas las limitaciones de su estado de salud mental”, teniendo la facultad de no clasificar en fase de mediana seguridad si no cumple los requisitos establecidos para tal fin. Adicionalmente, se vislumbra que conforme al artículo 11 de la resolución 7302 de 2005 del INPEC, la valoración del tratamiento penitenciario se puede realizar cada seis meses; de ahí que al actor no se le ha cercenado la posibilidad de que le sea variada su fase de tratamiento, pues una vez se cumpla el término previsto puede implorar que se materialice nuevo estudio (...)

VII. DECISIÓN

Por lo discurredo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en Sala de Decisión Civil-Familia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REVOCA el fallo proferido el veintinueve (29) de junio de dos mil veintiuno(2021), por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de La Dorada, Caldas, por el cual se resolvió la acción de tutela promovida por el señor Dagoberto Bohórquez García, en contra de la Dirección de Atención y Tratamiento y el Consejo de Evaluación y Tratamiento del Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de La Dorada; trámite constitucional dentro del cual se vinculó por pasiva a la Dirección Del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de La Dorada, Caldas, y la Dirección General del Inpec, y en su lugar, FALLA: Primero: NO TUTELAR los derechos invocados (...)

Finalmente, el actor cuenta con otros mecanismos de defensa de sus intereses, que puede presentar ante las autoridades administrativas penitenciarias y judiciales encargadas de la ejecución de la pena, a efectos de lograr las solicitudes de reconocimientos que considere tiene derecho; ello, dentro del proceso de resocialización para la vida en libertad, y el tratamiento penitenciario regulado por las normas que alega incumplidas, en general de la ley 65 de 1993.

De conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 21 de la Ley 393 de 1997, que regula el ejercicio de la acción de cumplimiento, se advertirá al actor que no podrá instaurar nueva acción con la misma finalidad, en los términos del artículo 7 de la misma ley.

3. Costas.

No habrá condena en costas de conformidad con el artículo 188 de la ley 1437 de 2011.

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: Declarar improcedente el medio de control de cumplimiento de normas con fuerza de ley, presentada por el señor **Dagoberto Bohórquez García** contra Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC – La Dorada, director Aldemar Penagos Escobar, Coordinadora Consejo de Evaluación y Tratamiento – CET – y Dirección de Atención y Tratamiento.

Segundo: Sin condena en costas.

Tercero: Notificar a las partes en la forma prevista en el artículo 22 de la Ley 393 de 1997. Y en vista de las condiciones de reclusión del accionante, debe notificarse por medio de la Coordinación del área jurídica del Establecimiento Penitenciario del municipio de la Dorada (Caldas).

Cuarto: En firme esta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI.

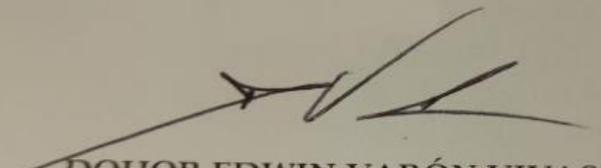
Notifíquese

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

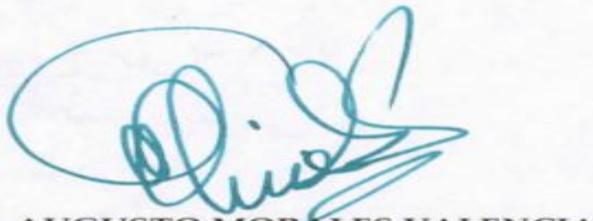
Magistrados



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022).

A.I. 202

Radicación:	17001-33-33-003-2022-00057-02
Clase:	Conciliación Extrajudicial
Convocante:	Mapfre Seguros Generales de Colombia y Mapfre Colombia Vida Seguros
Convocado:	Municipio de Manizales

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la convocante contra el auto proferido por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales, que improbió la conciliación extrajudicial.

I. Antecedentes

1. Solicitud de Conciliación

Las convocantes presentaron solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría Judicial para Asuntos Administrativos, con la finalidad de que se declare que el municipio de Manizales incumplió con la obligación contractual de pagar a Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., las primas de 66 Pólizas de Soat y a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., la prima de 2 pólizas de *Vida Seguro Deudores* y en consecuencia, que el municipio proceda a su pago junto con los intereses moratorios.

Se señaló que, Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., concertó con el municipio de Manizales como tomadora, la expedición de 66 pólizas de Soat, por un valor total de \$36.270.549. Que, transcurrido un mes de expedirse dichas pólizas, el municipio no pagó las primas y los vehículos estuvieron asegurados por el lapso de un año entre 2020 y 2021.

Que Mapfre Colombia Vida Seguros, concertó con el municipio de Manizales un contrato de seguro denominado *Vida Grupo Deudores* mediante la póliza 1801420003413 con vigencia entre el 12 de marzo de 2020 y el 30 de junio de 2020 y a la fecha dicha póliza tampoco ha sido pagada por la entidad.

2. Acuerdo conciliatorio

Ante la Procuraduría 29 Judicial II para Asuntos Administrativos, las partes lograron el siguiente acuerdo conciliatorio:

“...con relación a la pretensión número 1, se debe asistir con ánimo conciliatorio por el pago

del valor de las 63 pólizas, contratos de seguro obligatorio para accidentes de tránsito (en adelante SOAT) equivalente a \$34.681.350, SIN incluir intereses de mora, pagaderos dentro de los 30 días siguientes a la presentación por parte de la empresa MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., de los documentos necesarios para el trámite del pago en la Tesorería, cuales son: cédula del representante legal, NIT – RUT, con constancia de cuenta bancaria y previa aprobación de la conciliación por parte del Juez Administrativo. Con relación a la pretensión número 5 relacionada con el contrato de seguro instrumentado en la póliza No. 1801420003413 expedida por MAPFRE COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., se debe asistir sin ánimo conciliatorio conforme a lo expresado”.

3. Auto apelado

El *a quo* improbo el referido acuerdo, por considerarlo “*abiertamente inconveniente o lesivo para el patrimonio de la administración*”; ello teniendo en cuenta que:

“En el presente asunto se pretende el pago de unas pólizas de seguro suscritas entre el municipio de Manizales y MAPFRE Seguros, sin embargo, no observa el despacho el contrato o documento en virtud del cual se autoriza el rubro o disponibilidad presupuestal para suscribir tales pólizas, además de no haber allegado en su totalidad las pólizas reclamadas en el presente asunto, razón por la cual podría enmarcarse esta controversia entre los presupuestos del enriquecimiento sin causa, sin que operen las tres excepciones analizadas por la jurisprudencia para que opere”.

Además, señaló: “*Ahora bien, advierte el despacho también otra situación que ha encontrado limitaciones en la jurisprudencia del Consejo de Estado, y es disponer rubros presupuestales para atender erogaciones que no están autorizados administrativamente, pues lo que pretende la administración municipal es hacer uso del rubro dispuesto para el pago de conciliaciones y condenas judiciales, para el pago de unos contratos que se quedaron sin pagar”.*

4. Apelación

La parte convocante solicita se revoque la decisión y en su lugar se imparta aprobación a la conciliación teniendo en cuenta que: “*las sesenta y seis (66) pólizas referidas son totalmente distintas una de otras y adicionalmente mis prohijadas cumplieron con la remisión de la documentación completa solicitada por el despacho del Procurador es decir que, no hay elemento alguno para considerar que el acuerdo suscrito con el Municipio de Manizales no cumple con los parámetros establecidos por el Consejo de Estado”.*

II. Consideraciones

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación interpuesto. Además es procedente, por cuanto el auto que imprueba la conciliación extrajudicial, se encuentra enlistado en el numeral 3 del artículo 243 Ibidem.

2. Cumplimiento de los requisitos de sustentación del recurso

El artículo 244 ibidem, establece el trámite del recurso de apelación contra autos, indicando, entre otros asuntos que, el recurso deberá *“interponerse y sustentarse por escrito”* dentro de los tres (3) días siguientes ante el juez que lo profirió y que, el juez concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado.

Así, corresponde al apelante presentar argumentos orientados a desvirtuar la decisión adoptada por la autoridad judicial, en primera instancia, y el juez debe estudiar los argumentos contenidos en la sustentación del recurso de apelación para soportar la decisión de confirmar, modificar o revocar la providencia. Por lo tanto, en los casos en que el recurso carezca de desarrollo conceptual o no contenga argumentos contra la providencia recurrida, el juez debe proceder a confirmar la decisión objeto del recurso.

Sobre el particular, el Consejo de Estado¹ ha señalado que, *“el recurso de apelación se encuentra establecido para que el afectado con una decisión judicial le formule reparos, inconformidades o cuestionamientos, lo que conlleva a que la parte que lo interponga dirija su sustentación a esos aspectos”*; además indicó:

“Toda vez que la finalidad del recurso de apelación es que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme, es necesario que en dicho recurso se expongan las razones por las cuales no se comparten las consideraciones del a quo, en orden a que el juzgador confronte los fundamentos de la providencia con los argumentos que sustentan la inconformidad del apelante. Por consiguiente, cuando el recurso se muestra insuficiente dado que se limita a apelar en virtud de un enunciado sin desarrollo conceptual, tal y como acontece en este asunto, el Juez no tiene más remedio que confirmar la decisión...”. (Se resalta)

Así, la obligación de sustentar el recurso de apelación tiene como objeto el de establecer el ámbito o marco procesal a que debe circunscribirse el juez de segunda instancia para resolver el recurso, lo cual constituye una carga obligatoria para el recurrente so pena que, una vez concedido el recurso, se confirme la decisión.

3. Análisis de la sustentación en el caso concreto

El *a quo* en la providencia apelada decidió improbar la conciliación, por dos razones:

i) Por ser *“abiertamente inconveniente o lesivo para el patrimonio de la administración”*, por cuanto:

-no se observa el contrato o documento en virtud del cual se autoriza el rubro o disponibilidad presupuestal para suscribir tales pólizas, y

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P. Guillermo Vargas Ayala; sentencia de 5 de marzo de 2015. Rad. 170012331000201100611-02. Reiterada entre otras: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera C.P. Hernando Sánchez Sánchez, auto de 17 de febrero de 2022. Rad. 760012333000202000115-01.

-no fueron allegadas en su totalidad las pólizas reclamadas.

-Que por ello, “podría enmarcarse esta controversia entre los presupuestos del enriquecimiento sin causa, sin que operen las tres excepciones analizadas por la jurisprudencia para que opere [la acción in rem verso]”², esto es, “cuando exista constreñimiento del ente público, se vea afectado el derecho fundamental de la salud o cuando exista urgencia manifiesta”.

ii) Por la existencia de una limitación para aprobar el acuerdo conciliatorio, al disponerse *“rubros presupuestales para atender erogaciones que no están autorizados administrativamente...”*.

La parte convocante interpuso recurso de apelación señalando simplemente que, las 66 pólizas referidas son totalmente distintas una de otras y cumplieron con la remisión de la documentación completa solicitada por el despacho del Procurador. Por lo que, concluyó: *“no hay elemento alguno para considerar que el acuerdo suscrito con el Municipio de Manizales no cumple con los parámetros establecidos por el Consejo de Estado”*.

La Sala, con base en lo planteado en el recurso de apelación encuentra que, tan solo fue discutido uno de los fundamentos de la decisión, referente a la remisión de los documentos aportados como base para la conciliación; pero sin que se hiciera referencia alguna a las consideraciones del juez sobre, la improcedencia de la acción *in rem verso*, y la imposibilidad de disponer rubros presupuestales para atender erogaciones que no están autorizados administrativamente.

Además, del análisis de los documentos que fueron aportados para soportar el acuerdo conciliatorio se evidencia que, si bien fueron aportadas las pólizas reclamadas, no se observa *“el contrato o documento en virtud del cual se autoriza el rubro o disponibilidad presupuestal para suscribir tales pólizas”*, tal como lo afirmó el *a quo*.

Por esta razón, la Sala encuentra que, el recurso de apelación se muestra insuficiente, dado que se limitó a un solo fundamento de la decisión, sin que este se lograra desvirtuar, y sin un desarrollo conceptual que permita confrontar los fundamentos de la providencia.

Por lo anterior, se debe confirmar la decisión objeto del recurso, por medio del cual se improbo el acuerdo conciliatorio.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera del Tribunal Administrativo de Caldas,

Resuelve:

Primero: Se confirma el auto proferido el 6 de junio de 2022, por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales, que improbo la conciliación extrajudicial entre Mapfre Seguros Generales de Colombia y Mapfre Colombia Vida Seguros, y el municipio de Manizales.

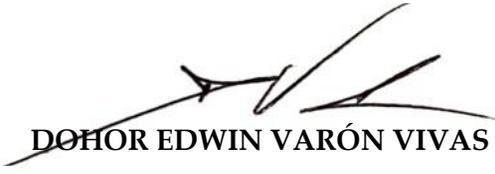
² Consejo de Estado Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia del 19 de noviembre de 2012, radicado 73001-23- 31-000-2000-03075-01 (24897)

17001-33-33-003-2021-00042-02 Auto

Segundo: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen para lo de su competencia y háganse las anotaciones pertinentes en el programa "Justicia Siglo XXI".

Notificar

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión Ordinaria No. 059 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 UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022).

A.I. 203

RADICADO: 17-001-23-33-000-2022-00208-00
NATURALEZA: VALIDEZ DE ACTOS ADMINISTRATIVOS
DEMANDANTE: DEPARTAMENTO DE CALDAS
DEMANDADO: CONCEJO DE MANIZALES (CALDAS) Y MUNICIPIO
MANIZALES (CALDAS)

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 119 del Decreto 1333 de 1986 "Código de Régimen Municipal" y 151 numerales 4 y 5 del CPACA, corresponde a este Tribunal pronunciarse respecto a la solicitud de validez de la referencia.

En consecuencia, por reunir los requisitos señalados en la ley:

Primero: Admitir la solicitud presentada por la Gobernación de Caldas a través de apoderado, mediante la cual solicita se decida sobre la validez del Acuerdo Municipal Nro. 1117 del 22 de julio de 2022, "*Por el cual se dictan disposiciones en materia de plusvalía en el Municipio de Manizales*", del Municipio de Manizales (Caldas).

Segundo: Notificar la solicitud de validez mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, en la forma y los términos indicados en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, a las siguientes personas:

- 1) Al Presidente del Concejo del Municipio de Manizales (Caldas) y por su intermedio a los demás integrantes de esa Corporación.
- 2) Al Agente del Ministerio Público delegado ante este Tribunal Administrativo.

Tercero: Fijar en lista por el término de diez (10) días (numeral 1º art.121 Decreto 1333 de 1986), durante los cuales el Agente del Ministerio Público y cualquiera otra persona podrán intervenir para que se pronuncien sobre la solicitud de la validez del Acuerdo Municipal Nro. 1117 del 22 de julio de 2022, "*Por el cual se dictan disposiciones en materia de plusvalía en el Municipio de Manizales*", del Municipio de Manizales (Caldas).

Dicha fijación deberá insertarse en el portal web de la Secretaría de este Tribunal.

Cuarto: Notificar este proveído al Alcalde de Manizales (Caldas) por estado electrónico, para lo cual se enviará mensaje de datos al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales, en atención a lo establecido en el artículo 197 y 201 del CPACA.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

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

RADICADO	17-001-33-33-001-2020-00323-02
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 con ocasión al recurso de apelación interpuesto por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio contra el fallo que accedió parcialmente a pretensiones, proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el día 23 de septiembre de 2021.

PRETENSIONES

1. Declarar la nulidad total del acto administrativo ficto o presunto emanado de la reclamación realizada el 5 de marzo de 2019 ante la secretaría de Educación del municipio de Manizales, en su calidad de gestora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
2. Como consecuencia de la nulidad del acto administrativo, declarar que la demandante tiene derecho a que las demandadas le reconozcan y paguen la sanción por mora en el pago de las cesantías definitivas reconocidas mediante Resolución nro. 00000253 del 7 de abril de 2017.
3. Que se ordene como restablecimiento del derecho el reconocimiento y pago de la sanción por mora a favor de la demandante generada por la tardanza de las entidades convocadas, acorde a lo establecido en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías, contados desde los 60 días hábiles

después de haber radicado la solicitud de cesantías definitivas ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago.

4. Que se condene a la parte demandada al pago de la indexación e intereses a que haya lugar, de conformidad con el artículo 195 del CPACA.
5. Que se condene a la parte demandada al cumplimiento del fallo en los términos de los artículos 192 y siguientes del CPACA.
6. Que se condene en costas en los términos del artículo 188 del CPACA.

HECHOS

- ✓ La demandante laboró al servicio del municipio de Manizales desde el 9 de diciembre de 1983 al 30 de diciembre de 2016.
- ✓ La señora García Barco solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas el 17 de febrero de 2017, las cuales fueron reconocidas mediante Resolución nro. 00000253 del 7 de abril de 2017, y canceladas el 1º de agosto de 2017.
- ✓ Que los 60 días hábiles que se tenían para el reconocimiento de las cesantías vencieron el 18 de mayo de 2017, pero el pago se realizó de manera posterior.
- ✓ Mediante derecho de petición radicado el 5 de marzo de 2019 se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora a la entidad demandada; solicitud que no fue resuelta por la accionada.

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 Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio siempre ha menoscabado las disposiciones que regulan la materia, ya que se incurre en mora injustificada en el reconocimiento y pago de la prestación.

Que 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 las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, estableciendo un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, 15 días después de radicada la solicitud, y 45 días para proceder al pago, después de expedido el acto administrativo de reconocimiento.

Resaltó que a pesar de lo anterior, y de que la jurisprudencia ha establecido que la disposición normativa ha de entenderse que entre el reconocimiento y pago no se deben superar los 60 días hábiles después de haber radicado la solicitud, el Fondo cancela por fuera de los términos establecidos en la ley dicha prestación, lo que genera una sanción para la entidad equivalente a 1 día de salario del docente, con posterioridad a los 60 días hábiles después de haber radicado la solicitud, hasta cuando se efectúe el pago de estas cesantías.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

MUNICIPIO DE MANIZALES: comenzó por oponerse a la prosperidad de las pretensiones, al afirmar que, tal y como lo establece el marco jurídico vigente contenido en la Ley 91 de 1989, el Decreto 2831 de 2005, el Decreto 1075 de 2015 y el Decreto 1272 de 2018, el reconocimiento y pago de las acreencias por concepto de cesantías de los educadores es una carga jurídica a cargo de la Nación-Ministerio de Educación Nacional, función que cumple a través de la cuenta especial denominada Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyos recursos son administrados por la Fiduprevisora, aun cuando en su trámite las secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas cumplan funciones de simple trámite.

En cuanto a los hechos, afirmó de su gran mayoría que eran ciertos, con excepción de los relativos al pago de las cesantías, al argumentar que el mismo lo realiza la Fiduprevisora.

Propuso las excepciones de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva del municipio de Manizales – secretaría de Educación:** luego de recapitular las normas atinentes al reconocimiento de las cesantías, explicó que las secretarías de Educación de las entidades territoriales no tienen la potestad de expedir los actos administrativos de reconocimiento hasta tanto no se profiera la correspondiente liquidación y aprobación por parte de la sociedad fiduciaria

administradora de los recursos del fondo, esto es, Fiduprevisora, so pena de incurrir en responsabilidades de carácter disciplinario, fiscal y penal respectivas.

Advirtió que las secretarías de educación se circunscriben a elaborar un proyecto de acto administrativo de reconocimiento, conforme a los parámetros establecidos por el fondo y la norma aplicable, pero dicho reconocimiento está supeditado a la aprobación y liquidación que efectúe la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del fondo.

- **Genérica:** pidió se declare cualquier excepción que se encuentre probada en el proceso.

NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: en relación con las pretensiones indicó que se oponía a su prosperidad, al considerar que las mismas carecen de sustento fáctico y jurídico. Y en relación con los hechos afirmó de unos que eran ciertos, de otros que no lo eran, y de algunos que no le constaban.

Como razones de defensa, explicó el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías al personal docente afiliado al fondo con apoyo en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, y seguidamente la improcedencia de la indexación de la sanción moratoria.

Propuso las excepciones de:

- **Detrimento patrimonial del Estado:** señaló que las pretensiones y condenas solicitadas por la parte demandante buscan menoscabar el patrimonio del Estado, abusando de su derecho, sumado a que van en contra de la misma Constitución Política, artículo 90, ya que el sentido y el alma del artículo constitucional es salvaguardar los recursos y el erario públicos, y lo que pretende la parte actora es menoscabar las arcas del Estado con estas pretensiones en exceso que no tienen por qué prosperar.

- **Cobro de lo no debido por exceso en los días de mora:** que las pretensiones de la demanda, están dirigidas al recaudo de obligaciones a las cuales la parte actora no tiene derecho, toda vez que a la docente no se le deben la cantidad de días que reclama, dado que el pago certificado data del 27 de julio de 2017, razón por la cual la presente excepción debe prosperar parcialmente.

- **Reconocimiento oficioso o genérica:** Solicitó que si en el transcurso del trámite procesal resultan probados hechos que configuren una excepción previa sea declarada de oficio al momento de proferir la sentencia.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 23 de septiembre de 2021 accedió parcialmente a pretensiones, tras plantearse como problema jurídico determinar si había lugar al reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a la demandante con fundamento en la Ley 1071 de 2006; si el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio había cancelado las cesantías reconocidas fuera de los términos de ley, según sentencia del Consejo de Estado; y si debía ser indexado el dinero causado por sanción moratoria.

En primer momento hizo alusión a la jurisprudencia que sobre la materia profirió el Consejo de Estado, providencia de unificación del 18 de julio de 2018, la cual le permitió concluir que la sanción por mora en el pago de las cesantías se causa luego de transcurridos los quince días que tiene la entidad para resolver la petición del pago de las mismas, los cuarenta y cinco días que la norma fija como plazo que tiene a la entidad pagadora para cancelar la prestación, más el tiempo que debe transcurrir para que el acto administrativo que reconoce la cesantía quede en firme.

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

Frente a la indexación, sostuvo que no es procedente la misma, en la medida que, como lo explican las Altas Cortes, no resultaba razonable que un trabajador que tiene derecho a la sanción moratoria reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción no solo cubre la actualización monetaria, sino que incluso es superior a ella.

Al descender al caso concreto, adujo que se solicitó el reconocimiento de cesantías el 17 de febrero de 2017, mismas que fueron reconocidas mediante Resolución 253 del 7 de abril de 2017, y que el pago se dispuso a disposición el 27 de julio de 2017, lo que denota que se incurrió en 60 días de mora, pues las cesantías se debieron pagar el 26 de mayo de 2017.

En consecuencia, declaró la nulidad del acto ficto, y ordenó a título de restablecimiento del derecho, reconocer 60 días de mora con base en el salario percibido por la demandante en el año 2017.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad de los actos presuntos por medio del cual se negó acceder al pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006, derivados de la falta de respuesta a las peticiones presentadas por los demandantes, según la siguiente relación:
(...)

<i>RADICADO</i>	<i>DEMANDANTE</i>	<i>DÍA SOLICITUD SANCIÓN</i>
<i>2020-00323</i>	<i>ANA ISMENIA GARCÍA BARCO</i>	<i>05/03/2019</i>

No se accede a las pretensiones de la demanda en los procesos siguientes (...)

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho SE ORDENA a la Nación –Ministerio de Educación Nacional vocero del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que reconozca y cancele a cada uno de los demandantes una día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías reconocidas, con base en los salarios mensuales que devengaban para las fechas de causación de la sanción moratoria así:
(...)

<i>RADICADO</i>	<i>DEMANDANTE</i>	<i>DÍAS DE MORA</i>	<i>CON BASE EN EL SALARIO DEL AÑO (S)</i>
<i>2020-00323</i>	<i>ANA ISMENIA GARCÍA BARCO</i>	<i>60</i>	<i>2017</i>

NIÉGANSE las demás pretensiones en todas las demandas.

TERCERO: DECLARANSE PROSPERAS En todos los procesos en los que hay lugar a declarar la nulidad del acto atacado la excepción "IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN", según se analizó antes en el punto 11.2.3. En los Procesos 2019-00547, 2019-00568, 2020-00208 y 2020-00288 se declara probada la excepción denominada NO CAUSACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA A CARGO DE LAS ACCIONADAS".

NIÉGANSE las demás excepciones propuestas por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

CUARTO: CONDÉNASE EN COSTAS en Los procesos en los que se declara la nulidad de los actos atacados, a favor de las partes demandantes y en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FNPSM.

CONDENASE EN COSTAS en los procesos radicados 2019-00547, 2019-00568, 020-00208 y 2020-00288 en contra de las partes demandantes y a favor de la NACION -MINISTERIO DE EDUCACION -F.N.P.S.M.

POR AGENCIAS EN DEFECHO SE FIJAN LOS SIGUIENTES VALORES:

(...)

<i>RADICADO</i>	<i>DEMANDANTE</i>	<i>AGENCIAS EN DERECHO</i>	<i>A FAVOR DE</i>
<i>2020-00323</i>	<i>ANA ISMENIA GARCÍA BARCO</i>	<i>\$369.601</i>	<i>PARTE ACTORA</i>

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

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 #31 del expediente digital de primera instancia.

Comenzó por hacer énfasis en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, por medio de la cual se establecieron las reglas para el conteo de la sanción moratoria dependiendo, entre otras, de si el acto administrativo de reconocimiento de cesantías fue expedido en tiempo y con ocasión a la naturaleza de la notificación de la resolución.

Que en el presente caso, la demandante solicitó las cesantías definitivas el 17 de febrero de 2017, razón por la cual el ente territorial contaba con un plazo de 15 días para reconocer la prestación que feneció el 10 de marzo de 2017, pero fueron reconocidas el 7 de abril de 2017, lo que denota que el acto administrativo fue expedido fuera del término; aunado a que la administración tenía como fecha límite para efectuar el pago el 2 de junio de 2017 y no el 26 de mayo de 2017, lo que denota que el cálculo efectuado por el juzgado no está acorde a las reglas jurisprudenciales y menos a lo probado en el proceso, ya que solo fueron 53 días de mora y no 60.

Agregó que se acreditó dentro del trámite que hubo un hecho sobreviniente y fue el pago de la sanción en sede administrativa efectuado el 30 de marzo de 2021, equivalente a \$5.296.923, por una mora entre el 3 de junio al 30 de julio de 2017, el cual si bien se tuvo en cuenta en la audiencia inicial y el apoderado de la parte demandante lo admitió, el despacho dictó sentencia condenatoria pasando por alto que operó el pago de la obligación.

En cuanto al salario que se tuvo en cuenta para calcular la sanción adujo que debió ser el del año 2016, pues en ese se produjo el retiro del servicio.

Finalmente, frente a la condena en costas, resaltó que el artículo 188 del CPACA faculta al juez para determinar el valor de la condena, después de analizar diversos aspectos, tales como la conducta de las partes y si las mismas aparecen demostradas, descartando la apreciación objetiva; aspecto que guarda armonía con el artículo 365 del CGP.

Aseguró que en este caso no existe prueba que acredita la causación de las costas, sumado a que las partes se limitaron al ejercicio mesurado del derecho de contradicción y defensa.

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.

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 el proceso.

Problemas jurídicos:

Teniendo en cuenta el recurso de apelación los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en las siguientes preguntas:

- 1) ¿Desde cuándo se causa la sanción por mora en el pago de cesantías definitivas, y con qué salario debe reconocerse la misma?

2) ¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandante en primera instancia?

Lo Probado

En el cartulario se encuentra probado que:

- Mediante la Resolución nro. 00000253 del 7 de abril de 2017 se reconoció y ordenó el pago de una cesantía definitiva a favor de Ana Ismenia García Barco por valor de \$24.052.219, en virtud de la petición radicada el 17 de febrero de 2017, acto que se notificó el 27 de abril de 2017, renunciando en esa diligencia a términos para interponer recurso de reposición.
- Mediante Resolución nro. 2243 del 5 de diciembre de 2016 se aceptó la renuncia de la demandante a su cargo como docente a partir del 31 de diciembre de 2016.
- El desprendible del banco BBVA da cuenta que el dinero correspondiente a las cesantías (\$24.052.219) se puso a disposición el 27 de julio de 2017, y se pagó el 1º de agosto de ese mismo año.
- El 5 de marzo de 2019 se solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.
- Reposa en el expediente un memorial suscrito por la apoderada de la accionante, mediante el cual informa que se realizó un pago parcial según las pretensiones de la demanda, sanción moratoria, el 13 de abril de 2021 por un valor de \$5.296.923.

Primer Problema Jurídico

¿Desde cuándo se causa la sanción por mora en el pago de cesantías definitivas, y con qué salario debe reconocerse la misma?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que en este caso se excedieron los 60 días hábiles que tenía la entidad para reconocer las cesantías, lo que origina una sanción moratoria que se extiende entre el 19 de mayo de 2017, inclusive, al 26 de julio de 2017, inclusive.

Para el Tribunal Administrativo de Caldas resulta importante indicar que conforme a la sentencia de unificación **CE-SUJ-SII-012-2018**¹, relacionada con el pago tardío de cesantías parciales o definitivas, se tendrán en cuenta los siguientes parámetros para el análisis del caso:

193. En tal virtud, la Sala dicta las siguientes reglas jurisprudenciales:

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

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

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley² para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

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

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

¹ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Segunda¹ ; Sentencia de unificación por Importancia jurídica; Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018; SUJ-012-S2; Bogotá D.C., 18 de julio de 2018; 73001-23-33-000-2014-00580-01-4961-2015

² Artículos 68 y 69 CPACA.

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

En consonancia con la sentencia de unificación del Consejo de Estado, debe esta Sala poner de presente que al presentarse la solicitud de reconocimiento de las cesantías definitivas el 17 de febrero de 2017, y habiéndose puesto a disposición el pago el 27 de julio de ese mismo año, el reconocimiento de la prestación social se efectuó por fuera del término de ley.

En este orden de ideas, se debe aplicar para el caso concreto, la subregla establecida por la Alta Corte que indica : “3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago”.

Como el acto se expidió por fuera del término de ley, se deben contar los 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento para que comience a correr la sanción moratoria, al margen de la renuncia de términos de ejecutoria.

Descendiendo al caso concreto, encuentra acreditado el Tribunal que la demandante solicitó el reconocimiento y pago de cesantías el día 17 de febrero de 2017, según lo consignado en el acto administrativo de reconocimiento. Aunado a ello, se encuentra probado que al momento de notificarse el acto administrativo la actora renunció a términos para interponer el recurso de reposición. Y, finalmente, está probado que el pago se puso a disposición el 27 de julio de 2017.

De acuerdo a la anterior información, se tenían como fechas límites para realizar el trámite de cesantías los siguientes:

TÉRMINO	FECHA LÍMITE	CASO CONCRETO
Fecha de la reclamación de las cesantías definitivas	17/02/2017	17/02/2017
Vencimiento del término para el reconocimiento – 15 días (artículo 4 de la Ley 1071 de 2006)	10/03/2017	Fecha de reconocimiento 7/04/2017

Vencimiento del término de ejecutoria – 10 días (artículos 76 y 87 del CPACA)	27/03/2017	Fecha en que se puso a disposición el pago 27/07/2017
Vencimiento del término para el pago – 45 días (artículo 5 de la Ley 1071 de 2006)	02/06/2017	

De acuerdo a lo anterior, no obstante que la entidad demandada tenía respectivamente hasta el 10 de marzo de 2017 y hasta el 2 de junio de 2017 para reconocer y pagar las cesantías parciales reclamadas, en este caso el acto administrativo se profirió el 7 de abril de 2017 y el respectivo pago se puso a disposición el 27 de julio de 2017.

Bajo ese entendimiento, concluye la Sala que, los 70 días hábiles posteriores a la fecha en que fue radicada la solicitud, previstos para el reconocimiento y pago de la multicitada prestación social se cumplieron el 2 de junio de 2017, mientras que el dinero se puso a disposición el 27 de julio de 2017, de lo cual se infiere que, entre el 3 de junio de 2017, inclusive, al 26 de julio de 2017, inclusive, se hizo exigible la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, se insiste, corolario del pago tardío de la cesantía definitiva reclamada.

Por lo anterior, la sentencia de primera instancia deberá ser modificada en relación con las fechas dentro de las cuales se causó la sanción moratoria, ya que en la providencia de primera instancia se concluyó que la cesantía se debía pagar el 26 de mayo de 2017, cuando lo cierto es que se debía cancelar el 2 de junio de ese año; Y tampoco se extendió la mora hasta el 27 de julio sino hasta el 26, ya que el dinero se puso a disposición en la primera data mencionada.

En relación con el salario con el cual se ordenó cancelar la sanción moratoria, se advierte que el juez también incurrió en un yerro, ya que decidió que la penalidad debía ser calculada con el salario del año 2017, cuando de acuerdo a la sentencia de unificación se dispuso que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público, que en este caso está probado fue en el año 2016, por lo que dicho punto también debe ser objeto de modificación por parte de este Tribunal.

Finalmente, se advierte que en el recurso de apelación se manifestó que a la demandante se le canceló un dinero por concepto de sanción moratoria (\$5.296.923), lo cual también informó la parte demandante a través de memorial que reposa en los archivos 24 y 25 del expediente digital, con el cual aportó un comprobante del banco BBVA que da cuenta de un

pago por valor de \$5.296.923.

Así las cosas, se ordenará que, al momento de reconocer la sanción moratoria de acuerdo a lo ordenado en este fallo, se realicen los ajustes a que haya lugar con ocasión de cualquier pago que se haya realizado por dicho concepto, en atención a lo indicado en el párrafo anterior.

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 la condena en costas no se ajustó a derecho, ya la decisión no se fundamentó en el criterio objetivo valorativo.

Al revisar la argumentación que se plasmó en el fallo de primera instancia en relación con las costas, se adujo únicamente, que como en el presente caso las pretensiones en lo económico tuvieron una prosperidad en términos parciales, se consideraba condenar en costas a favor de la parte demandante y en contra del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; las agencias en derecho se tasaron en el 6% del valor de las pretensiones económicas que prosperaron de conformidad con los días cuya sanción moratoria se halló comprobada en cada proceso, conforme lo indicado el Acuerdo PSAA 16-1054 de 2016.

En el recurso de apelación se argumentó, en síntesis, que en la condena en costas no se tuvieron en cuenta los criterios para imponerlas, tales como la conducta de las partes y que estas se hubieran causado y estuvieran acreditadas, ya que debía descartarse la apreciación objetiva, esto es, quien resultaba vencido en el proceso.

La juez para condenar en costas no citó ningún artículo del CPACA. El artículo 188 del CPACA, adicionado por la Ley 2080 de 2021, consagra lo siguiente:

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.

De acuerdo a la redacción del artículo, la condena en costas no se condicionó a la forma en que la parte se desarrolló dentro del litigio, simplemente se estableció que la sentencia dispondría lo pertinente, y aclaró que la liquidación y ejecución se ceñirían hoy en día a lo establecido en el Código General del Proceso, norma que reguló el asunto en sus artículos 365 y 366.

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 que procede la condena, es decir, por qué se aduce que se causaron las mismas.

En atención a lo expuesto, y con fundamento en el criterio objetivo valorativo, en este caso la condena en costas que impuso el juez de primera instancia no se ajustó a derecho, ya que no se argumentó el porqué de la misma, simplemente se indicó que se le imponían al Fondo de Prestaciones Sociales, y para esta Sala una condena así le impide a la parte ejercer el derecho de defensa, pues no sabe por qué razón o circunstancia se determinaron, y por ende no puede esgrimir argumentos en contra de la decisión.

Esto conlleva a que la sentencia de primera instancia deba ser revocada en este punto, al evidenciarse una falencia del juez al momento de imponer la condena en costas.

Decisión de segunda instancia.

En el caso concreto el Tribunal considera que se debe modificar el fallo de primera instancia en cuanto al cómputo de la sanción moratoria, ya que la misma se causó entre el 3 de junio de

2017, inclusive, al 26 de julio de 2017, inclusive.

Aunado a esto, también será modificada para disponer que la sanción moratoria sea liquidada con el salario que devengaba la actora en el año 2016, que fue el de retiro, y no del 2017, como quedó plasmado en el fallo del juzgado.

Adicional a esto, revocará el ordinal cuarto, en relación con la condena en costas para este caso, ya que el juez le correspondía al juez de primera instancia al momento de disponer sobre estas señalar las razones por las cuales lo hacía, y en este caso esas argumentaciones o valoraciones no se hicieron.

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 toda vez que la sentencia de primera instancia será modificada.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el día 23 de septiembre de 2021 en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **ANA ISMENIA GARCÍA BARCO** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL MUNICIPIO DE MANIZALES**.

En consecuencia:

A título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a reconocer y pagar a favor de la señora **ANA ISMENIA GARCÍA BARCO**, la sanción por mora equivalente a un día de salario por cada día de retardo por el período comprendido entre el 3 de junio de 2017, inclusive, al 26 de julio de 2017, inclusive. La sanción será liquidada con la asignación básica vigente en el momento en que se produjo el retiro del

servicio, esto es, el año 2016.

Se ordena que, al momento de dar cumplimiento a este fallo, se procedan a realizar los ajustes a que haya lugar con ocasión de cualquier pago que se haya efectuado por concepto de sanción moratoria a la parte demandante, en atención a lo indicado en las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR EL ORDINAL CUARTO de la sentencia del 23 de septiembre de 2021.

En su lugar: **SIN COSTAS** en primera instancia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen. Háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

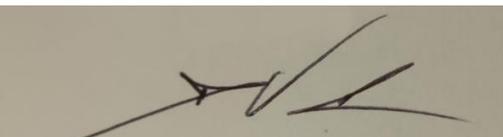
Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 25 de agosto de 2022, conforme acta nro. 050 de la misma fecha.



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. 153 del 29 de agosto de 2022



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 126

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Acción:	Reparación Directa
Radicación:	17001-33-33-004-2014-00566-02
Demandantes:	Omaira Guerrero Largo y otros
Demandados:	Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional Compañía Colombiana de Transporte COLDETRANS S.A. Juan Augusto Ríos Osorio
Llamados en Garantía:	Allianz Seguros S.A. Cooperativa Quindiana de Transportadores Ltda.

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n°
033 del 26 de agosto de 2022**

Manizales, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional contra la sentencia del cinco (5) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso de reparación directa promovido por la señora Omaira Guerrero Largo y otros contra la entidad recurrente, la Compañía Colombiana de Transporte COLDETRANS S.A.² y el señor Juan Augusto Ríos Osorio, y en el cual fueron llamados en garantía Allianz Seguros S.A. y la Cooperativa Quindiana de Transportadores Ltda.

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, COLDETRANS.

LA DEMANDA

En ejercicio del medio de control interpuesto el 20 de octubre de 2014 (fls. 13 a 47, 96 y 97, C.1), la parte demandante solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare administrativamente responsable a la parte accionada por los perjuicios causados a la parte demandante como consecuencia de la muerte del señor Israel Gutiérrez Valencia, ocurrida el 12 de junio de 2013, cuando se desplazaba como conductor de la motocicleta de placas XFG83A y colisionó con el tractocamión de placas TTG-200, propiedad del señor Juan Augusto Ríos Osorio, en la vía Cauyá – La Pintada, kilómetro 31 + 750, vereda La Sierra del Municipio de Riosucio.
2. Que en consecuencia de la anterior declaración se condene a la parte demandada al pago de los siguientes perjuicios a favor de cada uno de los demandantes, en la siguiente proporción:

DEMANDANTE	CALIDAD EN QUE CONCORRE	PERJUICIOS MORALES (s.m.l.m.v.)	PERJUICIOS MATERIALES (Lucro Cesante)
Omaira Guerrero Largo	Compañera permanente	100	\$140'000.000
Arsoman Gutiérrez Navarrete	Padre	100	
Bertilda Rosa Valencia	Madre	100	
Álvaro Antonio Gutiérrez Valencia	Hermano		
Fernando Gutiérrez Valencia	Hermano	100	
Otoniel Gutiérrez Valencia	Hermano	100	
Uber Gutiérrez Valencia	Hermano	100	

3. Que se dé cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 192, 193 y 195 del CPACA.

4. Que se ordene el pago de intereses moratorios sobre las sumas de dinero a que resulte condenada la parte accionada.

Hechos

La parte accionante sustentó sus pretensiones bajo los siguientes supuestos de hecho (fls. 18 a 29, C.1), que en resumen indica la Sala y que se permite ordenar cronológicamente para darle mayor entendimiento al relato efectuado:

1. El 12 de junio de 2013, el señor Israel Gutiérrez Valencia se movilizaba en calidad de conductor de la motocicleta de placas XFG83A, marca Auteco Discovery, modelo 2009, color negro-azul, portando todos los elementos de seguridad necesarios, con dirección al Municipio de Quinchía (Risaralda), con el fin de cumplir su actividad laboral.
2. Siendo aproximadamente las 10:30 a.m., en la vía Cauyá – La Pintada, kilómetro 31 + 950, vereda La Sierra del Municipio de Riosucio, cuando el señor Israel Gutiérrez Valencia se disponía a salir de una curva cerrada por su carril de subida con doble línea, en la que se prohíbe adelantar, fue atropellado de manera intempestiva por un vehículo tractocamión que invadió el carril.
3. El vehículo tractocamión que se vio implicado es de placas TTG-200, propiedad del señor Juan Augusto Ríos Osorio, siendo COLDETRANS la empresa usufructuaria, y era conducido por el señor Julián González Valencia.
4. El señor Israel Gutiérrez Valencia sufrió graves lesiones en su humanidad, falleciendo instantáneamente en el lugar de los hechos.
5. En el sitio donde ocurrieron los hechos no existía ningún tipo de señalización que advirtiera que metros más adelante se encontraba un puesto de control de tránsito organizado por la Policía Nacional.
6. Después de la colisión, los miembros de la Policía Nacional que se encontraban cerca a 50 metros más adelante improvisando un retén, procedieron a ubicar dos conos para cerrar la vía y proteger la escena del crimen.
7. Al momento del accidente, el puesto de control sólo contaba con tres (3) agentes y cuatro (4) conos que se desplazaron a la parte superior e

inferior para cerrar la vía y levantar el cadáver del señor Israel Gutiérrez Valencia.

8. Según el Informe Policial de Accidentes de Tránsito nº 1295533, realizado por el agente de tránsito Adrián Esteban Rendón Rincón, la vía en la que ocurrió el accidente es una curva pendiente, en doble sentido, con una calzada y dos carriles, en asfalto, en buen estado y en condiciones secas.
9. El citado agente de tránsito no describió ninguna hipótesis para el accidente, como le era debido, pero sí consignó en observaciones que había un puesto de control de la Policía Nacional aproximadamente a 50 metros del lugar de los hechos.
10. De acuerdo con el Informe Pericial de Necropsia nº 2013010117614000013 del 12 de junio de 2013, el señor Israel Gutiérrez Valencia murió de manera violenta a causa de un trauma contundente que le generó un trauma craneoencefálico severo, fractura de base del cráneo e hipertensión endocraneana severa.
11. Con ocasión de la muerte del señor Israel Gutiérrez Valencia se abrió investigación preliminar en la Fiscalía Segunda Seccional del Municipio de Riosucio, la cual se encuentra en etapa de indagación.
12. El señor Israel Gutiérrez Valencia nació el 7 de noviembre de 1974 en Quinchía (Risaralda); lo que significa que tenía 37 años de edad para el 12 de junio de 2013.
13. Antes de su muerte, el señor Israel Gutiérrez Valencia gozaba de un perfecto estado de salud, tanto física como psíquica.
14. Al momento de su fallecimiento, el señor Israel Gutiérrez Valencia llevaba más de 14 años conviviendo permanentemente con la señora Omaira Guerrero Largo, con quien no procreó hijos.
15. Los señores Arsomán Gutiérrez Navarrete y Bertilda Rosa Valencia contrajeron matrimonio el 3 de octubre de 1971 en Irra. De dicha unión procrearon, además del señor Israel Gutiérrez Valencia, a los siguientes hijos: Álvaro Antonio, Otoniel, Fernando y Uber Gutiérrez Valencia.
16. El señor Israel Gutiérrez Valencia trabajaba como administrador de la Asociación de Mineros La Montaña del Municipio de Quinchía (Risaralda), devengando unos ingresos mensuales de \$1'500.000, con

los cuales, una vez descontaba sus gastos personales, aportaba el 50% para la manutención de su núcleo familiar y el restante 50% para sus padres, ya que son de escasos recursos.

17. El núcleo familiar del señor Israel Gutiérrez Valencia, compuesto por su compañera permanente, padres y hermanos, se vieron profundamente afectados por su partida, dado los fuertes vínculos afectivos entre la víctima y su familia.

Fundamentos de derecho

Como fundamentos de derecho la parte actora invocó el contenido de las siguientes disposiciones: Constitución Política: artículos 2, 6 y 90; y CPACA: artículos 104 y 140.

Sostuvo que la Policía Nacional omitió e inobservó reglamentos al momento de instalar un puesto de control sin reunir los requisitos mínimos para ello, pues ocupó el carril de bajada con la detención de varios vehículos y dio la orden de continuar al conductor del tractocamión, ocupando el carril en contravía y sobre una curva cerrada, en la que el señor Israel Gutiérrez Valencia no tuvo ninguna oportunidad para proteger su vida.

Manifestó que de acuerdo con la Resolución nº 0911 del 1º de febrero de 2010, contentiva del Manual de Patrullaje de la Policía Nacional, código 2CD-PR-0021 del 12 de julio de 2012, existe el siguiente procedimiento para instalar puestos de control, el cual exige un mínimo de unidades dependiendo de si la zona es urbana o rural, teniendo en todo caso presente la correcta ubicación para no perturbar el tráfico vehicular o generar riesgos para los conductores o los peatones.

Indicó que en la especificación técnica ET-PN-GRUCA-DIRAF.195-A4 de la Policía Nacional, se encuentran las descripciones de los elementos que deben emplearse para los puestos de control, dentro de los cuales se destacan los conos, las paletas y las vallas.

Refirió que la víctima del accidente no tuvo ninguna culpa en los hechos que ocasionaron su muerte.

Consideró que la omisión de la Policía Nacional respecto del Manual de Patrullaje, fue determinante en la muerte del señor Israel Gutiérrez Valencia; siendo igualmente responsables tanto el propietario del vehículo tractocamión como la compañía COLDETRANS usufructuaria del mismo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actuando dentro del término legal conferido para tal efecto y obrando debidamente representadas, la parte demandada contestó la demanda de la manera que se indica a continuación.

Juan Augusto Ríos Osorio (fls. 132 a 138, C.1) y COLDETRANS (fls. 202 a 208, ibidem)

Se opusieron a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes excepciones: *“HECHO DE UN TERCERO”*, en tanto el accidente y, por ende, sus consecuencias, fue provocado por la Policía Nacional al instalar un puesto de control sin reunir los requisitos mínimos para llevar a cabo dicha función, ocupando el carril de bajada con la detención de varios vehículos y dando la orden de continuar al conductor del camión, ocupando el otro carril sobre una curva cerrada; *“CONCURSO DE LA VICTIMA (sic) DEL DAÑO”*, en la medida en que el señor Israel Gutiérrez Valencia obró con imprudencia al conducir su motocicleta excediendo los límites de velocidad, lo cual le impidió conservar su carril y detener su vehículo para evitar el impacto; *“INEXISTENCIA DE LOS DAÑOS ALEGADOS POR LOS DEMANDANTES”*, ya que las afirmaciones de la parte demandante al respecto no tienen soporte en el expediente; *“INEXISTENCIA DE PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS DEMANDADOS”*, en la medida en que la parte demandante se limitó a relatar someramente el evento pero no acreditó en debida forma el vínculo civil de responsabilidad entre la conducta desplegada por el demandado y el perjuicio sufrido por los actores; e *“(…) INNOMINADA”*, respecto de cualquier hecho que se acredite en el proceso y que constituyan una excepción.

Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional (fls. 190 a 195, C.1)

Manifestó su oposición a las súplicas de la parte actora, aduciendo que fue el señor Israel Gutiérrez Valencia quien invadió el carril por el cual debía circular el tractocamión, toda vez que el punto de impacto fue en la persiana de dicho vehículo, justo al lado izquierdo del radiador.

Indicó que el retén policial se encontraba a más de 70 metros de la curva donde perdió la vida el señor Israel Gutiérrez Valencia.

Señaló que aunque el puesto de control no se realizó en los términos que indicó la parte actora, lo cierto es que aquél fue autorizado por el Grupo Unidad de Intervención y Reacción (UNIR) de la Policía Nacional.

Afirmó que la velocidad a la cual viajaba el señor Israel Gutiérrez Valencia fue un elemento preponderante en la ocurrencia del hecho.

Consideró que no existe fundamento para la imputación del daño a la entidad, ya que se presentó una culpa exclusiva y determinante de la víctima.

Formuló como medios exceptivos los que denominó: "**LA CULPA EXCLUSIVA Y DETERMINANTE DE LA VÍCTIMA**", teniendo en cuenta que, de un lado, conforme al punto de impacto, la víctima invadió el carril contrario, tal como se desprende del croquis levantado con ocasión del accidente de tránsito, y de otro, la posición de la víctima sugiere que el motociclista se desplazaba a una velocidad considerable que lo sacó incluso de su carril; y "**ROMPIMIENTO DEL NEXO CAUSAL**", como quiera que fue la víctima, quien al tomar la curva a considerable velocidad, terminó ocupando el carril contrario por donde circulaba el tractocamión, impactándolo en la persiana parte izquierda.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

El señor Juan Augusto Ríos Osorio llamó en garantía a Allianz Seguros S.A., con fundamento en la póliza de autos n° 021226541/41 suplemento 1, con vigencia entre el 20 de abril de 2013 y el 19 de abril de 2014 (fls. 140 y 141, C.1).

Con auto del 25 de febrero de 2016 (fl. 233, C.1), el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales admitió el llamamiento en garantía.

DENUNCIA DEL PLEITO

COLDETRANS denunció el pleito a la Cooperativa Quindiana de Transportadores Ltda., toda vez que el tractocamión implicado transportaba carga de dicha empresa y, por lo tanto, tiene calidad de solidario y civilmente responsable (fls. 209 a 211, C.1).

A través de auto del 28 de julio de 2016 (fl. 304, C.1A), el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales admitió la solicitud hecha como un llamamiento en garantía.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y DE LOS LLAMAMIENTOS EN GARANTÍA

Actuando dentro del término conferido y obrando debidamente representadas, las llamadas en garantía contestaron tanto la demanda como los llamamientos en garantía de la manera que se indica a continuación:

Allianz Seguros S.A. (fls. 282 a 303, C.1A)

Se opuso a las pretensiones de la demanda, y coadyuvó la oposición que de las mismas hicieron COLDETRANS y el señor Juan Augusto Ríos Osorio en las respectivas contestaciones de la demanda, tendiente a desvirtuar los hechos de la demanda y a demostrar la ausencia de responsabilidad de tales demandados.

Propuso los siguientes medios exceptivos: ***“NO SE ENCUENTRA DEMOSTRADO QUE EL VEHICULO (sic) DE PLACAS TTG – 200, FUE EL CAUSANTE DEL ACCIDENTE ACAECIDO”***, pues los vehículos involucrados desarrollaban la misma actividad peligrosa y, por lo tanto, debe acreditarse cuál de los dos tuvo la influencia causal decisiva en la producción del hecho dañoso; carga que corresponde a la parte actora y que no se cumplió en este caso; ***“(…) PRESENCIA DE CAUSAS EXCLUYENTES DE CULPABILIDAD A FAVOR DEL CODEMANDADO JUAN AUGUSTO RIOS (sic) OSORIO”***, en la medida en que en la demanda se da a entender que la causante del siniestro fue la Policía Nacional y no el demandado, ya que fue imprudente y negligente no sólo en la instalación del retén sino en dar la vía a conductores en el otro carril y en una curva demasiado cerrada; ***“HECHO DE UN TERCERO”***, por cuanto el accidente se debió a la Policía Nacional; ***“CULPA DE LA VICTIMA (sic) Y SU EXPOSICION (sic) IMPRUDENTE AL RIESGO”***, ya que el señor Israel Gutiérrez Valencia iba conduciendo su motocicleta a una velocidad excesiva no permitida, lo que dio lugar a que no conservara su carril y no pudiera detener su vehículo a fin de evitar la colisión con el camión; ***“DILIGENCIA Y CUIDADO”***, pues el conductor del camión se encontraba en perfectas condiciones físicas para conducir, al paso que el vehículo mismo estaba en buen estado para ser utilizado en la actividad peligrosa; ***“AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL CODEMANDADO JUAN AUGUSTO RIOS (sic) OSORIO, DEBIDO AL ROMPIMIENTO CAUSAL COMO CONSECUENCIA DE LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA (sic)”***, tal como se extrae de las pruebas allegadas al expediente y que evidencian que el señor Israel Gutiérrez Valencia fue quien inobservó las normas de tránsito; ***“(…) LIBERATIVA DEL DEMANDADO JUAN AUGUSTO RIOS (sic) OSORIO, POR PRESENCIA DE UNA CAUSA EXTRAÑA”***, cual fue el comportamiento imprudente y contrario a las normas por parte del conductor de la motocicleta; ***“COMPENSACION (sic) DE CULPAS ENTRE LAS PARTES”***,

teniéndose en cuenta la concurrencia de causas que confluieron en el hecho dañoso; ***“AUSENCIA DE ELEMENTOS GENERADORES DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL”***, dado que el conductor del tractocamión no infringió norma alguna para la conducción de vehículos; ***“LOS PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES RECLAMADOS POR LOS DEMANDANTES SON INEXISTENTES Y/O SE ENCUENTRAN AMPLIAMENTE SOBREESTIMADOS”***, conforme se desprende al compararse con la sentencia de unificación del Consejo de Estado sobre la materia; ***“REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN. EL AMPARO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR MUERTE O LESIONES A UNA PERSONA, SOLO OPERA EN EXCESO DEL SEGURO OBLIGATORIO DE TRÁNSITO (SOAT)”***, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1032 de 1991, que autoriza a imputar las indemnizaciones por el SOAT al mayor valor que le corresponde pagar al responsable; y ***“CARGA DE LA PRUEBA”***, atendiendo lo previsto por el artículo 167 del Código General del Proceso (CGP)³.

En punto al llamamiento en garantía, la aseguradora propuso las siguientes excepciones: ***“PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO”***, en los términos del artículo 1.081 y 1.131 del Código de Comercio; ***“LA RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA ALLIANZ SEGUROS S.A. SE ENCUENTRA LIMITADA”*** por el valor de la suma asegurada establecida en el contrato de seguro, por encima de la cual no puede proferirse condena; ***“EXISTENCIA DE DEDUCIBLE”***, según lo pactado en la póliza de vehículos; y ***“FALTA DE CONFIGURACION (sic) ACTUAL DEL SINIESTRO”***, teniendo en cuenta que no se encuentran demostrados los perjuicios reclamados en la demanda.

Cooperativa Quindiana de Transportadores Ltda. (fls. 319 a 338, C.1A)

Sostuvo que no le constan los hechos de la demanda y que de llegar a ser ciertos, ello por sí solo no generaría la pretendida solidaridad y responsabilidad civil de la llamada en garantía, pues debe probarse que fue la carga que transportaba el tractocamión la causante del daño y de sus consecuencias.

Manifestó que la simple orden de despacho de la mercancía no genera para la cooperativa la calidad de guardiana del vehículo ni su explotadora económica, su usufructuaria, su administradora o su poseedora.

Formuló los siguientes medios exceptivos: ***“INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD”***, por cuanto entre la cooperativa y la llamante en garantía

³ En adelante, CGP.

no existe ni ha existido ningún tipo de relación o contrato que pueda derivar en solidaridad civil por los daños o perjuicios que ocasionen los vehículos que se encuentran bajo su cuidado y administración, ni tampoco respecto del señor Juan Augusto Ríos Osorio (propietario del vehículo) o el señor Julián González Valencia (conductor); “(...) *AUSENCIA DE CULPA*”, fundada en la falta de obligación de la cooperativa de realizar mantenimiento preventivo, correctivo y de conservación del tractocamión implicado, la cual corresponde en su integridad a su propietario; “*HECHO DE UN TERCERO*”, en la medida en que el conductor involucrado no tiene ningún vínculo con la cooperativa; al paso que la carga transportada no fue la causante del hecho y sus consecuencias; e “*INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD*”, ya que no existe dependencia o subordinación de ninguna índole entre el vehículo despachado con la carga, su propietario y su conductor con la llamada en garantía.

LA SENTENCIA APELADA

El 5 de diciembre de 2019, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (fls. 439 a 454, C.1B), a través de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, al considerar que la imputación jurídica por el accidente de tránsito en el que perdió la vida el señor Israel Gutiérrez Valencia se atribuye únicamente a la Policía Nacional, pues ésta, de forma antitécnica y aumentando el riesgo propio de la conducción de vehículos automotores, instaló un retén ocupando de tal manera la vía pública que obligó a quienes transitaban por la misma a ocupar el carril contrario de forma peligrosa.

En efecto, indicó que si el puesto de control no hubiera existido, el tractocamión no hubiera cambiado de rumbo sobre la vía e invadido el carril contrario, con las consecuencias ya conocidas.

Adujo que la curva por la cual transitaba el señor Israel Gutiérrez Valencia era cerrada, de 90 grados, sin que le permitiera observar que por el carril que normativamente le correspondía se desplazaba un tractocamión en sentido contrario, impactando de frente contra éste sin poder tener ninguna reacción para evitarlo.

Refirió que conforme al Manual de Patrullaje Urbano de la Policía Nacional (Resolución nº 0911 de 2010), los puestos de control deben ubicarse sin perturbar el tráfico vehicular o generar riesgos para los conductores o peatones.

Hizo alusión a lo manifestado por los testigos que rindieron declaración en el proceso, los cuales dieron cuenta de lo siguiente: que para adelantar el retén policial los vehículos debían invadir el carril contrario; que los policiales no hicieron uso de señales de pare o siga para controlar los automotores que transitaban por el sector; que ningún policía dio vía o detuvo al tractocamión accidentado; que no había personal señalizando en ambos extremos del puesto de control; que el retén estaba mal ubicado por su cercanía con una curva que impedía la visibilidad.

Señaló que el daño no es imputable al señor Juan Augusto Ríos Osorio ni a COLDETRANS, dado que no se demostró que éstos incumplieran reglamentos o regulaciones en relación con el sistema vial y que hubiesen incidido jurídicamente en la materialización del accidente de tránsito.

Adujo que la policía de carreteras tenía el deber de efectuar la señalización sobre peligro y/o precaución, de conformidad con la obligación impuesta de asegurar la seguridad de la vía con el fin de que dicha carretera pudiera funcionar adecuadamente y que no constituyera un peligro para todo aquel que la transitara.

Acotó que aunque el tractocamión fue quien materialmente causó el accidente, lo cierto es que el impacto se produjo cuando aquél estaba regresando a su carril reglamentario, luego de que fuera obligado a asumir esta acción por un retén de la policía de carreteras que no previó las consecuencias de su ubicación.

Indicó que no se demostró en el expediente que el conductor de la motocicleta hubiese violado reglamentos o normas de seguridad para la conducción de este tipo de vehículos, con incidencia factual en la materialización del daño.

A título pues de indemnización, el Juez de primera instancia reconoció perjuicios morales a favor de los demandantes, por haberse acreditado no sólo que el señor Israel Gutiérrez Valencia tenía una unión marital de hecho con la señora Omaira Guerrero Largo, sino que existían vínculos consanguíneos con los demandantes, que permiten inferir que la muerte de la víctima les generó gran tristeza y congoja. La liquidación de tales perjuicios se realizó adoptando los límites señalados en sentencia de unificación del Consejo de Estado.

De otra parte, reconoció perjuicios materiales únicamente a favor de la compañera permanente de la víctima, liquidados sobre la base de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 25% por prestaciones

sociales, en tanto consideró que no existía prueba certera de que el señor Israel Gutiérrez Valencia devengara \$1'500.000 por su actividad en la Asociación Mineros La Montaña.

Finalmente condenó en costas acudiendo a un criterio objetivo.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo* y actuando dentro del término legal, la Policía Nacional interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (fls. 456 a 460, C.1B), de la siguiente manera.

Manifestó que el conductor del tractocamión fue quien invadió el carril contrario por el que se desplazaba la víctima. Añadió que si bien sobre la vía se encontraba un puesto de control, éste no puede considerarse responsable de la infracción de tránsito que cometiera el referido conductor, pues actuó de forma imprudente al adelantar en una vía que no le era permitido y además esquivó el retén desobedeciendo y haciendo caso omiso a la señal de precaución y de cierre que representaba el cono.

Indicó que la Policía Nacional no obligó al conductor del tractocamión a invadir el carril contrario; quien además tenía conocimiento que al estar en una vía con señal de doble línea, le era prohibido adelantar por el carril contrario, y máxime estando a tan pocos metros de una curva y movilizándose en un vehículo de gran tamaño.

Expuso que la colisión era un acto más predecible para el conductor del tractocamión, por lo que le era exigible a éste que detuviera su marcha y esperara que los vehículos que estaban siendo registrados continuaran o que un miembro de la Policía Nacional lo autorizara a seguir.

Cuestionó que sólo se responsabilice a la Policía Nacional de lo ocurrido, desconociendo que fue el conductor del tractocamión el que infringió la norma nacional de tránsito.

Solicitó entonces revocar la providencia recurrida, ya que la causa directa del accidente de tránsito no fue la ubicación del puesto de control sino la imprudencia del conductor del tractocamión.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (fls. 10 a 18, C.5)

Inicialmente hizo referencia a las razones por las cuales considera que se encuentran acreditados los perjuicios morales y materiales reclamados en la demanda.

A continuación, sostuvo que del material probatorio allegado se desprende la falla en el servicio por parte de la Policía Nacional, pues ubicó un retén sin señalización alguna, cerca de una curva, lo que ocasionó que el señor Israel Gutiérrez Valencia fuera atropellado por el tractocamión.

Expuso que el propietario del vehículo y la empresa usufructuaria del mismo son igualmente responsables.

Allianz Seguros S.A. (fl. 20, C.5)

Manifestó que toda la responsabilidad recae en la Policía Nacional, por cuanto no tomó las más elementales y mínimas precauciones para la instalación del retén.

Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional (fls. 22 a 25, C.5)

Reiteró, en esencia, los planteamientos expuestos en el recurso de apelación.

COLDETRANS S.A., Juan Augusto Ríos Osorio y la Cooperativa Quindiana de Transportadores Ltda.

Guardaron silencio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 6 de marzo de 2020, y allegado el 15 de julio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 1, C.5).

Admisión y alegatos. Por auto del 15 de julio de 2020 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia (fl. 1, C.5). Dentro del término otorgado, la parte demandante, Allianz Seguros S.A. y la Policía

Nacional alegaron de conclusión (fls. 10 a 18, 20 y 22 a 25, ibidem). COLDETRANS S.A., Juan Augusto Ríos Osorio y la Cooperativa Quindiana de Transportadores Ltda. guardaron silencio. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 9 de septiembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 26, C.5), la que se dicta en seguida, atendiendo el orden de ingreso del respectivo proceso para tales efectos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Policía Nacional contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquél fue formulado.

Problema jurídico

La cuestión que debe resolverse en el *sub examine* se centra en resolver las siguientes preguntas:

- *¿La muerte del señor Israel Gutiérrez Valencia le es jurídicamente imputable a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional y/o al señor Juan Augusto Ríos Osorio y a COLDETRANS S.A.?*
- *En caso de que se configure responsabilidad por parte del señor Juan Augusto Ríos Osorio y de COLDETRANS S.A., ¿Allianz Seguros S.A. y la Cooperativa Quindiana de Transportadores Ltda. están obligadas a reembolsar el valor de una eventual condena?*

Para despejar los interrogantes planteados, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** elementos generales de responsabilidad del Estado; **ii)** régimen de responsabilidad aplicable; **iii)** hechos probados; **iv)** acreditación de los elementos del régimen de responsabilidad en el caso concreto; **v)** sobre el reconocimiento y liquidación de perjuicios; y **vi)** responsabilidad de los llamados en garantía.

1. Elementos generales de la responsabilidad

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la

omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al actual artículo 140 del CPACA que consagra el medio de control de reparación directa, cuyo ejercicio dio origen al presente proceso y que establece la posibilidad que tiene el interesado de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

La responsabilidad del Estado puede surgir en virtud de diversos títulos de imputación tales como la falla del servicio, el daño especial, o la denominada teoría del riesgo, los cuales obedecen a diversas situaciones en las que el Estado, a través de sus autoridades, está llamado a responder por la producción de un daño antijurídico.

Atendiendo el título de imputación aplicable en cada caso, se constatará la existencia de los siguientes elementos que estructuran la responsabilidad de la administración pública por sus hechos u omisiones; aspectos éstos que conviene dilucidar a manera de exordio.

La jurisprudencia y la doctrina, a partir de las sucesivas reformas constitucionales y legales que se han dado en Colombia, han señalado que para deducir la responsabilidad de la administración pública por sus hechos u omisiones, deben reunirse tres condiciones:

Como primer elemento de la responsabilidad pública, el *daño o perjuicio* por el cual se reclama la indemnización debe tener la característica de ser resarcible, indemnizable, teniendo en cuenta que no todos lo son; algunos perjuicios no son resarcibles por parte de quien los ocasiona, como sucede cuando la persona que los padece está obligada a asumir las consecuencias en virtud del mandato legal o constitucional, impuesto en función del interés general, cuando éste prima sobre el interés individual.

El *hecho de la administración* se concreta en una actuación u omisión de los agentes del Estado, cuando obran u omiten obrar en ejercicio de sus funciones públicas, es decir, en representación de la administración, salvo cuando se configura lo que en la doctrina y jurisprudencia se conoce como la *falta personal del agente*, caso en el cual, responde el empleado total o parcialmente por los perjuicios derivados del hecho.

Finalmente entre la acción u omisión y el perjuicio debe mediar una *relación de causalidad*, lo cual impone al actor el deber de demostrar que el perjuicio provino exactamente de las actuaciones u omisiones de la administración, con un nexo de causa a efecto, el que se rompe, como también lo ha dicho la

jurisprudencia, cuando se prueba una causa extraña a la administración en la producción del daño, como la culpa de la propia víctima, el hecho de un tercero o una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito.

Por regla general, corresponde a la parte demandante la comprobación plena de los hechos de su demanda, en los términos del artículo 167 del Código General del Proceso (CGP)⁴, es decir, de los tres elementos que permiten deducir la responsabilidad.

2. Régimen de responsabilidad aplicable

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto es necesario remitirse al texto mismo de la demanda y a la manera en la cual se estructuraron las imputaciones relacionadas con la responsabilidad extracontractual de la Administración; ello no obstante la aplicación del aforismo jurídico "*venite ad factum, iura novit curia*" (dame los hechos, el Juez dará el Derecho), que significa que en materia de acciones de reparación directa se permite al Juez de la causa acudir al régimen de responsabilidad que más se ajuste a los hechos que dan origen al proceso, sin que se esté limitado a lo expuesto por el actor o los sujetos procesales⁵.

Las imputaciones jurídicas de la demanda realizadas contra la parte demandada aluden a la omisión en la que supuestamente incurrió la Policía Nacional al momento de instalar un puesto de control sin reunir los requisitos mínimos para ello, ocupando parte de uno de los carriles de la vía, provocando que el conductor del tractocamión propiedad del señor Juan Augusto Ríos Osorio y afiliado a COLDETRANS S.A., ocupara en contravía, sobre una curva cerrada, el carril por el que se movilizaba el señor Israel Gutiérrez Valencia, lo que generó la colisión de ambos vehículos y el fallecimiento del motociclista.

Conforme a las condiciones descritas en la *causa petendi*, considera este Tribunal que el asunto debe definirse con fundamento en el régimen de responsabilidad por falla en el servicio, criterio de imputación que procede frente a supuestos en los cuales se analiza la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó

⁴ En adelante, CGP.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 14 de agosto de 2008. Radicación número: 47001-23-31-000-1995-03986-01(16413).

cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada⁶.

Debe precisarse que no obstante que en este caso se presentó colisión de dos vehículos que en principio daría lugar a que su estudio se hiciera a través del régimen de responsabilidad por riesgo excepcional, ya que se trata de una actividad peligrosa, lo cierto es que la atribución del daño a la parte demandada no se hace en desarrollo de la actividad riesgosa como tal, sino de una supuesta falla en la prestación del servicio que generó a su vez el accidente de tránsito en el que murió el señor Israel Gutiérrez Valencia.

Para establecer entonces la imputabilidad al Estado y por atracción a particulares, se requiere demostrar, además del daño, la falla en el servicio y el nexo causal entre ambos.

3. Hechos acreditados

En aras de establecer si los elementos del régimen de responsabilidad aplicable en este asunto se encuentran configurados, procede esta Sala de Decisión a reseñar preliminarmente las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos que dieron origen a esta demanda y que se encuentran acreditados en el expediente.

a) Identificación de la vía y características de la misma

Determinar con exactitud las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que acaecieron los hechos que se imputan a la parte demandada exige establecer primeramente y con certeza la vía sobre la cual ocurrió el accidente que dio origen a esta demanda.

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente⁷, se encuentra demostrado que la vía en la que sucedieron los hechos por los cuales se demanda, corresponde a la vía Cauyá – La Pintada, kilómetro 31 + 950 metros, en el sector conocido como La Sierra, jurisdicción del Municipio de Riosucio.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 16 de agosto de 2007. Radicado número: 41001-23-31-000-1993-07585-01(30114).

⁷ Al respecto, se advierten las siguientes:

- Actuación del Primer Respondiente –FPJ-4– (fls. 6 y 7, C.4).
- Informe Policial de Accidentes de Tránsito nº C-1295533, diligenciado el 12 de junio de 2013 a las 10:30 a.m. (fls. 34 a 36, C.4).
- Inspección Técnica a Cadáver –FPJ-10– del 12 de junio de 2013 (fls. 18 a 21, C.4).
- Informe Ejecutivo –FPJ-3– del 12 de junio de 2013 (fls. 3 a 5, C.4).
- Libro de guardia (fls. 165 a 168, C.1).
- Poligrama nº 509 del 12 de junio de 2013 (fl. 174, C.1).

Atendiendo lo indicado en la prueba documental⁸ y testimonial⁹ recaudada en el proceso, se acreditó que la vía referida era de una calzada, con dos carriles, doble sentido vial, pendiente, curva y luego recta, en asfalto en buen estado, en condición seca, sin iluminación artificial, con buena iluminación y sin demarcación horizontal que permitiera adelantar vehículos.

b) Instalación de un puesto de control en la vía por parte de la policía de carreteras

De conformidad con el Oficio n° 1117 SETRA – SOAPO 29 del 19 de junio de 2015 (fl. 200, C.4), expedido por el Comandante Seccional Tránsito y Transporte de Caldas, los conceptos de área de prevención, puesto de control y retén difieren en lo siguiente:

***Área de prevención:** Punto sobre la malla vial nacional donde se ubica una patrulla de la policía de tránsito y transporte encargada de transmitir a la ciudadanía recomendaciones y mensajes educativos, buscando influir positivamente sobre la conducta de los usuarios de las vías, a través de los programas y campañas desarrollados por la Dirección de Tránsito y Transportes (instructivo 073 PLANE-DITRA del 25 de Junio del 2008 “CONCEPTUALIZACIÓN ACTIVIDADES OPERATIVAS DEL SERVICIO DE CARRETERAS”, teniendo en cuenta el mismo como un documento doctrinal que unifica los criterios de las actividades del servicio policial de Tránsito y Transporte, en el marco de la aplicación de los procesos misionales).*

***Puesto de control:** Actividad del servicio de Policía que tiene como objetivo realizar el registro a personas, vehículos y solicitar antecedentes, para contrarrestar acciones delincuenciales, con el propósito de lograr una convivencia segura y pacífica.*

***Retén:** De acuerdo a lo estipulado en el Código Nacional de tránsito (Ley 769 de 2002) en su artículo 2, define: “Retén: Puesto de control instalado técnicamente por una de las autoridades legítimamente constituidas de la Nación”.*

⁸ De las características de la vía dieron cuenta los siguientes documentos:

- Informe Policial de Accidentes de Tránsito n° C-1295533, diligenciado el 12 de junio de 2013 a las 10:30 a.m. (fls. 34 a 36, C.4).
- Informe Ejecutivo –FPJ-3- del 12 de junio de 2013 (fls. 3 a 5, C.4).

⁹ Sobre el particular, pueden consultarse las declaraciones de los señores Adrián Esteban Rendón Rincón (minuto 00:08 a finalizar el sexto audio contenido en el CD obrante a folio 371A del cuaderno 1A y séptimo audio ibidem) y Julián González Valencia (octavo audio contenido en el CD obrante a folio 371A del cuaderno 1A).

Aun cuando en la investigación penal adelantada se observa que la Policía Nacional discutió que no había establecido un puesto de control sino un área de prevención, lo cierto es que en el marco de la citada investigación se determinó que efectivamente la entidad accionada instaló un puesto de control en la vía donde acaecieron los hechos que más adelante se precisarán.

En efecto, según consta en el libro de guardia (fls. 165 a 168, C.1), a las 7:30 a.m. del 12 de junio de 2013, los policiales Orozco Flórez, Rendón Rincón, González López, Fernández Rivera, Acevedo Pulgarín y Mejía Zuluaga, salieron con todos los elementos para el servicio, con destino al kilómetro 32 de la vía Cauyá – La Pintada, con el fin de realizar puesto de control.

La citada anotación guarda coherencia con la observación hecha en el Informe Policial de Accidentes de Tránsito nº C-1295533 del 12 de junio de 2013 (fls. 34 a 36, C.4), referente a que cerca del lugar de los hechos se encontraba un puesto de control de la Policía Nacional SETRA – DECAL UNIR 21.2 (fl. 35, C.4).

Adicional a lo anterior, con base en lo narrado por los uniformados que estuvieron en la zona para el día de los hechos, se concluye que las actividades que estaban efectuando correspondían a las de registro y control, esto es, a un puesto de control y no a un área de prevención.

c) Requisitos mínimos y procedimiento para la instalación de un puesto de control en una vía

Conforme al Oficio nº 2173/SETRA – SOAPO 29 del 1º de octubre de 2013 (fl. 135, C.4), suscrito por el Comandante Seccional Tránsito y Transporte de Caldas, el procedimiento para instalar y ejecutar un puesto de control se encuentra estandarizado en la Suite Visión Empresarial SVE, con código 2CD-PR-0021 del 12 de julio de 2012, el cual fue anexado con dicha comunicación (fls. 136 a 139, C.4) y del que se extrae lo siguiente:

- El objetivo del puesto de control es realizar el registro a personas, vehículos y solicitar antecedentes, para contrarrestar acciones delincuenciales, con el propósito de lograr una convivencia segura y pacífica.
- El puesto de control debe tener previa orden de servicios; no puede exceder de 2 horas en un mismo lugar; debe estar conformado como mínimo por 8 unidades en la zona urbana y 10 unidades en la zona

rural; y tiene que ser ubicado en un lugar visible y apropiado para no generar congestión vehicular.

- El puesto de control debe establecerse teniendo presente la correcta ubicación sin perturbar el tráfico vehicular o generar riesgos para los conductores o peatón, distribuyendo al personal según las funciones establecidas durante la formación para salir al servicio.
- Debe informarse al CAD o radio operador el inicio y ubicación del puesto de control, utilizando todos los medios logísticos requeridos.
- El ingreso de los vehículos al puesto de control debe hacerse de forma selectiva, dando la señal de pare, y teniendo en cuenta la cantidad que pueden atender los policías integrantes del puesto de control.
- Debe haber un policial asignado al manejo de la señal de pare o siga, otros policiales encargados de la verificación de personas y registro a vehículos, y un policial más para diligenciar las planillas.
- En el esquema de instalación de un puesto de control se observa que a 50 o 100 metros de la entrada al puesto de control debe haber policiales a cargo de la seguridad y de la apertura, así como otros encargados de la requisa y del tránsito.

Tal como se indicó en el Oficio n° 1117 SETRA – SOAPO 29 del 19 de junio de 2015 (fl. 200, C.4), suscrito por el Comandante Seccional Tránsito y Transporte de Caldas, los requisitos mínimos del puesto de control, son:

Personal mínimo: 0-1-7 Policiales.

Como mínimo el puesto de control estará conformado por ocho (08) unidades en la zona urbana o cabecera municipal y diez (10) unidades en la zona rural, debe ser rotativo (dos horas por lugar), ubicándolo en un lugar visible y apropiado para no generar congestión vehicular.

- a) **Seguridad:** Unidades encargadas de la seguridad se ubican en los extremos del puesto de control y velan por la integridad física del personal que conforma el puesto de control, permaneciendo alerta para evitar ataques delincuenciales externos como hostigamientos.
- b) **Persecución e Inmovilización:** El conductor de la patrulla permanece al lado del vehículo para reaccionar ante una eventual fuga y manipula la tabla de seguridad con el fin de detener el vehículo en fuga.
- c) **Control de Tránsito:** El conductor de la motocicleta (Agente de Tránsito), aplica la normatividad y reacciona ante fuga de vehículo.

- d) **Regulación de Tránsito y Selección de Vehículos:** El palettero se ubica al inicio del puesto de control y hace las indicaciones al vehículo escogido para ingresar al puesto de control.
- e) **Inspección y Registro:** Unidades encargadas de requisar personas y registrar vehículos. Para tal fin deben iniciar con un saludo respetuoso, identificarse ante los ocupantes del vehículo, explicar la finalidad del servicio y solicitarles que se bajen del mismo para realizarles la requisa.
- f) **Seguridad Requisa y Registro:** Unidad encargada de la seguridad de quienes registran y requisan.
- g) **Control y Supervisión:** El señor Comandante del puesto de control se encarga de supervisar al personal en sus labores y de reportar a la central de radio las placas y documentos de las personas y vehículos objeto de la requisa y registros, para verificar antecedentes.

Ubicación: Los puestos de control deben ser ubicados en sitios que brinden seguridad y tranquilidad al personal y usuarios de la red vial nacional.

- d) Desarrollo del puesto de control instalado en la vía Cauyá – La Pintada, kilómetro 32

Como se indicó anteriormente, el 12 de junio de 2013, seis (6) uniformados de la Policía Nacional se dirigieron al kilómetro 32 de la vía Cauyá – La Pintada, con el fin de realizar puesto de control en la zona. De lo anterior se dejó constancia únicamente en el libro de guardia (fls. 165 a 168, C.1), esto es, no se expidió previamente orden de servicios para realizar tal actividad.

Pese a lo establecido en el procedimiento correspondiente y teniendo en cuenta que se trataba de una zona rural, las unidades policiales asignadas no fueron las necesarias, esto es, 10 policías.

En relación con la ubicación del puesto de control, sólo consta en el expediente que el mismo se instaló en una recta, seguida de una curva pronunciada que se hallaba más o menos a media cuadra¹⁰ o a 50 metros¹¹.

Quedó demostrado igualmente en el proceso que el citado puesto de control se ubicó en parte del carril que conducía de Anserma a Riosucio, para lo cual se usaron como señales únicamente dos conos a lado y lado.

¹⁰ Tal como lo informó en su declaración el policía Jhon Jaime Orozco Flórez (minuto 1:12 a finalizar el tercer audio contenido en el CD obrante a folio 371A del cuaderno 1A, cuarto audio y quinto audio ibidem).

¹¹ Según se consignó en el acápite de observaciones del Informe Policial de Accidentes de Tránsito nº C-1295533 del 12 de junio de 2013 (fls. 34 a 36, C.4), por referencia que le hicieron los testigos de los hechos al policía Adrián Esteban Rendón Rincón (minuto 00:08 a finalizar el sexto audio contenido en el CD obrante a folio 371A del cuaderno 1A y séptimo audio ibidem).

Ninguno de los policías que integraban el puesto de control fue asignado a manejar señal de pare o siga, y tampoco a conducir el tránsito vehicular durante el tiempo que permanecieron en el sector.

e) Accidente de tránsito

Encontrándose en ejecución el puesto de control instalado por la Policía Nacional en los términos descritos anteriormente, el señor Julián González Valencia transitaba por la vía en dirección Anserma – Riosucio, conduciendo el tractocamión de placas TTG200, propiedad del señor Juan Augusto Ríos Osorio y afiliado con administración y guarda en la actividad a COLDETRANS S.A.

Se acreditó en el expediente que siendo aproximadamente las 10:30 a.m., esto es, excediendo el límite de las dos (2) horas permitidas para efectuar puesto de control en una zona, los policías que lo conformaban estaban registrando cuatro (4) vehículos al mismo tiempo: una cama baja o niñera que transportaba una retroexcavadora, dos vehículos que la escoltaban y un camión; superando la capacidad para realizar los registros, teniendo en cuenta el número de uniformados que estaban presentes.

En tanto no se le solicitó detenerse en el puesto de control por parte de la policía de carreteras, y dado que, como se indicó anteriormente, ningún policía fue designado para manejar señal de pare o siga y tampoco para conducir el tránsito vehicular durante el tiempo que durara la retención en el puesto de control, el conductor del tractocamión continuó su ruta, para lo cual procedió a invadir el carril contrario, con el fin de superar el puesto de control donde estaban los cuatro (4) vehículos mencionados.

Realizando dicha maniobra, antes de llegar a la curva que se encontraba próxima, teniendo el cabezote del tractocamión casi de nuevo en su carril pero el tráiler del mismo todavía en el carril contrario, el conductor de dicho vehículo se encontró de frente con una motocicleta conducida por el señor Israel Gutiérrez Valencia, quien no tuvo oportunidad alguna de reaccionar a la colisión y falleció instantáneamente en el lugar.

De la manera en la cual se produjo el accidente de tránsito mencionado, dan cuenta los siguientes elementos probatorios:

- En el libro de minuta de guardia y registro de novedades se consignó a las 10:30 a.m. que finalizando el área de prevención instalada en el sector del kilómetro 31 + 800 metros de la vía Cauyá – La Pintada, un vehículo tipo tractocamión había colisionado con un motociclista, el

cual perdió la vida instantáneamente (fl. 38, C.4).

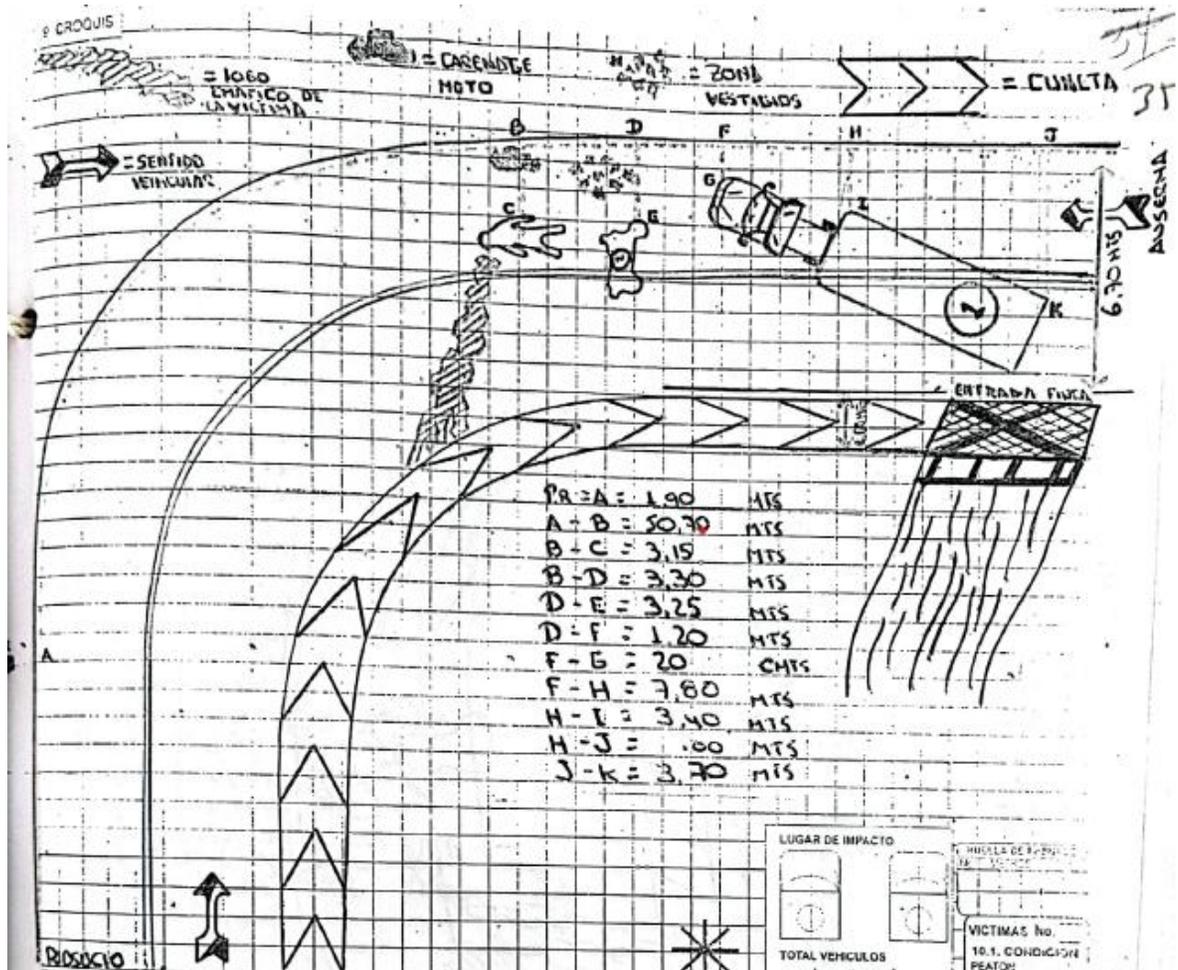
- Actuación del Primer Respondiente –FPJ-4– (fls. 6 y 7, C.4), diligenciada por el patrullero Jhon Jaime Orozco Flórez, quien informó que: *“nos encontrabamos (sic) realizando area (sic) de prevención, en esos momentos senti (sic) un golpe al observar vimos un tractocamion (sic) color naranja el cual colisiono (sic) con un motociclista causandole (sic) la muerte instantaneamente (sic)”*.
- Informe Policial de Accidentes de Tránsito nº C-1295533, diligenciado el 12 de junio de 2013 a las 10:30 a.m. por el policía Adrián Esteban Rendón Rincón (fls. 34 a 36, C.4).

Además de señalar las condiciones y características de la vía, ya indicadas en esta providencia, refirió que los vehículos implicados en la colisión fueron un tractocamión de placas TTG200 y una motocicleta de placas XFG83A, conducidos por el señor Julián González Valencia y el señor Israel Gutiérrez Valencia.

En observaciones, consignó que: *“habia (sic) un puesto de control aproximadamente a 50 mts del lugar de los hechos, puesto de control PONAL SETRA – DECAL UNIR 21.2”* (fl. 35, C.4).

No estableció las hipótesis del accidente de tránsito.

El croquis levantado por el policía de tránsito fue el siguiente:



- Informe Ejecutivo –FPJ-3- del 12 de junio de 2013 (fls. 3 a 5, C.4), rendido por el policía Adrián Esteban Rendón Rincón, quien respecto del accidente de tránsito, narró lo siguiente: “Siendo las 10:30 horas del día 12-06-2013 fuimos informados por el señor subintendente JHON JAIME OROZCO FLÓREZ vía celular, sobre la ocurrencia de un accidente de tránsito en la vereda la cierra (sic), ubicado en la vía que de Anserma conduce a Riosucio en el km 31+950 vereda la cierra (sic), inmediatamente me dirigí a dicho lugar para verificar la información, y fue entonces cuando llegué al Km. 31 +950 metros de la vía Cauya (sic) – La Pintada, en donde encontré una motocicleta estacionada al costado de la vía pregunte (sic) a las personas del sector quienes me confirmaron que esa motocicleta en la mitad de la vía la cual estaba en el piso, al lado había una persona sin vida y al frente un vehículo tracto camión el cual había colisionado con la motocicleta Se procedió a realizar los actos urgentes, (...) posteriormente le solicite (sic) al médico de turno la respectiva prueba de beodez, la cual arrojó resultado NEGATIVO, (...)” (fl. 3, C.4).
- Poligrama nº 509 del 12 de junio de 2013 (fl. 174, C.1), con el cual el Jefe Seccional Tránsito y Transporte de Caldas informó al CAD-SETRA-DECAL-DITRA CIEVS – E-100 DECAL sobre el accidente de tránsito ocurrido a la 1:30 p.m. (sic) en la vía Cauyá – La Pintada, kilómetro 31 +

950 metros, en el sector La Sierra del Municipio de Riosucio. En dicho documento se indicó quién conoció del caso y se formularon como hipótesis del accidente las de posible exceso de velocidad por parte de la moto, e invasión de carril por parte del tractocamión.

- Inspección Técnica a Cadáver –FPJ-10– del 12 de junio de 2013 (fls. 18 a 21, C.4), diligenciada por el servidor de policía judicial Andrés Javier Hurtado Marín, en relación con el cuerpo del señor Israel Gutiérrez Valencia.

Indicó que al llegar al lugar evidenció la contaminación de los hechos, ya que el cuerpo sin vida del señor Israel Gutiérrez Valencia se encontraba cubierto con una manta blanca.

Anotó que el cabezote del tractocamión implicado en los hechos se encontraba en diagonal entrando en su carril y que el tráiler del mismo estaba en el carril de contravía.

Señaló que la moto estaba a lo ancho de la vía sobre la mitad de los dos carriles, y que el carenaje de la misma estaba suelto casi sobre la línea blanca del carril hacia Riosucio.

Consignó que entre acordonamiento había de a dos conos a lado y lado.

- Álbum fotográfico del accidente de tránsito, realizado por funcionario de policía judicial (fls. 25 a 30, C.4). Se indicó en el mismo que el tractocamión iba en sentido vial Quinchía – Riosucio, en contravía, entrando a una curva, quedando su cabezote con dirección a su carril de sentido vial; y que la motocicleta al parecer iba de Riosucio a Quinchía, saliendo de la misma curva.
- Informe Investigador de Campo –FPJ-11– del 3 de julio de 2013 (fls. 74 y 75, C.4), en el cual se mencionó el resultado de las entrevistas realizadas a los subintendentes Adrián Rendón Rincón y Carlos González López, por cuanto el primero realizó bosquejo de planimetría y topográfico, y el segundo se encontraba como segundo al mando en el área de registro y control.

Se indicó que en el lugar de los hechos se encontraba personal de la seccional de tránsito y transporte de Caldas, realizando un área de registro y control; que dicha área no fue dibujada en el bosquejo topográfico, habida cuenta que cuando llegó el funcionario encargado de ello, no había conos que referenciaran la existencia del área de

prevención; que los conos que utilizaron para el área de registro y control se usaron luego para acordonar y proteger la escena.

- Informe Investigador de Campo -FPJ-11- del 9 de octubre de 2013 (fls. 110 a 115, C.4), en el cual se mencionó el resultado de la entrevista al señor Ángel Alberto Pulgarín Gil, testigo de los hechos, indicando que aquél era conductor de camión, que el día del accidente se encontraba en el sitio, ya que los uniformados que estaban haciendo el retén le hicieron señal de pare, por lo que se encontraba a un costado de la vía y observó un tractocamión que estaba adelantando y cuando se disponía a ingresar a su carril se sintió un golpe y luego el vehículo se detuvo, posterior a lo cual advirtió una persona tendida sobre la vía en frente del camión. Se refirió que el entrevistado manifestó que el accidente se pudo producir porque había varios vehículos detenidos y la mula tuvo que avanzar casi hasta la curva para ingresar de nuevo a su carril, mientras que la moto había podido esquivar al camión, ya que había espacio suficiente para cruzar por un lado de éste.
- Informe Investigador de Campo -FPJ-11- del 20 de enero de 2014 (fls. 145 a 149, C.4), en el cual se mencionó el resultado de las entrevistas realizadas telefónicamente a los testigos del señor Julián González Valencia, esto es, a los señores Ricardo Madrid Galeano, Gustavo Cendales Vargas y Manuel Darío Posada Sánchez.

En relación con la primera entrevista, se indicó que el señor Ricardo Madrid Galeano manifestó que el día de los hechos se desplazaba como escolta de una cama baja y que fueron requeridos por un retén de la policía de carreteras. Se señaló que el entrevistado acotó que estando en el retén, fue parado igualmente un camión que se desplazaba por el lugar, y que luego apareció una tractomula que se vio obligada a tomar el carril izquierdo y casi sobre la curva, ya que el espacio en que se encontraba ubicado el puesto de control era muy corto. Se anotó que el entrevistado indicó que cuando la tractomula estaba retomando el carril derecho, apareció una motocicleta a alta velocidad, que impactó de frente con el tractocamión y murió de forma instantánea. Se consignó que el entrevistado refirió que sólo había cuatro (4) agentes de policía adelantando el puesto de control, lo cual era insuficiente, y que al ocurrir el accidente, éstos retiraron los conos que tenían apostados en la mitad de la vía para cerrarla en los extremos mientras se adelantaba la diligencia de inspección a cadáver.

Por su parte, se anotó que el señor Gustavo Cendales Vargas manifestó que igualmente fue requerido por la policía de carreteras para un retén

a un lado de la vía, y que luego se hizo estacionar también a un camión más adelante de él y de su esquema de trabajo. Refirió que apareció una tractomula que bajó la velocidad y por lo estrecho de la vía se vio obligada a tomar el carril izquierdo para adelantar los carros estacionados. Se señaló que el entrevistado añadió que como uno de los conos de señalización estaba ubicado casi en el extremo de la curva, cuando la tractomula retomaba el carril derecho, apareció una motocicleta que transitaba en sentido contrario y por la velocidad que llevaba no alcanzó a frenar e impactó de frente con el camión, falleciendo en el lugar. Se indicó que el entrevistado refirió que en el retén sólo había cuatro (4) policías, que ninguno de ellos estaba controlando el tráfico de vehículos, y que luego del accidente, aquellos retiraron los conos de señalización del centro de la vía para cerrar el paso mientras se adelantaba la diligencia de inspección a cadáver.

Respecto del señor Manuel Darío Posada Sánchez, se consignó que éste manifestó que ese día iba para Medellín y antes de llegar a Riosucio se encontró un puesto de control de la policía de carreteras, la cual lo hizo estacionar a un costado de la vía. Se indicó que el entrevistado afirmó que estando allí apareció un camión al que también hicieron estacionar delante de la cama baja en la que él se desplazaba; que luego apareció una tractomula que viajaba en el mismo sentido y que por la estrechez de la carretera, tuvo que salir de su carril y tomar el izquierdo para poder sobrepasar los vehículos que estaban estacionados. Se consignó que el entrevistado sostuvo que como el último cono de señalización estaba ubicado casi terminando en tramo recto, cuando la tractomula iba a retomar de nuevo su carril derecho, apareció una moto que subía muy rápido y no alcanzó a detenerse o maniobrar e impactó de frente con el camión. Se precisó que el entrevistado adujo que en el retén sólo había cuatro (4) policías, y que el tramo donde se ubicó era muy corto.

- Testimonio del Intendente de la Policía Nacional, señor Jhon Jaime Orozco Flórez¹², del cual se extraen las siguientes manifestaciones:
 - El día de los hechos se encontraba desarrollando la labor de registro y control.
 - No recuerda cuántos policías se encontraban en el puesto de control, y aunque sólo tiene presente a un compañero, indicó que había más pero no sabe precisar cuántos.
 - Los policiales estaban dentro del área de registro y control, no estaban arriba o más abajo del puesto de control.

¹² Minuto 1:12 a finalizar el tercer audio contenido en el CD obrante a folio 371A del cuaderno 1A, cuarto audio y quinto audio ibidem.

- No utilizaron paletas para el pare y siga de los vehículos.
 - Tenían señalizado con conos a cada extremo del área de registro y control. No recuerda cuántos conos utilizó al principio y fin del puesto de control.
 - No tenían policial al inicio y al final del puesto de control, dando vía a los conductores o indicándoles que transitaran con precaución. Sin embargo, consideró procedente que hubiera un policial al inicio y al final dando vía a los conductores.
 - Momentos antes del accidente se hizo señal de pare a una cama baja que llevaba una retroexcavadora, para su correspondiente registro.
 - Efectuando la función de registro y control, observó que, como había otro vehículo que se estaba registrando, un tractocamión al cual no se le detuvo para registro, se fue en contravía por todo el puesto de control, en sentido Anserma – Riosucio. Cuando ya iba a finalizar el puesto de control, donde estaba el último cono de la señalización, esto es, cuando iba a entrar a su propio carril, ya estaba la curva y apareció un motociclista con el cual impactó, resultando muerto este último.
 - Para seguir por la vía, el tractocamión tenía que invadir el otro carril.
 - El camión que tenían dentro del área de registro no permitía que el tractocamión pudiera pasar por el carril que le correspondía, por lo que éste se metió en contravía y pasó todo el puesto de control en contravía.
 - El tractocamión violó una norma de tránsito al invadir el carril.
 - No sabe a qué velocidad iba el motociclista.
 - Con el puesto de control estaban ocupando parte del carril bajando, y como el tractocamión no cabía, debía esperar a que de pronto uno de los policiales le diera vía o que el vehículo que se estaba registrando siguiera su marcha.
 - Ningún policía le dio vía al tractocamión y tampoco lo detuvo.
 - El accidente se produjo terminando la recta e iniciando la curva.
 - En la curva no se alcanzaba a ver si venía otro vehículo en sentido contrario.
- Testimonio del policía de carreteras, señor Adrián Esteban Rendón Rincón¹³, del cual se extraen las siguientes manifestaciones:
- Realizó el informe del accidente de tránsito.
 - Cuando llegó al lugar de los hechos, encontró carros a lado y lado

¹³ Minuto 00:08 a finalizar el sexto audio contenido en el CD obrante a folio 371A del cuaderno 1A y séptimo audio ibidem.

de la vía y estaba cerrado el acordonamiento con conos. Observó el tractocamión atravesado en la vía, la persona fallecida y la motocicleta.

- El tractocamión quedó en sentido Anserma – Riosucio. El cabezote quedó en el carril que le correspondía pero la parte del tráiler estaba en sentido contrario, invadiendo el carril de la motocicleta.
 - El accidente ocurrió entrando a una curva, en la que luego llega a una recta, y en la que normalmente montan el puesto de control.
 - En la curva, el tractocamión se estaba metiendo a su carril, y venía en sentido contrario.
 - El motociclista impactó contra el cabezote del tractocamión. No tiene presente en qué parte del cabezote se dio el impacto.
 - Cuando llegó al sitio no vio el puesto de control y puso en observaciones que según le informaron los testigos que estaban allí, existía un puesto de control aproximadamente a 50 metros del lugar de los hechos.
 - El puesto de control que le indicaron que había a 50 metros estaba en una recta.
 - No hizo hipótesis del accidente porque sus superiores (Seccional de Tránsito de Caldas) le dijeron que no la realizara, ya que el asunto tenía que ser investigado.
 - La orden de que no se dejaran hipótesis fue verbal, pero lo más seguro es que haya quedado consignada en acta.
 - El motociclista no tenía buena visibilidad en la curva. Lo más probable es que si un vehículo venía en contravía, hubiera colisión.
 - No identificó el punto exacto del impacto. No quedó precisado en el informe de accidente de tránsito.
 - Había dos conos pero ya por fuera, como atajando los vehículos para que no se metieran a la escena donde sucedieron los hechos.
- Testimonio del conductor del tractocamión implicado en el accidente, señor Julián González Valencia¹⁴, del cual se extraen las siguientes manifestaciones:
- Entre las 9 y 10 de la mañana, en sentido vial Anserma – Riosucio, iba en una tractomula con una carga de maíz desde Buenaventura para Supía. Llegando a un sector conocido como La Sierra, cerca de Riosucio, se encontró con un retén de la policía de carreteras, que a un lado tenía orillada una cama baja con una retroexcavadora encima y sus dos acompañantes (dos carros particulares).
 - El retén estaba antes de la curva pero muy pegado a ésta. Estaba a

¹⁴ Octavo audio contenido en el CD obrante a folio 371A del cuaderno 1A.

- unos 15 metros antes de la curva.
- Se dio cuenta que había un retén porque vio conos. No tenían paletas para dar vía de un lado a otro. Había 10 conos, 10 delineadores.
 - Vio de 3 a 4 agentes de policía en ese retén, pero no recuerda bien porque han pasado varios años y además por el susto que pasó por lo sucedido.
 - Cuando llegó a la parte donde estaba orillada la cama baja, había otro camión delante de él, y la policía le hizo señas de que parara, y el camión paró.
 - Había 4 vehículos en el retén: la cama baja, los dos particulares que la acompañaban y el camión que estaba antes de él y que lo detuvieron.
 - Teniendo en cuenta que quedó en la vía, ya que no le hicieron señal de pare a él sino sólo al camión que estaba adelante, el conductor del tractocamión decidió proseguir, por lo que pasó por un lado del retén, para lo cual hizo la maniobra de invadir el carril contrario. En el momento no consideró que fuera mejor esperar, porque la policía no lo había parado y entonces siguió.
 - Ya pasando los últimos conos que estaban casi llegando a la curva, teniendo prácticamente metido el cabezote a su derecha, esto es, a su carril, el conductor sintió el golpe de la moto que apareció rápido y se pegó con la parte frontal derecha de la mula, en el bumper, en todo el capó, casi hacia el centro.
 - No vio venir la motocicleta, sólo sintió el impacto.
 - Se bajó a mirar qué le había pasado al motociclista y ya no había nada que hacer.
 - Desde que advirtió la presencia del retén hasta que hubo el impacto, cree que había unos 10 metros.
 - El retén no estaba bien ubicado porque no había sido instalado en toda la recta y no tenía paleteros para dar vía a lado y lado. Debió haber tenido visibilidad desde ambos lados.
 - En dicha curva no se puede adelantar porque los policías estaban muy precisos con el retén pegado a la curva.
 - Es una curva ciega, por lo que el conductor de la motocicleta no podía advertir que había un retén más adelante. Tampoco podía ver que el tractocamión venía.
 - Hay testigos que dan cuenta de que la culpa del accidente no fue del conductor del tractocamión sino del retén mal ubicado, que estaba montado prácticamente cerca de la curva.

4. Acreditación de los elementos del régimen de responsabilidad por falla en el servicio en el caso concreto

Los presupuestos que permiten endilgar responsabilidad bajo el título de imputación por falla en el servicio se concretan en el daño antijurídico sufrido por el interesado, la conducta anormal de la Administración, y finalmente, una relación de causalidad entre esta última y aquél, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio; aspectos cuya configuración en el *sub examine* se analizan a continuación.

4.1 El daño

En relación con la noción de daño, como primer requisito del proceso de determinación de la responsabilidad que le pueda caber a la entidad enjuiciada, la Sala observa que ese concepto se distingue del referido al perjuicio, entendido el primero como el hecho o situación objetiva verificable con los sentidos, que lesiona de manera definitiva un derecho o interés lícito o altera su goce pacífico; el segundo corresponde al menoscabo patrimonial subjetivo sufrido por la víctima del daño y como consecuencia directa de este, que comporta su faz indemnizable¹⁵.

Esa misma postura ha sido adoptada por el Consejo de Estado al señalar que *“(...) es necesario reiterar que el daño antijurídico es el primer elemento de la responsabilidad, y una vez verificada su configuración, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada, como quiera que aquél es requisito indispensable de la obligación de reparar. En ese orden de ideas, el daño, en su aspecto objetivo, debe ser entendido como la lesión de un derecho, interés o atributo de la persona, sin que exista la necesidad de relacionarlo con la actividad que lo causó, pues es una entidad fenoménica u ontológica que lejos de estar relacionado con el deber ser de las cosas, es un dato objetivo apreciable por los sentidos y, por consiguiente, una entidad natural. De allí que, la mera ocurrencia del daño y su nota de antijuricidad es el presupuesto indispensable que genera el deber de reparar. (...) La labor del juez, en principio, se reduce simple y llanamente a la constatación del daño como entidad, como violación a un interés legítimo, esto es, como fenómeno, como dato objetivo o de conocimiento dado por la experiencia, luego, aquél asume una posición axial frente al mismo, lo que imprime el sello de antijurídico o jurídico, y una vez estructurado éste, comprobar la posibilidad de imputación o no, a la entidad demandada”*¹⁶.

¹⁵ Antaño la Corte Suprema de Justicia afirmó que *“(...) el daño, considerado en sí mismo, es la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio, al tiempo que el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó”*. Sala de Negocios Generales, 13 de diciembre de 1943, M.P. Dr. Cardozo Gaitán.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de marzo de 2011. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Exp. 20001-23-31-000-1998-03813-

Es preciso recordar que en el ordenamiento jurídico colombiano, a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, no basta la demostración de la ocurrencia del daño puro y simple para exigir del Estado la obligación de repararlo, sino que se requiere que el mismo sea calificado como antijurídico¹⁷.

La antijuridicidad del daño representa, entonces, la ausencia del deber jurídico de soportarlo por parte de quien lo sufre. Ahora, el daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo se torna imprescindible que se acrediten los aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama, a saber: **i)** debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo, como se indicó; **ii)** que se lesione un derecho, bien o interés protegido legalmente por el ordenamiento; **iii)** que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente, de manera que no puede limitarse a una mera conjetura o alea.

En el caso que convoca la atención del Tribunal, según lo expuesto en la demanda y de conformidad con el material probatorio aportado al proceso, el daño alegado por la parte actora se concreta en el lamentable fallecimiento del señor Israel Gutiérrez Valencia el 12 de junio de 2013 a las 10:30 a.m. en el kilómetro 31 + 950 metros de la vía Cauyá – La Pintada, en las condiciones y de la manera referida en el acápite correspondiente de los hechos probados.

El citado daño consta además en la siguiente prueba documental, corroborada por la prueba testimonial recaudada¹⁸:

- Informe Pericial de Necropsia Médico Legal n° 2013010117614000013 del 12 de junio de 2013 (fls. 102 a 109, C.4), en el cual el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses concluyó que el señor

01(18451). Ver también sentencia del 19 de octubre de 2011, de la misma Corporación y Sección, con ponencia de la Dra. Olga Mélida Valle de De La Hoz.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de junio de 2001. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez. Rad. 05001-23-25-000-1992-3233-01(13233).

¹⁸ Sobre el particular, rindieron declaración los señores Jhon Jaime Orozco Flórez (minuto 1:12 a finalizar el tercer audio contenido en el CD obrante a folio 371A del cuaderno 1A, cuarto audio y quinto audio ibidem), Adrián Esteban Rendón Rincón (minuto 00:08 a finalizar el sexto audio contenido en el CD obrante a folio 371A del cuaderno 1A y séptimo audio ibidem), Julián González Valencia (octavo audio contenido en el CD obrante a folio 371A del cuaderno 1A), Luz Damary Uchima Guevara (noveno audio contenido en el CD obrante a folio 371A del cuaderno 1A), José Didier Chiquito Trejos (décimo audio contenido en el CD obrante a folio 371A del cuaderno 1A), Roberto Elías Lema Castro (minuto 00:01 a 17:02 del décimo primer audio contenido en el CD obrante a folio 371A del cuaderno 1A) y Nulber Londoño Velasco (minuto 17:10 a 27:33 del décimo primer audio contenido en el CD obrante a folio 371A del cuaderno 1A).

Israel Gutiérrez Valencia sufrió “(...) un TRAUMA CRANEO-ENCEFALICO (sic) SEVERO que gener[ó] FRACTURA DE BASE DE CRANEO (sic), dicho traumatismo genera un CUADRO de HIPERTENSION (sic) ENDO-CRANEANA SEVERA y por consiguiente la muerte en el lugar de los hechos” (fl. 113, ibidem).

- Registro Civil de Defunción expedido por la Registraduría Municipal de Riosucio, en el consta que el 12 de junio de 2013 falleció el señor Israel Gutiérrez Valencia (fl. 54, C.1).

Así pues, habiéndose constatado la existencia del daño invocado, pasa la Sala a abordar el análisis de la imputación a la parte demandada, en aras de establecer si aquél es atribuible o no a ésta.

4.2 La falla en el servicio

Se recuerda que, como se indicó al momento de señalar el título de imputación con el cual se debe analizar la responsabilidad de la parte demandada en este asunto, los accionantes aducen que la Policía Nacional omitió el reglamento previsto para instalar el puesto de control en la vía en la que ocurrió el accidente, y que al ocupar parte de uno de los carriles de la vía sin las medidas de seguridad requeridas, llevó a que el conductor del tractocamión ocupara en contravía, sobre una curva cerrada, el carril por el que se movilizaba el señor Israel Gutiérrez Valencia, lo que generó la colisión de ambos vehículos y el fallecimiento del motociclista.

Habida cuenta que la imputación realizada por la parte demandante alude a la omisión en el cumplimiento del procedimiento para la instalación de puestos de control, procede esta Sala de Decisión a establecer primeramente la existencia de un contenido obligacional a cargo de la entidad accionada en esta materia, para luego determinar, con base en las pruebas allegadas, si se configuró la falla invocada.

Tal como se indicó en el acápite de hechos probados, la Policía Nacional indicó que el procedimiento para instalar y ejecutar un puesto de control se encuentra estandarizado en la Suite Visión Empresarial SVE, con código 2CD-PR-0021 del 12 de julio de 2012. De lo anterior dan cuenta los Oficios n° 2173/SETRA – SOAPO 29 del 1° de octubre de 2013 (fl. 135, C.4) y n° 1117 SETRA – SOAPO 29 del 19 de junio de 2015 (fl. 200, C.4), suscritos por el Comandante Seccional Tránsito y Transporte del Departamento de Policía de Caldas.

Al examinar dicho procedimiento, el Tribunal observa que el fundamento

legal del mismo, según se indicó en el respectivo documento, es el siguiente:

- Constitución Política: artículos 2, 29 y 218.
- Ley 909 de 2004 (Código de Procedimiento Penal).
- Ley 599 de 2000 (Código Penal).
- Ley 872 de 2003 (Sistemas de Gestión de la Calidad en la Rama Ejecutiva del Poder Público y en otras entidades prestadoras de servicios).
- Ley 769 de 2002 (Código Nacional de Tránsito).
- Ley 1015 de 2006 (Régimen Disciplinario para la Policía Nacional).
- Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor).
- Decreto 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía).
- Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia).
- Ley 1275 de 2008 (sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres).
- Ley 1453 de 2011 (que reformó el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de la Infancia y la Adolescencia y las reglas sobre extinción de dominio, y dictó otras disposiciones en materia de seguridad).
- Resolución 0911 del 1º de febrero de 2010 (Manual de Patrullaje Urbano).
- Ley 0019 de 2012 (anti trámites).

Revisada cada una de las normas referidas, la Sala advierte que ninguna de ellas prevé de manera expresa y clara, la forma en la cual deben instalarse y ejecutarse puestos de control.

En efecto, el Código Nacional de Tránsito se limitó a definir el término “retén” como el “Puesto de control instalado técnicamente por una de las autoridades legítimamente constituidas de la Nación” (artículo 2); al paso que estableció facultades o competencias a cargo de la Policía Nacional, específicamente de sus cuerpos especializados de policía de tránsito urbano y policía de carreteras, para que en su calidad de autoridad de tránsito, vele por la seguridad de las personas y las cosas en la vía pública y privadas abiertas al público, con funciones de carácter regulatorio y sancionatorio, y acciones orientadas a la prevención y la asistencia técnica y humana a los usuarios de las vías (artículo 7). Adicionalmente, dispuso que la Policía Nacional debe reglamentar el funcionamiento de la Seccional de Formación y Especialización en Seguridad Vial, así como de sus cuerpos especializados de policía urbana de tránsito y policía de carreteras (parágrafo 2 del artículo 7).

Teniendo en cuenta lo anterior, este Tribunal adelantó la búsqueda

normativa y jurisprudencial respecto de los requisitos para instalar puestos de control, hallando que en concepto n° 20091340022421 del 20 de enero de 2009, expedido por el Ministerio de Transporte, se señaló que tal materia estaba regulada en la Resolución 9960 de 1992 (Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural para la Policía Nacional); afirmación ésta que también fue hecha por el Consejo de Estado en providencias relativas al tema¹⁹.

No obstante lo anterior, al examinar la Resolución 9960 de 1992, esta Corporación advierte que la misma no contempló un procedimiento específico para la instalación de puestos de control, pero realizó las siguientes precisiones aplicables a la materia:

- Definió puesto de control como el *“Lugar estratégico donde se cumplen actividades de registro y control en cumplimiento de los planes operativos, y cuyas características principales son la seguridad y movilidad de sus unidades”* (artículo 90).
- Estableció que la policía vial tiene el objeto de vigilar, hacer cumplir las normas y disposiciones que rigen y regulan el tránsito y transporte automotor por las carreteras nacionales; que debe velar por las condiciones de seguridad de los vehículos en circulación, remover los obstáculos en las vías, suministrar información a los usuarios cuando la soliciten, controlar el tránsito de vehículos sin luces o señales que permitan evitar accidentes, auxiliar a los conductores, asumir el control y dirección del tránsito en vías obstruidas y atender los accidentes en carretera (numeral 5 del artículo 116).
- Indicó que uno de los medios con los que cuentan las autoridades de policía, capaces de prevenir la comisión de los delitos y las contravenciones previstas en la ley penal y en los códigos de policía, son los reglamentos, entendidos como una manifestación de voluntad administrativa en forma de regla general escrita, emitida por una autoridad que tenga poder reglamentario (artículo 124).

La Sala observa que la ausencia de una reglamentación general expresa en materia de requisitos para la instalación de puestos de control, en contraste con la facultad que tienen los organismos de tránsito para organizar y dirigir lo relacionado con el tránsito y transporte en su respectiva jurisdicción

¹⁹ Al respecto, pueden consultarse las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: **i)** 12 de diciembre de 2019 (Consejera Ponente: Dra. María Adriana Marín, radicación número: 25000-23-26-000-2010-00543-01(47445)); **ii)** 25 de abril de 2018 (Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación número: 76001-23-31-000-2007-00284-01(41260)); y **iii)** 13 de febrero de 2015 (Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación número: 68001-23-15-000-2001-01547-01(31037)).

(artículos 2 y 6 del Código Nacional de Tránsito), conduce a esta Sala de Decisión a inferir que la Seccional de Tránsito y Transporte del Departamento de Policía de Caldas tenía competencia para establecer a través de manuales internos, las directrices para llevar a cabo las actividades propias de un puesto de control, tal como lo hizo en el procedimiento que obra en el expediente y que se mencionó en el acápite de hechos acreditados precisado en estas consideraciones.

Recuérdese que, según se ha planteado por la doctrina nacional²⁰, la actividad interna, intraorgánica o interorgánica de la Administración origina los denominados actos de administración, tales como instrucciones o circulares, que resultan obligatorios para el nivel interno de la entidad.

En ese sentido, a pesar del vacío normativo que sobre este tema parece existir, este Tribunal no puede pasar por alto que para la época de los hechos que dieron origen a esta demanda, existía la reglamentación interna que se acaba de mencionar, específicamente un manual, que establecía de qué manera debía adelantarse un puesto de control y, en ese sentido, la Seccional de Tránsito y Transporte del Departamento de Policía de Caldas debía sujetarse a aquél para el despliegue de sus operativos en carretera.

Esa es la interpretación que también hace el Consejo de Estado en las providencias referidas anteriormente²¹, en la medida en que reconoce que internamente la Policía Nacional y sus Seccionales de Tránsito manejan un manual de procedimiento para instalación de puestos de control, lo que guarda relación con la facultad legal que le asiste a tal entidad de instalar puestos de control para realizar operativos en las vías.

Precisado lo anterior y teniendo en cuenta el análisis realizado en el acápite de hechos probados en relación con los requisitos mínimos para la instalación de un puesto de control, esta Sala de Decisión advierte de manera evidente que la Policía Nacional, en efecto, desatendió el procedimiento previsto, en tanto:

²⁰ En efecto, sobre el particular puede consultarse el libro *Los convenios de la Administración: Entre la gestión pública y la actividad contractual* (Bogotá, Editorial Temis, 2020), páginas 108 y 109, en el cual se analiza por su autor (Augusto Ramón Chávez Marín) la naturaleza de los actos originados en la actividad interorgánica.

²¹ Al respecto, pueden consultarse las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: **i)** 12 de diciembre de 2019 (Consejera Ponente: Dra. María Adriana Marín, radicación número: 25000-23-26-000-2010-00543-01(47445)); **ii)** 25 de abril de 2018 (Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación número: 76001-23-31-000-2007-00284-01(41260)); y **iii)** 13 de febrero de 2015 (Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación número: 68001-23-15-000-2001-01547-01(31037)).

- No expidió previamente orden de servicios para realizar el puesto de control.
- No se asignaron las unidades policiales requeridas para la mencionada actividad y atendiendo la zona rural de la que se trataba y que exigía un mínimo de 10 policías.
- Excedió el límite de dos (2) horas previsto para realizar puesto de control en una misma zona.
- El puesto de control no fue ubicado en un lugar apropiado, en tanto se instaló no sólo cerca de una curva pronunciada, sino además ocupando parte de uno de los carriles sin usar la señalización adecuada, sin contar con policías asignados a manejar la señal de pare o siga, y a conducir el tránsito vehicular durante el tiempo que permanecieran en el sector. Lo anterior, con el fin de evitar congestión vehicular, así como riesgo para los conductores o peatones.
- Los vehículos seleccionados para el registro y control no se limitaron a aquellos que pudieran atender dadas las circunstancias antes referidas, esto es, número de policiales a cargo, ubicación del puesto de control y ausencia de señalización correspondiente, sin generar o incrementar riesgos para quienes transitaran por el lugar.
- No se dispusieron policiales a cargo de la seguridad y de la apertura a 50 o 100 metros de la entrada a dicho retén, como se señala en el esquema de cómo debe instalarse un puesto de control.

Tal como ha tenido oportunidad de señalarlo el Consejo de Estado²², “(...) el servicio policial debe prestarse con estricta aplicación al principio de planeación y, por tanto, los comandantes de la institución se encuentran obligados a planear y distribuir los servicios teniendo en cuenta las características del grupo a su mando, para prevenir y contrarrestar las diversas situaciones que atentan contra la seguridad y bienestar de la comunidad, mantener y defender el orden público, garantizando, a su vez, la vida, integridad y seguridad de los miembros de la fuerza pública, con ocasión de la prestación del servicio. (...)”. Y nótese cómo en el presente asunto la entidad demandada no efectuó los planes de prevención necesarios para minimizar los riesgos derivados del acto propio del servicio que estaba desarrollando.

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejera Ponente: Dra. María Adriana Marín. Sentencia del 12 de diciembre de 2019. Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00543-01(47445).

Todo lo anterior constituye una evidente falla en el servicio por parte de la Policía Nacional.

En relación con la responsabilidad del vehículo tipo tractocamión que se vio implicado en el accidente, el Tribunal advierte que el conductor del mismo incurrió en infracciones comprobadas al Código Nacional de Tránsito, pues realizó una maniobra de adelantamiento de vehículos no sólo en un tramo de la vía en donde existía línea separadora central continua o prohibición de adelantamiento, sino también cerca de una curva, siendo desfavorable por ello la visibilidad y ofreciendo peligro para quienes transitaran por el carril contrario. Lo anterior, en abierta contradicción con las prohibiciones previstas por el artículo 73 de la Ley 769 de 2002:

ARTÍCULO 73. PROHIBICIONES ESPECIALES PARA ADELANTAR OTRO VEHÍCULO. *No se debe adelantar a otros vehículos en los siguientes casos:*

(...)

En los tramos de la vía en donde exista línea separadora central continua o prohibición de adelantamiento.

En curvas o pendientes.

Cuando la visibilidad sea desfavorable.

(...)

En general, cuando la maniobra ofrezca peligro.

La anterior prohibición está relacionada con la obligación que les asiste a los conductores de vehículos de transitar por sus respectivos carriles, y de adelantar sólo cuando no entorpezca el tránsito ni ponga en peligro a los demás vehículos o peatones. Así se desprende del artículo 60 de la Ley 769 de 2002:

ARTÍCULO 60. OBLIGATORIEDAD DE TRANSITAR POR LOS CARRILES DEMARCADOS. *Los vehículos deben transitar, obligatoriamente, por sus respectivos carriles, dentro de las líneas de demarcación, y atravesarlos solamente para efectuar maniobras de adelantamiento o de cruce.*

(...)

PARÁGRAFO 2o. *Todo conductor, antes de efectuar un adelantamiento o cruce de una calzada a otra o de un carril a otro, debe anunciar su intención por medio de las luces direccionales y señales ópticas o audibles y efectuar la maniobra de forma que no entorpezca el tránsito, ni ponga en peligro a los demás vehículos o peatones.*

El artículo 131²³ de la Ley 769 de 2002 contempla expresamente sanciones para el conductor y/o propietario de un automotor que incurra en las infracciones relativas a adelantar a otro vehículo en curva, así como la de conducir realizando maniobras altamente peligrosas e irresponsables que pongan en peligro a las personas o las cosas.

Aun cuando esta Corporación no desconoce que las circunstancias en las cuales se instaló el puesto de control por parte de la Policía Nacional incidieron de una u otra manera en la comisión de las infracciones antes referidas, lo cierto es que tampoco puede pasar por alto que el conductor del vehículo obró imprudentemente, pues decidió *motu proprio* continuar su trayecto invadiendo para ello el carril contrario, no sólo sin esperar alguna señal de los uniformados o que los vehículos que habían sido detenidos para registro y control avanzaran, sino también sin cerciorarse que contaba con espacio suficiente para nuevamente devolverse a su carril o que no venía otro vehículo, pese a que, según consta en su declaración, observó que el retén se encontraba muy cerca de la curva.

La existencia del puesto de control, con las escasas señales usadas y que incluso fueron advertidas por el mismo conductor del tractocamión al llegar al sector, exigía de parte de éste que tomara las precauciones del caso,

²³ **“ARTÍCULO 131. MULTAS.** *Los infractores de las normas de tránsito serán sancionados con la imposición de multas, de acuerdo con el tipo de infracción así:*

A. Será sancionado con multa equivalente a cuatro (4) salarios mínimos legales diarios vigentes (SMLDV) el conductor de un vehículo no automotor o de tracción animal que incurra en cualquiera de las siguientes infracciones:

(...)

A.1. No transitar por la derecha de la vía.

A.9. Adelantar entre dos (2) vehículos automotores que estén en sus respectivos carriles.

(...)

D. Será sancionado con multa equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales diarios vigentes (smldv) el conductor y/o propietario de un vehículo automotor que incurra en cualquiera de las siguientes infracciones:

(...)

D.6. Adelantar a otro vehículo en berma, túnel, puente, curva, pasos a nivel y cruces no regulados o al aproximarse a la cima de una cuesta o donde la señal de tránsito correspondiente lo indique. En el caso de motocicletas se procederá a su inmovilización hasta tanto no se pague el valor de la multa o la autoridad competente decida sobre su imposición en los términos de los artículos 135 y 136 del Código Nacional de Tránsito.

D.7. Conducir realizando maniobras altamente peligrosas e irresponsables que pongan en peligro a las personas o las cosas. En el caso de motocicletas se procederá a su inmovilización hasta tanto no se pague el valor de la multa o la autoridad competente decida sobre su imposición en los términos de los artículos 135 y 136 del Código Nacional de Tránsito”.

realizando las maniobras necesarias para continuar por su ruta sin atentar contra su propia seguridad, la del resto de los vehículos y la de los peatones.

4.3 Nexos de causalidad

El simple incumplimiento de las obligaciones referidas a cargo de la Policía Nacional y de los particulares accionados, no genera una responsabilidad automática por la ocurrencia de un accidente, pues es necesario establecer si la referida omisión fue la causa del hecho o si se configuró alguna causal que rompiera la imputación.

Para el caso concreto y con fundamento en las razones que se indicaron al momento de analizar la falla en el servicio por parte de la Policía Nacional, este Tribunal considera que el desconocimiento de los requisitos mínimos en la instalación y ejecución de un puesto de control en el kilómetro 31 + 950 metros de la vía Cauyá – La Pintada, para el 12 de junio de 2013, constituye una causa eficiente en la producción del daño que se dice padecido por los demandantes, o si se quiere, contribuyó e incrementó las posibilidades de configuración del hecho dañino.

En efecto, de no haber existido el mencionado puesto de control de la manera en que se describió en esta providencia, el señor Israel Gutiérrez Valencia hubiera podido transitar por su carril sin la existencia del riesgo de que los vehículos que se desplazaban en sentido contrario pudieran invadir su carril por razón del obstáculo que la misma Policía Nacional generó en la vía.

Ahora, este Tribunal considera que en el deceso del señor Israel Gutiérrez Valencia también influyó como causa eficiente y determinante, la conducta imprudente del conductor del tractocamión, pues aun cuando las condiciones del puesto de control le permitieron invadir finalmente el carril izquierdo, lo cierto es que, contrario a lo manifestado por el Juez *a quo*, aquél no se vio **obligado** por ningún miembro de la Policía Nacional a continuar el trayecto de la manera en que lo hizo. Por lo contrario, fue su propia decisión, violatoria, como se vio, del Código Nacional de Tránsito, la que materializó el riesgo creado en la vía, que provocó la muerte del motociclista.

Atendiendo lo expuesto, la Sala considera que el hecho dañino no se produjo única y exclusivamente por la omisión de la Policía Nacional sino también por la conducta del conductor del tractocamión, pues de no ser así, se estaría haciendo apología al incumplimiento de las disposiciones legales en materia de tránsito y transporte y, adicionalmente se partiría de una premisa falsa,

pues si bien las condiciones del puesto de control crearon un riesgo para quienes transitaban por el lugar, lo cierto es que el conductor de la tractomula contribuyó de manera cierta y eficaz a la materialización del mismo.

En ese sentido, para esta Corporación, el daño invocado por los demandantes fue consecuencia tanto de la omisión de la Policía Nacional, como de la conducta del conductor del tractocamión, en porcentajes de contribución causal del 50% cada uno.

El Tribunal precisa que la supuesta culpa de la víctima en su deceso no habrá de ser analizada en esta instancia, como quiera que así no lo solicitó la Policía Nacional en su recurso de apelación. No obstante lo anterior, la Sala deja constancia de que no existe ningún elemento material probatorio a través del cual se acredite que el señor Israel Gutiérrez Valencia transitaba a alta velocidad en su motocicleta o desconociendo alguna de las normas de tránsito, con lo cual hubiera contribuido al daño o incluso provocarlo.

5. Responsabilidad solidaria del señor Juan Augusto Ríos Osorio y de COLDETRANS

De conformidad con el certificado expedido el 3 de septiembre de 2014 por la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santa Rosa de Osos (fl. 69, C.1), el tractocamión de placas TTG200 es propiedad del señor Juan Augusto Ríos Osorio y, en tal sentido, recae en él la obligación de reparar el daño que fuere causado con su vehículo a terceros.

Ahora bien, aun cuando no reposa en el expediente el contrato de afiliación correspondiente, el Tribunal observa que el citado automotor se encontraba afiliado a la empresa COLDETRANS, pues dicho hecho fue aceptado expresamente como cierto por el señor Juan Augusto Ríos Osorio y la citada compañía en las respectivas contestaciones de la demanda.

En reciente sentencia del 5 de abril de 2021²⁴, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia precisó lo siguiente respecto de la responsabilidad solidaria que se predica por parte del propietario del vehículo con el cual se genera un daño y de la empresa de transporte a la cual se encuentra afiliado éste:

En relación con esta temática tiene dicho la Corte que:

²⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Sentencia SC1084-2021 del 5 de abril de 2021. Radicación número: 68001-31-03-003-2006-00125-01.

(...) por principio la prueba por cualquier medio probatorio idóneo de la afiliación o vinculación del vehículo destinado al transporte, 'legítima suficientemente a la empresa afiliadora para responder por los perjuicios que se causan a terceros en el ejercicio de la actividad peligrosa que entraña la movilización de vehículos automotores para la satisfacción del aludido servicio, pues si ella es la que crea el riesgo...' (cas. civ. sentencia número 021 de 1º de febrero de 1992) debe responder por los daños causados, dado que 'el solo hecho de estar afiliado un vehículo a determinada sociedad, implica que ésta en principio soporta alguna responsabilidad y tenga algún control sobre el vehículo' (CCXXXI, 2o volumen, 897), quedando comprendido el detrimento en la esfera o círculo de su actividad peligrosa. (CSJ SC de 17 may. 2011, rad. 2005-00345-01).

De allí que, en concordancia, el artículo 991 del Código de Comercio, modificado por el canon 9º del decreto 01 de 1990, consagre que «[c]uando la empresa de servicio público no sea propietaria o arrendataria del vehículo en que se efectúa el transporte, o no tenga a otro título el control efectivo de dicho vehículo, el propietario de éste, la empresa que contrate y la que conduzca, responderán solidariamente del cumplimiento de las obligaciones que surjan del contrato de transporte. La empresa tiene el control efectivo del vehículo cuando lo administra con facultad de utilizarlo y designar el personal que lo opera, directamente y sin intervención del propietario.»

(...)

La posición de guardián de la actividad desarrollada con un rodante causante de daños en accidente de tránsito se predica de las empresas de transporte, entre otras personas, «no sólo porque obtienen aprovechamiento económico como consecuencia del servicio que prestan con los automotores así vinculados sino debido a que, por la misma autorización que le confiere el Estado para operar la actividad, pública por demás, son quienes de ordinario ejercen sobre el automotor un poder efectivo de dirección y control, dada la calidad que de tenedoras legítimas adquieren a raíz de la afiliación convenida con el propietario o poseedor del bien, al punto que, por ese mismo poder que desarrollan, son las que determinan las líneas o rutas que debe servir cada uno de sus vehículos, así como las sanciones a imponer ante el incumplimiento o la prestación irregular del servicio, al tiempo que asumen la tarea de verificar que la actividad se ejecute previa la reunión integral de los distintos documentos que para el efecto exige el ordenamiento jurídico y las condiciones mecánicas y técnicas mediante las cuales el parque automotor a su cargo debe disponerse al mercado.» (CSJ SC de 20 jun. 2005, rad. 7627).

Así las cosas, para este Tribunal, tanto el señor Juan Augusto Ríos Osorio como la empresa COLDETRANS, deben responder solidariamente por el

50% en que se estima que contribuyó el conductor del vehículo tractocamiión en la muerte del señor Israel Gutiérrez Valencia.

6. Sobre el reconocimiento y liquidación de perjuicios

En tanto la entidad recurrente no discutió el reconocimiento y liquidación que el Juez de primera instancia hizo respecto de los perjuicios solicitados por la parte actora, esta Sala de Decisión se abstendrá de analizar este aspecto.

7. Responsabilidad de los llamados en garantía

El llamamiento en garantía es una figura procesal que se fundamenta en la existencia de un derecho legal o contractual, que vincula a llamante y llamado y permite traer a éste como tercero para que haga parte de un proceso, con el propósito de exigirle la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir el llamante como producto de la sentencia o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso correspondiente. Se trata de una relación de carácter sustancial que vincula al tercero citado con la parte principal que lo cita y según la cual aquél debe responder por la obligación que surja en virtud de una eventual condena contra el llamante.

El artículo 225 del CPACA, regula la figura del llamamiento en garantía así:

ARTÍCULO 225. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

El llamado, dentro del término de que disponga para responder el llamamiento que será de quince (15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado.

El escrito de llamamiento deberá contener los siguientes requisitos:

- 1. El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede comparecer por sí al proceso.*
- 2. La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito.*

3. Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen.

4. La dirección de la oficina o habitación donde quien hace el llamamiento y su apoderado recibirán notificaciones personales.

El llamamiento en garantía con fines de repetición se regirá por las normas de la Ley 678 de 2001 o por aquellas que la reformen o adicionen.

a) Llamada en garantía por parte del señor Juan Augusto Ríos Osorio

En punto al llamamiento en garantía de la aseguradora Allianz Seguros S.A., se recuerda que éste se efectuó con fundamento en la póliza de autos n° 021226541/41 suplemento 1, con vigencia entre el 20 de abril de 2013 y el 19 de abril de 2014 (fls. 142 a 144, C.1 y 246 a 281, C.1A).

En relación con el citado llamamiento en garantía, la aseguradora propuso los medios exceptivos que se resuelven a continuación:

- **“PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO”.**

Allianz Seguros S.A. manifestó que en este caso se configuró la prescripción ordinaria de las acciones que se derivan del contrato de seguro, por cuanto transcurrieron más de dos (2) años entre la fecha en que la víctima falleció y aquella en la cual fue vinculada al proceso la aseguradora.

La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro se encuentra regulada en el artículo 1.081 del Código de Comercio, así:

ARTÍCULO 1081. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. *La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.*

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

Ahora bien, como lo ha señalado el Consejo de Estado²⁵ con fundamento en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia²⁶, para el cómputo del término de prescripción precitado se debe tener en cuenta lo previsto en el artículo 1.131 del Código de Comercio, puesto que “<<(…) La demanda judicial o extrajudicial de la indemnización de la víctima al asegurado, la toma el citado precepto como hecho mínimo para la exigibilidad de la responsabilidad que pueda reclamar el asegurado frente al asegurador […] Luego si solo desde ese instante puede reclamarse la responsabilidad al asegurador por parte del asegurado, mal puede hacerse el cómputo de la prescripción desde época anterior.>>”.

El artículo 1.131 del Código de Comercio dispone:

ARTÍCULO 1131. OCURRENCIA DEL SINIESTRO. *En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial.*

Bajo ese entendimiento y teniendo en cuenta que el término de prescripción en este caso comenzaba a correr a partir de la fecha de notificación de la demanda al señor Juan Augusto Ríos Osorio y a COLDETRANS, esto es, desde el 4 de julio de 2015, y vencía el 4 de julio de 2017, se concluye que la acción derivada de la póliza no había prescrito para cuando se le notificó a Allianz Seguros S.A. el llamamiento en garantía (20 de abril de 2016).

- **“LA RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA ALLIANZ SEGUROS S.A. SE ENCUENTRA LIMITADA”.**

Allianz Seguros S.A. sostuvo que su eventual responsabilidad se encuentra limitada por el valor de la suma asegurada establecida en el contrato de seguro, por encima de la cual no puede proferirse condena.

El valor que tendría que asumir la aseguradora corresponde al 50% de la condena impuesta en primera instancia, que fue de \$213'388.909,17 por concepto de perjuicios materiales y de 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes por perjuicios morales (\$414'058.000 a 2019), para

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Martín Bermúdez Muñoz. Sentencia del 3 de agosto de 2020. Radicación número: 76001-23-31-000-2006-02078-01(43650).

²⁶ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 18 de mayo de 1994, rad. 4106.

un total de: \$627'446.909,17.

Ahora, conforme a la póliza de seguro, el valor asegurado por concepto de responsabilidad civil extracontractual asciende a la suma de \$3.000'000.000 (fl. 142, C.1).

Sin perjuicio de que la suma que la aseguradora tiene que asumir es inferior al valor asegurado, lo cierto es que el medio exceptivo formulado es procedente, en la medida en que efectivamente existe un límite para dicho pago, y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

▪ ***“EXISTENCIA DE DEDUCIBLE”.***

Conforme se observa en lo pactado en la póliza de seguro, se acordó el pago de un deducible de \$1.100'000.000 del valor asegurado de \$3.000'000.000 (fl. 142, C.1).

En ese sentido, esta Corporación declarará probada la citada excepción, pues al afectarse parte del valor asegurado en la póliza, el asegurado deberá asumir el valor que corresponda por concepto de deducible.

▪ ***“FALTA DE CONFIGURACION (sic) ACTUAL DEL SINIESTRO”.***

Adujo la aseguradora que no se encuentran demostrados los perjuicios reclamados en la demanda y, por ello, hasta tanto no se acredite la ocurrencia del siniestro, su cuantía y se haya declarado judicialmente responsable al llamante en garantía, el amparo o cobertura de la póliza no resulta aplicable.

Dado que en este proceso se demostró que efectivamente el vehículo tractocamión respecto del cual se constituyó la póliza de seguro, colisionó con la motocicleta en la que se desplazaba el señor Israel Gutiérrez Valencia, produciendo la muerte inmediata de éste; y que además dicho impacto fue consecuencia en parte de la conducta imprudente del conductor del automotor implicado, esta Sala de Decisión considera que sí se configuró el siniestro y, por ende, se hará efectiva la garantía referida en la póliza, teniendo en cuenta en todo caso el límite de valor asegurado, así como el deducible que el asegurado habrá de asumir.

Por lo expuesto, la Sala declarará no probadas las excepciones de ***“PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE***

SEGURO” y “FALTA DE CONFIGURACION (sic) ACTUAL DEL SINIESTRO”; mientras que tendrá por probadas las de **“LA RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA ALLIANZ SEGUROS S.A. SE ENCUENTRA LIMITADA” y “EXISTENCIA DE DEDUCIBLE”.**

b) Llamada en garantía por parte de la empresa COLDETRANS

Conforme se indicó en el acápite de antecedentes, COLDETRANS denunció el pleito a la Cooperativa Quindiana de Transportadores Ltda., aduciendo que el tractocamión implicado transportaba carga de dicha empresa y, por lo tanto, tiene calidad de solidario y civilmente responsable (fls. 209 a 211, C.1). Acotó que para el mes de los hechos, COLDETRANS nunca cargó bajo su responsabilidad el referido vehículo.

A la denuncia en pleito, el Juzgado de primera instancia le imprimió el trámite de llamamiento en garantía.

Al respecto, esta Corporación estima que en el proceso no se acreditó el derecho legal o contractual a través del cual COLDETRANS pudiera exigirle a la Cooperativa Quindiana de Transportadores Ltda. que responda por la condena que aquella debe asumir de manera solidaria con el señor Juan Augusto Ríos Osorio. Lo anterior, en la medida en que, independientemente del contrato para la carga de mercancía perteneciente a la cooperativa, que además no fue allegado al expediente, lo cierto es que el vehículo tractocamión siguió estando vinculado a la empresa transportadora, lo que impide que ésta pueda exonerarse de la responsabilidad extracontractual.

No hay prueba alguna en el expediente que permita afirmar que el hecho que la carga que transportaba el tractocamión el día del accidente fuera propiedad de la Cooperativa Quindiana de Transportadores Ltda., implica que ésta debía asumir la responsabilidad de guardián de la actividad que el vehículo realizaba.

Recuérdese que, como se indicó anteriormente, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que la empresa a la cual está afiliado el vehículo es quien tiene el control efectivo del mismo al momento de administrarlo con facultad de utilizarlo y de designar incluso al personal que lo opera, sin intervención del propietario; y que sólo cuando se demuestre que la empresa no tiene dicho control del automotor, entrarían a responder solidariamente el propietario, quien contrató y el conductor, por las obligaciones que surjan del contrato de transporte, conforme al artículo 991 del Código de Comercio. En este caso, se repite, COLDETRANS no acreditó que no tuviera el control efectivo del vehículo.

Bajo ese entendimiento, esta Sala de Decisión declarará probada la excepción formulada por la Cooperativa Quindiana de Transportadores Ltda. y que denominó: ***“INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD”***; absteniéndose entonces de resolver sobre los demás medios exceptivos propuestos por la llamada en garantía.

Conclusión

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, se concluye que en este caso se acreditó la existencia de responsabilidad extracontractual por parte de la Policía Nacional (en un 50%) y del señor Juan Augusto Ríos Osorio y COLDETRANS (en un 50% de manera solidaria), en el fallecimiento del señor Israel Gutiérrez Valencia. En ese orden de ideas, habrá de modificarse la providencia objeto de apelación, para declarar igualmente responsables del daño antijurídico al señor Juan Augusto Ríos Osorio y a COLDETRANS, así como para precisar los porcentajes de participación de los mismos en el hecho dañino.

Adicionalmente, se condenará a Allianz Seguros S.A. a que reembolse el valor a que está obligado a pagar el señor Juan Augusto Ríos Osorio, llamante en garantía, con ocasión de este proceso.

De otra parte, se negará el llamamiento en garantía frente a la Cooperativa Quindiana de Transportadores Ltda.

Finalmente se precisa que, en tanto no fueron objeto de apelación, el Tribunal mantendrá la decisión adoptada por el Juez de primera instancia en relación con los perjuicios reconocidos y su monto.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que la demanda no fue presentada con manifiesta carencia de fundamento legal, como lo exige la norma.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. MODIFÍCASE la sentencia del cinco (5) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de reparación directa promovido por los señores Omaira Guerrero Largo y otros contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, COLDETRANS S.A. y el señor Juan Augusto Ríos Osorio, en el cual fueron llamados en garantía Allianz Seguros S.A. y la Cooperativa Quindiana de Transportadores Ltda.

Lo anterior, en el siguiente sentido:

Segundo. MODIFÍCASE el ordinal primero de la providencia recurrida, el cual quedará así:

DECLÁRASE administrativa y patrimonialmente responsables a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, en un 50%, y de manera solidaria al señor Juan Augusto Ríos Osorio y a COLDETRANS en el 50% restante, por los perjuicios causados a la parte actora, con ocasión del fallecimiento del señor Israel Gutiérrez Valencia.

Tercero. ADICIÓNANSE los siguientes incisos al ordinal segundo del fallo apelado, así:

DECLÁRANSE no probadas las excepciones propuestas por el señor Juan Augusto Ríos Osorio y COLDETRANS, que denominaron: “HECHO DE UN TERCERO”, “CONCURSO DE LA VICTIMA (sic) DEL DAÑO”, “INEXISTENCIA DE LOS DAÑOS ALEGADOS POR LOS DEMANDANTES”, “INEXISTENCIA DE PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS DEMANDADOS” e “(...) INNOMINADA”.

DECLÁRANSE no probados los siguientes medios exceptivos formulados por Allianz Seguros S.A.: “PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO” y “FALTA DE CONFIGURACION (sic) ACTUAL DEL SINIESTRO”.

DECLÁRANSE probadas las excepciones propuestas por Allianz Seguros S.A. y que denominó: “LA RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA ALLIANZ SEGUROS S.A. SE ENCUENTRA LIMITADA” y “EXISTENCIA DE DEDUCIBLE”.

DECLÁRASE probado el siguiente medio exceptivo formulado por la Cooperativa Quindiana de Transportadores Ltda.: “INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD” y, en consecuencia, ABSUÉLVESE de responsabilidad a la citada llamada en garantía.

Cuarto. REVÓCASE el ordinal tercero de la providencia objeto de debate, con el cual se negaron las pretensiones de la demanda respecto del señor Juan Augusto Ríos Osorio y COLDETRANS.

Quinto. MODIFÍCASE el ordinal cuarto de la sentencia de primera instancia, el cual quedará así:

CONDÉNASE a Allianz Seguros a que con cargo a la póliza de autos n° 021226541/41 suplemento 1, y teniendo en cuenta en todo caso el límite del valor asegurado, así como el deducible que el asegurado deba pagar por dicho concepto, asuma la condena impuesta de manera solidaria contra el señor Juan Augusto Ríos Osorio.

Sexto. MODIFÍCANSE los ordinales quinto y séptimo del fallo objeto de apelación, en el sentido de disponer que la condena por concepto de perjuicios, tanto materiales como morales, se predica en un 50% frente a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, y en un 50% y de manera solidaria respecto del señor Juan Augusto Ríos Osorio y de COLDETRANS S.A.

Séptimo. En lo demás, **CONFÍRMASE** la providencia recurrida.

Octavo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

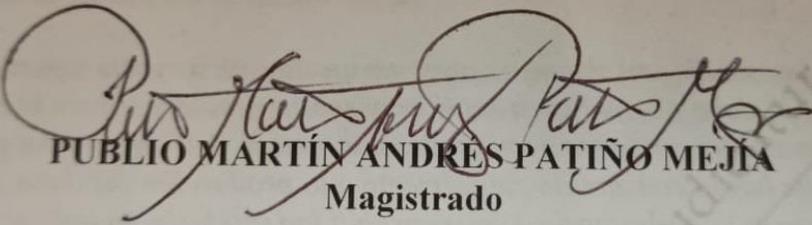
Noveno. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

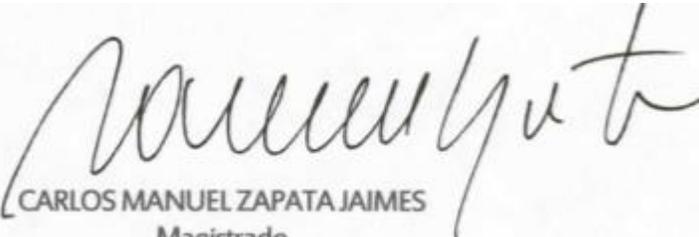
Décimo. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 153

FECHA: 29/08/2022



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

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

PROCESO No.	17001-33-39-007-2020-00150-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	AUGUSTO GÓMEZ ARBELÁEZ
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el fallo que negó las pretensiones, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, de fecha 09 de diciembre de 2021, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Solicitó la parte actora, declarar la nulidad del acto ficto presunto negativo, al no resolver petición sobre el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a que tienen derecho los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que no tuvieron derecho a la pensión gracia por haber sido nombrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 o ser de vinculación nacional, de acuerdo a lo establecido el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

Que, como consecuencia de la declaración de nulidad, se ordene como restablecimiento del derecho, el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en la Ley 91 de 1985.

Que se ordene a la entidad accionada indexar las sumas que le sean reconocidas por concepto de la presente condena, y el cumplimiento del fallo en los términos del artículo 192 y siguientes del CPACA.

Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso.

HECHOS

El señor **Gómez Arbeláez** fue nombrado como docente en fecha posterior al 01 de enero de 1981.

Mediante Resolución nro. 0150 del 21 de febrero de 2018 le fue reconocida al señor **Gómez Arbeláez** una pensión de jubilación.

Mediante petición radicada ante el FNPSM solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, petición que no fue resuelta, generando acto ficto negativo.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Ley 91 de 1989 Artículo 15 y la Sentencia de unificación, SUJ—014— CE—S2—2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Como sustentó del concepto de violación, señaló que el objetivo de la ley que creo esta prestación, fue en compensar con esta prestación a quienes no tenían derecho a la pensión de gracia, derecho establecido mucho antes de reconocerse la mesada en la ley 100 de 1993.

Señaló, que cuando se estableció el pago de una mesada adicional para los pensionados en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, ya existía para los docentes del Magisterio que fueron vinculados después de 1981, conforme lo establece la ley 91 de 1989 una prima de medio año equivalente a una mesada pensional a partir de la adquisición del derecho pensional, sin que se realizara alguna derogatoria del beneficio reclamado.

Finalmente, agregó que, es claro que el numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 nada tiene que ver con la mesada pensional causada con posterioridad al año 2005, pues el régimen especial, que contiene la misma, identifica una prima, que "equivale" a una mesada pensional, situación diferente a la prestación acontecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones, puesto que los actos demandados se ajustan a derecho.

Como argumentos de defensa señaló que, el acto administrativo demandado fue proferido atendiendo los parámetros normativos vigentes que versan sobre el reconocimiento, pago y reliquidación de pensiones y además de el mismo se presume su legalidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011.

Que el FOMAG debe sujetarse a lo determinado por la Ley para la expedición de actos administrativos que traten temas de reconocimiento pensional o prestacional, esto es, bajo los parámetros de la Ley 91 de 1989, por la cual se creó el precitado fondo y, el que señaló que, los docentes en materia prestacional se regirían por las disposiciones ahí señaladas, las cuales se resumen así:

Los docentes nacionalizados que se vincularon hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes; y los nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, se regularían por las disposiciones vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en dicha ley.

Con fundamento en la normativa y Jurisprudencia antes transcrita se determina que, la mesada 14 no puede ser reconocida a personas cuyo derecho pensional se consolide con posterioridad a la entrada en vigencia del citado acto legislativo, salvo aquellas que perciban una pensión igual o inferior a 3 SMLMV, y que la misma se hubiere causado antes del 31 de julio de 2011.

De esta manera, se encuentra acreditado que la parte demandante causó su derecho pensional el 10 de julio de 2015, es decir con posterioridad de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 de 2005, por lo que no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14

Propuso como excepción la que denominó:

LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD: afirma que los actos demandados se encuentran ajustados a derecho, se profirió en estricto seguimiento de las normas legales vigentes ya aplicables al caso de la demandante.

□ **INEPTITUD DE LA DEMANDA POR CARENCIA DE FUNDAMENTO JURÍDICO:** asegura que los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tiene derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio del 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6° del artículo 1 del Acto Legislativo en mención

□ **PRESCRIPCIÓN:** solicita al Despacho estudiar la prescripción respecto de las mesadas pensionales en las que haya operado este fenómeno.

□ **COMPENSACIÓN:** solicita su aplicación frente a cualquier suma de dinero que resulte probada en el proceso a favor del demandante y que haya sido pagada por mi representada.

□ **SOSTENIBILIDAD FINANCIERA:** manifiesta que conforme con el Acto Legislativo 03 de 2011 el Estado fortalece la normatividad referente al principio del equilibrio financiero consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, debido a que obliga a todos los órganos y ramas del poder público a orientar sus actividades dentro de un marco de sostenibilidad fiscal.

□ **BUENA FE:** asegura que la entidad actúa de buena fe cuando es respetuoso de la legislación existente en materia de pensiones, con base en nuestro ordenamiento Constitucional y Procedimental aplicando a cada caso en particular la legislación vigente.

□ **LA CONDENA EN COSTAS NO ES OBJETIVA, SE DESVIRTUAR LA BUENA FE DE LA ENTIDAD:** insiste en que el Consejo de Estado ha manifestado que la condena en costas no es objetiva, sino que debe entonces el Juez tener en cuenta la buena fe de la entidad respecto a sus actuaciones procesales

□ **GENÉRICA:** solicita al Despacho reconocer las que resulten demostradas en el curso del proceso.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 09 de diciembre de 2021, negó las pretensiones de la demanda después de plantearse como problema jurídico principal, si a la actora le asistía el derecho a que se le reconociera la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989.

Tras hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional consagrada en la Ley 91 de 1985, concluye que, para determinar si un docente es beneficiario de la mesada 14 se debe determinar si se causó la pensión antes del 31 de julio de 2011 y si la prestación reconocida en inferior a 3 salarios mínimos mensuales vigentes.

Sobre el caso concreto indicó que la actora adquirió el estatus pensional con posterioridad al 31 de julio de 2011, por lo que no tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14, y por ello niega las pretensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de alzada de forma oportuna, mediante memorial visible en PDF 025 del expediente digital de primera instancia.

Después de hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional de mitad de año, señaló que el actor reúne los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento a la prima de mitad de año, equivalente a una mesada pensional, pues en el presente caso, el docente se vinculó al magisterio después del 01 de enero de 1981, por lo tanto, cumple con el primer requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que indica que tiene derecho a la prima de mitad de año, aquellos docentes que se hayan vinculado a partir del 01 de enero de 1981.

Cabe recordar una vez más, que la prima de mitad de año, fue prevista por el legislador como un beneficio adicional a la pensión de jubilación, para aquellos docentes que por su fecha de vinculación no tenían derecho a la pensión gracia, de ahí -señala el apelante- que por el hecho de que se pague en junio y que equivalga a una mesada pensional, no desnaturaliza su calidad de prima de beneficio solo para los docentes que cumplen los requisitos establecidos en el numeral 2, literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y tampoco la convierte en la mesada adicional creada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, pues la naturaleza de ambas es diferente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a la constancia secretarial visible en PDF nro. 05 del expediente digital de segunda instancia las partes y el Ministerio Público 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.

Los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en el siguiente interrogante:

¿Tiene derecho el señor Gómez Arbeláez a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

LO PROBADO

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

- Mediante Resolución nro. nro. 0150 del 21 de febrero de 2018 le fue reconocida al señor **Gómez Arbeláez** una pensión de jubilación, efectiva desde el 14/11/2017 siendo que adquirió el derecho pensional el 13/11/2017; en cuantía de \$2.840.846.00 (pdf nro. 02 del expediente digital de primera instancia)
- Mediante petición radicada el 28/06/2019 solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, siendo negada mediante silencio administrativo negativo.

Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹, que reguló dos eventos:

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.
- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

El Acto Legislativo n° 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el párrafo transitorio 1º, lo siguiente:

***PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o.** El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan*

¹http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

ARTÍCULO 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:*

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:[...]

B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. [...] (Negrillas fuera de texto)

Respecto de la mesada catorce contemplada para los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia, el Consejo de Estado Sala de Servicio Civil y consulta en concepto del 22 de noviembre de 2007², esgrimió:

2. La mesada adicional del mes de junio:

2.1. Su origen y evolución:

Como lo reseña la consulta de la señora Ministra, la mesada adicional del mes de junio fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4ª de 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberle significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988 18. Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes de junio, relacionando sus destinatarios. Las

expresiones subrayadas fueron declaradas inexecutable 19, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales pensionados: Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado, y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994. / Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

"Parágrafo. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual."

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 1993, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."²¹

Por sus antecedentes y su ubicación en el cuerpo normativo, la mesada adicional es parte del sistema general de pensiones. Esta afirmación se refuerza al observar que la misma ley 100, artículo 279, excluía del régimen general a varios grupos de pensionados, pese a lo cual el texto del artículo 142 incluyó de manera expresa uno de esos grupos, el de "los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía", para que pudieran gozar del beneficio de la mesada adicional. En este sentido, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-461-95, al ordenar aplicar un beneficio similar a los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio:

"La excepción al régimen general, consagrada en el artículo 279 de la ley 100, es total. Vale decir, a los afiliados del mencionado Fondo no se les aplica la Ley 100, en ninguna de sus partes, en lo referente al Sistema Integral de Seguridad Social. El artículo 142 – que consagra la mesada adicional para pensionados – tampoco se aplicaría a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que tal artículo forma parte del Sistema Integral de Seguridad Social."²²

Ahora bien, en nuestro ordenamiento es claro que los requisitos, condiciones y beneficios que configuran un régimen general o un régimen especial, son excluyentes²³, de manera que los destinatarios de uno y de otro se sujetan en su integridad al que les sea aplicable; salvo disposición legal en contrario que extienda un beneficio del régimen general a los pensionados bajo regímenes especiales, pero sin modificar estos últimos, como es el caso que nos ocupa.

Es claro que la mesada adicional creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 es un beneficio del sistema general de pensiones, y por lo mismo, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente por el artículo 279 de la misma ley 100; al analizar esta última disposición, la Corte Constitucional con base en la ley 91 de 1989 encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión de gracia y los

vinculados al fondo de Prestaciones del Magisterio, antes del 1º de enero de 1988, sin derecho a esa pensión, configuraban una excepción arbitraria pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados²⁴; y tomó esta situación como ejemplo de comparación entre el régimen general y los regímenes especiales, a fin de determinar la constitucionalidad de estos; así, en la sentencia C-080-9925, se lee:

"...7. Con base en los anteriores criterios, la Corte concluyó que, por ejemplo, la exclusión de la mesada pensional adicional prevista por la Ley 100 de 1993 a ciertos maestros desconocía la igualdad, por cuanto estos no gozaban, dentro de su régimen especial, de ningún beneficio similar o equivalente 'que obre como compensación por el deterioro que causa la inflación sobre el poder adquisitivo de las pensiones... 8. El análisis precedente muestra que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, en principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a otras prestaciones..."

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-9426 que declaró inexequibles las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988", del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda" afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995²⁷, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPETROL y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

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

Destaca la Sala que la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.

Es decir, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

2.2. La supresión de la mesada adicional del mes de junio:

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 200428, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

"Las personas a las que se les reconozca pensión a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año."

Esta propuesta no encontró reparos en el Congreso y desde el inicio de los debates fue modificada para que la prohibición no quedara referida al reconocimiento de la pensión sino a su causación; así, la norma aprobada como inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, ordena:

"Artículo 1º...

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento."

En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el párrafo transitorio 6º del Acto Legislativo No. 01 del 2005: "Párrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 2005²⁹, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el párrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del párrafo transitorio 6° del mencionado acto legislativo.

Con base en las premisas anteriores,

SE RESPONDE:

"1. Desde la perspectiva jurídica, por gozar los docentes de un régimen especialísimo de pensiones y al haber sido excluidos de la aplicación del Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional del mes de junio?"

Los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio del 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6° del artículo 1° del Acto Legislativo en mención.

"2. De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005, ¿la vigencia del régimen exceptuado de los docentes afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expirará el 31 de julio del año 2010?"

Sí; de manera que en virtud del Acto Legislativo No. 01 del 2005, son tres los regímenes pensionales aplicables al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

a). el de la ley 91 de 1989 y demás leyes vigentes al 27 de junio del 2003, para los docentes vinculados al servicio con antelación al 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007).

b). el de prima media con prestación definida de las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003, pero con edad de 57 años para hombres y mujeres, tratándose de los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007);

c). el del Sistema General de Pensiones, para las pensiones que se causen después del 31 de julio del 2010 (párrafo transitorio segundo del artículo 1° del Acto Legislativo No. 01 del 2005).

[...] (negrillas y subrayas de la Sala)

Ahora bien, respecto de la aplicación del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado en providencia del 1 de febrero de 2018 expuso:

La accionante, centra su inconformidad en la interpretación que fue dada por el Tribunal Administrativo del Tolima, a las normas del Acto Legislativo 01 de 2005 que hace referencia a los regímenes pensionales exceptuados,

especialmente, el relacionado con la carrera docente y sus derechos pensionales.

Al respecto, indicó que en relación con la mesada catorce, la procedencia para su reconocimiento es la fecha en que se presentó la vinculación al servicio oficial de educación, y no, como razón la autoridad judicial accionada, la fecha de adquisición del estatus pensional por parte de quien pretende el reconocimiento de dicha prestación económica.

Sobre el particular, este juez constitucional encuentra que la interpretación dada por el tribunal accionado, resulta razonable y por lo tanto, los defectos alegados por la parte accionante, no se configuran. Lo anterior, bajo las siguientes consideraciones:

Como se expuso en el acápite de hechos probados en de la presente providencia, en la sentencia que resolvió en segunda instancia sobre las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de la actora, el fallador parte de la base de establecer con claridad el régimen aplicable (i) tanto al reconocimiento pensional docente, así como a (ii) la mesada adicional número catorce.

Respecto al segundo de los aspectos, el cual resulta ser el relevante para el sub lite, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, señaló que tras la inclusión de la mesada catorce como un beneficio de los docentes oficiales (a través de la Ley 238 de 1995), con el Acto Legislativo 01 de 2005 se establecieron condiciones específicas para su reconocimiento, de las cuales se puede concluir que (i) la mesada adicional catorce no será pagada a quienes causen su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del acto reformativo de la constitución y (ii) se exceptúan de ello a quienes obtenga su estatus pensional antes del 31 de julio del 2011, y tengan igual o menos de tres salarios mínimos como monto reconocido.

La conclusión expuesta en precedencia, tuvo como sustento una lectura armónica de las disposiciones del citado acto reformativo de la constitución, especialmente, lo fijado en el inciso 8º del artículo 1º del mismo, el cual señala que "las personas cuyo derecho de pensión se cause a partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

Fundamentó la autoridad judicial accionada dicha interpretación, no sólo en la lectura de las normas, sino también en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 22 de noviembre del 2007, radicado 2007-0084, en donde se expuso lo dicho en precedencia.

A su vez, la autoridad judicial accionada señaló que conforme al concepto del Consejo de Estado, el beneficio de la mesada catorce en favor de los docentes oficiales, si bien fue incluido excepcionalmente, ello no implica una modificación del régimen que regula su situación pensional, razón por la cual, al mantenerse como un beneficio del régimen general (Ley 100 de 1993), "la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales".³⁴

3

4

Así las cosas, para esta judicatura, la interpretación dada por la el Tribunal Administrativo del Tolima es razonable, toda vez que obedece a un criterio derivado de la lectura de las normas aplicables al caso concreto, lo que implica que el defecto alegado no se configure.

De acuerdo a lo anterior, es claro concluir que, la mesada catorce consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985 solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes de 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, o que, habiendo causado su derecho pensional antes del 31 de julio del 2011, su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

En este punto considera necesario este Juez Colegiado poner de presente que, la postura aquí plasmada ha sido adoptada en decisiones anteriores de esta Sala, como la tomada dentro del proceso identificado con radicado nº 17-001-33-33-003-2017-00576-02.

Caso concreto

De acuerdo a lo probado en el expediente el señor Gómez Arbeláez ingresó como docente con posterioridad al 01 de enero de 1981; que mediante Resolución nro. . 0150 del 21 de febrero de 2018 le fue reconocida una pensión de jubilación, efectiva a partir del 14/11/2017, en cuantía de \$2.840.846.00.

Conforme a lo anterior evidencia la Sala que, la parte actora adquirió su status pensional después del 2005 y del 31 de julio de 2011, por lo que no se encuentran dentro de las excepciones contempladas para que sea procedente el reconocimiento de la mesada adicional consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, ello en virtud del Acto Legislativo 01 del 25 de julio de 2005.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta sala de decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia mediante la cual se niegan las pretensiones.

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 toda vez que no existió actuación alguna por la parte demandada en la segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 09 de diciembre de 2021 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **AUGUSTO GÓMEZ ARBELÁEZ** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

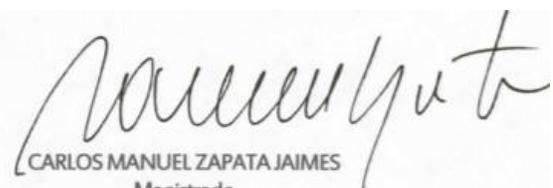
SEGUNDO: SIN COSTAS de segunda instancia, conforme a la parte motiva.

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

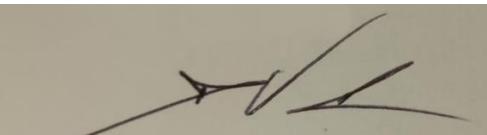
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada el 25 de agosto de 2022 conforme Acta n° 050 de la misma fecha.



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. 153 del 29 de agosto de 2022

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

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

PROCESO No.	17001-33-39-007-2020-00286-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	DORIS GIL MÁRQUEZ
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el fallo que negó las pretensiones, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, de fecha 09 de diciembre de 2021, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Solicitó la parte actora declarar la nulidad del acto ficto negativo, generado por la no respuesta a la petición sobre el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a que tienen derecho los docentes pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que no tienen derecho a la pensión gracia por haber sido nombrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 o ser de vinculación nacional, de acuerdo a lo establecido el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

Que, como consecuencia de la declaración de nulidad, se ordene como restablecimiento del derecho, el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en la Ley 91 de 1985.

Que se ordene a la entidad accionada indexar las sumas que le sean reconocidas por concepto de la presente condena, y que el fallo se cumpla, en los términos del artículo 192 y siguientes del CPACA.

Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso.

HECHOS

La señora **Gil Márquez** fue nombrada como docente en fecha posterior al 01 de enero de 1981.

Mediante Resolución nro. 0955-6 del 25 de febrero de 2013 le fue reconocida a la señora Gil Márquez una pensión de jubilación.

Mediante petición radicada ante el FNPSM solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, siendo negada mediante el acto ficto o presunto configurado ante el silencio de la administración.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Ley 91 de 1989 Artículo 15 y la Sentencia de unificación, SUJ—014— CE—S2—2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Como sustentó del concepto de violación, señaló que el objetivo de la ley que creo esta prestación, fue en compensar a quienes perdieron la pensión de gracia, sumado al hecho de que el derecho solicitado fue establecido mucho antes de reconocerse la mesada en la ley 100 de 1993.

Señaló, que cuando se estableció el pago de una mesada adicional para los pensionados en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, ya existía para los docentes del Magisterio que fueron vinculados después de 1981, conforme lo establece la ley 91 de 1989 una prima de medio año equivalente a una mesada pensional a partir de la adquisición del derecho pensional, sin que se realizara alguna derogatoria del beneficio reclamado.

Finalmente, agregó que, es claro que el numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, nada tiene que ver con la mesada pensional causada con posterioridad al año 2005, pues el régimen especial que contiene la misma, identifica una prima que "equivale" a una mesada pensional, situación diferente a la prestación acontecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones, puesto que los actos demandados se ajustan a derecho.

Como argumentos de defensa señaló que, el acto administrativo demandado fue proferido atendiendo los parámetros normativos vigentes que versan sobre el reconocimiento, pago y reliquidación de pensiones y además de el mismo se presume su legalidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011.

Que el FOMAG debe sujetarse a lo determinado por la ley para la expedición de actos administrativos que traten temas de reconocimiento pensional o prestacional, esto es, bajo los parámetros de la Ley 91 de 1989 por la cual se creó el precitado fondo, la que señaló que, los docentes en materia prestacional se regirían por las disposiciones ahí consagradas, las cuales se resumen así:

Los docentes nacionalizados que se vincularon hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes; y los nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, se regularían por las disposiciones vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en dicha ley.

Con fundamento en la normativa y Jurisprudencia antes transcrita se determina que, la mesada 14 no puede ser reconocida a personas cuyo derecho pensional se consolide con posterioridad a la entrada en vigencia del citado acto legislativo, salvo aquellas que perciban una pensión igual o inferior a 3 SMLMV, y que la misma se hubiere causado antes del 31 de julio de 2011.

De esta manera, se encuentra acreditado que la parte demandante causó su derecho pensional el 10 de julio de 2015, es decir con posterioridad de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 de 2005, por lo que no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14

Propuso como excepción la que denominó:

LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD: afirma que los actos demandados se encuentran ajustados a derecho, se profirió en estricto seguimiento de las normas legales vigentes ya aplicables al caso de la demandante.

□ **INEPTITUD DE LA DEMANDA POR CARENCIA DE FUNDAMENTO JURÍDICO:** asegura que los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tiene derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio del 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6° del artículo 1 del Acto Legislativo en mención

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 09 de diciembre de 2021, negó las pretensiones de la demanda después de plantearse como problema jurídico principal, si a la actora le asistía el derecho a que se le reconozca la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989.

Tras hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional consagrada en la Ley 91 de 1985, concluye que, para determinar si un docente es beneficiario de la mesada 14 se debe determinar si se causó la pensión antes del 31 de julio de 2011 y si la prestación reconocida en inferior a 3 salarios mínimos mensuales vigentes.

Sobre el caso concreto indicó que la actora adquirió el estatus pensional con posterioridad al 31 de julio de 2011, por lo que no tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14, y por ello niega las pretensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de alzada de forma oportuna, mediante memorial visible en PDF 022 del expediente digital de primera instancia.

Después de hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional de mitad de año, señaló que, el actor reúne los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento a la prima de mitad de año, equivalente a una mesada pensional, pues en el presente caso, el docente se vinculó al magisterio después del 01 de enero de 1981, por lo tanto, cumple con el primer requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y que indica a que tiene derecho a la prima de mitad de año, aquellos docentes que se hayan vinculado a partir del 01 de enero de 1981.

Cabe recordar una vez más, que la prima de mitad de año, fue prevista por el legislador como un beneficio adicional a la pensión de jubilación, para aquellos docentes que por su fecha de vinculación no tenían derecho a la pensión gracia, de ahí -señala el apelante- que por el hecho de que se pague en junio y que equivalga a una mesada pensional, no desnaturaliza su calidad de prima de beneficio solo para los docentes que cumplen los requisitos establecidos en el numeral 2, literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y tampoco la convierte en la mesada adicional creada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, pues la naturaleza de ambas es diferente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a la constancia secretarial visible en PDF nro. 05 del expediente digital de segunda instancia las partes y el Ministerio Público 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.

Los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en el siguiente interrogante:

¿Tiene derecho la señora Gil Márquez a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

LO PROBADO

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

- Mediante Resolución nro. 0955-6 del 25 de febrero de 2013 le fue reconocida a la señora Gil Márquez una pensión de jubilación, efectiva desde el 2012-10-09 siendo que adquirió el derecho pensional el 08/10/2012; En cuantía de \$1.415-347.00 (pdf nro. 02 del expediente digital de primera instancia)
- Mediante petición radicada el 18/07/2019 solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, siendo negada mediante silencio administrativo negativo.

Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹, que reguló dos eventos:

¹http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.
- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

El Acto Legislativo n° 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el párrafo transitorio 1°, lo siguiente:

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

ARTÍCULO 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:*

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:[...]

B. *Para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1° de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector*

público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. [...] (Negrillas fuera de texto)

Respecto de la mesada catorce contemplada para los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia, el Consejo de Estado Sala de Servicio Civil y consulta en concepto del 22 de noviembre de 2007², esgrimió:

2. La mesada adicional del mes de junio:

2.1. Su origen y evolución:

Como lo reseña la consulta de la señora Ministra, la mesada adicional del mes de junio fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4^a de 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberle significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988 18. Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexequibles 19, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales pensionados: Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado, y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994. / Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

"Parágrafo. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual."

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 1993²⁰, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."²¹

Por sus antecedentes y su ubicación en el cuerpo normativo, la mesada adicional es parte del sistema general de pensiones. Esta afirmación se refuerza al observar que la misma ley 100, artículo 279, excluía del régimen general a varios grupos de pensionados, pese a lo cual el texto del artículo 142 incluyó de manera expresa uno de esos grupos, el de "los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía", para

que pudieran gozar del beneficio de la mesada adicional. En este sentido, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-461-95, al ordenar aplicar un beneficio similar a los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio:

"La excepción al régimen general, consagrada en el artículo 279 de la ley 100, es total. Vale decir, a los afiliados del mencionado Fondo no se les aplica la Ley 100, en ninguna de sus partes, en lo referente al Sistema Integral de Seguridad Social. El artículo 142 – que consagra la mesada adicional para pensionados – tampoco se aplicaría a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que tal artículo forma parte del Sistema Integral de Seguridad Social."²²

Ahora bien, en nuestro ordenamiento es claro que los requisitos, condiciones y beneficios que configuran un régimen general o un régimen especial, son excluyentes²³, de manera que los destinatarios de uno y de otro se sujetan en su integridad al que les sea aplicable; salvo disposición legal en contrario que extienda un beneficio del régimen general a los pensionados bajo regímenes especiales, pero sin modificar estos últimos, como es el caso que nos ocupa.

Es claro que la mesada adicional creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 es un beneficio del sistema general de pensiones, y por lo mismo, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente por el artículo 279 de la misma ley 100; al analizar esta última disposición, la Corte Constitucional con base en la ley 91 de 1989 encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión de gracia y los vinculados al fondo de Prestaciones del Magisterio, antes del 1º de enero de 1988, sin derecho a esa pensión, configuraban una excepción arbitraria pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados²⁴; y tomó esta situación como ejemplo de comparación entre el régimen general y los regímenes especiales, a fin de determinar la constitucionalidad de estos; así, en la sentencia C-080-9925, se lee:

"...7. Con base en los anteriores criterios, la Corte concluyó que, por ejemplo, la exclusión de la mesada pensional adicional prevista por la Ley 100 de 1993 a ciertos maestros desconocía la igualdad, por cuanto estos no gozaban, dentro de su régimen especial, de ningún beneficio similar o equivalente 'que obre como compensación por el deterioro que causa la inflación sobre el poder adquisitivo de las pensiones... 8. El análisis precedente muestra que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, en principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a otras prestaciones..."

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-9426 que declaró inexequibles las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988", del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda" afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de

docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995²⁷, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPEL y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

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

Destaca la Sala que la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.

Es decir, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

2.2. La supresión de la mesada adicional del mes de junio:

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 2004²⁸, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

"Las personas a las que se les reconozca pensión a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año."

Esta propuesta no encontró reparos en el Congreso y desde el inicio de los debates fue modificada para que la prohibición no quedara referida al reconocimiento de la pensión sino a su causación; así, la norma aprobada como inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, ordena:

"Artículo 1º...

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento."

En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo No. 01 del 2005:

"Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 2005²⁹, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del parágrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo.

Con base en las premisas anteriores,

SE RESPONDE:

"1. Desde la perspectiva jurídica, por gozar los docentes de un régimen especialísimo de pensiones y al haber sido excluidos de la aplicación del Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional del mes de junio?"

Los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del

2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio del 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6° del artículo 1° del Acto Legislativo en mención.

"2. De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005, ¿la vigencia del régimen exceptuado de los docentes afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expirará el 31 de julio del año 2010?"

Sí; de manera que en virtud del Acto Legislativo No. 01 del 2005, son tres los regímenes pensionales aplicables al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

a). el de la ley 91 de 1989 y demás leyes vigentes al 27 de junio del 2003, para los docentes vinculados al servicio con antelación al 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007).

b). el de prima media con prestación definida de las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003, pero con edad de 57 años para hombres y mujeres, tratándose de los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007);

c). el del Sistema General de Pensiones, para las pensiones que se causen después del 31 de julio del 2010 (párrafo transitorio segundo del artículo 1° del Acto Legislativo No. 01 del 2005).

[...] (negrillas y subrayas de la Sala)

Ahora bien, respecto de la aplicación del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado en providencia del 1 de febrero de 2018 expuso:

La accionante, centra su inconformidad en la interpretación que fue dada por el Tribunal Administrativo del Tolima, a las normas del Acto Legislativo 01 de 2005 que hace referencia a los regímenes pensionales exceptuados, especialmente, el relacionado con la carrera docente y sus derechos pensionales.

Al respecto, indicó que en relación con la mesada catorce, la procedencia para su reconocimiento es la fecha en que se presentó la vinculación al servicio oficial de educación, y no, como razón la autoridad judicial accionada, la fecha de adquisición del estatus pensional por parte de quien pretende el reconocimiento de dicha prestación económica.

Sobre el particular, este juez constitucional encuentra que la interpretación dada por el tribunal accionado, resulta razonable y por lo tanto, los defectos alegados por la parte accionante, no se configuran. Lo anterior, bajo las siguientes consideraciones:

Como se expuso en el acápite de hechos probados en de la presente providencia, en la sentencia que resolvió en segunda instancia sobre las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de la actora, el fallador parte de la base de establecer con claridad el

régimen aplicable (i) tanto al reconocimiento pensional docente, así como a (ii) la mesada adicional número catorce.

Respecto al segundo de los aspectos, el cual resulta ser el relevante para el sub lite, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, señaló que tras la inclusión de la mesada catorce como un beneficio de los docentes oficiales (a través de la Ley 238 de 1995), con el Acto Legislativo 01 de 2005 se establecieron condiciones específicas para su reconocimiento, de las cuales se puede concluir que (i) la mesada adicional catorce no será pagada a quienes causen su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del acto reformativo de la constitución y (ii) se exceptúan de ello a quienes obtenga su estatus pensional antes del 31 de julio del 2011, y tengan igual o menos de tres salarios mínimos como monto reconocido.

La conclusión expuesta en precedencia, tuvo como sustento una lectura armónica de las disposiciones del citado acto reformativo de la constitución, especialmente, lo fijado en el inciso 8º del artículo 1º del mismo, el cual señala que “las personas cuyo derecho de pensión se cause a partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.

Fundamentó la autoridad judicial accionada dicha interpretación, no sólo en la lectura de las normas, sino también en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 22 de noviembre del 2007, radicado 2007-0084, en donde se expuso lo dicho en precedencia.

A su vez, la autoridad judicial accionada señaló que conforme al concepto del Consejo de Estado, el beneficio de la mesada catorce en favor de los docentes oficiales, si bien fue incluido excepcionalmente, ello no implica una modificación del régimen que regula su situación pensional, razón por la cual, al mantenerse como un beneficio del régimen general (Ley 100 de 1993), “la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales”.³⁴

Así las cosas, para esta judicatura, la interpretación dada por la el Tribunal Administrativo del Tolima es razonable, toda vez que obedece a un criterio derivado de la lectura de las normas aplicables al caso concreto, lo que implica que el defecto alegado no se configure.

De acuerdo a lo anterior, es claro concluir que, la mesada catorce consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985 solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, o que, habiendo causado su derecho pensional antes del 31 de julio del 2011, su mesada pensional es igual o inferior

3

4

a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

En este punto considera necesario este Juez Colegiado poner de presente que, la postura aquí plasmada ha sido adoptada en decisiones anteriores de esta Sala, como la tomada dentro del proceso identificado con radicado nº 17-001-33-33-003-2017-00576-02.

Caso concreto

De acuerdo a lo probado en el expediente la señora Gil Márquez ingresó como docente con posterioridad al 01 de enero de 1981; que mediante Resolución nro. 0955-6 del 25 de febrero de 2013 le fue reconocida una pensión, efectiva a partir del 08/10/2012, en cuantía de \$1.415.347.00.

Conforme a lo anterior evidencia la Sala que, la actora adquirió su status pensional después del 2005 y del 31 de julio de 2011, por lo que no se encuentran dentro de las excepciones contempladas para que sea procedente el reconocimiento de la mesada adicional consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, ello en virtud del Acto Legislativo 01 del 25 de julio de 2005.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta sala de decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia mediante la cual se niegan las pretensiones.

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 toda vez que no existió actuación alguna por la parte demandada en la segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 09 de diciembre de 2021 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **DORIS GIL MÁRQUEZ contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

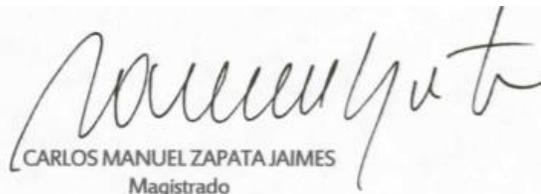
SEGUNDO: SIN COSTAS de segunda instancia, conforme a la parte motiva.

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

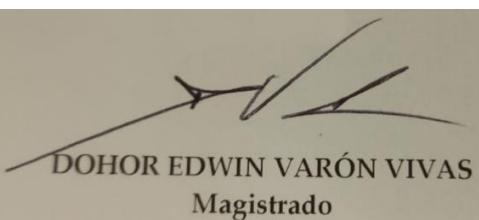
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada el 25 de agosto de 2022 conforme Acta n° 050 de la misma fecha.



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. 153 del 29 de agosto de 2022

17001333900620160019102

Nulidad y restablecimiento del derecho

Diosa Yineth Perea Bejarano Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Admite recurso contra sentencia

Auto interlocutorio n° 079

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Conforme la constancia secretaria de 1 de agosto de 2022 (12ADespachoConjuez), el Despacho procede a estudiar la legalidad del recurso de apelación que contra la sentencia proferida por el A Quo, interpuso la parte demandada.

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, la sentencia recurrida fue notificada a las partes (Demandante, Demandada, Agencia para la Defensa Jurídica del Estado y Ministerio Público) el 28 de mayo de 2021. La parte demandada allegó escrito con recurso de apelación el 4 de junio de 2021, recurso que se encuentra dentro del término de 10 días, otorgado por el numeral 1° del artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, el cual iba hasta el 11 de ese mismo mes y año.

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 27 de mayo de 2021* y emitida por *Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales*, dentro del medio de control *nulidad y restablecimiento del derecho* demandante la *Dra. Diosa Yineth Perea Bejarano*.

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 that reads "José Norman Salazar G." with a stylized flourish above the name.

JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ

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°. 153 de 29 de agosto de 2022.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'HJC'.

HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

17001333900620160031602

Nulidad y restablecimiento del derecho

Lilian Julieth Marín Tangarife Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Admite recurso contra sentencia

Auto interlocutorio n° 081

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Conforme la constancia secretaria de 1 de agosto de 2022 (12ADespachoConjuez), el Despacho procede a estudiar la legalidad del recurso de apelación que contra la sentencia proferida por el A Quo, interpuso la parte demandada.

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, la sentencia recurrida fue notificada a las partes (Demandante, Demandada, Agencia para la Defensa Jurídica del Estado y Ministerio Público) el 23 de junio de 2021. La parte demandada allegó escrito con recurso de apelación el 1 de julio de 2021, recurso que se encuentra dentro del término de 10 días, otorgado por el numeral 1° del artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, el cual iba hasta el 9 de ese mismo mes y año.

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 22 de junio de 2021* y emitida por *Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales*, dentro del medio de control *nulidad y restablecimiento del derecho* demandante la *Sra. Lilian Julieth Marín Tangarife*.

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 that reads "José Norman Salazar G." with a stylized flourish at the end.

JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ

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°. 153 de 29 de agosto de 2022.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'HJC'.

HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

17001333300320190011502

Nulidad y restablecimiento del derecho

Juan Carlos Pérez Valencia Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Admite recurso contra sentencia

Auto interlocutorio n° 078

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Conforme la constancia secretaria de 1 de agosto de 2022 (21ADespachoConjuez), el Despacho procede a estudiar la legalidad del recurso de apelación que contra la sentencia proferida por el A Quo, interpuso la parte demandada.

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, la sentencia recurrida fue notificada a las partes (Demandante, Demandada, Agencia para la Defensa Jurídica del Estado y Ministerio Público) el 11 de febrero de 2020. La parte demandada allegó escrito con recurso de apelación el 17 de febrero de 2020, recurso que se encuentra dentro del término de 10 días, otorgado por el numeral 1° del artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, el cual iba hasta el 25 de ese mismo mes y año.

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 6 de febrero de 2020* y emitida por el Conjuez *Dr. Tomas Felipe Mora Gómez* en calidad de director del proceso a cargo del *Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales*, dentro del medio de control *nulidad y restablecimiento del derecho* demandante el *Sr. Juan Carlos Pérez Valencia*.

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 that reads "José Norman Salazar G." with a stylized flourish at the end.

JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ
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°. 153 de 29 de agosto de 2022.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'HJC'.

HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

17001333900620180020202

Nulidad y restablecimiento del derecho

Mercedes Rosa García Arias Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Admite recurso contra sentencia

Auto interlocutorio n° 082

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Conforme la constancia secretaria de 1 de agosto de 2022 (17ADespachoConjuez), el Despacho procede a estudiar la legalidad del recurso de apelación que contra la sentencia proferida por el A Quo, interpuso la parte demandada.

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, la sentencia recurrida fue notificada a las partes (Demandante, Demandada, Agencia para la Defensa Jurídica del Estado y Ministerio Público) el 2 de marzo de 2020. La parte demandada allegó escrito con recurso de apelación el 10 de marzo de 2020, recurso que se encuentra dentro del término de 10 días, otorgado por el numeral 1° del artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, el cual iba hasta el 16 de ese mismo mes y año.

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 27 de febrero de 2020* y emitida por Conjuez Dr. José Mauricio Baldón Álzate en cabeza del *Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales*, dentro del medio de control *nulidad y restablecimiento del derecho* demandante la *Sra. Mercedes Rosa García Arias*.

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 that reads "José Norman Salazar G." with a stylized flourish at the end.

JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ
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°. 153 de 29 de agosto de 2022.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'HJC'.

HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**



**SALA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**

Asunto: Sentencia de Segunda Instancia
Acción: Cumplimiento
Demandante: Luz Nidia Agudelo Sánchez
Demandado: Inspección Doce Urbana de Policía de Manizales
Radicación: 17-001-33-33-003-2022-00039-02
Acto Judicial: Sentencia 115

Manizales, veintidós (22) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Proyecto aprobado en sala de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** La parte demandante solicitó que se ordene a la a la Inspección Doce Urbana de Policía que dé cumplimiento al artículo 138 de la Ley 1801 de 2016, y declare la caducidad del ejercicio de la función policial de control urbanístico. La sentencia de primera instancia declaró improcedente las pretensiones de la demanda por no cumplir con el requisito de subsidiariedad. La sala confirma la decisión de primera instancia.

§02. La sala dicta sentencia de segunda instancia en la acción de cumplimiento interpuesta por la señora LUZ NIDIA AGUDELO SANCHEZ, demandante, contra la Inspección Doce Urbana de Policía de Manizales, demandada. El objeto de decisión es la apelación propuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el 22 de junio de 2022 por la Señoría del Juzgado Tercero Administrativo del circuito de Manizales.

1. Antecedentes

1.1. La Demanda¹

§03. La parte demandante pretende: (i) la Inspección Doce Urbana de Policía de Manizales dé cumplimiento al artículo 138 de la Ley 1801 de 2016, que trata de la caducidad de la función policial urbanística; y, (ii) revoque el acto administrativo proferido el 13 de mayo de 2021 que impuso a la actora una medida correctiva de multa.

¹ 02EscritoDemanda.pdf

§04. En los hechos de la demanda, se describió que en la Inspección Tercera Urbana de Policía se adelantaron estos trámites: (i) el **20 de abril de 2017** la representante legal del edificio Pamir presentó ante la secretaría de planeación de la alcaldía de Manizales, queja para verificar las condiciones del entorno donde se ubica el edificio Pamir ubicado en la calle 51 G 16-B 95 de Manizales; (ii) el 2 de mayo de 2017 la secretaría de gobierno municipal practicó una visita al sitio, y el 19 de mayo de 2017 repartió el caso a la Inspección Tercera, a través de un procedimiento verbal abreviado; (iii) en dicho procedimiento fue citada la actual demandante, Luz Nidia Agudelo Sánchez y se ordenó la práctica de una visita.

§05. Posteriormente, en la Inspección Doce Urbana de Policía de Manizales continuó el trámite con estas actuaciones: (i) el 27 de julio de 2018 la representante del edificio Pamir insistió que se abriera procedimiento por daños que le son causados por la construcción que se realizaba en el predio de la actual demandante, señora Luz Nidia Agudelo Sánchez; (ii) el 22 de agosto de 2018 se celebró la audiencia de conciliación entre las partes; (iii) el 7 de Noviembre de 2018 se celebró audiencia en donde la actual demandante aportó recibo de radicación de solicitud de licencia de construcción; (iv) como la curaduría declaró desistida la solicitud de licencia, el 21 de julio de 2020 la inspección solicitó la estratificación y el avalúo del predio para la tasación de la infracción urbanística; (v) el **13 de mayo de 2021** la inspección celebró audiencia, donde dictó un acto que impuso a la actual demandante multa especial de \$22.945.000 y ordenó que se tramitara la respectiva licencia.

§06. El 28 de mayo de 2021 la actual demandante propuso a la Inspección Doce la nulidad de lo actuado por indebida representación del edificio Pamir y falta de notificación al Ministerio Público.

§07. El 2 de septiembre de 2021 la tesorería municipal envió un oficio de cobro persuasivo de la multa impuesta a la actual demandante, y continuó con el trámite del cobro coactivo.

§08. El 4 de octubre de 2021 la actual demandante solicitó a la Inspección Doce que diera cumplimiento al artículo 138 del Código Nacional de Policía y Convivencia y decretara la caducidad de la Acción por haber transcurrido más de tres años entre el conocimiento de los hechos y la formulación de la sanción.

§09. El 05 octubre de 2021, la Inspección Doce Urbana de Policía negó la solicitud por considerarla improcedente.

§10. En la demanda no se indicó la existencia de un perjuicio irremediable.

1.2. Contestación del Municipio de Manizales²

§11. La autoridad solicitó que se declare improcedente la acción, toda vez que el actor cuenta con otros medios para la defensa de sus derechos.

§12. Propuso las siguientes excepciones: (i) **Legalidad de la actuación:** el procedimiento seguido por la Inspección Doce fue adelantado conforme al debido

² 16EscritoRespuestaAcciónCumplimiento.pdf

proceso, sin que se alegara la caducidad de la acción y finalizó con actos administrativos definitivos y ejecutoriados; **(ii) Improcedencia por existencia de otros medios de defensa;** **(iii) Falta de los requisitos legales para la procedencia:** la demanda no demuestra porqué se incumplió con el artículo 138 de la ley 1801 de 2016; **(iii) Falta de prueba de los hechos constitutivos de la omisión** sobre los que se basa la demanda; **(iv) excepción genérica.**

§13. En la contestación de la Inspectora Doce Urbana de Policía, a parte de estos mismos argumentos, adicionó que no se presentaron recursos contra el acto administrativo que impuso la multa.

1.3. Sentencia de Primera Instancia³

§14. La Señoría del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales profirió sentencia del 22 de junio de 2022 mediante la cual declaró:

“PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la protección constitucional invocada a través de apoderado judicial por la señora LUZ NIDIA AGUDELO SÁNCHEZ por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia”.

§15. El juzgado analizó los requisitos de la acción de cumplimiento, donde encontró: (i) el artículo 138 de la Ley 1801 de 2016 fija la caducidad de la acción de la función policial urbanística en tres años; (ii) dicho mandato está en cabeza de la autoridad accionada por atribución del artículo 23 ídem; (iii) la constitución de renuencia se realizó en la petición que hizo la actora el 30 de septiembre de 2021.

§16. La primera instancia afirmó que:

“Pues bien, establecido lo anterior y advertido el planteamiento de la solicitud de cumplimiento es claro que, la misma si bien involucra mandatos inobjetables, actuales y expresos referentes al procedimiento que deben adelantar las autoridades administrativas para la ejecución de la sanción por violación de las normas urbanísticas o al advertir la caducidad de la acción por contravención de aquellas, de conformidad con los artículos 87 de la Constitución Política y 1° de la Ley 393 de 1997, existe limitaciones al objeto de este mecanismo constitucional.

Lo anterior significa que, los preceptos que se dicen incumplidos deben ser lo suficientemente precisos, y no puede generar ningún tipo de incertidumbre en cuanto a su objeto, vigencia y exigibilidad, en pocas palabras deben contener una obligación clara, expresa y actualmente exigible contenida en una norma o acto administrativo”

§17. Seguidamente, se concluyó que este conflicto no puede solucionarse por la acción de cumplimiento porque el asunto corresponde a temas interpretativos y probatorios que deben ser resueltos en un proceso contencioso administrativo ordinario, por lo que se torna improcedente el mecanismo constitucional invocado.

1.4. La Impugnación

³ 18SentenciaAcciónCumplimiento.pdf

§18. El actor recurrió para que se revoque la sentencia, enfatizó que el Ejercicio de la Función Policial de control urbanístico caduca en tres años.

§19. Argumentó que:

§19.1. En este caso es la ley impone el plazo de caducidad de las acciones policivas;

§19.2. El acervo probatorio documental es suficiente para estudiar este caso;

§19.3. La autoridad sobrepasó el plazo de tres años para adelantar la investigación, desde la queja el 20 de abril de 2017 hasta la expedición del acto sancionatorio del 13 de mayo de 2021, que imponen los artículos 52 del CPACA y 153 de la Ley 1801 de 2016;

§19.4. La acción de cumplimiento es pertinente porque obliga a la autoridad a ajustar su actuación a la ley;

§19.5. No se cuenta con otro medio judicial ya que se trata de un juicio de policía que no puede conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo (art. 105 CPACA);

§19.6. Existe un perjuicio grave e inminente porque la administración ya inició el cobro persuasivo para adelantar la jurisdicción coactiva que lesiona económicamente a la actora, y una medida de embargo saca el bien del comercio;

§19.7. La accionante ya adquirió la licencia respectiva y se adecuó a la normatividad urbanística.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§20. Conforme al artículo 153 del CPACA, este tribunal es competente para conocer el presente proceso.

2.2. Problema Jurídico

§21. ¿Es procedente la acción de cumplimiento en este caso?

§22. ¿Deben ordenarse a la Inspección Doce Urbana de Manizales que aplique el artículo 138 de la Ley 1801 de 2016 y revoque el acto administrativo que impuso una sanción a la demandante?

2.3. De lo demostrado

§23. Del expediente administrativo allegado, se resaltan los siguientes hitos de interés para la decisión.

§24. El **20 de abril de 2017** la administradora del Edificio Pamir solicitó a la Secretaría de Planeación de la alcaldía de Manizales una visita para determinar las condiciones del entorno del edificio Samir, porque en la parte posterior construyeron unas edificaciones⁴.

§25. El 2 de mayo de 2017 la Secretaría de Planeación solicitó a la Secretaría de Gobierno adelantara una investigación por la iniciación de una construcción sin licencia, por infracción del artículo 135.1 de la Ley 1801 de 2016. ⁵

§26. El 19 de mayo de 2017 la Inspección Tercera Urbana de Policía de Manizales recibió la denuncia, y citó a la señora Luz Nidia Agudelo Sánchez a una audiencia pública para solucionar la queja, la cual se celebró el 2 de octubre de 2017 donde la actual demandante dio algunas explicaciones.

§27. El 21 de mayo de 2017 la Secretaría de Planeación remitió un informe a la Inspección Tercera donde se reafirmó que existían unas obras sin licencia en el predio de la actual demandante.

§28. El 27 de julio de 2018 la administradora del Edificio Pamir solicitó que se abriera proceso por los daños ocasionados por la construcción en predios de la señora Agudelo Sánchez. El mismo día la inspección citó a la actual demandante a audiencia, la cual se realizó el 17 de enero de 2019, donde se le requirió que consiguiera la respectiva licencia de construcción hasta el día 61 después de la diligencia, so pena de la imposición de una multa.

§29. El **13 de mayo 2021**, la Inspectora Doce Urbana de Policía declaró en audiencia que la señora Luz Nidia Agudelo incurrió en el presupuesto del numeral 4 del artículo 135 de la ley 1801 de 2016, e impuso multa especial por el valor de (\$22.495.000). Se dejó constancia que no se presentaron recursos.⁶

§30.

§31. El 28 de mayo de 2021 la parte demandante presentó solicitud de nulidad de todo lo actuado dentro del proceso verbal abreviado⁷, la cual fue negada por la Secretaría de Gobierno el 31 de mayo de 2021.

§32. El 02 de septiembre de 2021, se le envió a la señora Agudelo Sánchez oficio persuasivo para el pago de obligaciones fiscales.

§33. El 30 de septiembre de 2021 la parte demandante solicitó el cumplimiento del artículo 138 de la ley 1801 de 2016⁸ a la Inspección Doce Urbana de Policía de Manizales, y revocara el acto sancionatorio. La autoridad negó la solicitud en oficio del 5 de octubre de 2021.

2.4. La acción de cumplimiento y su procedencia

⁴ Exp Esc (02 Pdf 28)

⁵ Exp Esc (02 Pdf 31)

⁶ Exp Esc (02 Pdf 120-128)

⁷ Exp Esc (02 Pdf 185)

⁸ Exp Esc (02 Pdf 181)

§34. El artículo 87 de la Carta Política consagró la acción de cumplimiento como un mecanismo para hacer efectiva una Ley o un acto administrativo para la protección del orden jurídico, que se desarrolla por la Ley 393 de 1997, con el objetivo que toda persona pueda acudir ante la autoridad judicial competente para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos.

§35. Conforme con la Ley 393 de 1997 son exigencias para la prosperidad de la acción de cumplimiento: (i) Que el deber jurídico cuya observancia se exige esté consignado en normas con fuerza de ley o en actos administrativos; (ii) Que el mandato, la orden, el deber, la obligatoriedad o la imposición esté contemplada en la norma o en el acto administrativo de una manera precisa, clara y actual; (iii) Que la autoridad o el particular en ejercicio de funciones públicas sea renuente a cumplir; (iv) Que tal renuencia se acredite por el demandante de la manera como lo exige la ley. Este requisito puede exceptuarse cuando se pueda producir un perjuicio grave e inminente para el que ejerce la acción y, (v) Que tratándose de actos administrativos de carácter particular, no haya otro instrumento judicial para lograr el cumplimiento.

§36. Se procederá a analizar los requisitos para la prosperidad de esta acción según las directrices del Honorable Consejo de Estado⁹, antes de estudiar de fondo las pretensiones.

2.4.1. Que la constitución en renuencia se acredite por el demandante de la manera como lo exige la ley

§37. La renuencia es la rebeldía de una autoridad o de un particular que ejerce funciones públicas, en cumplir una norma con fuerza de ley o un acto administrativo que consagra en su cabeza un deber claro, imperativo e inobjetable.

§38. Es requisito de procedibilidad de la acción de cumplimiento, y debe presentarse con la demanda so pena de rechazo. (arts. 8, 10.5, 12 L. 393/1997)

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero Ponente (E): Dr. Alberto Yepes Barreiro. Radicado número: 08001-23-33-000-2014-00835-01(ACU). Sentencia del 15 de octubre de 2015:

“(…i) Que el deber que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos vigentes (Art. 1°).

ii) 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.

iii) Que el actor pruebe la renuencia de la entidad accionada frente al cumplimiento del deber, antes de formular la demanda, bien sea por acción u omisión del exigido o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (Art. 8°). El artículo 8° señala que, excepcionalmente, se puede prescindir de este requisito “cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable”, caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.

iv) 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 hace procedente la acción. Por tanto, es improcedente la acción que persigue la protección de derechos que puedan ser garantizados a través de la acción de tutela o pretende el cumplimiento de normas que establezcan gastos a la administración (Art. 9°).”

§39. En este caso la renuencia se encuentra cumplida, por la petición del 30 de septiembre de 2021 de la demandante donde reclamó a la demandada el cumplimiento de las mismas normas y con idénticas pretensiones que se formulan en la demanda de este proceso. Y dicha solicitud no fue concedida por la autoridad mediante oficio del 05 de octubre de 2021.

§40. De esta manera, se cumple este requisito de procedibilidad.

2.4.2. Que el deber que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos vigentes, y que el mandato sea imperativo e inobjetable y esté radicado en cabeza de la autoridad contra la cual se dirige la acción

§41. La norma que pretende el actor se le dé cumplimiento es una ley vigente. En efecto, el artículo 138 de la Ley 1801 de 2016 prescribe: “**Artículo 138. Caducidad de la acción.** *El ejercicio de la función policial de control urbanístico, caducará en tres (3) años sólo cuando se trate de: parcelar, urbanizar, intervenir y construir en terrenos aptos para estas actuaciones.*”

§42. También pretende que se revoque el acto administrativo proferido el 13 de mayo de 2021 que impuso a la actora una medida correctiva de multa.

§43. De esta manera, se solicita se realice un pronunciamiento acerca de la validez de un acto administrativo.

§44. Al respecto el Consejo de Estado estimó en decisión del 6 de mayo de 2021 que tal pretensión debe resolverla el juez natural del proceso, pues: “... *es evidente que surge una controversia jurídica planteada por el actor en torno a establecer el alegado incumplimiento y determinar si sus disposiciones pueden aplicarse a un procedimiento para la liquidación y pago de la contribución a favor de la CRC, máxime que ya fue expedido el acto administrativo que no puede desconocerse y que se presume legal, en ese orden escapa al ámbito propio del juez constitucional, hacer un estudio de fondo que corresponde al juez natural resolver, para lo cual el actor tiene a su alcance el mecanismo ordinario de defensa judicial que estime procedente ejercer conforme con sus pretensiones. En este escenario, puede concluirse, entonces, que la acción es improcedente porque no está circunscrita a determinar el posible incumplimiento de los artículos 1º numeral 2º del Ley 962 de 2005 y 3º del Decreto 2106 de 2019, sino que implica un pronunciamiento sobre la legalidad de la Resolución 5278 del 4 de diciembre de 2017, que no puede hacerse en el curso de esta acción sino de los medios ordinarios previstos por el ordenamiento jurídico.*”

§45. De esta forma, el pronunciamiento sobre la validez de un acto administrativo escapa del estudio de la acción de cumplimiento, por lo que no se cumple con este requisito.

2.4.3. Que la autoridad o el particular en ejercicio de funciones públicas sea renuente a cumplir

§46. La entidad negó la solicitud de la actora mediante el oficio I12UP 1109-2021, del 05 de octubre de 2021, por lo que se colma este requisito.

2.4.4. Que no haya otro instrumento judicial para lograr el cumplimiento tratándose de actos administrativos de carácter particular

§47. El artículo 9º de la Ley 393 de 1997 dispone que la acción de cumplimiento “... *no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción 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.*”

§48. La parte demandante ya intentó la acción de tutela por este caso, la cual fue negada por improcedente por los Juzgados Tercero Civil Municipal y Tercero Civil del Circuito de Manizales, del 15 de septiembre y 21 de octubre de 2021, en sedes de tutela e impugnación respectivamente.

§49. Con relación al principio de subsidiariedad, o sea, que el demandante tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de las normas que invoca, la sentencia C-193 de 1998 de la Corte Constitucional explicó “Cuando se trata de actos administrativos subjetivos, que crean situaciones jurídicas individuales, concretas y particulares, el cumplimiento efectivo del respectivo acto interesa fundamentalmente a la esfera particular de la persona y no a la que corresponde a la satisfacción de los intereses públicos y sociales. En tales casos, el afectado, o sea, a quien se le lesiona directamente su derecho pueda acudir a los mecanismos ordinarios para lograr el cumplimiento de tales actos.”-sft-

§50. El Consejo de Estado¹⁰ en sentencia del 14 de octubre de 2021 confirmó que cuanto la parte actora dispone: “... ***de otros mecanismos para reclamar las pretensiones de la demanda lo mismo que para discutir la legalidad de las decisiones emitidas por la autoridad demandada, esto es, interpone (sic) dentro de la oportunidad procesal los respectivos recursos y excepciones en el trámite de cobro coactivo adelantado por el Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte del Tolima, y en el evento de considerar que lo allí decidió no se ajusta a la legislación ejercer el medio de control jurisdiccional de nulidad y restablecimiento del derecho en su oportunidad legal. (...)***”

§51. La parte demandante insistió en la impugnación que este caso se trata de un **JUICIO DE POLICÍA.**

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN QUINTAMAGISTRADO PONENTE: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO- Bogotá D. C., catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021) Referencia: ACCIÓN DE TUTELA Radicación: 11001-03-15-000-2021-06332-00 En el mismo sentido CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOSECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN B- Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03322- 00(AC)

§52. Conforme al artículo 105 del CPACA, “*La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos: (...) 3. Las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.*”

§53. El presente caso trata de la investigación adelantada por una Inspección Urbana de Policía por la infracción del artículo 135.A.4 de la Ley 1801 de 2016, Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, que trata de comportamiento contrario a la integridad urbanística de construir sin licencia:

*TÍTULO XIV.
DEL URBANISMO.*

*CAPÍTULO I.
COMPORTAMIENTOS QUE AFECTAN LA INTEGRIDAD URBANÍSTICA.*

ARTÍCULO 135. COMPORTAMIENTOS CONTRARIOS A LA INTEGRIDAD URBANÍSTICA. <Artículo corregido por el artículo 10 del Decreto 555 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> Los siguientes comportamientos, relacionados con bienes inmuebles de particulares, bienes fiscales, bienes de uso público y el espacio público, son contrarios a la convivencia pues afectan la integridad urbanística y por lo tanto no deben realizarse, según la modalidad señalada:

A) Parcelar, urbanizar, demoler, intervenir o construir:

(...)

4. En terrenos aptos para estas actuaciones, sin licencia o cuando esta hubiere caducado...”

§54. Como se verá, la conducta investigada es una infracción urbanística, la cual no constituye un juicio de policía y los actos que imponen sanciones urbanísticas son pasibles de las acciones contenciosas administrativas.

§55. En efecto, esta conducta fue prevista en el artículo 66.a de la Ley 9 de 1989, Ley de Reforma Urbana: “*Los Alcaldes y el Intendente de San Andrés y Providencia podrán imponer las siguientes sanciones urbanísticas, graduándolas según la gravedad de la infracción: a) Multas sucesivas que oscilarán entre medio salario mínimo legal mensual y doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales cada una, para quienes parcelen, urbanicen o construyan sin licencia, requiriéndola...”-sft-*

§56. Conforme al artículo 67 de esta misma ley 99: “*Los actos de los alcaldes y del intendente a los cuales se refiere el artículo anterior, así como aquellos mediante los cuales se ordene la suspensión de obra, y la restitución de vías públicas de que trata el Código Nacional de Policía, serán susceptibles de las acciones contencioso administrativas previstas en el respectivo código, en primera instancia ante los Tribunales Administrativos, y en segunda instancia ante el Consejo de Estado. Estas acciones no suspenderán los efectos de los actos administrativos demandados, salvo el caso de la suspensión provisional.”-sft-*

§57. La sanción que investigó la inspección de policía luego fue modificada por los artículos 66 de la Ley 388 de 1996, y la Ley 810 de 2003, para ser luego incorporada en el artículo 135.A.1 de la Ley 1801 de 2016.

§58. En cuanto a la actualidad del artículo 67 de la Ley 99 de 1989, la sentencia del 10 de noviembre de 2017¹¹ de la Sección Primera del Honorable Consejo de Estado citó al concepto 1089 de 1998, y mencionó que las decisiones proferidas en ejercicio del poder de policía, como las sanciones urbanísticas, son susceptibles de las acciones contenciosas administrativas:

“Por su parte, la ley 9ª. de 1989, conocida con el nombre de ley de reforma urbana, dispone que los actos de los alcaldes que impongan sanciones por infracción a los reglamentos de urbanismo, así como aquellos mediante los cuales se ordene la suspensión de obra, y la restitución de vías públicas de que trata el Código Nacional de Policía, serán susceptibles de las acciones contencioso administrativas previstas en el respectivo código, en primera instancia ante los tribunales administrativos, y en segunda instancia ante el Consejo de Estado. Estas acciones - agrega el artículo 67 - no suspenderán los efectos de los actos administrativos demandados, salvo el caso de suspensión provisional.

Esta Sala, al absolver una consulta que sobre tema similar le fue formulada por el Gobierno Nacional, consideró que las decisiones que se profieran en ejercicio de poderes de policía - aquellas medidas jurídicas tendientes a preservar el orden, la tranquilidad, la seguridad, la salubridad y las condiciones económicas de convivencia social -, necesariamente están sujetas a control jurisdiccional, como todos los actos administrativos.”-sft-

§59. Efectivamente, *“... la Sala considera necesario distinguir los actos que ponen fin a actuaciones administrativas correspondientes a procedimientos de policía, esto es, las que obedecen al ejercicio de las facultades de control, vigilancia y sanción de las autoridades sobre las actividades de los particulares, las cuales constituyen el ejercicio de una potestad administrativa, conocida como policía administrativa, de aquellas decisiones (...) resultantes de juicios policivos, especialmente regulados por la ley y en donde la autoridad policiva actúa como juez frente a determinados conflictos jurídicos causados por conductas de los particulares en su relaciones cotidianas o de vecindad, que la doctrina y la jurisprudencia han tendido a tratar como actos jurisdiccionales. Mediante esas decisiones, las autoridades de policía (inspecciones, alcaldes o gobernadores, según el caso) dirimen contiendas entre particulares sobre asuntos de incidencias jurídicas menores, especialmente señalados y regulados por la ley.”*¹²

§60. En este caso concreto, aunque la administradora del Edificio Pamir presentó una queja sobre la realización de construcciones que podrían afectar al edificio, la actuación se desarrolló por la violación de una conducta que alteraba el orden público urbanístico, esto es, realizar una construcción sin licencia. Adicionalmente, el trámite policivo, las órdenes del acto administrativo demandado se adelantaron y dirigieron

¹¹ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION PRIMERA- Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ- Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)- Radicación número: 76001-23-33-008-2015-00124-01

¹² CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN PRIMERA- Consejero ponente: MANUEL S. URUETA AYOLA- Bogotá, D. C., cuatro (4) de abril del dos mil uno (2001) Radicación número: 25000-23-24-000-1998-0704-01(6545)

solo con la señora Luz Nidia Agudelo Sánchez, sin asistencia ni decisiones a favor de la administradora del Edificio Pamir.

2.4.5. De la existencia de un perjuicio grave e inminente

§61. El Consejo de Estado¹³, citando a la Corte Constitucional, enumeró las siguientes características del perjuicio grave e inminente: (i) la inminencia, que exige medidas inmediatas; (ii) la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente y, (iii) la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.

§62. Como antes se informó, en la demanda no se sustentó la existencia de un perjuicio irremediable. Y en la impugnación solamente se adujo que existe un perjuicio grave e inminente, porque la administración ya inició el cobro persuasivo para adelantar la jurisdicción coactiva que lesiona económicamente a la actora, y una medida de embargo saca el bien del comercio.

§63. Sin embargo, no se sustentó ni se demostraron las circunstancias de hecho que demuestren cuál es el perjuicio inminente o próximo para suceder, que sea grave y suponga un detrimento altamente significativo al patrimonio de la parte demandante, ni que requiera de medidas urgentes e impostergables que ameriten que no pueda proponer las acciones legales que sean pertinentes para atacar la legalidad del acto acusado.

§64. Es de recordar que los medios de control de la jurisdicción contenciosa administrativa cuentan con las medidas cautelares previstas en los artículos 229 a 241 del CPACA.

§65. De esta manera, la accionante no demostró la existencia de un perjuicio irremediable que justifique que no recurra a los medios de control ordinarios, por lo que se torna improcedente esta acción de cumplimiento.

§66. En conclusión, la presente acción es improcedente porque la demandante tiene o ha tenido otros medios judiciales para lograr el cumplimiento que pretende y no demostró la existencia de un perjuicio grave e inminente.

§67. Teniendo lo anterior, se ha de confirmar el veredicto de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

¹³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION QUINTA
Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA Bogotá D. C., veintiocho (28) de octubre de dos mil diez (2010) Radicación número: 25000-23-15-000-2010-02789-01(AC)

SENTENCIA

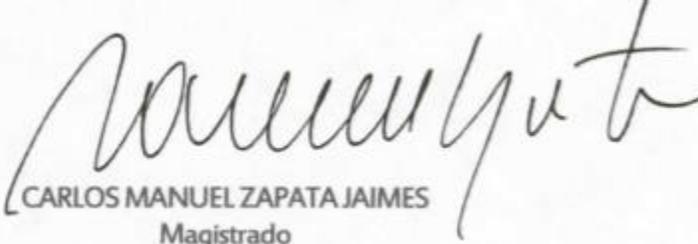
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, Caldas el día el 22 de junio de 2022.

SEGUNDO: EJECUTORIADA esta decisión, **DEVUÉLVASE** al Juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase
Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado