

REPÚBLICA DE COLOMBIA

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, veintiuno (21) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO No.	17001-33-33-004-2020-00111-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS - DTSC
ACCIONADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y OTROS

Procede el despacho uno del Tribunal Administrativo de Caldas, a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 18 de octubre de 2022, mediante el cual se negó el decreto de una prueba testimonial, recibido en este Tribunal el 13 de marzo de 2023.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada judicial, la DTSC interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra Colpensiones solicitando se declare la nulidad de la Resolución GNR 226072 del 01 de agosto de 2016 por medio de la cual Colpensiones reconoce a favor de la señora Gloria del Socorro Yepes Vélez una pensión de vejez y realiza una distribución de las cuotas partes pensionales que financian la prestación económica reconocida por Colpensiones.

Por reparto correspondió su conocimiento al Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito, quien tramitó el proceso, y en la oportunidad para estudiar las pruebas, mediante auto dictado el 18 de octubre de 2022 negó una prueba testimonial solicitada por la DTSC al considerar que no tiene relación con el problema jurídico planteado el cual busca determinar cuál es la entidad responsable de asumir el pago de la cuota parte causada por la pensión de vejez reconocida por Colpensiones a la señora Gloria del Socorro Yepes Vélez, que está asumiendo

actualmente la Dirección Territorial de Salud de Caldas. En este orden de ideas determina la procedencia de dictar sentencia anticipada y ordena correr traslado de alegatos.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de la parte actora indicó que:

Respecto al rechazo de la prueba testimonial, consideró que, si bien la ley procesal le otorga la potestad al juez para dirigir los procesos que están bajo su competencia, facultándolo para determinar si tiene o no en cuenta las solicitudes probatorias, insiste que el testimonio pretendido del funcionario CESAR AUGUSTO HURTADO JIMENEZ, cumple las características de pertinencia y utilidad en el proceso impetrado, pues con el mismo se pretende ahondar en los contextos históricos de la D.T.S.C. y del Sistema de Seguridad Social en Salud, además ello resulta ser el fundamento fáctico del contexto legal que define la responsabilidad relacionada con el pasivo pensional causado por los empleados del sector salud del Departamento de Caldas. Por ello con la prueba buscan dar un soporte probatorio a las actuaciones desplegadas por la DTSC, además para contribuir a la resolución del problema jurídico planteado que permita brindar mayor claridad al despacho.

Respecto al traslado para alegar, indicó que, si bien la Ley 2080 de 2021 incorporó la figura de la sentencia anticipada, se deben respetar unos lineamientos para dar aplicación a dicha figura, garantizando el derecho al debido proceso de que son titulares los sujetos procesales, y en el presente trámite considera se están pretermitiendo múltiples actuaciones judiciales. Frente al tema trae un pronunciamiento del Consejo de Estado, Sentencia Radicación No.: 11001-03-28-000-2020-00073-00 del 22 de abril de 2021.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico a decidir se circunscribe, en los siguientes interrogantes:

¿La decisión de negar el decreto de la prueba testimonial está ajustada a derecho?

En caso positivo

¿El auto que manifiesta que están dadas las condiciones para sentencia anticipada y corre traslado para alegatos, es susceptible de apelación?

Marco normativo

Respecto de la prueba testimonial los artículos 168, 212 y 213 del C.G.P., aplicables por remisión expresa del 306 del CPACA disponen:

ARTÍCULO 168. RECHAZO DE PLANO. El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles.

ARTÍCULO 212. PETICIÓN DE LA PRUEBA Y LIMITACIÓN DE TESTIMONIOS. Cuando se pidan testimonios deberá expresarse el nombre, domicilio, residencia o lugar donde pueden ser citados los testigos, y enunciarse concretamente los hechos objeto de la prueba.

El juez podrá limitar la recepción de los testimonios cuando considere suficientemente esclarecidos los hechos materia de esa prueba, mediante auto que no admite recurso.

ARTÍCULO 213. DECRETO DE LA PRUEBA. Si la petición reúne los requisitos indicados en el artículo precedente, el juez ordenará que se practique el testimonio en la audiencia correspondiente.

Respecto de la prueba testimonial el Consejo de Estado en providencia del del 28 de mayo de 2013, expuso:

Sobre esa materia resulta de la mayor importancia destacar que la exigencia que consagra el citado artículo 219 del Código de Procedimiento Civil [hoy art. 212 del CGP] debe observarse de manera rigurosa, en primer lugar porque sólo en cuanto el solicitante enuncie, indique, señale o precise cuál es el objeto del testimonio cuyo decreto y práctica requiere, el juez podrá efectuar entonces una valoración razonada acerca de la eficacia, la pertinencia y la conducencia de dicha prueba [...].

En segundo lugar, porque sólo en cuanto la parte solicitante enuncie, señale o precise el objeto de la prueba, esto es la indicación de los hechos acerca de los cuales ha de versar la declaración del testigo, la parte contraria podrá entonces ejercer a plenitud su derecho de defensa; ello porque [...] sólo con ese conocimiento podría impugnar, de manera razonada y seria, la decisión por cuya virtud se hubiere dispuesto el decreto y

práctica de la prueba en cuestión y, además, sólo a partir de dicho conocimiento podrá preparar de manera adecuada y previa su defensa para efectos de conainterrogar al testigo respecto de los hechos que constituyan el objeto de la prueba, en el momento en que se lleve a cabo la diligencia de recepción del testimonio.”¹

De otro lado, el Consejo de Estado² ha expuesto:

14. Al respecto, esta Corporación judicial ha indicado que existen unos requisitos que deben ser verificados por el juez al momento determinar si la prueba debe ser decretada o rechazada, a saber:

[...] 1. Pertinencia. Alude a que el juez debe verificar si los hechos resultan relevantes para el proceso.

2. Conducencia. Se refiere a que el medio de prueba debe ser el idóneo para demostrar determinado hecho.

3. Oportunidad. El juez no podrá tener en cuenta las pruebas solicitadas y aportadas por fuera de las oportunidades legales.

4. Utilidad. Indica que no se pueden decretar las pruebas manifiestamente superfluas, es decir, las que no tienen razón de ser, porque ya están probados los hechos o porque el hecho está exento de prueba.

5. Licitud. Para valorar una prueba, ésta no debe contravenir derechos fundamentales constitucionales, de lo contrario será nula de pleno derecho³ [...]” (Destacado de la Sala)

...” (subrayas y negrilla del Despacho).

Conforme a lo anterior, es claro para el Despacho que, cuando se solicita una prueba testimonial el juez debe estudiar su pertinencia, conducencia y utilidad a fin de decidir sobre su decreto.

Caso bajo Estudio

¹ Consejo de Estado; Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. C.P: Mauricio Fajardo Gómez. Radicado: 11001-03-26-000-2010-00018-00.

² Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Primera; C.P.: Roberto Augusto Serrato Valdés; Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veintiuno (2021); Radicación número: 25000-23-41-000-2017-00293-01

³ Consejo de Estado, Sección Quinta, Auto de 3 de marzo de 2016; Expediente No. 11001-03-25-000-2015-00018-00; C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

En el *sub lite* observa el Despacho que, la parte actora al solicitar la prueba testimonial indicó que, la misma tenía por objeto ilustrar sobre el manejo que la entidad accionante le da al pasivo pensional y la responsabilidad que le atañe respecto de los tiempos laborados por exfuncionarios del sector salud de Caldas.

Ahora bien, se tiene que la DTSC pretende la declaratoria de nulidad Resolución GNR 226072 del 01 de agosto de 2016 por medio de la cual Colpensiones reconoce a favor de la señora Gloria del Socorro Yepes Vélez una pensión de vejez y realizó una distribución de las cuotas partes pensionales que financian la prestación económica reconocida por Colpensiones.

En virtud de las pretensiones elevadas por la parte actora y la teoría del caso de las partes, la Juez de conocimiento planteó como problema jurídico, determinar cuál es la entidad responsable de asumir el pago de la cuota parte causada por la pensión de vejez reconocida por Colpensiones a favor de la señora Yepes Vélez, la cual está siendo asumida por la Dirección Territorial de Salud de Caldas.

En este contexto, se tiene que, le asiste la razón al *a quo* al negar el decreto y práctica del testimonio del señor Cesar Augusto Hurtado Jiménez, por cuanto el objeto de dicho testimonio, esto es ilustrar sobre el manejo que la DTSC le da al pasivo pensional y la responsabilidad que le atañe respecto de los tiempos laborados por exfuncionarios del sector salud de Caldas, no es pertinente, pues, determinar si hay lugar o no al pago de una cuota pensional y el porcentaje del mismo, es un asunto de puro derecho, en el que las partes a lo sumo, le deben o pueden indicar al Juez, la normativa que apoya sus pretensiones o sus razones de defensa, norma que no requiere prueba a menos que sea de orden local, pero en todo caso sería únicamente pruebas documentales, pues de un testimonio jamás podrá decirle al Juez, si es verdad que la demandante o la demandada, es responsable conforme a la ley de pagar o no una cuota pensional, pues en ese caso, se convertiría en un experticio jurídico que conllevará además a que la prueba fuera inconducente.

Por otro lado, si lo que querían era ilustrar al despacho sobre cómo y en qué forma se ha tramitado el proceso del pago de pensiones, aportes y/o convenios y demás, pues la prueba idónea es documental, máxime que, la parte para ello puede argumentarlo desde la misma demanda en caso de que sea el

demandante, o en la contestación en el caso que sea la demandada y por último quedan los alegatos de conclusión donde pueden hacer ver al Juez todo lo anterior.

Ahora, respecto de la inconformidad de la entidad accionante, por el hecho de que el Despacho de origen en el auto correspondiente, consideró que están dadas las condiciones para una sentencia anticipada y por ello corre traslado para alegatos, no es una providencia que sea susceptible de apelación, conforme se desprende del artículo 243 del CPACA que señala:

Art. 243: Apelación.

Son apelables las sentencias de primera instancia y los siguientes autos proferidos en la misma instancia:

- 1. El que rechace la demanda o su reforma, y el que niegue total o parcialmente el mandamiento ejecutivo.*
- 2. El que por cualquier causa le ponga fin al proceso.*
- 3. El que apruebe o impruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales. El auto que aprueba una conciliación solo podrá ser apelado por el Ministerio Público.*
- 4. El que resuelva el incidente de liquidación de la condena en abstracto o de los perjuicios.*
- 5. El que decrete, deniegue o modifique una medida cautelar.*
- 6. El que niegue la intervención de terceros.*
- 7. El que niegue el decreto o la práctica de pruebas.*
- 8. Los demás expresamente previstos como apelables en este código o en norma especial.*

Parágrafo 1°. El recurso de apelación contra las sentencias y las providencias listadas en los numerales 1 a 4 de este artículo se concederá en el efecto suspensivo. La apelación de las demás providencias se surtirá en el efecto devolutivo, salvo norma expresa en contrario.

Parágrafo 2°. En los procesos e incidentes regulados por otros estatutos procesales y en el proceso ejecutivo, la apelación procederá y se tramitará conforme a las normas especiales que lo regulan. En estos casos el recurso siempre deberá sustentarse ante el juez de primera instancia dentro del término previsto para recurrir.

Parágrafo 3°. La parte que no obre como apelante podrá adherirse al recurso interpuesto por otra de las partes, en lo que la sentencia apelada le fuere desfavorable. El escrito de adhesión, debidamente sustentado, podrá presentarse ante el juez que la profirió mientras el expediente se encuentre en su despacho, o ante el superior, hasta el vencimiento del término de ejecutoria del auto que admite la apelación.

La adhesión quedará sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal.

Parágrafo 4°. Las anteriores reglas se aplicarán sin perjuicio de las normas especiales que regulan el trámite del medio de control de nulidad electoral.

En consecuencia, como no se encuentra dentro del listado de autos apelables, este Despacho debe inhibirse a pronunciamiento alguno.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 18 de octubre de 2022, que negó una prueba testimonial, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuso **DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

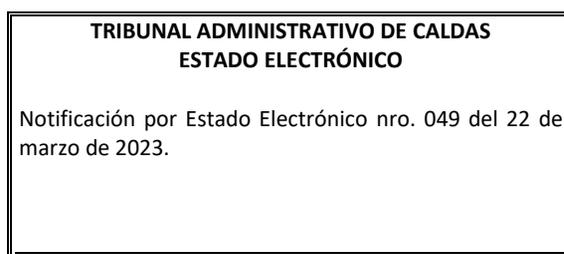
SEGUNDO: INHIBIRSE a pronunciarse sobre la decisión de correr traslado, previo a sentencia anticipada.

TERCERO: NOTIFÍQUESE por estado electrónico conforme al artículo 201 del C.P.A.C.A.

TERCERO: En firme la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen, para que continúe con el trámite procesal pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



Firmado Por:

Carlos Manuel Zapata Jaimes

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Dirección Ejecutiva De Administración Judicial

División 1 De Sistemas De Ingeniería

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **170a2049bc15656888ba3ff90657786574b9d4ac2bee5dd4ee0e4c0a427bb622**

Documento generado en 21/03/2023 09:00:40 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

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001 33 39 008 2016 00294 02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Esther Moreno Palacios
Demandado:	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP
Vinculado:	Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -Adres
Providencia:	Sentencia No. 45

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, el 18 de diciembre de 2020, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes

1. Pretensiones

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

“Que es nulo el acto administrativo contenido en la providencia No. UGPP 201611102141801 del 26 de julio de 2016, emanada de la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES – UGPP (sic), por medio de la cual se niega al (a) señor (a) ESTHER MORENO PALACIOS, la solicitud sobre el descuento del 1.5% por solidaridad al FOSYGA y el reintegro del excedente del descuento del 1.5% por solidaridad al FOSYGA y el reintegro del excedente del descuento para salud del 10.5% que la demandada viene efectuando desde la fecha en que se le reconoció e hizo efectiva la pensión gracia hasta el momento ...

Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene el restablecimiento del derecho vulnerado, DESCONTANDO el 1.5% de

Ley, por solidaridad con destino al FOSYGA, así como el REINTEGRO del 10.5% descontados por el mismo concepto desde el momento del reconocimiento y pago de la prestación referida, hasta cuando se elimine en su totalidad dicha deducción junto con los intereses corrientes y moratorios de ley.

Que los valores reconocidos en la providencia que resuelva esta solicitud sean sometidos a corrección monetaria en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

Condenar a la entidad demandada que si (sic) no da cumplimiento al fallo dentro del término legal, deberá reconocer y pagar al demandante los intereses comerciales y moratorios de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 195 del C.P.A.C.A.

Condenar en costas a la demandada de acuerdo con lo previsto en el Art. 188 del C.P.A.C.A., así como con la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo pertinente.”

2. Hechos

Se relataron los que a continuación se resumen:

Mediante la Resolución No. 12060 del 15 de junio de 2004, la Caja Nacional de Previsión Social EICE le reconoció a la señora Esther Moreno Palacios una pensión gracia de jubilación, efectiva a partir del día 29 de julio de 2003.

El día 6 de julio de 2016, la pensionada elevó petición ante la UGPP con el fin de que se ordenara el descuento del 1.5% por solidaridad al Fosyga y el reintegro del 10.5% que por concepto de salud se le ha venido efectuando sobre su pensión gracia.

Mediante Oficio UGPP No. 201611102141801 del 26 de julio de 2016, la entidad dio respuesta negativa a la solicitud de devolución de aportes ya mencionada.

3. Normas Violadas

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Los artículos 2, 5, 11, 13, 16, 23, 29 y 53 de la Constitución Política de Colombia.
Artículos 2313 a 2321 del Código Civil. Artículo 13 del CPACA. Artículos 1 al 11 de la Ley 114 de 1913. Ley 37 de 1933. Ley 4ta. de 1976. Decreto 081 de 1976. Ley 33 y 68 de 1985. Artículo 5to. Ley 91 de 1989. Artículo 279 y 204 de la Ley 100 de 1993. Artículo 10 de la Ley 1122 de 2007. Ley 812 de 2003. Ley 1395 de 2010. Artículo 48 del Decreto 806 de 1998.

Señala que el Decreto 1122 de 2007 en su artículo 10 establece el descuento del 1,5% con destino a la cuenta de solidaridad del FOSYGA, no establece el 12%, razón por la cual este descuento es ilegal. Manifiesta que el demandante no está afiliado por salud con la pensión gracia, lo que significa que no se le puede efectuar ningún descuento por este concepto; sin embargo, este expresa su voluntad solidaria de aportar con destino al FOSYGA, el 1,5% de su mesada como lo ordena la norma, razón por la cual debe aplicarse dicho descuento y proceder a reintegrar el valor del 10,5% que excede lo ordenado en la ley.

4. Contestación de la demanda.

4.1. La UGPP contestó la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones y planteando las excepciones que denominó: “Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, en tanto los beneficiarios de la pensión gracia no están exentos de los descuentos con destino al Sistema de Salud y por lo tanto deben efectuarlos de acuerdo a los porcentajes establecidos en la ley. “Carencia de competencia de la UGPP para responder por este proceso”, “prescripción”, “Buena fe”.

4.2. ADRES plantea las excepciones que denominó: “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA” la cual sustenta en que el reconocimiento y pago de la pensión gracia, así como los descuentos que mediante la presente acción se reclaman, fueron efectuados por la UGPP, por lo que no sería el FOSYGA, hoy ADRES, el llamado a responder. “FALTA DE AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD FRENTE AL ADRES”, afirmando que en el presente caso se está solicitando la nulidad de un acto administrativo que no fue notificado a la entidad y en el que no tuvo ninguna injerencia. “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN” pues señala que el ADRES no tiene la competencia ni la función de asumir responsabilidades de entidades diferentes a ella. Además, no hay lugar a realizar devolución alguna a favor de la parte actora, por cuanto lo descontado es un pago obligatorio. “COBRO DE LO NO DEBIDO” en tanto ADRES, en calidad de vinculada, no debe a la parte actora lo reclamado.

5. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 18 de diciembre de 2018, negó las pretensiones de la demandante al considerar que la obligación de cotizar al sistema de salud recae sobre la totalidad de los ingresos hasta el tope que señale la ley; que pese a la naturaleza especial de la pensión gracia, no

existe impedimento para que sus titulares efectúen sobre la misma las cotizaciones al sistema de salud, al considerarse la misma como un ingreso adicional.

Para sustentar su decisión, se remite a jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre la materia bajo examen.

6. Recurso de Apelación

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primer grado al estimar que resulta errado descontar el 12% sobre la pensión gracia con destino al sistema de salud, comoquiera que solamente el 1.5% se destina al Fondo de Solidaridad y Garantía y el porcentaje restante se destina al servicio de salud que ya se encuentra cubierto con las deducciones que se realizan del salario y de la pensión ordinaria. Ese doble descuento lo hace el sistema desconociendo la prohibición de la doble afiliación. Señala que la cotización es el valor que se consigna para obtener como retribución un beneficio, en este caso, un servicio de salud; diferente del aporte que por solidaridad se hace al Fosyga. Cita providencias de otros Tribunales del país, en las cuales se resuelve en consonancia con los argumentos expuestos por la parte demandante en estos temas. En general, insiste en los argumentos expuestos en la demanda.

7. Alegatos de conclusión.

No hubo alegatos de conclusión.

II. Consideraciones de la Sala

Se pretende con el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que se declare la nulidad del acto administrativo mediante el cual la UGPP negó el reintegro del 10.5% del aporte que se descuenta de la pensión gracia de la parte demandante, efectuando solamente el descuento del 1.5% para el Fosyga.

1. Problema Jurídico

¿Los docentes beneficiarios de la pensión gracia están obligados a realizar aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud y, en caso positivo, cuál es el porcentaje de dicha cotización?

2. El principio constitucional de solidaridad que consagra la Ley 100 de 1993.

El artículo 48 de la Constitución 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. Así mismo, lo consagra como un derecho irrenunciable de garantía universal para todos los administrados. La norma en mención es del siguiente tenor:

“ARTICULO 48. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”.

Por su parte, el artículo primero de la Constitución Política establece como principio fundante del Estado Social de Derecho la solidaridad de las personas que la integran.

Dice la mencionada norma: “(...) ART. 1º—Colombia es un Estado social de derecho (...) fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (...)”.

En relación con dicho principio, la Corte Constitucional ha sostenido:¹

“En materia de seguridad social, el principio de solidaridad implica que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto”.

En cumplimiento de los fines señalados, la Ley 100 de 1993 implementó el Sistema de Seguridad Social en Salud, dirigido a garantizar el acceso a la salud de toda la población del país, en sus diferentes niveles y, estableció en su artículo 157, las modalidades en que los participantes del sistema acceden al servicio de salud: unos en calidad de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y, otros, en forma temporal, como vinculados.

¹ T-126-2000

Los afiliados, se integran al Sistema a través del: I. Régimen Contributivo, previo pago de la cotización reglamentaria por personas laboralmente activas, pensionados o jubilados con capacidad de pago; II. Régimen Subsidiado: mediante un subsidio que se financia con recursos de la Nación, de solidaridad e ingresos propios de los entes territoriales, dirigido a personas sin capacidad de pago, para cubrir el monto total o parcial de la cotización. De otro lado, están las personas participantes en calidad de vinculadas al sistema: son aquellas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención en salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado.

Ahora bien: de conformidad con la Ley 114 de 1913, según el artículo primero de dicha norma: “(...) *Los maestros de Escuelas Primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de veinte años, tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia (...)*”. Por tanto, los docentes reciben una pensión de jubilación, independientemente de que se considere de régimen especial o excepcional. Así las cosas, los docentes que son beneficiarios de la pensión gracia quedan cobijados por lo indicado en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993. Y con mayor razón, están obligados a cumplir con el principio de solidaridad que establece la Constitución Política.

En este orden, tenemos que los pensionados por jubilación pertenecen al régimen contributivo y aportan al Sistema de Salud en calidad de cotizantes.

Si bien es cierto, la pensión gracia es una pensión especial, tal como se ha estructurado por las normas legales y la jurisprudencia abundante sobre el tema, no es menos cierto que sobre lo que recibe un docente por pensión gracia, se deben hacer aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, a la tarifa señalada por la Ley 100 de 1993, tal como se verá a continuación.

3. Marco normativo y jurisprudencial de los aportes a la seguridad social en salud.

El artículo 81 de la Ley 812 de 2003 establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma, así como textualmente señala este artículo:

“ARTÍCULO 81. Régimen Prestacional de los Docentes Oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”.

Pero el inciso tercero y cuarto ibidem, determinan cómo se debe prestar el servicio de salud para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, sobre la tasa de cotización prescribe:

“Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones”. (Subraya la Sala).

Como se desprende de la norma transcrita, para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, los servicios de salud se prestarán conforme a la Ley 91 de 1989, pero en el inciso cuarto establece la tasa que deben aportar los afiliados, y señala que, para pensiones como para salud, será la tarifa determinada por la Ley 100 de 1993.

Por su parte el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 establecía:

“Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones: La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”. (Resalta la Sala)

Y el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, que reglamenta la Ley 100 de 1993, prescribió lo siguiente, respecto a la forma en que se efectúan los aportes al Sistema de Salud:

“Artículo 14. Régimen de Excepción. Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud. Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en

proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos". (Subrayado de la Sala).

El Consejo de Estado², al pronunciarse sobre la legalidad del Decreto 1703 ibidem, señaló:

"...Revisado el decreto demandado en relación con los fundamentos en que se soportó se encuentra que no existe vulneración o exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria de que estaba investido el Gobierno Nacional porque éste puede definir a quienes no se les presta el Servicio de Seguridad Social en Salud, obviamente, teniendo en cuenta que los prestatarios excluidos tienen el servicio dentro del régimen de excepción. Esta actuación no implica modificación a la ley pues está comprendida dentro de la posibilidad de regulación que las normas le otorgan al Gobierno con el fin de lograr la cumplida ejecución de la ley, conforme al artículo 150, numerales 1º y 2º, de la Carta Política. Las facultades del Gobierno no pueden limitarse a repetir el texto de las leyes sino que pueden y deben contener ordenamientos que hagan efectiva y eficiente la ley. Para ello, en nuestro caso, pueden adoptar medidas tendientes a racionalizar el uso del Sistema General de Seguridad Social en Salud, excluyendo a determinados grupos del servicio porque el Estado ya les está prestando los servicios de salud a través de otro sistema (el de excepción), situación que, se insiste, comporta una reglamentación y no una modificación de la ley porque regla especificidades que el legislador no tenía la obligación de prever.

(...)

La Sala comparte los planteamientos de la entidad demandada y agrega que, a partir de la ley 100 de 1993, se cambió el sistema de Seguridad Social en Salud, que pasó de ser de cobertura individual a familiar, de manera tal que con una sola persona afiliada se cubre el grupo familiar, pero si son dos o más los afiliados, la cobertura siempre es la misma para el respectivo grupo familiar. De la misma forma si en un grupo familiar existen simultáneamente un trabajador o pensionado beneficiario del régimen de excepción y otro afiliado al sistema general, es razonable que la cobertura sea prestada de manera excluyente por el de excepción, que se supone tiene una mejor prestación de servicio por provenir de una reivindicación laboral. No sería procedente la doble cobertura pues, por su naturaleza, ambos servicios son excluyentes dado que cubren las mismas contingencias y son prestados ambos por el Estado. La reglamentación efectuada por el Gobierno no constituye una alteración o modificación del régimen general, simplemente excluyó a quienes ya lo estaban por recibir sus servicios a través del régimen de excepción, en otras palabras, formalizó lo que de suyo emergía de la ley. La Sala encuentra que el cargo formulado no puede prosperar porque no se demostró que los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio "FOMAG" tuvieran un servicio inferior en materia de Salud al que presta el Régimen General en Salud, situación que, eventualmente podría derivar en la anulación no del decreto acusado sino de la norma que permite la existencia de un régimen de excepción soportado en reivindicaciones laborales. Además, se insiste en que quienes están dentro del régimen de excepción no pueden estar también dentro del régimen general pues, por racionalización y universalidad del servicio de salud, el Estado no puede prestar una doble protección cuando la cobertura en Salud es insuficiente para toda la población..."

² Sección Segunda, sentencia del tres (3) de marzo de 2.005, radicación (5427-02). C.P. Jesús María Lemos Bustamante

El artículo 204 de la Ley 100 de 1993, fue modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, así:

“Artículo. 204.- Monto y distribución de las cotizaciones La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%)”

Este inciso fue adicionado por el artículo 1 de la Ley 1250 de 2008, que reza:

“La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional”.

Respecto a los aportes para salud que deben realizar los actuales pensionados, el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, prescribe:

“Artículo 143. Reajuste Pensional Para Los Actuales Pensionados.

A quienes con anterioridad al 1o. de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán, derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente ley.

La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral. (Resalta la sala)

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia T-359 de 2009³, sobre la obligación que tienen los docentes, de cotizar el 12 % para salud, señaló lo siguiente:

“En efecto, los actores reclaman por esta vía, el reembolso de unos descuentos que por concepto de salud les hacen de su pensión, aspecto sobre el cual es importante recordar que sobre este tipo de descuentos ordenados por ley a las mesadas pensionales, el parágrafo del artículo 2° de la Ley 4ª de 1966, “por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social- Cajanal, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones”, señaló que los pensionados cotizarán mensualmente con el cinco por ciento (5%) de su mesada pensional, norma que posteriormente fue derogada y modificada por la Ley 100 de 1993.

³ M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Al efectuar el reconocimiento de la pensión gracia de la Ley 114 de 1913, se generaba para estas personas la posibilidad de disfrutar de los servicios médicos asistenciales, prestados por Cajanal, en ese entonces, pero la Ley 100 de 1993, determinó la unificación del monto del aporte para financiar los servicios de salud, y en el artículo 143 dispuso:

“Artículo 143. Reajuste pensional para los actuales pensionados. A quienes con anterioridad al 1° de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente ley.

La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

El Consejo Nacional de Seguridad en salud podrá reducir el monto de la cotización de los pensionados en proporción al menor número de beneficiarios y para pensiones cuyo monto no exceda de tres (3) salarios mínimos legales.

PARAGRAFO TRANSITORIO. Sólo por el año de 1993, los gastos de salud de los actuales pensionados del ISS se atenderá con cargo al Seguro de IVM y hasta el monto de la cuota patronal.”

Entonces, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados contribuían con el 5% de su mesada pensional para la financiación de los servicios de salud. Sin embargo, esta Ley estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12%, sin importar el tipo de pensión de que se trate.

Es decir, sin excepción alguna, resulta obligatoria la cotización a salud sobre la mesada pensional, aporte que con posterioridad se destina a financiar el servicio médico asistencial del afiliado o pensionado.

Sin excepción alguna, resulta obligatoria la cotización a salud sobre la mesada pensional, aporte que con posterioridad se destina a financiar el servicio médico asistencial del afiliado o pensionado. Por tal razón, con el fin de mantener la capacidad adquisitiva de las mesadas pensionales, en el artículo 143 transcrito de la Ley 100 de 1993, se dispuso un incremento en su monto equivalente a la suma necesaria para cubrir la diferencia entre el 5% (porcentaje anterior) y el 12% ahora establecido. Lo que significa que con el objeto de poner en igualdad de condiciones a los pensionados, la denominada pensión gracia también se incrementó, pues se les otorgó a las personas a quienes se les reconoció la pensión antes del 1° de enero de 1994, el beneficio del aumento mensual en el monto de la pensión equivalente a la cotización para salud a la que se veían sometidos por aplicación de las disposiciones que en dicha materia trae la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. En este orden de ideas, en el caso concreto es evidente que los docentes reciben el pago de sus mesadas pensionales, sin estar evidenciado que el descuento hecho por salud, que es a beneficio de cada quien, afecte el mínimo vital de ninguno, además de no ser claro que estas sumas sean ilegalmente descontadas, circunstancia que si los actores quieren cuestionar pueden hacerlo en otras instancias judiciales, no siendo la acción de tutela, por su carácter residual y subsidiario, el mecanismo idóneo para la solución de las inconformidades aquí planteadas. Tampoco puede considerarse vulnerado el derecho a la igualdad, la tercera edad o la seguridad social, pues se trata de un pago que redunde en provecho propio de cada aportante, y no se pone de presente una situación en la cual se manifieste que otras personas en equiparables circunstancias, tengan mejores condiciones que aquéllos o se les aplique un descuento inferior...”
(Subraya la Sala).

En conclusión: del recuento normativo y jurisprudencial reseñado, advierte la Sala que la UGPP ha actuado conforme a derecho, porque si bien es cierto los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se encuentran exceptuados del régimen de Seguridad Social Integral, y que la pensión gracia tiene un carácter especial, no es menos cierto que, tratándose del Sistema de Seguridad en Salud, con fundamento en los principios consagrados en la Constitución Política, el monto con el cual deben aportar al sistema, se encuentra expresamente definido en la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

De acuerdo con el análisis precedente, la Sala confirmará la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2018 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

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

4. Costas en segunda instancia.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado⁴ 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.

Ahora bien, en segunda instancia no hay lugar a condenar en costas por cuanto en el expediente no se encuentran pruebas que las demuestren o justifiquen.

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

⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2018 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

Segundo: Sin costas en segunda instancia.

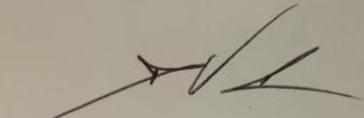
Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones respectivas en el programa "Justicia XXI".

Notifíquese y cúmplase

Discutida y aprobada en Sala Segunda de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001 23 33 000 2019 00306 00
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Gloria Isabel Hurtado Giraldo
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – FNPSM
Providencia:	Sentencia No. 46

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 Gloria Isabel Hurtado Giraldo contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

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 CPACA, solicita:

“1. Declarar la nulidad parcial del acto administrativo ficto configurado el día 06 DE SEPTIEMBRE DE 2018 frente a la solicitud presentada el día 06 DE JUNIO DE 2018, en cuanto negó el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, a la edad de 55 años y con el cumplimiento de 1.000 semanas de cotización, sin exigir el retiro definitivo del cargo docente, para efectuar la inclusión en la nómina de pensionados.”

2. Declarar que mi representado, tiene derecho a que la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE MANIZALES (sic), reconozca y pague una pensión de jubilación, equivalente al 75% de los salarios y las primas recibidas, anteriores al cumplimiento del status jurídico de pensionado (a), es decir a partir del día 17 DE FEBRERO DE 2010, momento en que cumplió los 55 años de edad y las 1.000 semanas de cotización, sin exigir el retiro definitivo de cargo, para proceder a su cancelación, en compatibilidad con el salario en la docencia oficial.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se realicen las siguientes:

CONDENAS:

1. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE MANIZALES (sic), a que se me reconozca y pague una pensión de jubilación, equivalente al 75% de los salarios y las primas recibidas, anteriores al cumplimiento del status jurídico de pensionado (a), es decir a partir de 17 DE FEBRERO DE 2010, por haber completado las 1.000 semanas de aportes y los 55 años de edad, sin exigir el retiro definitivo de cargo, para proceder a su cancelación, en compatibilidad con el salario en la docencia oficial.

2. Que se ordene a la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE MANIZALES (sic) y a COLPENSIONES, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A.).

3. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE MANIZALES (sic) y a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las sumas adeudadas.

4. Condenar en costas a la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE MANIZALES (sic) y a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de los valores adeudados.

5. Ordenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL (FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO), la inclusión en la nómina de pensionados, una vez sea reconocido este derecho y el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho, hasta la inclusión en la nómina.

6. Ordenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL (FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO) reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las mesadas pensionales, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, y demás emolumentos de conformidad con el artículo 192 del C.P.A.C.A.

7. Condenar en costas a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE CALDAS de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código

*de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el Código General del Proceso.
[...]*

2. Hechos.

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

La docente Gloria Isabel Hurtado Giraldo nació el 18 de diciembre de 1973 (sic), por lo que en la actualidad tiene más cincuenta y cinco (55) años de edad. Realizó aportes al antiguo ISS, hoy liquidado, por lo que las semanas cotizadas se encuentran en Colpensiones.

Laboró como docente oficial desde el 18 de julio de 2005 hasta la fecha de presentación de la demanda inclusive.

Por medio del acto administrativo demandado, se le reconoció a la demandante la pensión de jubilación a la edad de 57 años, exigiéndole, además, 1.300 semanas de cotización, cuando la ley contempla que sólo debía exigírsele 1.000 semanas de aportes, sin que fuere necesario el retiro definitivo del cargo para gozar de dicha prestación desde la edad de 55 años.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Ley 71 de 1988, Artículo 7.

Ley 91 de 1989, Artículo 15 Numerales 1 y 2.

Ley 60 de 1993. Artículo 6.

Ley 115 de 1993. Artículo 115.

Ley 100 de 1993. Artículo 279.

Ley 812 de 2003. Artículo 81.

Decreto 3752 de 2003. Art. 1 y 2.

Aduce que para los servidores públicos docentes vinculados después de 1990, se unificó el régimen de prestaciones económicas y sociales con el resto de los empleados públicos del orden nacional. En el tema de pensiones entonces, hasta el año de 1989, solo se expidieron tres disposiciones normativas que atañen a la pensión de jubilación ordinaria de los docentes, esto es, la ley 71 de 1988 y la 91 de 1989. Posteriormente el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, estableció:

"(...) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con

anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley."

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres".

En este sentido, a los docentes vinculados con anterioridad al año 2003 se les aplica las normas anteriores a la expedición de la Ley 812, es decir la Ley 71 de 1988 cuando se tienen aportes al en el ISS como trabajadores del sector público o privado.

En este orden de ideas, precisa que a los servidores públicos docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el reconocimiento se les efectuará de conformidad con el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes. Para aquellos maestros vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se les reconocerá una pensión de jubilación bajo el régimen general pensional del sector público establecido en las normas vigentes. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial al 23 de junio de 2003, es el establecido para el magisterio en las normas vigentes antes de la entrada en vigencia la Ley 812 de 2003.

Indica que se trata de un docente que logra acreditar aportes antes del 26 de junio de 2003 al antiguo ISS, de tal manera que siendo un docente del orden nacional, su situación pensional debe resolverse no conforme a lo establecido en la ley 100 de 1993, sino conforme a las disposiciones legales que le resultan aplicables a quien desea utilizar aportes realizados antes de mencionada fecha y hoy resulta ser docente.

4. Contestación de la demanda.

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Adujo, además, que unos hechos son ciertos y que otros no le constan.

Propuso como excepciones las que denominó: *"Inexistencia de la obligación"* pues no resulta viable el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación sin haber cumplido el lleno de los requisitos. *"Legalidad del acto administrativo expedido"* el cual se soporta en las normas y jurisprudencia vigentes. Y *"Excepción genérica"*.

5. Audiencia inicial.

Se prescindió de esta etapa procesal de conformidad con el artículo 182A de la Ley 2080 de 2021 que adicionó el CPACA.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante.

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

6.2. Parte demandada.

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, esto es, que la vinculación de la docente se efectuó el 8 de marzo del año 2003, razón por la cual se le deben aplicar las disposiciones establecidas en la Ley 812 de 2003.

7. Concepto del Ministerio Público.

Aduce que, no resulta aplicable la Ley 71 de 1988, dado que no son acumulables las cotizaciones que permite la mencionada ley con los aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para efectos de la pensión de jubilación de docentes. La Corte Constitucional se ha referido a la improcedencia de la aplicación de la pensión de jubilación regulada en la Ley 71 de 1988 en el régimen docente, así:

“Entonces, procede la Corte a analizar el reconocimiento de pensión de jubilación por aportes determinada en la Ley 71 de 1988 en atención a que constituye la pretensión principal del actor en el presente trámite. Los requisitos exigidos bajo esta norma se sintetizan en i) 60 años de edad para hombres y 55 para mujeres y, ii) 20 años de servicio sufragados en cualquier tiempo en una o varias entidades de previsión social y el Instituto de Seguros Sociales.

Sin embargo, se advierte que las cotizaciones efectuadas por parte del demandante en el régimen docente, no corresponde a ninguna entidad de previsión social, por lo que no es acreedor de la pensión de jubilación por aportes. De ahí que, respecto a este punto, no se advierta transgresión de los derechos del actor por parte de la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla”.¹

Concluye que el acto administrativo ficto acusado no contraviene el ordenamiento jurídico, por cuanto la decisión administrativa de negar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación conforme a la Ley 71 de 1988, se sujetó a la normatividad en la que debía fundarse y, por lo tanto, es ajustada a derecho, motivo por el cual procede desestimar los cargos de nulidad sustancial formulados en la demanda y negar las pretensiones.

II. Consideraciones de la Sala

Solicita la parte demandante en este proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido contra la Nación – Ministerio de Educación - FNPSM, que por esta Corporación se declare la nulidad del acto administrativo por medio del cual se negó la pensión de vejez

¹ Corte Constitucional, sentencia T-090 de 2018

a la edad de 55 años y 20 años de servicio (pensión por aportes), de conformidad con la Ley 71 de 1988.

La entidad demandada, por su parte, se opone a las pretensiones de la parte demandante pues según dice, el acto de reconocimiento pensional se encuentra ajustado a derecho comoquiera que la norma aplicable es la Ley 812 de 2003, en tanto y comoquiera que la vinculación de la demandante al servicio docente oficial se efectuó con posterioridad a la vigencia de dicha ley; luego entonces, la misma se encuentra regida por lo dispuesto en el Régimen General de Pensiones (Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003).

1. Problemas Jurídicos.

1.1. ¿Cuál es el régimen legal aplicable a la situación pensional de la demandante?

1.2. ¿Debe la demandante acreditar el retiro definitivo del servicio para disfrutar del derecho a la pensión de vejez?

2. Marco legal y jurisprudencial aplicable en el *sub examine*.

2.1. De la vinculación al servicio docente.

El docente, como el profesional dedicado a la enseñanza a cargo del Estado en los diversos niveles de la educación, corresponde a un verdadero empleado público de naturaleza especial, que tiene una relación laboral legal y reglamentaria, que se vincula a través de acto administrativo emitido por la autoridad nominadora competente, y que debe tomar posesión de su cargo, conforme lo disponen los artículos 1º y 4º del Decreto Ley 2400 de 1968, en concordancia con el artículo 3º del Decreto Ley 2277 de 1979.

En cuanto al tiempo de servicio y al tipo de la vinculación requerida para tener derecho a la pensión, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha señalado respecto de su prueba:

«En principio, para efectos de la PENSIÓN DE JUBILACIÓN (DOCENTE) se deben analizar los tiempos de servicio que acrediten los educadores teniendo en cuenta varios datos trascendentales, año por año (porque es posible que un tiempo le sirva para la prestación y otro no), a saber: EL CARGO DESEMPEÑADO (maestro de primaria, profesor de Normal, inspector de primaria, etc.) LA DEDICACIÓN (tiempo completo, medio tiempo, hora cátedra, etc.), LA CLASE DE PLANTEL donde desempeñó su labor (Normal, Industrial, Bachillerato, etc.), así como EL NIVEL DE VINCULACIÓN DEL CENTRO EDUCATIVO A LAS ENTIDADES POLÍTICAS (Nacional, nacionalizado -a partir de cuándo- Departamental, Distrital, Municipal, etc.). La época del trabajo realizado (año, con determinación clara y precisa de la iniciación y terminación de la labor) es fundamental de conformidad con las leyes especiales que rigen esta clase de pensión y la Ley 91 de 1989. La sola mención de la fecha de nombramiento no es prueba de la iniciación –desde ese momento- del

servicio y la cita de la fecha de un acto de aceptación de renuncia debe ir acompañado del dato desde cuando produjo efectos, para poder tener en cuenta realmente el tiempo de servicio. Los certificados que se expidan para acreditar estos requisitos deben ser precisos en los datos fundamentales que exigen las leyes especiales que regulan esta clase de pensión².»

Esta línea ha sido mantenida por la Sección Segunda – Subsección B del Consejo de Estado, destacándose las siguientes consideraciones:

«Es necesario precisar respecto de los certificados docentes para la pensión, como ya se ha dicho por esta Subsección, estos pueden ser expedidos por los mismos directivos de los centros educativos donde trabajaron los educadores y en ellos deben establecerse con claridad el cargo desempeñado, la dedicación, la clase de plantel y el nivel de vinculación del centro educativo a las entidades públicas; dichos certificados servirán de base para expedir otros en forma correcta, tal como se verifica que ocurrió en el caso del demandante pues el Secretario General de la Alcaldía municipal de La Cruz (Nariño) certificó el lapso de trabajo incluyendo el periodo comprendido del 19 de enero de 1981 al 13 de julio de 1983 en el que el docente estuvo vinculado como interino en la Escuela Rural Mita de la Laguna³.»

Entonces, lo importante de la prueba del tiempo de servicios y de la vinculación, no es la denominación que se le dé, ni la forma que adopte, sino el contenido de la información puntual que ofrezca alrededor del tipo de nombramiento, la autoridad que lo hace, la institución educativa a la que prestará los servicios, su naturaleza, y por supuesto los extremos temporales.

Así también, en lo que respecta a la presunción de la existencia de una relación laboral en cuanto a la función de docente, el órgano de cierre de esta jurisdicción mediante sentencia del 6 de mayo de 2010, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve⁴, dijo:

«Las entidades territoriales iniciaron la práctica de contratar los servicios de los denominados "docentes temporales", ante la imposibilidad de vincularlos oficialmente a las plantas de personal, ya que la legislación que estaba vigente prohibía crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria con cargo al presupuesto estatal.

Por ello, al estudiar la Corte Constitucional la demanda de inexecutable, entre otros, del artículo 6º de la Ley 60 de 1993, referente a la administración de las plantas de personal docente, estableció que cuando se trata del desempeño de funciones docentes, éstas no se pueden adelantar a través de contratos de prestación de servicios, porque siempre se predica del ejercicio de dichas actividades la subordinación o dependencia propias de la relación laboral. Corrobora lo anterior, el objetivo de la labor docente que consagra el artículo 104 de la Ley General de Educación (115 de 1994) al prever que "El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos [...]"; situación que implica que la labor docente no es independiente, sino que es un servicio que se presta en forma personal y de manera subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la

² Sentencia del 19 de enero de 2006, Expediente 6024-05, Consejero Ponente Tarsicio Cáceres Toro.

³ Sentencia del 14 de noviembre de 2015, expediente 2636-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

⁴ Sentencia del 6 de mayo de 2010, exp. 1883-08, CP Gerardo Arenas Monsalve.

educación, que no es posible encubrir mediante contratos de prestación de servicios.

(...) En conclusión, la existencia de la relación laboral con los docentes contratistas se presume, sin que ello implique que dicho funcionario de hecho tenga los mismos derechos y obligaciones de los empleados públicos sujetos a un específico régimen legal y reglamentario, una planta de personal y la disponibilidad presupuestal correspondiente.»

Ahora bien, en cuanto a la prueba del desempeño del servicio docente, el Consejo de Estado a través de sentencia del 10 de marzo de 2016⁵, argumentó lo siguiente:

«De igual manera, debe precisarse que para esta Sala no es de recibo el argumento trazado por el Tribunal Administrativo de Nariño en la sentencia de primera instancia, según el cual para el cómputo del tiempo de servicio docente solo se tendrían en cuenta los tiempos demostrados por medio de actos administrativos de nombramiento, actas de posesión e historial laboral, descartando de plano documentos como (i) las copias de las certificaciones del record de trabajo del demandante expedidos por los diferentes Alcaldes Municipales de El Tablón, Nariño; y (ii) la copia del Formato Único para la expedición de Certificado de Historia Laboral de Fiduprevisora S.A.

Lo anterior, por cuanto en el caso sub judice no es aplicable lo consagrado en el artículo 7 de la Ley 50 de 1886⁹, pues dicho precepto expedido en vigencia del antiguo sistema de tarifa legal para la valoración de la prueba, resulta contrario al principio in dubio pro operario.

Ahora bien, es por ello entonces que lo que resulta aplicable al caso concreto es lo establecido en el Código General del Proceso, sobre la eficacia probatoria de los documentos públicos¹⁰, toda vez que resulta más favorable aplicar esta disposición que aquella, ya que lo consagrado en la Ley 50 de 1886, limita al trabajador a probar determinados hechos (empleos desempeñados) a través de una única prueba, los actos administrativos de nombramiento, a diferencia de los estatutos procesales posteriores que contienen regulación sobre pruebas y permiten la demostración de tales hechos con otros documentos¹¹.»

Respecto al tiempo de vinculación, la Sala de Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 22 de enero de 2015, exp. 0775-2014, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón, definió como regla que:

«En el presente caso, para el 29 de diciembre de 1989, fecha de expedición de la Ley 91 de 1989 la (...) ya había prestado sus servicios como docente nacionalizado, pues había sido nombrada mediante Decreto No. 00439 de 19 de febrero de 1979, por el periodo comprendido entre el 19 de febrero al 20 de mayo del mismo año.

*Lo anterior le permite a la Sala establecer que era posible que la demandada analizara si la actora reunía los requisitos para acceder a la pensión gracia, toda vez que la expresión “docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980”, contemplada objeto de análisis, **no exige que en esa fecha el docente deba tener un vínculo laboral vigente, sino que con anterioridad haya estado vinculado, pues lo que cuenta para efectos pensionales es el tiempo servido; por lo tanto, la pérdida de continuidad, no puede constituirse en una causal de pérdida del derecho***

⁵ Sentencia del 10 de marzo de 2016, exp.2604-14, CP Gabriel Valbuena Hernández.

pensional como lo estimó el Tribunal.» (Negrillas fuera de texto original).

De manera más reciente y haciendo referencia a la pensión de vejez propiamente dicha, el Consejo de Estado⁶ puntualizó:

En el sub lite, se tiene que si bien es cierto que el demandante tuvo una vinculación laboral con posterioridad a la Ley 812 de 2003, también lo es que no es dable desconocer los tiempos de servicios prestados, como docente nacionalizado, antes de que empezara a regir tal normativa, máxime cuando para el 27 de junio de 2003 había acumulado 18 años, 5 meses y 16 días de labor (entre el 19 de agosto de 1978 y el 28 de enero de 1997).

Por lo tanto, al vincularse nuevamente al servicio oficial docente el 16 de febrero de 2009, haber acumulado más de 20 años de servicios en condición de maestro estatal y adquirido la edad pensional prevista en la Ley 33 de 1985, resulta contrario a los principios de equidad, justicia social y pro homine, así como a los tratados internacionales atañedores a estos¹³, desconocer que el accionante había laborado como profesor en el sector público antes de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, máxime cuando de tal norma se infiere que su aplicación es para los nuevos docentes vinculados durante su vigencia, mas no para los que con anterioridad fueron nombrados en dicha condición¹⁴.

De esta manera, la línea jurisprudencial actual sobre el reconocimiento de la pensión es clara y pacífica alrededor de la importancia del tiempo de servicio como su referente, sin importar si es continuo o discontinuo, ni su modo de vinculación, comoquiera que el texto normativo lo que dispone para esa fecha es el límite máximo para que el educador se vincule, siendo viable que haya sido con antelación a la mencionada calenda, sin exigir el tipo de vinculación.

También es de la mayor importancia afirmar conforme a lo anterior, que el tiempo requerido y viable para el reconocimiento de la pensión, no sólo es aquel que se deriva de las relaciones regulares y en titularidad, pues, tal como hemos visto, modalidades de vinculación, los nombramientos en provisionalidad e inclusive el ejercicio de la docencia por horas cátedras o por contratos de prestación de servicio, resultan válidos en el entendido que se trata de una prestación cimentada en la prestación efectiva de labores de educador.

Adicionalmente, esta conclusión halla respaldo en la sentencia de unificación CESUJ2 No. 5 del 25 de agosto de 2016 proferida por el Consejo de Estado⁷, en la cual se precisó que:

«[...] la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Bogotá, D. C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 66001-23-33- 000-2017-00470-01(3514-19)

⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Segunda. Sentencia de Unificación CESUJ2 n.º 5 del 25 de agosto de 2016. Rad.: 23001233300020130026001 (00882015).

(iii) *desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes contratistas merecen una protección especial por parte del Estado. [...]».*

2.1. Régimen Pensional de los Docentes Estatales.

Sea lo primero indicar que, antes de la organización del Sistema General de Pensiones establecido con la Ley 100 de 1993, existían en el ordenamiento jurídico pluralidad de regímenes pensionales, a los que hizo referencia la Corte Constitucional en sentencia SU-130 de 2013⁸ y que se pueden abreviar así:

- El de los trabajadores particulares no afiliados al ISS⁹, cuyo régimen pensional aplicable era el del **artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo** (hoy derogado por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993).
- El de los *trabajadores particulares afiliados al ISS (excepcionalmente a trabajadores oficiales)*, cuyo régimen pensional era el **Acuerdo 049 de 1990**, aprobado mediante el Decreto 758 del mismo año.
- El de los *servidores públicos en general* (empleados públicos y trabajadores oficiales), del nivel nacional y territorial, excepto los destinatarios de normas especiales, cuyo régimen pensional fue la **Ley 33 de 1985**.
- El de los *trabajadores que hubieran cotizado al ISS y a Cajas de previsión del sector público*, pero que no reunían el requisito de tiempo de servicios para pensionarse conforme al Acuerdo 049 de 1990 o la Ley 33 de 1985, según el caso, a quienes se les aplicaba el régimen pensional establecido en la **Ley 71 de 1988**.

Igualmente, existen otros regímenes especiales de pensión dentro del sector público, anteriores a la Ley 100 de 1993, como el de los congresistas, la rama judicial y el ministerio público, entre otros; regímenes que siguen produciendo efectos jurídicos para los destinatarios del régimen de transición creado por la misma norma.

Es de aclarar, respecto de los docentes oficiales, que a pesar de lo preceptuado por el Estatuto Docente (Decreto ley 2277 de 1979), en el sentido de que los educadores oficiales tienen el carácter de empleados oficiales de régimen especial, esto únicamente es aplicable en lo relacionado con las materias que regula el mencionado Estatuto, es decir, que en lo que remite a la pensión ordinaria de jubilación no ostentan ningún tratamiento especial,

⁸ Referencia: Expedientes T-2.139.563, T-2.502.047, T-2.532.888, T-2.542.604, T-2.900.229, T-3.178.516, T-3.184.159, T3.188.041, T-3.192.175 y T-3.250.364; M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; sentencia del 13 de marzo de 2013.

⁹ Creado con la Ley 90 de 1946.

pues aunque son servidores públicos con régimen especial, en lo atañero a pensiones no gozan de dicha particularidad.

Mediante la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, se dispuso la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuya finalidad, entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de sus afiliados, esto es, de los docentes oficiales. Esta ley establece en su artículo 1º, la siguiente clasificación de sus afiliados:

“Artículo 1º.- Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

Parágrafo - Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.”

En relación con los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el artículo 5 de la citada norma, teniendo en cuenta el proceso de nacionalización de la educación oficial adelantado en el país mediante la Ley 43 de 1975, dispuso que quedarían automáticamente afiliados al Fondo, los docentes nacionales o nacionalizados vinculados a la fecha de promulgación de la misma, esto es, 29 de diciembre de 1989 y, de igual forma, el personal vinculado con posterioridad, siempre que cumpliera los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica.

La Ley 812 de 2003 estableció que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encontraran vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003 -fecha de entrada en vigencia de la mencionada norma¹⁰-, es el establecido en las disposiciones vigentes a ese momento, y que aquellos docentes que se vinculen a partir de la aludida fecha tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media con prestación definida establecidos en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, esto, en los siguientes términos:

“Artículo 81. Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 2341 de 2003, Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 3752 de 2003. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en

¹⁰ Publicado en el Diario Oficial No. 45.231 de junio 27 de 2003

vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres” (Negrillas y subrayas de la Sala)

Así, los docentes que se hubieren vinculado al servicio público educativo antes del 27 de junio de 2003 -fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003- podrán beneficiarse del régimen prestacional establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la mencionada ley, es decir, las señaladas en la Ley 91 de 1989; entretanto, los vinculados al servicio educativo a partir de dicha norma, se encuentran incursos en el régimen pensional de prima media con prestación definida establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, criterio que fue ratificado por el párrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 001 de 2005, con la salvedad de que el requisito de la edad para pensionarse será de 57 años para hombres y mujeres. Dicha norma dispuso:

“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.”

La Ley 91 de 1989 señaló en su artículo 15:

«Artículo 15º.- 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 efectos 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:

Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar

*ésta a cargo total o parcial de la Nación. **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-489 de 2000, siempre y cuando se entienda que las situaciones jurídicas particulares y concretas que se hubieran consolidado antes de entrar en vigencia la ley 91/89, esto es, antes del 29 de diciembre de 1989, quedan a salvo de la nueva normatividad por cuanto constituyen derechos adquiridos que el legislador no podía desconocer.***

A. *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 y subrayas de la Sala).*

A tono con lo argumentado, es claro que la Ley 812 de 2003 consagró un límite para la aplicación de las normas que en materia prestacional tienen como destinatarios a los docentes oficiales, límite que se sujeta a la fecha de vinculación al servicio docente oficial, para el momento en que entró en vigencia dicha ley, esto es, a partir del **27 de junio de 2003**, así:

- Para los docentes vinculados al servicio estatal **antes del 27 de junio de 2003**, el régimen pensional será el contenido en la Ley 91 de 1989, que a su vez deriva en la Ley 33 de 1985 o en la **Ley 71 de 1988**, invocada; y
- Para los docentes oficiales vinculados a partir del 27 de junio de 2003, el régimen pensional será el general de las Leyes 100 de 1993, 797 de 2003 y las demás que lo regulen, pero con el requisito de la edad unificado en 57 años para hombres y mujeres.

La parte demandante solicita que se le reconozca la pensión de jubilación a los 55 años de edad a la que estima tiene derecho, con fundamento en las disposiciones contenidas en la Ley 71 de 1988, norma que consagra en su artículo 1°:

***“Artículo 7º.** A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social o de las que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.*

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas.”

2.1.1. Ingreso Base de Liquidación

En este punto, considera la Sala relevante señalar respecto del Ingreso Base de Liquidación

-IBL- que gobierna el sector docente, que el mismo se encuentra definido igualmente en el pronunciamiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, a través de Sentencia de unificación de jurisprudencia del **28 de agosto de 2018**¹¹, emitida en virtud de lo dispuesto en los artículos 111 y 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

El actual criterio constitutivo de precedente jurisprudencial, en el tema de docentes nacionales vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003 –cuando entró en vigencia la Ley 812 de 2003-, apunta a señalar que les resultan aplicables las normas vigentes para los servidores del sector público nacional y sus pensiones están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, razón por la cual se rigen por la Ley 33 de 1985, “*Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público*”; igualmente indicó que los docentes afiliados a dicho Fondo se encuentran exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993 y que, por lo mismo, no es en razón del régimen de transición de esta última Ley que se les aplican las Leyes 33 y 62 de 1985, sino en razón de su vinculación a la docencia oficial con anterioridad a la mencionada Ley 812 de 2003.

2.1.2. Factores Salariales de Liquidación

Este Tribunal venía aplicando el criterio jurisprudencial contenido en pronunciamiento de unificación reiterado del máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, de fecha 4 de agosto de 2010¹², conforme al cual los factores base de liquidación pensional enlistados en las normas especiales como en este caso la Ley 33 de 1985, no es taxativa sino enunciativa y permite el cómputo de emolumentos laborales que recibe el servidor de manera habitual y periódica aunque no hayan sido base de cotización, en aplicación de los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral.

Posteriormente, el Tribunal consideró aplicar el precedente jurisprudencial vinculante contenido en la **Sentencia de Unificación SU-395 de 2017**¹³ emitida por la Corte Constitucional, en la cual, por una parte, se abordó nuevamente el tema del ingreso base de liquidación (IBL) y se ratificó que tal concepto no está incluido en los parámetros aplicables al reconocimiento de las pensiones regidas por normas anteriores a la Ley 100 de 1993 en virtud del régimen de transición, y, por otra parte, **se señaló que la liquidación de pensiones de regímenes especiales no puede incluir todos los factores salariales, en tanto sólo deben incorporarse aquellos sobre los cuales hayan sido realizados los aportes al sistema de seguridad social, lo que explica que su contenido resulte**

¹¹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Consejero Ponente: César Palomino Cortés; Bogotá D.C., agosto veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018); Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01; Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro.

¹² Expediente 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09)20, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila

¹³ Sentencia de unificación Su- 395 del 22 de junio de 2017. I. Expediente T-3358903AC -M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

aplicable al sector docente. El citado fallo indica lo que a continuación se transcribe:

“...Examinadas estas aproximaciones en contraste con la jurisprudencia constitucional elaborada en la materia, la Sala Plena consideró en términos generales que, de conformidad con lo decidido en las Sentencias C-168 de 1995 y C-258 de 2013, a los beneficiarios del régimen de transición se les debe aplicar el ingreso base de liquidación (IBL) establecido en el artículo 21 y el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el que corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento pensional, debido a que es la interpretación normativa que mejor se ajusta a los principios constitucionales de equidad, eficiencia y solidaridad del artículo 48 Superior, a la cláusula de Estado Social de Derecho, y que evita los posibles casos de evasión y fraude al sistema. En ese contexto, resaltó que la liquidación de pensiones de regímenes especiales no puede incluir todos los factores salariales, en tanto solo deben incorporarse aquellos que sean directamente remunerativos del servicio sobre los cuales los beneficiarios hayan realizado los correspondientes aportes. Interpretación que, según pudo constatar, ha sido reafirmada por la propia Corte Constitucional en las providencias T-078 de 2014, A-326 de 2014, SU-230 de 2015, T-060 de 2016, SU-427 de 2016 y SU-210 de 2017, en las que se ha dejado en claro que el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el ingreso base de liquidación. (Negrillas y subrayas de la Sala)

Finalmente, frente al tema de factores salariales a tener en cuenta para efectos de liquidar la pensión, el Pleno del Consejo de Estado, en providencia emitida con fines de unificación –citada líneas atrás– consideró que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones. Frente al particular consideró la Corporación: “101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social.”

La referida posición tiene relación con lo dispuesto en la reforma constitucional introducida a través del **Acto Legislativo No. 01 de 2005**, que adicionó el artículo 48 Superior y en el cual se estableció un límite en materia de inclusión de factores como ingreso base de liquidación de la mesada pensional, como quiera que la aludida norma constitucional dispuso en su artículo 1º que: “Para la liquidación de las pensiones **sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones**. (...)” como igualmente lo resaltó la Corte en la sentencia de unificación **395 de 2017**, interpretación que sostuvo igualmente este Tribunal en sus más recientes decisiones, al preferirse aquella interpretación que la haga surtir efectos (efecto útil) a la norma constitucional y no la que la despoja de tal condición por el carácter normativo de la

Constitución (art. 4 CP).

Sobre el particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con miras a unificar su jurisprudencia sobre el particular precisó:

“(…) La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

Ahora bien, a los docentes nacionales vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003 – cuando entró en vigencia la Ley 812 de 2003-, se les aplican las normas vigentes para los servidores del sector público nacional y sus pensiones están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, razón por la cual se rigen por la Ley 33 de 1985, «*Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público*»; de otro lado, los docentes afiliados a dicho Fondo se encuentran exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993 y por lo tanto, no es en razón del régimen de transición de esta última Ley que se les aplican las Leyes 33 y 62 de 1985, ni la Ley 71 de 1988, sino en razón de su vinculación a la docencia oficial con anterioridad a la mencionada Ley 812 de 2003. No obstante, frente al tema de los factores que hacen parte de la liquidación, el mismo se encuentra zanjado, en los términos del precedente emitido por las altas Cortes –Consejo de Estado y Corte Constitucional– conforme los cuales sólo pueden liquidarse las pensiones de cualquier régimen con los factores salariales que sirvieron de base a los aportes de seguridad social en pensión, en tanto tal restricción fue prevista para todos los regímenes pensionales.

Frente a la fuerza vinculante de estas providencias¹⁴, el Tribunal conserva su postura

¹⁴ *Argumento desarrollado mediante providencia de este Tribunal, M.P doctora Paola Andrea Gartner Henao. Sentencia proferida el, treinta y uno (31) de agosto de dos mil diecisiete. Referencia: Radicación: 66001-23-33-000-2016-00439-00; medio de control Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

respecto del carácter de precedente judicial de los órganos de cierre ordinario y de lo contencioso administrativo, en el sentido que tales precedentes jurisprudenciales deben respetar la interpretación vinculante que efectúe la Corte Constitucional, *“la cual es prevalente en materia de interpretación de los derechos fundamentales y de la Constitución en general”*¹⁵, motivo por el cual, las autoridades administrativas y judiciales al emitir una decisión de su competencia no solo deben tener en cuenta el precedente judicial de su respectivo superior jerárquico sino que de manera análoga deben tener en cuenta de manera preferente y prevalente los pronunciamientos del Máximo Órgano Constitucional *“que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto, sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad”*¹⁶.

Por los razonamientos expuestos, a quienes pretendan la liquidación de la pensión, **sólo les serán tenidos en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones**, criterio que resulta acorde con lo dicho por el Consejo de Estado en reciente proveído que ha sido traído a cita, dando así, aplicación no solo al precedente del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sino también al carácter vinculante del precedente Constitucional¹⁷ contenido en la sentencia SU-395 de 2017, y no menos importante, al contenido del acto legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 Superior.

Los factores de salario sobre los cuales se efectúa la liquidación de la pensión de jubilación del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no son otros que los previstos en la Ley 33 de 1985, conforme quedó analizado en el primer punto de este capítulo.

Es así que la Ley 33 de 1985 *«Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público»*, en su artículo 3º, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año, dispone lo siguiente sobre los factores salariales que constituyen la base de liquidación pensional:

«Artículo 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 6 de julio de 2011 M.P. doctor LuíS Ernesto Vargas Silva.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-816 de 1º de noviembre de 2011 M.P. doctor Mauricio González Cuervo

¹⁷ A propósito del artículo 10º de la ley 1437 de 2.011, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del precepto normativo, bajo el entendido que sus sentencias eran de aplicación prevalente –esto es las sentencias de la Corte Constitucional-, tanto en control abstracto de constitucionalidad, como en control concreto. Sentencia C-634/11.

base para calcular los aportes» Subrayado y negrilla de la sala.

3. Derecho pensional reclamado en el caso concreto

Solicitó la actora en el libelo introductorio que se declare la nulidad parcial del acto administrativo ficto configurado el día 06 de septiembre de 2018 frente a la solicitud presentada el día 06 de junio de 2018, en cuanto negó el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, a la edad de 55 años, con base en la Ley 71 de 1988.

Ahora bien, de conformidad con el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, se encuentra establecido que la señora Gloria Isabel Hurtado Giraldo inició las cotizaciones al sistema de seguridad social, como trabajadora independiente, en los siguientes períodos: desde el 1 de marzo de 1981 hasta el 31 de diciembre de 1994; y desde el 1 de enero de 1995 hasta el 31 de julio de 2005. /fls. 38 y siguientes del Archivo 01 de la Carpeta Digital/

Y con base en el certificado de historia laboral expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se puede determinar que la señora Hurtado Giraldo fue nombrada como docente en propiedad mediante acto administrativo No. 629 del 21 de junio de 2005, tomando posesión del cargo el día 18 de julio de ese mismo año. /fl. 34 ibidem/

De igual forma, el Registro Civil de Nacimiento de la demandante indica que la misma nació el 17 de febrero de 1960. /fl. 37 ibidem/

Así las cosas, se encuentra acreditado que la demandante (i) nació el 17 de febrero de 1960 y por lo tanto, cumplió 55 años de edad el 17 de febrero de 2015; (ii) no acredita tiempo de servicio en el ramo de la docencia oficial con anterioridad a la Ley 812 de 2003; (iii) el 6 de junio de 2018 reclamó ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM, el reconocimiento y pago de una pensión por aportes a la edad de 55 años; (iv) dicha prestación le fue negada mediante acto ficto o presunto.

Ahora bien, ya ha quedado claro que las modalidades de vinculación como la temporalidad, los nombramientos en provisionalidad e inclusive el ejercicio de la docencia por horas cátedras o por contratos de prestación de servicio, resultan válidos en el entendido que se trata de una prestación cimentada en la prestación efectiva de labores de educador. Así mismo, que los docentes afiliados a dicho Fondo se encuentran exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993 y que, por lo mismo, no es en razón del régimen de transición de esta última Ley que se les aplican las Leyes 33 y 62 de 1985 y la Ley 71 de 1988, sino en razón de su vinculación a la docencia oficial con anterioridad a la mencionada Ley 812 de 2003.

En este caso, la señora Gloria Isabel Hurtado Giraldo se vinculó a la docencia oficial el 18 de julio de 2005, vale decir, cuando ya se encontraba vigente la Ley 812 de 2003 y por lo tanto, el régimen pensional a ella aplicable es el establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003; de ahí que para acceder al reconocimiento y pago de esa prestación debe acreditar 57 años de edad, 1.300 semanas cotizadas al sistema de seguridad social y el retiro definitivo del servicio.

No se encuentra desvirtuada la legalidad del acto ficto negativo proveniente del silencio administrativo de la demandada frente a la petición de pago de la pensión de vejez de la actora con fundamento en el régimen legal anterior a la Ley 812 de 2003 (Ley 33 de 1985, la Ley 71 de 1988 en concordancia con la Ley 91 de 1989) las cuales permiten acceder al derecho a la edad de 55 años y sin acreditar el retiro del servicio. Es por ello que, en esta instancia se negará la nulidad del acto administrativo ficto así como el restablecimiento del derecho deprecado.

4. De las excepciones formuladas.

La demandada Nación - Ministerio de Educación - FNPSM, en su escrito de contestación de la demanda, propuso como excepciones las que denominó "*Inexistencia de la obligación*" y "*Legalidad del acto administrativo expedido*", las cuales se declararán fundadas de conformidad con los argumentos de fondo expuestos en esta sentencia.

5. Costas.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado¹⁸ 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.

Una vez revisado el expediente, se advierte que la parte demandada intervino a través de apoderado judicial desplegando actuaciones útiles para la defensa de los intereses de la entidad, como la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión. Por lo tanto, se condenará en costas por concepto de agencias en derecho a cargo de la parte demandante y en favor de la parte demandada. La liquidación del monto de las mismas se hará en los términos y oportunidad señalados en el inciso primero y numeral 4 del artículo 366 del CGP.

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

¹⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.

III. Falla

Primero: Se declaran fundadas las excepciones de “*Inexistencia de la obligación*” y “*Legalidad del acto administrativo expedido*”, propuestas por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: Se niegan las pretensiones de la parte demandante.

Tercero: Se condena en costas a la parte demandante.

Cuarto: Se reconoce personería para actuar como apoderada de la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM, a la abogada Darlyn Marcela García Rodríguez, portadora de la Tarjeta Profesional No. 342263 del C.S de la J., en los términos y de conformidad con la sustitución de poder a ella conferida, según memorial visible en el Archivo 13 de la Carpeta Digital.

Quinto: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

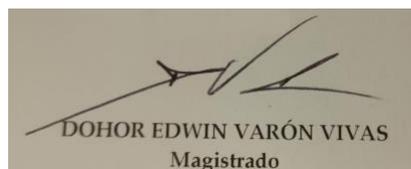
Sexto: Ejecutoriada esta providencia, **liquídense** los gastos del proceso, **devuélvase** los remanentes si los hubiere. **Archívense** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el Programa Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación	17-001-33-39-006-2021-00208-02
Demandante	Martha Cecilia Luna Garaviño
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas
Providencia	Sentencia No. 44

Decide la Sala oral el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 4 de marzo de 2022, mediante la cual accedió a las súplicas de la parte demandante.

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 de los actos administrativos que se identifican seguidamente:

1. Acto administrativo presunto surgido con ocasión de la petición de fecha 23 DE SEPTIEMBRE DE 2020 expedido por La Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en cuanto negaron el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles desde la fecha de radicación de la solicitud de cesantías, o a partir del día siguiente de la ejecutoria por renuncia a términos de notificación del acto administrativo de reconocimiento, siempre y cuando ocurra antes del día hábil 70, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la prestación.

2. Acto administrativo presunto surgido con ocasión de la petición de fecha 06 DE ABRIL DE 2021 expedido por el DEPARTAMENTO DE CALDAS en cuanto negaron el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles desde la fecha de radicación de la solicitud de cesantías, o a partir del día siguiente de la ejecutoria por renuncia a términos de notificación del acto

administrativo de reconocimiento, siempre y cuando ocurra antes del día hábil 70 y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la prestación.

Declarar que mi representado tiene derecho a que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el DEPARTAMENTO DE CALDAS, en lo que les corresponda, le reconozcan y paguen la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles desde la fecha de radicación de la solicitud de cesantías, o a partir del día siguiente de la ejecutoria por renuncia términos de notificación del acto administrativo de a reconocimiento, siempre y cuando ocurra antes del día hábil 70, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la prestación.

A TÍTULO 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, según corresponda, a que reconozcan y paguen a mi mandante la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 1071 de 2006 y Ley 244 de 1995 y parágrafo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles desde la fecha de radicación de la solicitud de cesantías, o a partir del día siguiente de la ejecutoria por renuncia a términos de notificación del acto administrativo de reconocimiento, siempre y cuando ocurra antes del día hábil 70, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la prestación.

2. Condenar a la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y al DEPARTAMENTO DE CALDAS a que den cumplimiento en lo que corresponda al fallo, en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 del 2011 CPACA

3. Condenar en Costas a la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y al DEPARTAMENTO DE CALDAS en los términos del artículo 188 del CPA.C.A., en lo que les corresponda.”

1. Hechos.

La parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas el 27 de febrero de 2020.

Por medio de la Resolución No. 1215-6 del 17 de marzo de 2020 le fue reconocida la cesantía solicitada.

El pago de la referida prestación, según se dice en la demanda, se produjo el día 14 de julio de 2020 a través de entidad bancaria.

Se aduce que la demandante solicitó la cesantía el día 27 de febrero de 2020, fecha a partir de la cual la entidad contaba con setenta (70) días hábiles para el reconocimiento y pago de las cesantías que otorga la ley aplicable al caso, término que venció el día 14 de julio de 2020 mientras que el pago de las cesantías se efectuó el día 14 de julio de 2020 (sic), en consecuencia, transcurrieron 32 días de mora.

Finalmente, afirma que la solicitud de pago de sanción mora fue respondida mediante acto

ficto administrativo negativo.

2. Normas Violadas y Concepto de Violación

Considera vulneradas las siguientes:

Constitución Política

Artículos 5, 9 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.

Artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

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 que, a su vez, se desconoció el artículo 4 que habla de un término de quince (15) días para el reconocimiento de las cesantías y los cuarenta y cinco (45) días hábiles para cancelar dicha prestación social; recalcando que se desconocieron tales términos a pesar de su perentoriedad.

3. Contestación de la Demanda

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

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la parte demandante al estimar que carecen del sustento fáctico y jurídico necesario para su prosperidad. Indica que la unificación jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en el año 2017 y 2018, respectivamente, ha sido adversa a la posición inicialmente sostenida por la Nación Ministerio de Educación Nacional, en los casos relacionados con la sanción por mora en el pago de las cesantías que se imponen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG). Al respecto las altas Cortes determinaron que la sanción por mora sí es aplicable al pago de cesantías del FOMAG, a pesar que no esté previsto en la Ley 91 de 1989 ni en la Ley 962 de 2005. No obstante lo anterior, la presencia de problemas operativos en las entidades territoriales impide el cumplimiento de los términos para proyectar las respectivas Resoluciones que reconocen las prestaciones sociales de los educadores nacionales afiliados al FOMAG.

Señala que el párrafo primero del artículo 57 de la ley 1955 de 2019 se refirió a la mora

del ente territorial respecto de la expedición del acto administrativo por medio del cual se reconoce la prestación social deprecada por el docente, razón por la cual considera que el FOMAG tiene la responsabilidad del pago de la sanción mora únicamente de los días causados hasta el 31 de diciembre de 2019.

3.2. Departamento de Caldas.

Se opone a las pretensiones de la parte actora comoquiera que, según estima, la obligación del ente territorial culminó con la notificación del acto administrativo que reconoció la prestación, siendo entonces la entidad fiduciaria la encargada de realizar el pago de las cesantías que reconoce el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Insiste que el procedimiento para el reconocimiento de cesantías parciales o definitivas lo establecen la Ley 91 de 1989, el Decreto 2831 de 2005 y hoy el Decreto No. 1272 de 018, sin que sea dado pretender la aplicación de la Ley 1071 de 2006 al sector docente, pues ello atentaría contra el principio de inescindibilidad de la Ley.

4. Sentencia de primera instancia.

Mediante sentencia del 4 de marzo de 2022, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLÁRASE LA EXISTENCIA Y NULIDAD del acto administrativo ficto generado con ocasión de la petición radicada por el accionante el 23 de septiembre de 2020, acto mediante el cual se negó el reconocimiento de la sanción por pago extemporáneo de cesantías a la señora MARTHA CECILIA LUNA GARAVIÑO.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** pagar a favor de la señora **MARTHA CECILIA LUNA GARAVIÑO**, identificada con la cédula de ciudadanía número 24.387.923 las sumas correspondientes a la sanción moratoria prevista en el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, causada desde el día **9 de junio de 2020 inclusive hasta el 13 de julio de 2020**. La sanción será pagada con base en el salario percibido por la demandante en el año 2020; atendiendo a la fecha de causación de la sanción.

TERCERO: ORDÉNASE a la entidad demandada **INDEXAR** las sumas que resulten a favor del demandante por concepto de sanción moratoria, en los términos señalados en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ORDÉNASE a la entidad demandada dar cumplimiento al presente fallo en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA, previniéndose a la parte accionante sobre la carga prevista en el inciso segundo de la citada disposición normativa.

QUINTO: CONDÉNASE EN COSTAS a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y a favor de la parte actora, cuya liquidación se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso. **FÍJASE** por

concepto de agencias en derecho, también a cargo de esa entidad y a favor del accionante, la suma de ciento ochenta mil pesos (\$180.000.00).

[...]"

Como fundamento de la decisión el a quo sostuvo lo siguiente:

Está acreditado que la señora MARTHA CECILIA LUNA GARAVIÑO solicitó el 27 de febrero de 2020 el reconocimiento y pago de una cesantía definitiva, prestación a la que tenía derecho por los servicios prestados como docente en el DEPARTAMENTO DE CALDAS. Su solicitud fue atendida mediante la resolución N° 1215-6 del 17 de marzo de 2020 expedida por la Secretaría de Educación del mencionado ente territorial, en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconociendo y ordenando el pago de cesantías, el que tuvo lugar el 14 de julio de 2020 (Doc. 002 folio 27 del E.D).

De esta manera, dado que el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías solicitadas fue proferido el 17 de marzo de 2020, esto es dentro de los 15 días hábiles y que no hay constancia de notificación del acto administrativo, se dará aplicación a lo dispuesto en la Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018 así.

ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
------------------------	---	--	-------------------------------------	--

Conforme a lo anterior, como quiera que el intento de notificación personal de conformidad con los art. 68 y 69 del CPACA, se totalizan 12 días + 10 días de término de ejecutoria contados a partir del intento de notificación + los 45 días que contaba la entidad para realizar el pago, serían en total 67 días desde la expedición del acto administrativo esto es desde el 13 de marzo de 2020.

En este orden ideas, como quiera que la petición de reconocimiento y pago de cesantías fue presentada el 27 de febrero de 2020 y que el acto administrativo de reconocimiento fue expedido en tiempo el 17 de marzo de 2020, es decir dentro del término establecido para ello; a su vez, no se observa que el acto administrativo hubiera sido notificado, el pago debió efectuarse por tardar el 8 de junio de 2020.

Con todo, en vista que la entidad realizó el pago el 14 de julio de 2020, incurriendo en mora al haber superado el plazo que disponía para ello, se hace responsable de la sanción prevista en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, desde el 9 de junio de 2020 inclusive hasta el 13 de julio de 2020. La sanción será pagada con base en el salario percibido por el demandante por el año 2020.

[...] en acatamiento a lo señalado en el precedente vertical, este órgano judicial ordenará a la entidad demandada a reajustar con base en el IPC, el valor a cancelar a título de indemnización por mora en el pago de las cesantías parciales reconocidas mediante resolución No. 1215-6 de 2020 a partir del último día que se causó hasta la data en quede ejecutoriada la sentencia condenatoria.

[...]

Y en relación con la condena en costas, señaló lo siguiente:

“Como quiera que se encuentran configurados los gastos propios del ejercicio de la acción, con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437/11 y el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP), se condena en costas a la parte

demandada, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al citado CGP. Se fija como agencias en derecho la suma de ciento ochenta mil pesos (\$180.000.00) también a cargo de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FNPSM y a favor de la parte actora.

5. Recurso de apelación.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta que el a quo condenó a la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG al pago de la sanción por mora que presuntamente se causó en el sub lite, con fundamento en que el departamento de Caldas expidió el acto administrativo en término. Al respecto, la apelante considera que el fallador contraviene las disposiciones del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, por medio de la cual se previó la imposibilidad respecto al reconocimiento y pago de prestaciones diferentes a las cesantías de los docentes. En consecuencia, a partir del inicio de la vigencia de la Ley 1955 de 2019, el reconocimiento y pago de prestaciones sociales a los docentes es un trámite que, exclusivamente, se encuentra en cabeza de dos entidades, esto es, en las Secretarías de Educación - quienes tienen la competencia funcional de expedir el acto administrativo de reconocimiento de la prestación - y la sociedad fiduciaria (Fiduprevisora S.A.) que tiene la obligación legal y contractual de pagar la prestación. Estima que si alguna de las dos entidades no cumple con los términos establecidos se genera la sanción mora, razón por la cual la responsabilidad del ente territorial no se supedita únicamente al reconocimiento de las cesantías a través de acto administrativo proferido dentro de término. Bajo este entendido es imperativo desvincular a la Nación – Ministerio de Educación - FOMAG puesto que una eventual condena, que obligue a este a efectuar el pago de la sanción por mora deprecada, sería una violación directa a la ley y una lesión severa al patrimonio económico de dicho fondo.

Respecto de la responsabilidad que endilga el a quo a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, relativa al pago de la sanción por mora derivada de la tardanza en el pago de las cesantías solicitadas por el demandante, indicar que, si bien el Despacho trajo a colación la subregla aplicable conforme a sentencia de unificación de 18 de julio de 2018, en tratándose de un acto administrativo expedido dentro del término legal sin notificación, lo cierto es que el conteo realizado no se compasa con dicha subregla teniendo en cuenta que los 67 días inician a correr a partir de la expedición del acto administrativo - y no de la solicitud de las cesantías como erradamente lo hace el juez de primera instancia - que para el caso en concreto se dio el 17 de marzo de 2020 -, configurándose la mora a partir del 1° de julio de 2020 y no a partir del 9 de junio de 2020. Dice que, atendiendo a que la moratoria inicia su conteo 67 días posteriores a la expedición del acto administrativo - y no 67 días siguientes a la solicitud de las cesantías como lo colige el Despacho -, se genera un cambio sustancial en la fecha en la que se causa la obligación, suceso que debe ser tenido en cuenta al momento de desatar la Litis una vez

se halle probada la responsabilidad de quienes participaron en el trámite de reconocimiento y pago, pues conforme al párrafo de la ley 1955 de 2019 la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG se limita única y exclusivamente al pago de las cesantías.

Se opone a la indexación de la condena dada su improcedencia en materia de sanción moratoria.

También se muestra en desacuerdo con la condena en costas de primera instancia pues debe tenerse en cuenta que la entidad siempre actuó con apego a la ley. Sobre la actuación del FOMAG y la condena en costas en casos de solicitud de prestaciones económicas de los trabajadores del magisterio, indica que el Consejo de Estado ha precisado:

“11, debe reiterar la Sala lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda

12 de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

En el caso, la Sala observa que el a quo no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos, además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada.”

Por otra parte, trae a colación lo referido por la sección segunda Subsección “B” del Consejo de Estado (Rad. 76001-23-33-000-2013-00668-01 (1909-17) en providencia del 24 de enero de 2019, donde señala 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 la causación de estas, guardando armonía con el artículo 365 del CGP. Posición igualmente asumida por el H. Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda que en recientes providencias, ha revocado la condena en costas impuesta en esta instancia por el Juzgado, en la medida que el artículo 188 de CPA y CA otorga al Juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, descartando entonces la apreciación objetiva que consultaba únicamente el concepto de quien resultaba vencido en el proceso.

Concluye que, con tales posiciones, se deja atrás la posición objetivo-valorativa para la imposición de costas y se asume un carácter netamente demostrativo, en ese orden de ideas, se encuentra que en el asunto de la referencia no existe prueba alguna tendiente a demostrar la causación de las costas, además que las partes se limitaron al ejercicio mesurado del derecho de contradicción y defensa.

6. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

Las partes no alegaron de conclusión y el Ministerio Público no rindió concepto.

II. Consideraciones de la Sala

1. Cuestión previa.

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

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

2. Problemas Jurídicos.

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

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

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

Teniendo claridad en lo expuesto anteriormente, compete a la Sala determinar conforme el recurso de apelación interpuesto, los siguientes interrogantes:

- 2.1. ¿A partir de qué fecha se causó la sanción moratoria en el sub iudice?
- 2.2. ¿Cuál es la entidad responsable del pago de la sanción moratoria?
- 2.3. ¿Es procedente la indexación de la condena impuesta en primera instancia por concepto de sanción moratoria?
- 2.4. ¿La condena en costas impuesta a la parte demandada en primera instancia está acorde con el criterio fijado por el Consejo de Estado vía jurisprudencial?

3. Primer problema jurídico.

El Tribunal invoca como precedente altamente persuasivo, la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, denominada de interés jurídico, del 27 de marzo 2007, con ponencia del doctor Jesús María Lemos⁴, en la que se argumentó que, si el reconocimiento y pago de las cesantías es tardío, entonces se debe contabilizar el término para efectos de la sanción moratoria, desde la fecha de presentación de la solicitud de liquidación o anticipo de las cesantías.

Las principales razones expuestas por el Consejo de Estado, y que comparte plenamente el Tribunal Administrativo de Caldas, son las siguientes:

Se recalca que la regla jurídica de acción, con enunciados deónticos regulativos, contenidos en la Ley 1071, tiene como teleología establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas o parciales. Por ello la administración debe expedir la resolución en forma oportuna. La falta de respuesta o las respuestas evasivas acarrearán perjuicio al peticionario.

Dice la sentencia de Sala Plena del Consejo de Estado: “[...] Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 (léase L. 1071), el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la

⁴ Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruíz. Demandado: Municipio de Cali.

resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria. [...]” (Subrayado fuera de texto)

Más adelante precisa la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado: “[...] Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudir a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante. [...]”

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

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

Resulta importante entonces indicar que, conforme a la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018⁵, 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*

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación por Importancia Jurídica, proferida el 18 de julio de 2018.

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 ley³ 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.** /Resaltado de la Sala/

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

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

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

En la referida sentencia de unificación, la Alta Corporación condensó su análisis sobre el tema en el siguiente cuadro:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el cómputo del término de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal ¹⁴	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia

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

En el caso concreto se tiene acreditado:

- i) La solicitud de pago de las cesantías parciales se presentó el día 27 de febrero de 2020, tal y como se desprende del libelo introductor y del acto de reconocimiento prestacional.
- ii) La entidad reconoció las cesantías definitivas mediante Resolución No. 1215-6 del 17 de marzo de 2020, esto es, dentro del término legal previsto para dicho efecto.
- iii) Ni en la referida resolución ni en algún otro documento anexo al expediente, se encuentra la constancia de notificación de dicho acto administrativo.
- iv) Las cesantías quedaron a disposición de la parte actora en entidad bancaria el día 14 de julio de 2020, de conformidad con la certificación de la Fiduprevisora S.A, la cual obra a folio 27 del Archivo 002 de la carpeta digital.
- v) Dado lo anterior y atendiendo la sentencia de unificación ya referida, en este caso se contabilizan los términos así:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal ¹⁴	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto

Cuando el acto administrativo de reconocimiento se expide dentro del término de quince días siguientes a la solicitud de la prestación, la sanción moratoria comienza a correr al cabo de 67 días siguientes a la expedición del acto.

Conviene precisar que la entidad tenía plazo para pagar hasta el 30 de junio de 2020 y por ello, el no haberlo hecho en el transcurso de esa data, genera mora a partir del día siguiente, inclusive, hasta el día anterior al pago o a la fecha en la cual quedaron a disposición los recursos en entidad bancaria.

Precisado lo anterior se tiene que, dado que la expedición de la Resolución No. 1215-6 ocurrió el 17 de marzo de 2020, el plazo de 67 días se cumplió el 30 de junio de 2020. Luego, la mora comenzó a partir del **1 de julio de 2020**, inclusive, hasta el día **13 de julio de 2020**, inclusive.

4. Segundo problema jurídico: entidad obligada al pago de la sanción moratoria.

La Ley 91 de 1989 en su artículo 3º, creó el Fomag como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados a dicho fondo (artículos 4 y 5).

A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señalaba que, las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fomag, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fomag de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Con fundamento en dichas disposiciones, el Consejo de Estado sostuvo que: “*será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo*”⁶

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019⁷ y en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías y el responsable del pago de la sanción moratoria, dispuso:

Artículo 57º. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

[...]

PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías. /Líneas de la Sala/

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

⁷ Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente párrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención". (Se resalta)

Y de manera reciente, el Decreto 942 del 1 de junio de 2022, estableció:

Artículo 2.4.4.2.3.2.25. *Gestión del acto administrativo notificado y ejecutoriado que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. **Una vez ejecutoriado el acto administrativo definitivo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la Entidad Territorial Certificada en Educación deberá gestionar, inmediatamente a través de la plataforma o herramienta tecnológica dispuesta el trámite de pago para que dentro de los términos contenidos en el presente decreto, la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desembolse las sumas reconocidas. /Resalta la Sala/***

Artículo 2.4.4.2.3.2.28. Sanción moratoria. *La Entidad Territorial Certificada en Educación y la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán las responsables del pago de la sanción por mora en el pago tardío de las cesantías, en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los términos previstos para cada una de ellas en los artículos 2.4.4.2.3.2.22 y 2.4.4.2.3.2.27 del presente decreto, así como de los términos aplicables para la notificación y la resolución de recursos de acuerdo con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o la norma que lo modifique, adicione o sustituya.*

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. La sanción moratoria no afectará los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, en caso de presentarse, su pago será responsabilidad de la entidad que la genere.

PARÁGRAFO. *La entidad territorial será responsable de pagar la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo de la prestación se generó como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En caso de que se presenten demoras en el pago de las cesantías imputables a la sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que ocasionen sanción moratoria, deberá ser cubierta con el patrimonio de la sociedad fiduciaria.*

En el evento en que la sanción por mora resulte imputable a las dos entidades antes enunciadas, ésta deberá calcularse y pagarse de forma proporcional según los días de retraso en el reconocimiento o el pago que corresponda para cada entidad. /Resalta la Sala/

Así, a partir del 25 de mayo de 2019, las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 deben ser reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fomag.

Y en aquellos eventos en que el pago de las cesantías sea extemporáneo como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, su notificación, la respuesta a los recursos interpuestos y en todo caso la radicación o entrega de la solicitud de pago de las cesantías por parte de la Secretaría de Educación al FOMAG, la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora.

En este caso se encuentra demostrado que el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas fue expedido dentro del término de 15 días siguientes a la fecha de radicación de la solicitud. Y comoquiera que no se encuentra acreditado el incumplimiento de algún otro término o de gestión alguna a cargo de la Secretaría de Educación departamental, dado es concluir que la responsabilidad frente al pago de la sanción moratoria recae directamente en el FOMAG; máxime si se tiene en cuenta que la sanción referida se causó en vigencia de la Ley 1955 de 2019 y en todo caso, cuando aún no se había expedido el Decreto 942 del 1 de junio de 2022.

Es de agregar que, el parágrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 contempló una autorización al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería a efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo del FNPSM causadas a diciembre de 2019; sin que por esta razón pueda indicarse que, tácitamente, dicha norma le excluyó de la obligación de pago de la sanción moratoria causada a partir de enero de 2020 como se pretende hacer ver en el recurso de apelación.

5. Tercer problema jurídico: Indexación de la sanción moratoria.⁸

La jurisprudencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado apunta a la tesis según la cual, no resulta procedente la indexación de la sanción moratoria porque ésta penaliza la negligencia del empleador en la obligación de reconocer y pagar oportunamente las cesantías a sus empleados, que en términos monetarios constituyen sumas de dinero mayores a la actualización a valor presente.

Ha dicho la Alta Corporación que, *“al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos*

⁸ Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Tercera de Decisión, Magistrado Ponente Dohor Edwin Varón Vivas. Sentencia del 20 de mayo de 2022, proceso de NYRD radicado 2021-00053-02.

remunerarlo” y que *“las penalidades constituyen una sanción severa a quien incumple con determinada obligación, siendo inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa.”*⁹

Se ha considerado por la jurisprudencia en cita, que *“En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.”*

En efecto, la sentencia de Unificación de fecha 18 de julio de 2018, emanada de la Sección Segunda del Consejo de Estado, hace énfasis en que la improcedencia de la indexación de las sumas que componen la sanción moratoria por cesantías, se entiende *“sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA”*, referente al ajuste de las condenas conforme al IPC, actualización esta última que opera por disposición de la misma ley, ante lo cual no pudiera entenderse que por el hecho de que la sentencia de unificación, en los puntos de resolución del caso concreto, no ordenó la actualización conforme al artículo 187 del CPACA, estaría indicando que no debe darse alcance a dicha norma, cuando su aplicación deviene del mandato del legislador, sin que en la sentencia de unificación se dispusiera su inaplicación.

Aspecto que ha sido reiterado por el H. Consejo de Estado¹⁰, precisando que, *«según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad liquida de dinero»*. *«De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia ~art.187- y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA. (...)*».

Así lo entendió la juez de primera instancia al ordenar la actualización de la condena impuesta por concepto de sanción moratoria, tal y como se desprende de la parte

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D.C. Dieciocho (18) de Julio de dos mil dieciocho (2018). Rad.No.:73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15)

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, C.P. William Hernández Gómez

considerativa de la sentencia objeto de apelación, en la cual precisó que, en acatamiento a lo señalado en el precedente vertical, dicho órgano judicial ordenaría a la entidad demandada a reajustar con base en el IPC, el valor a cancelar a título de indemnización por mora en el pago de las cesantías reconocidas mediante acto administrativo, a partir del último día que se causó hasta la data en quedará ejecutoriada la sentencia condenatoria.

Luego entonces, no prospera el cargo planteado por la parte demandada.

6. Cuarto problema jurídico: Costas en primera instancia.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado¹¹ 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.

Siguiendo esta misma línea de intelección, el Consejo de Estado¹² ha indicado que “(...) En esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge 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). Se deben valorar 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”, y, ha proferido número de sentencias¹³ sin condena en costas, al considerar que no se encuentra demostrada su causación.

Sumado a lo anterior, el Consejo de Estado¹⁴, en un caso similar fallado en primera instancia por este Tribunal contra Assbasalud ESE, la Alta Corporación revocó la condena en costas impuesta por este Tribunal así:

“(...) 50. La jurisprudencia de la Sala 55 en materia de costas procesales, ha precisado que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, la cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

¹¹ 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.

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2016, radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14 Actor: José Francisco Guerrero Bardi)

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, providencia del 17 de octubre de 2018. Radicación: 66001-23-31-003-2012-00140-01, Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Héctor Alexander Zamora Perea. Demandado: Municipio de Pereira; providencia del 19 de abril de 2018, Radicación: 66001-23-33-000-2013-0334-01, Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Luz Nelly Meza Ocampo. Demandado: Departamento de Risaralda; providencia del 26 de abril de 2018. Radicación: 66001-23-33-000-2013-00203-01. Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Esmeralda García Carvajal. Demandado: Departamento de Risaralda; providencia del 21 de junio de 2018. Radicación: 66001-23-33-000-2013-00427-01. Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Ligia Stella López Restrepo. Demandado: Departamento de Risaralda, entre otras.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección “B”. Sentencia de 15 de julio de 2021. CP. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad. 17001-23-33-000-2017-00645-01(2017-19)

51. En el caso, la Sala haciendo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echa de menos alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandante, quien dentro de sus facultades hizo uso de su derecho de acción. Por ello, esta sentencia se abstendrá de condenar al vencido. (...)

Pues bien, teniendo en cuenta que la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), dispone en el numeral ocho del artículo 365, entre otras que: “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”; una vez revisado el expediente, se advierte que no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas en primera instancia; no se observan gastos procesales ni una gestión que amerite la condena por ese concepto; razonamientos estos que son trasunto de los que las diferentes secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado han señalado en punto a costas, donde la regla general ha sido la no condena por tal concepto. En consecuencia, al no existir fundamento para su imposición, la Sala concluye que no es procedente la condena en costas en primera instancia y por ello, la decisión en tal sentido será revocada.

7. Condena en costas en segunda instancia.

En segunda instancia no hay lugar a la condena en costas por cuanto en el expediente no se encuentran pruebas que las demuestren o justifiquen.

8. Consideración final.

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

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

III. Falla

Primero: Se modifica el ordinal segundo de la sentencia, el cual quedará así:

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** pagar a favor de la señora **MARTHA CECILIA**

LUNA GARAVIÑO, identificada con la cédula de ciudadanía número 24.387.923 las sumas correspondientes a la sanción moratoria prevista en el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, causada desde el día **1 de julio de 2020**, inclusive, hasta el día **13 de julio de 2020**, inclusive. La sanción será pagada con base en el salario percibido por la demandante en el año 2020, atendiendo a la fecha de causación de la sanción.

Segundo: Se revoca el ordinal quinto de la sentencia, que condenó en costas a la parte demandada Nación – Ministerio de Educación – FNPSM. En su lugar, se niega la condena en costas en primera instancia.

Tercero: Se confirma en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 4 de marzo de 2022 dentro del proceso de la referencia.

Cuarto: Sin costas en segunda instancia.

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

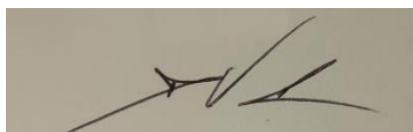
Sexto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia XXI.

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

