

CONSTANCIA SECRETARIAL: A despacho del señor Magistrado el presente Medio de Control, recibido por ventanilla virtual, proveniente del Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

VILMA PATRICIA RODRIGUEZ CARDENAS

Secretaria

Proyecto: EYMO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado Ponente: FERNANDO ALBERTO ALVAREZ BELTRAN

A.I. 73

Manizales, diecisiete (17) de abril de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17001333300220140034902
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE:	FABER ANDRES VASQUEZ CARDONAY OTROS
DEMANDADO:	LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

I. CONSIDERACIONES

Se ocupa el Despacho del proceso procedente del Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que en ejercicio del medio de control de Reparación Directa promovió a través de apoderado judicial **FABER ANDRES VASQUEZ CARDONA** en contra de **LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL** para surtir el recurso de apelación concedido a la parte **DEMANDADA POLICIA NACIÓANAL** (Folio 010 del Cuaderno Primera Instancia) respecto de la Sentencia N°232 proferida por ese Despacho el día 28 de noviembre de 2022, visible en el Archivo PDF "008" de la carpeta (01CuadernoPrimeraInstancia) del expediente digital.

Igualmente, el Despacho realiza un examen preliminar conforme lo establece el artículo 325 del Código General del Proceso, encontrando que la providencia motivo de apelación está suscrita electrónicamente por el a quo; así mismo, no falta por

resolver demandas de reconvención o procesos acumulados, como tampoco se observa causal de nulidad alguna que amerite medida de saneamiento o su declaración.

Por lo anterior, al haberse sustentado el recurso de apelación oportunamente¹ y reunir los demás requisitos legales, procede el despacho a admitir en el efecto suspensivo el recurso de alzada, notificándose personalmente al Ministerio Público y por estado a las partes (Artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA).

Por lo expuesto, el Despacho,

II. RESUELVE

PRIMERO: ADMITIR en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte **DEMANDADA POLICIA NACIONAL** (Folio 010 del Cuaderno Primera Instancia) contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, de conformidad con lo previsto en el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 323 y 325 del Código General del Proceso.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al Ministerio Público y por estado a las partes, de acuerdo con el artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:
Fernando Alberto Alvarez Beltran
Magistrado
Despacho 02
Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **51b2b780a55acc59322239fc03adf9e5a0a04e6f9bff01f292bc1b4a4a068535**

Documento generado en 18/04/2023 09:22:06 AM

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

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente Medio de Control, proveniente del Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales con Apelación de Sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

VILMA PATRICIA RODRIGUEZ CARDENAS

Secretaria

Proyecto: EYMO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado Ponente: FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Manizales, diecisiete (17) de abril de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17001333300220180042203
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	GEOVANNY PAZ MEZA
DEMANDADO	NACIÓN –RAMA JUDICIAL DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

Los Magistrados de la Corporación en Sala Plena decidimos, de conformidad con lo previsto en los artículos 130 y 131 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, declararnos impedidos dentro del proceso de la referencia, de acuerdo con los siguiente:

ANTECEDENTES

El Señor **GEOVANNY PAZ MEZA**, instauro demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la **NACIÓN –RAMA JUDICIAL DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL** solicitando se declare la nulidad de la Resolución **DESAJMAR18-410** del 21 de marzo del 2018 y del acto ficto derivado del silencio administrativo negativo proferidas por **NACIÓN –RAMA JUDICIAL -DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL** en las que se negó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación y pago de las prestaciones sociales, así como del acto ficto negativo presunto, que resolvió

desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto contra el acto administrativo primigenio.

IMPEDIMENTO PARA CONOCER DEL ASUNTO

Los suscritos magistrados integrantes del Tribunal Administrativo de Caldas, manifestamos nuestro impedimento para conocer del presente trámite judicial, por cuanto el régimen de los magistrados establece una bonificación de igual naturaleza jurídica a la devengada por los empleados de La Rama Judicial, y en virtud a ello, resultaríamos indirectamente beneficiados, pues la decisión sobre la inclusión de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales nos genera interés indirecto, circunstancia que se ajusta al contenido del numeral reproducido, razón por la cual, a juicio de los suscritos, se concretiza el impedimento para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia.

Respetuosamente consideramos que en nuestra calidad de Magistrados de este Tribunal y debido a la naturaleza de los reajustes prestacionales pretendidos, resultaríamos indirectamente beneficiados, pues la decisión sobre la inclusión de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales, guarda estrecha relación con el mismo emolumento reconocido a los funcionarios de la Rama Judicial a través del Decreto 383 de 2013, y por tanto nos asistiría interés, circunstancia que se ajusta al contenido del numeral 1 del artículo 141 del CGP, razón por la cual, a juicio de los suscritos, se concretiza el impedimento para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia.

Dicho lo anterior, la causal esgrimida, como se dejó dicho, se encuentra consagrada en el numeral 1 del artículo 141 del CGP:

ARTÍCULO 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. Son causales de recusación las siguientes:

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.

Por lo anterior, y de conformidad con lo dispuesto en el numeral quinto del artículo 131 del CPACA, por la Secretaría de la Corporación remítase el expediente al

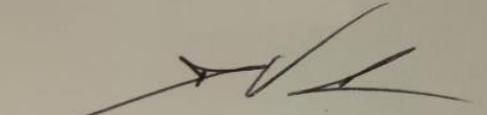
Honorable Consejo de Estado Sala Plena-, para lo pertinente, previa anotación en el programa informático “Justicia XXI”.

CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS,



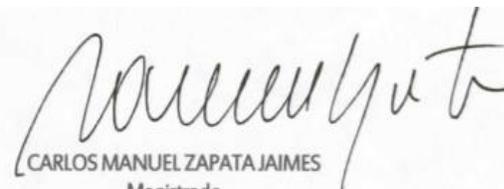
Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



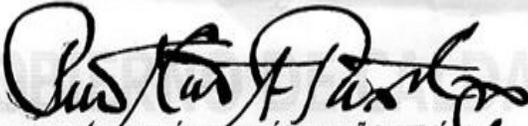
DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente Medio de Control, proveniente del Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales con Apelación de Sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, veintisiete (27) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

VILMA PATRICIA RODRIGUEZ CARDENAS

Secretaria

Proyecto: EYMO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado Ponente: FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Manizales, diecisiete (17) de abril de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17001333900620190009803
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	FRANCIA BETANCURT CIUFFETELLI
DEMANDADO	NACIÓN –RAMA JUDICIAL DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

Los Magistrados de la Corporación en Sala Plena decidimos, de conformidad con lo previsto en los artículos 130 y 131 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, declararnos impedidos dentro del proceso de la referencia, de acuerdo con lo siguiente:

ANTECEDENTES

La Señora **FRANCIA BETANCURT CIUFFETELLI**, instauro demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la **NACIÓN –RAMA JUDICIAL DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL** solicitando se declare la nulidad de la Resoluciones No. **DESAJMZR 16- 4763** del 7 de enero de 2016 y la Nro. 6262 del 03 de octubre de 2018, proferidas por **NACIÓN –RAMA JUDICIAL -DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL** en las que se negó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación y pago de las prestaciones sociales, así como del acto ficto negativo

presunto, que resolvió desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto contra el acto administrativo primigenio.

IMPEDIMENTO PARA CONOCER DEL ASUNTO

Los suscritos magistrados integrantes del Tribunal Administrativo de Caldas, manifestamos nuestro impedimento para conocer del presente trámite judicial, por cuanto el régimen de los magistrados establece una bonificación de igual naturaleza jurídica a la devengada por los empleados de La Rama Judicial, y en virtud a ello, resultaríamos indirectamente beneficiados, pues la decisión sobre la inclusión de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales nos genera interés indirecto, circunstancia que se ajusta al contenido del numeral reproducido, razón por la cual, a juicio de los suscritos, se concretiza el impedimento para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia.

Respetuosamente consideramos que en nuestra calidad de Magistrados de este Tribunal y debido a la naturaleza de los reajustes prestacionales pretendidos, resultaríamos indirectamente beneficiados, pues la decisión sobre la inclusión de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales, guarda estrecha relación con el mismo emolumento reconocido a los funcionarios de la Rama Judicial a través del Decreto 383 de 2013, y por tanto nos asistiría interés, circunstancia que se ajusta al contenido del numeral 1 del artículo 141 del CGP, razón por la cual, a juicio de los suscritos, se concretiza el impedimento para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia.

Dicho lo anterior, la causal esgrimida, como se dejó dicho, se encuentra consagrada en el numeral 1 del artículo 141 del CGP:

ARTÍCULO 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. Son causales de recusación las siguientes:

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.

Por lo anterior, y de conformidad con lo dispuesto en el numeral quinto del artículo 131 del CPACA, por la Secretaría de la Corporación remítase el expediente al

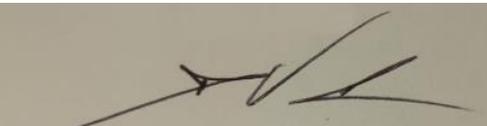
Honorable Consejo de Estado Sala Plena-, para lo pertinente, previa anotación en el programa informático “Justicia XXI”.

CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS,



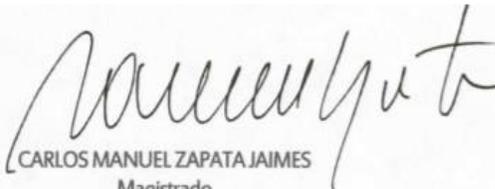
Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



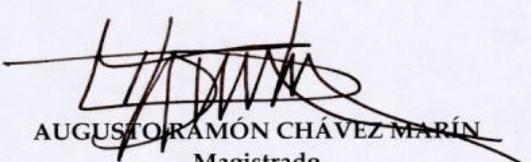
AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente Medio de Control, proveniente del Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales con Apelación de Sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

VILMA PATRICIA RODRIGUEZ CARDENAS

Secretaria

Proyecto: EYMO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado Ponente: FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Manizales, diecisiete (17) de abril de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17001333300220190010904
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	LINA MARIA JARAMILLO PEREZ
DEMANDADO	NACIÓN –RAMA JUDICIAL DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

Los Magistrados de la Corporación en Sala Plena decidimos, de conformidad con lo previsto en los artículos 130 y 131 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, declararnos impedidos dentro del proceso de la referencia, de acuerdo con los siguiente:

ANTECEDENTES

La Señora **LINA MARIA JARAMILLO PEREZ**, instauro demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL** solicitando se declare la nulidad de la **Resolución DESAJMAO18-1046 del 20 de marzo del 2018** y del acto ficto derivado del silencio administrativo negativo proferidas por **NACIÓN –RAMA JUDICIAL -DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL** en las que se negó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación y pago de las prestaciones sociales, así como del acto ficto negativo presunto, que resolvió

desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto contra el acto administrativo primigenio.

IMPEDIMENTO PARA CONOCER DEL ASUNTO

Los suscritos magistrados integrantes del Tribunal Administrativo de Caldas, manifestamos nuestro impedimento para conocer del presente trámite judicial, por cuanto el régimen de los magistrados establece una bonificación de igual naturaleza jurídica a la devengada por los empleados de La Rama Judicial, y en virtud a ello, resultaríamos indirectamente beneficiados, pues la decisión sobre la inclusión de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales nos genera interés indirecto, circunstancia que se ajusta al contenido del numeral reproducido, razón por la cual, a juicio de los suscritos, se concretiza el impedimento para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia.

Respetuosamente consideramos que en nuestra calidad de Magistrados de este Tribunal y debido a la naturaleza de los reajustes prestacionales pretendidos, resultaríamos indirectamente beneficiados, pues la decisión sobre la inclusión de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales, guarda estrecha relación con el mismo emolumento reconocido a los funcionarios de la Rama Judicial a través del Decreto 383 de 2013, y por tanto nos asistiría interés, circunstancia que se ajusta al contenido del numeral 1 del artículo 141 del CGP, razón por la cual, a juicio de los suscritos, se concretiza el impedimento para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia.

Dicho lo anterior, la causal esgrimida, como se dejó dicho, se encuentra consagrada en el numeral 1 del artículo 141 del CGP:

ARTÍCULO 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. Son causales de recusación las siguientes:

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.

Por lo anterior, y de conformidad con lo dispuesto en el numeral quinto del artículo 131 del CPACA, por la Secretaría de la Corporación remítase el expediente al

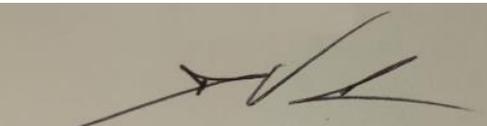
Honorable Consejo de Estado Sala Plena-, para lo pertinente, previa anotación en el programa informático “Justicia XXI”.

CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS,



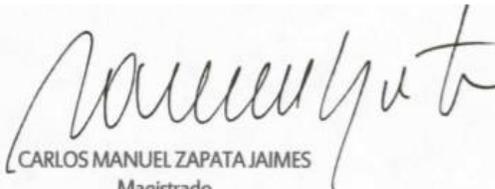
Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



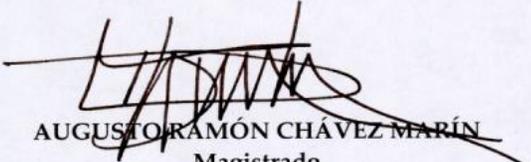
AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente Medio de Control, proveniente del Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales con Apelación de Sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, veintisiete (27) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

VILMA PATRICIA RODRIGUEZ CARDENAS

Secretaria

Proyecto: EYMO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado Ponente: FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Manizales, diecisiete (17) de abril de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17-001-33-33-001-2019-00197-03
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	ISABEL CRISTINA LÓPEZ HENAO
DEMANDADO	NACIÓN –RAMA JUDICIAL DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

Los Magistrados de la Corporación en Sala Plena decidimos, de conformidad con lo previsto en los artículos 130 y 131 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, declararnos impedidos dentro del proceso de la referencia, de acuerdo con los siguiente:

ANTECEDENTES

La Señora **ISABEL CRISTINA LÓPEZ HENAO**, instauro demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL** solicitando se declare la nulidad de la Resoluciones No. **DESAJMAR18-415** del 21 de marzo de 2018 y No. 2743 del 1 de octubre de 2020, proferidos por **NACIÓN –RAMA JUDICIAL -DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL** en las que se negó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación y pago de las prestaciones sociales, así como del acto ficto negativo presunto, que resolvió

desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto contra el acto administrativo primigenio.

IMPEDIMENTO PARA CONOCER DEL ASUNTO

Los suscritos magistrados integrantes del Tribunal Administrativo de Caldas, manifestamos nuestro impedimento para conocer del presente trámite judicial, por cuanto el régimen de los magistrados establece una bonificación de igual naturaleza jurídica a la devengada por los empleados de La Rama Judicial, y en virtud a ello, resultaríamos indirectamente beneficiados, pues la decisión sobre la inclusión de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales nos genera interés indirecto, circunstancia que se ajusta al contenido del numeral reproducido, razón por la cual, a juicio de los suscritos, se concretiza el impedimento para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia.

Respetuosamente consideramos que en nuestra calidad de Magistrados de este Tribunal y debido a la naturaleza de los reajustes prestacionales pretendidos, resultaríamos indirectamente beneficiados, pues la decisión sobre la inclusión de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales, guarda estrecha relación con el mismo emolumento reconocido a los funcionarios de la Rama Judicial a través del Decreto 383 de 2013, y por tanto nos asistiría interés, circunstancia que se ajusta al contenido del numeral 1 del artículo 141 del CGP, razón por la cual, a juicio de los suscritos, se concretiza el impedimento para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia.

Dicho lo anterior, la causal esgrimida, como se dejó dicho, se encuentra consagrada en el numeral 1 del artículo 141 del CGP:

ARTÍCULO 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. Son causales de recusación las siguientes:

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.

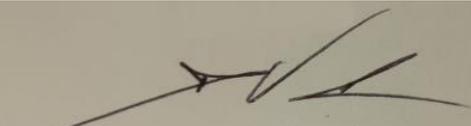
Por lo anterior, y de conformidad con lo dispuesto en el numeral quinto del artículo 131 del CPACA, por la Secretaría de la Corporación remítase el expediente al Honorable Consejo de Estado Sala Plena-, para lo pertinente, previa anotación en el programa informático "Justicia XXI".

CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS,



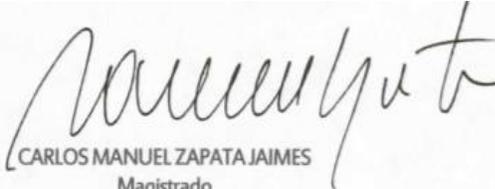
Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: A despacho del señor Magistrado el presente Medio de Control, recibido por ventanilla virtual, proveniente del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, veintisiete (27) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

VILMA PATRICIA RODRIGUEZ CARDENAS

Secretaria

Proyecto: EYMO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado Ponente: FERNANDO ALBERTO ALVAREZ BELTRAN

A.I. 74

Manizales, diecisiete (17) de abril de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17001333900820190028402
MEDIO DE CONTROL:	EJECUTIVO
DEMANDANTE:	MARIA INES INFANTE DE PEÑA
DEMANDADO:	LA NACION - MINISTERIO DE EDUCACION F.N.P.S.M.

I. CONSIDERACIONES

Se ocupa el Despacho del proceso procedente del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, que en ejercicio de proceso Ejecutivo promovió a través de apoderado judicial **MARIA INES INFANTE DE PEÑA** en contra de **LA NACION - MINISTERIO DE EDUCACION F.N.P.S.M.** para surtir el recurso de apelación concedido a la parte **DEMANDADA DEPARTAMENTO DE CALDAS** (Folio 58 del Cuaderno Primera Instancia) respecto de la Sentencia N°013 proferida por ese Despacho el día 02 de febrero de 2023, visible en el Archivo PDF "58" de la carpeta (01CuadernoPrimeraInstancia) del expediente digital.

Igualmente, el Despacho realiza un examen preliminar conforme lo establece el artículo 325 del Código General del Proceso, encontrando que la providencia motivo de apelación está suscrita electrónicamente por el a quo; así mismo, no falta por resolver demandas de reconvención o procesos acumulados, como tampoco se

observa causal de nulidad alguna que amerite medida de saneamiento o su declaración.

Por lo anterior, al haberse sustentado el recurso de apelación oportunamente¹ y reunir los demás requisitos legales, procede el despacho a admitir en el efecto suspensivo el recurso de alzada, notificándose personalmente al Ministerio Público y por estado a las partes (Artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA).

Por lo expuesto, el Despacho,

II. RESUELVE

PRIMERO: ADMITIR en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte **DEMANDADA DEPARTAMENTO DE CALDAS** (Folio 58 del Cuaderno Primera Instancia) contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, de conformidad con lo previsto en el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 323 y 325 del Código General del Proceso.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al Ministerio Público y por estado a las partes, de acuerdo con el artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Fernando Alberto Alvarez Beltran

Magistrado

Despacho 02

Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **784abb78ac91da95724f3a021a01b79b721dbf6410ee2b9bc77e695314a311da**

Documento generado en 18/04/2023 09:23:33 AM

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

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

República de Colombia



Rama Judicial
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de Segunda Instancia

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante:
Sandra Liliana Ospina García
Demandado: Nación Ministerio de Educación – Fondo Nacional de prestaciones del magisterio – Departamento de Caldas.
Radicado: 17001-33-33-003-2019-00441-02
Acto judicial: Sentencia 38

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

Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** La parte actora pretende el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías. La primera instancia accedió el reconocimiento de la sanción. La Sala modifica la sentencia al confirmar que las cesantías fueron puestas a disposición de la parte demandante, pero fueron reintegradas por no cobro, y luego fueron pagadas.

§02. La Sala Sexta del Tribunal Administrativo de Caldas resuelve la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia que accedió las pretensiones de la demanda, dictada el 30 de junio de 2021 proferida por la Señoría del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por **Sandra Liliana Ospina García**, demandante contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de prestaciones del Magisterio y el Departamento de Caldas**.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita la sanción por la mora en el pago de las cesantías¹

§03. La sala procederá a interpretar la demanda conforme a su tenor literal y los anexos allegados.

§04. La parte demandante solicitó que se declare la nulidad del acto ficto surgido del silencio de la demandada a la petición del **31 de octubre de 2018**, que solicitó el pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías.

¹ 01DemandaAnexos.pdf Fl.5 a 33

§05. A título de restablecimiento del derecho, pidió se reconozca y condene a la demandada al pago de dicha sanción, desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de las cesantías.

§06. Como consecuencia, pidió, que se ordene el pago indexando su valor.

§07. **El 27 de abril de 2017** la parte demandante solicitó a la entidad el reconocimiento de las cesantías, las cuales le fueron reconocidas por la **Resolución 5479 del 20 de junio de 2018**. Y pagadas el **11 de diciembre de 2018**, por lo que transcurrieron más de 119 días de mora después de los 70 días que tenía para cancelarlas.

§08. El **31 de octubre de 2018** la parte actora reclamó el pago de la sanción por mora, pero la demandada no contestó la solicitud.

§09. Invocó como violados los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y, 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

§10. La entidad demandada desconoce los términos perentorios establecidos en la Ley 1071 de 2006 para el reconocimiento y pago de la cesantía y que, por lo tanto, está obligada a resarcir los daños causados a la parte demandante, lo cual debe hacer a través del pago de la correspondiente sanción por mora.

1.2. El FOMAG y el Departamento de Caldas permanecieron silentes²

§11. Las entidades demandadas no contestaron la demanda.

1.3. La sentencia que accedió a las pretensiones³

§12. El Juez Tercero Administrativo del Circuito de concedió las pretensiones de la siguiente manera:

“PRIMERO.- DECLARAR LA NULIDAD del acto administrativo ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo, por medio de la cual se negó el reconocimiento de un sanción por mora en el pago de cesantías de la demandante, que tiene como origen la petición presentada el 31 de octubre de 2018.

SEGUNDO.- A título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocer y pagar a favor de la señora SANDRA LILIANA OSPINA GARCIA la sanción por mora de que trata el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, consistente en un día de salario por cada día de retardo, por el período comprendido entre el 31 de Julio de 2018, inclusive, hasta el 10 de diciembre de 2018, inclusive. La sanción será liquidada con base en el salario devengado por la demandante para el año 2018.

Las sumas que resulten a favor de la demandante, deberán actualizarse conforme al artículo 187 del C.P.A.C.A., a partir del día siguiente que cesó la causación de la sanción moratoria, esto es, desde el 11 de diciembre del 2018 hasta la fecha de ejecutoria de la

² 03ConstanciaTraslados.pdf

³ 11SentenciaAnticipada.pdf

sentencia, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- *La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y pagará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en la citada norma.*

CUARTO.- CONDENAR EN COSTAS a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho, en la suma de \$515. 900.

QUINTO.- NOTIFÍQUESE esta sentencia conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

SEXTO.- *Expídanse a costa de la parte interesada, las copias auténticas que sean solicitadas, con observancia de los parámetros legales establecidos en el artículo 114 del Código General del Proceso... ”.*

§13. El Juez de primera instancia definió como problemas jurídicos los siguiente:

1. *La Ley 1071 de 2006, modificatoria de la Ley 244 de 1995, es aplicable al régimen prestacional de los docentes, contenido en la Ley 91 de 1989?*
2. *¿De resultar aplicable la Ley 1071 de 2006 al régimen especial de los docentes, desde qué fecha se causa la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales o definitivas?*
3. *¿En caso de accederse a las pretensiones de la demanda, ¿se configura la prescripción de la sanción moratoria reconocida a favor del demandante?*

§14. Realizó un análisis normativo aplicable al caso, citando la sentencia SUJ-SII- 012-del 18 de julio de 2018, en la cual sobre este aspecto unificó las reglas jurisprudenciales relacionadas con el reconocimiento de sanción por mora en el sector docente.

§15. El Juzgado argumentó que “...Siguiendo los planteamientos de la sentencia de unificación, en el presente caso la petición de reconocimiento de cesantías fue radicada el 27 de abril de 2018 (fl.45 Expediente digital), empezando a correr términos al día siguiente de la radicación de este documento, siendo contestada de forma extemporánea a través de la Resolución Nro. 5476-6 del 20 de junio de 2018 la petición de reconocimiento que fue radicada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por lo que el término de ejecutoria del acto administrativo que la resuelve, sería de 10 días contados desde el día siguiente a su notificación, de conformidad con lo prescrito en el artículo 76 de dicho estatuto, esto es el 26 de junio de 2018.”

§16. De esta manera, concluyó que la entidad tenía hasta 60 días desde la presentación de la solicitud para el pago de las cesantías, por lo que se causa el derecho a recibir la indemnización por mora, desde el 31 de julio de 2018, inclusive, hasta el 10 de diciembre de 2018, cuando se hizo el pago.

1.4. La Apelación del FOMAG señaló que efectuó el pago a tiempo antes del vencimiento de los 70 días⁴

⁴ 14ApelacionFomag.pdf

§17. En el escrito de apelación solicitó se proceda a revocar la sentencia y negar las pretensiones con dos fundamentos: **(i)** la entidad tenía hasta el 14 de agosto de 2018 para el pago de las cesantías contando 70 días hábiles, y no el 31 de julio de 2018 como lo señaló la sentencia; **(ii)** las cesantías fueron puestas a disposición de la parte demandante el 27 de julio de 2018, antes de la fecha límite de pago, por lo que no se generó sanción alguna.

1.4. Actuación de segunda instancia ⁵

§18. Mediante proveído del 13 de diciembre de 2021, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y se corrió traslado de alegatos de conclusión.

§19. En segunda instancia se decretó auto de mejor proveer para que el BBVA informara cuándo se puso a disposición las cesantías otorgadas por la Resolución 5479 del 20 de junio de 2018. El BBVA y el FOMAG contestaron que las cesantías fueron puestas a disposición el 3 de agosto de 2018, pero se hizo un reintegro por no cobro, por lo que luego se reprogramó el pago.

1.5. Alegatos de Conclusión

§20. Las partes y el Ministerio Público permanecieron silentes⁶.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§21. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 153 del CPACA.

2.2. Problemas jurídicos

§22. ¿Se causó la sanción moratoria contemplada en la Ley 1071 de 2006 por el no pago oportuno de las cesantías parciales?

§23. ¿En caso afirmativo, desde que momento se hizo exigible la sanción moratoria por el no pago de las cesantías parciales?

§24. ¿Se configuró la prescripción extintiva del derecho a la sanción moratoria por razón del no pago oportuno de las cesantías parciales?

2.3. ¿Se causó la sanción moratoria contemplada en la ley 1071 de 2006 por el no pago oportuno de las cesantías parciales?

§25. En este punto vale la pena aclarar que se solicita el pago de la sanción moratoria generada por la reliquidación de las cesantías definitivas parciales a la parte demandante.

§26. En lo atinente al procedimiento para el reconocimiento y pago de las cesantías, la ley 1071 de 2006, por el cual se adiciona y modifica la ley 244 de 1995, reguló el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, en el artículo 4, estipuló:

⁵ 02AutoAdmisiónyTraslado.pdf

⁶ 04ConstanciaDespacho.pdf

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

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

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo [...]»

§27. Por su parte el artículo 5 ibídem, en relación con la mora estipuló:

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

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

§28. De la preceptiva normativa se establece que la misma reguló la mora en el pago de las cesantías, como el término que la entidad cuenta para expedir el acto administrativo de reconocimiento.

§29. Los dispositivos normativos reproducidos se encuentran dotados de enunciados propios de las normas deónticas o regulativas, estas son, que mandan, permiten, prohíben o castigan.

§30. De ahí que, ha sostenido la Sala, la mentada Ley 1071 es una típica regla o norma jurídica de acción, erigida en aras de soslayar ponderación alguna por parte de la administración, por cuanto una vez reunidas las condiciones de aplicación, los términos empleados en la preceptiva legal son concluyentes y perentorios, tal y como acaece en el asunto de reconocimiento y pago oportuno de las cesantías.

§31. . Conforme a lo expuesto, se tiene que la Ley 1071 y en consonancia con el precepto 345 de la Carta, prevé un tiempo prudencial, calculado en sesenta (60) días, para hacer las apropiaciones presupuestales de ley y los trámites correspondientes. Por ende, tal situación no se perfila como excusa válida para el reconocimiento y pago tardío de esas prestaciones sociales.

§32. Aunadamente, resalta el Tribunal la teleología de la norma se contrae a la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas), y no es para menos, en tanto no puede pasarse por alto que las cesantías son ahorros del servidor público, administrados por el Estado-patrono para entregarle a aquel en el momento que lo necesite, bien si queda cesante definitivamente o bien en los eventos que la ley autoriza para el anticipo parcial de las mismas (en esencia, por vivienda o educación).

§33. Existe consenso jurisprudencial en cuanto al régimen aplicable a los docentes sobre la mora en el pago de las cesantías, pues la sentencia de unificación **CE-SUJ-SII-012-2018** del 18 de julio de 2018⁷ indicó:

“PRIMERO: 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 mora en el pago de las cesantías.”

§34. El artículo 4º de la Ley 1071 de 2006, que subrogó y modificó la Ley 244 de 1995, estipuló que la resolución de reconocimiento de las cesantías se haría en los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de su liquidación, supeditada al cumplimiento de los requisitos de ley.

§35. El artículo 5 ídem estipuló que el pago se haría en un plazo máximo de 45 días hábiles a partir de la firmeza del acto administrativo que reconoce las cesantías. En caso de presentarse mora, la entidad estará obligada a cancelar un día de salario por cada día de retardo, hasta el pago.

§36. En cuanto a las diversas formas de notificación y ejecutoria del acto que reconoce las cesantías, después de las cuales corren los 45 días para el pago de la prestación, la sentencia de unificación SUJ-SII-012 del Honorable Consejo de Estado proferida el 18 de julio de 2018⁸ sintetizó las diversas hipótesis que pueden presentarse:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	<i>no aplica</i>	<i>10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>70 días posteriores a la petición</i>
<u>ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO (DESPUÉS DE 15 DÍAS)</u>	<i><u>aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago</u></i>	<i><u>10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto</u></i>	<i><u>45 días posteriores a la ejecutoria</u></i>	<i><u>70 días posteriores a la petición</u></i>
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	<i>Personal</i>	<i>10 días, posteriores a la notificación</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>55 días posteriores a la notificación</i>
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	<i>Electrónica</i>	<i>10 días, posteriores a certificación de acceso al acto</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>55 días posteriores a la notificación</i>
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	<i>Aviso</i>	<i>10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>55 días posteriores a la entrega del aviso</i>
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	<i>sin notificar o notificado fuera de término</i>	<i>10 días, posteriores al intento de notificación personal 9</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>67 días posteriores a la expedición del acto</i>
ACTO ESCRITO	<i>Renunció</i>	<i>renunció</i>	<i>45 días después de la renuncia</i>	<i>45 días desde la renuncia</i>
ACTO ESCRITO	<i>interpuso recurso</i>	<i>adquirida, después de</i>	<i>45 días, a partir del</i>	<i>46 días desde la notificación del</i>

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación de 18 de julio de 2018, expediente radicado: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-2015), demandante Jorge Luis Ospina Cardona.

⁸ <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2084699>

		<i>notificado el acto que lo resuelve</i>	<i>siguiente a la ejecutoria</i>	<i>acto que resuelve el recurso.</i>
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	<i>interpuso recurso</i>	<i>adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso</i>	<i>45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria</i>	<i>61 días desde la interposición del recurso.</i>

-sft-”

2.3 Lo demostrado en el proceso

§37. La parte actora el **27 de abril de 2018⁹** solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales con destino a estudios.

§38. La administración tenía 15 días para expedir el acto, lo cual no efectuó en este plazo, sino mediante la Resolución 5479 del 20 de junio de 2018¹⁰, por \$2.403.744. La parte accionante se notificó el 26 de junio de 2018, pero la sentencia de unificación señaló que no se tiene en cuenta para el computo del término de pago.

§39. De allí se cuentan 10 días que serían la ejecutoria del supuesto acto que hubiera reconocido las cesantías. Y luego 45 días para el pago. **En total 70 días** luego de interpuesta la solicitud. Para el caso concreto las cesantías debían pagarse hasta el **13 de agosto de 2018**.

§40. En cuanto a la sentencia de primera instancia, a pesar de que el juzgado señaló que el acto de reconocimiento de las cesantías fue extemporáneo, no aplicó la regla de unificación jurisprudencial en dicho caso, o sea, “**ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO (DESPUÉS DE 15 DÍAS)** - aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago 10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto -45 días posteriores a la ejecutoria-70 días posteriores a la petición”.

§41. El juzgado aplicó la regla jurisprudencial para cuando el acto que concede las cesantías se expide en tiempo, “... por lo que el término de ejecutoria del acto administrativo que la resuelve, sería de 10 días contados desde el día siguiente a su notificación...” y contó 60 días. Así, consideró que el plazo para el pago de las cesantías venció el 30 de julio de 2018. Pero dicho plazo de 60 días no está contemplado en la sentencia de unificación, ni el acto administrativo fue emitido en tiempo oportuno.

§42. De esta manera, la mora corre a partir del **14 de agosto de 2018**

§43. Según constancia del BBVA y del FOMAG, los dineros se pusieron a disposición el **3 de agosto de 2018**, pero se reintegró la suma por no cobro, y luego se reprogramó, para finalmente ser pagado el 11 de diciembre de 2018.

§44. De esta manera, no se generó sanción moratoria alguna, debido a que la parte demandante debía estar pendiente del pago de las cesantías, por lo que la mora no se puede atribuir a la entidad.

§45. De esta manera, se revocará la sentencia de primera instancia.

⁹ 01Demanda Anexos.pdf. Fls. 45 a 46.

¹⁰ 01Demanda Anexos.pdf. Fls. 45 a 46

3. Costas en esta Instancia

§46. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado²³ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

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

§47. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicó que se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§48. Pero el Consejo de Estado señaló que la generación de costas debe ser analizada concretamente en cada caso:

“(...) 50. La jurisprudencia de la Sala 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.

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. (...)”

§49. Para el caso concreto, se tiene que, aunque la demanda está fundamentada en derecho, la parte actora no fue diligente para estar pendiente cuándo las cesantías eran consignadas, las cuales lo fueron consignadas en tiempo, y por su negligencia se reprogramaron, por lo que generó una actividad judicial.

§50. Sin embargo, la entidad no contestó la demanda, ni aportó pruebas y solo en segunda instancia puso de presente el pago oportuno de las cesantías, y el tribunal debió adoptar de oficio pruebas para evitar el perjuicio al patrimonio público, por lo que no se generaron costas ni agencias en derecho.

§51. De esta manera, no se condenará en costas en las dos instancias.

§52. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§53. En mérito de lo expuesto, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales del 30 de junio de 2021, que accedió a las súplicas de la

demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **Sandra Liliana Ospina García**, demandante contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de prestaciones del Magisterio** y el **Departamento de Caldas**.

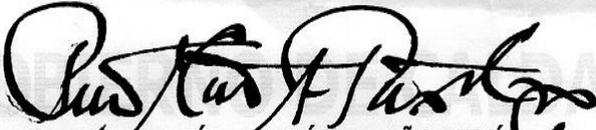
SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: No condenar en costas en ambas instancias.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, Devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI. Remítase copia de este acto judicial a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

CONSTANCIA SECRETARIAL: A despacho del señor Magistrado el presente Medio de Control, recibido por ventanilla virtual, proveniente del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

VILMA PATRICIA RODRIGUEZ CARDENAS

Secretaria

Proyecto: EYMO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado Ponente: FERNANDO ALBERTO ALVAREZ BELTRAN

A.I. 75

Manizales, diecisiete (17) de abril de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17001333300220210003402
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	CARLOS ALBERTO VIDAL OSSA
DEMANDADO:	LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

I. CONSIDERACIONES

Se ocupa el Despacho del proceso procedente del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovió a través de apoderado judicial **CARLOS ALBERTO VIDAL OSSA** en contra de **LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL** para surtir el recurso de apelación concedido a la parte **DEMANDANTE** (Folio 021 del Cuaderno Primera Instancia) respecto de la Sentencia N° 087 proferida por ese Despacho el día 30 de septiembre de 2022, visible en el Archivo PDF "018" de la carpeta (01CuadernoPrimeraInstancia) del expediente digital.

Igualmente, el Despacho realiza un examen preliminar conforme lo establece el artículo 325 del Código General del Proceso, encontrando que la providencia motivo de apelación está suscrita electrónicamente por el a quo; así mismo, no falta por

resolver demandas de reconvención o procesos acumulados, como tampoco se observa causal de nulidad alguna que amerite medida de saneamiento o su declaración.

Por lo anterior, al haberse sustentado el recurso de apelación oportunamente¹ y reunir los demás requisitos legales, procede el despacho a admitir en el efecto suspensivo el recurso de alzada, notificándose personalmente al Ministerio Público y por estado a las partes (Artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA).

Por lo expuesto, el Despacho,

II. RESUELVE

PRIMERO: ADMITIR en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte **DEMANDANTE** (Folio 021 del Cuaderno Primera Instancia) contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, de conformidad con lo previsto en el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 323 y 325 del Código General del Proceso.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al Ministerio Público y por estado a las partes, de acuerdo con el artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:
Fernando Alberto Alvarez Beltran
Magistrado
Despacho 02
Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **3cc6f26406960aabdc96bc2295fa56557cec7acec1209f15e5b56c03d81ccf5b**

Documento generado en 18/04/2023 09:25:20 AM

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

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

República de Colombia Rama Judicial



**Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de primera instancia

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Rosa Esther Gómez Salazar
Demandado: Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento de Caldas
Radicado: 17001-23-33-000-2021-00037-00
Acto judicial: Sentencia 37

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

Proyecto aprobado en sala de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** La parte demandante, quien prestó servicios docentes como contratista y empleada pública, solicita el reconocimiento de la pensión teniendo como base de liquidación el 75% de los salarios y primas recibidas anteriores al cumplimiento del estatus jurídico, el 25 de junio de 2018. La Sala encuentra que la parte accionante acreditó más de 20 años de servicios como docente, con tiempos reconocidos en sentencia que declaró la existencia de un contrato realidad, por lo que se configuran los elementos para conceder la prestación social, conforme la ley 33 de 1985 y a la sentencia de unificación del Consejo de Estado.

§02. La sala dicta sentencia de primera instancia en el medio de control de **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**, de carácter laboral, promovido por **Rosa Esther Gómez Salazar**, demandante, contra la **Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, demandada, y el Departamento de Caldas como vinculado.

1. Antecedentes

1.1. La Demanda que solicita el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación ¹

§03. La parte accionante pretende que se declare la nulidad parcial de la **resolución 3130-06 del 20 de octubre de 2020**, expedida por la secretaría de educación del departamento de Caldas, mediante la cual se negó el reconocimiento de la pensión de

¹ Expediente Digital 02DemandaAnexos.pdf

jubilación.

§04. A título de restablecimiento del derecho pidió se reconozca y pague una pensión de jubilación, equivalente al 75% de los salarios y las primas recibidas, anteriores al cumplimiento del estatus jurídico de pensionado.

§05. Como hechos precisó que la señora Rosa Esther Gómez Salazar nació el 27 de febrero de 1959, contando en la actualidad con más de 55 años de edad.

§06. Se desempeñó como en los siguientes empleos de la siguiente manera: **(i)** como docente a través de contrato de prestación de servicios, en la escuela rural de la vereda de San Ignacio en Aranzazu, Caldas, en el año de 1992; **(ii)** entre los años de 1993 y 1994 se desempeñó en los cargos de secretaria de inspección y asistente de programas del ICBF en el municipio de Aranzazu; **(iii)** como docente en el año de 1998, en la modalidad de reconocimiento; **(iv)** a través de contrato de prestación de servicios entre los años de 1999, 2002 y 2003 laboró como docente, tiempos los cuales fueron reconocidos a través de sentencia del 05 de junio de 2014 del Tribunal Administrativo de Caldas; **(v)** el 12 de marzo de 2004 fue vinculada a la docencia oficial y hasta la fecha de presentación de la demanda se desempeña como docente oficial.

§07. El 15 de septiembre de 2020, solicitó al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, una pensión ordinaria de jubilación efectiva desde el 25 de junio de 2018, fecha en la que tenía 55 años de edad y había completado los 20 años de servicio.

§08. Mediante resolución 3130-6 del 20 de octubre de 2020 la secretaria de educación del departamento de Caldas negó el reconocimiento de una pensión de jubilación a favor de la parte demandante, con las facultades que le da la Ley 91 de 1989.

§09. Invocó como normas violadas los artículos de la ley 33 de 1985, 15 de la ley 91 de 1989, 6 de la ley 60 de 1993, 115 de la ley 115 de 1993, 279 de la ley 100 de 1993, 81 de la ley 812 de 2003; 1 y 2 del decreto 3752 de 2003.

§10. Como fundamento de la violación se precisó que la parte demandante fue vinculada al servicio educativo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que tiene derecho a la pensión que rige la Ley 33 de 1985, o si tenía aportes al sector privado, la ley 71 de 1988 para la pensión por aportes.

1.2. Contestación del Ministerio de Educación ²

§11. Se opuso a las pretensiones, y no le consta ningún hecho. Como sustento de la defensa puntualizó que *“... la docente para junio de 2003, fecha en que entró en vigencia la Ley 812 de 2003, no se había vinculado laboralmente como docente al Ministerio de Educación Nacional y por ello, su régimen pensional es el estipulado en la Ley 812 de 2003 y 100 de 1993, conforme al cual se obtiene la pensión a partir de 57 años de edad y 20 años de servicio.”*

§12. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§12.1. Legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad: *“El acto administrativo demandado, por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes con aplicación de la Ley 812 de 2003, por improcedente, toda vez que la accionante se le aplica el régimen prestacional contenido en la Ley 33 y 62 de 1985, toda vez que se vinculó como docente al*

² Expediente Digital 10ConstestaciónDemandaMineducación

Ministerio de Educación antes de entrar en vigencia la citada disposición”.

§12.2. Ineptitud de la demanda por carencia de fundamento jurídico: “...la accionante es beneficiaria de la Ley 33 y 62 de 1985 para efectos de reconocimiento de su pensión de jubilación por haberse vinculado como docente antes de entrar en vigencia la ley cuya aplicación solicita.”

§12.3. Violación del principio de inescindibilidad normativa: “... lo que pretende la demanda es que se le aplique solo lo favorable de cada régimen, ley 33, reconocimiento de pensión con IBL del 75% y de la Ley 812 de 2003, la posibilidad de acceder a la pensión sin cumplir los requisitos establecidos en la norma que le es aplicable.”

§12.4. Cobro de lo no debido: “en el presente caso los factores pretendidos por la accionante, en ningún caso se encuentran enlistados en la Ley 33 y 63 de 1985 para liquidar los aportes al sistema pensional y no pueden ser considerados para la liquidación de la pensión.”

§12.5. Prescripción.

1.3. Contestación Departamento de Caldas³

§13. Se opuso a las pretensiones y le consta solamente el hecho referente a la edad de la parte accionante y la sentencia emitida por el tribunal respecto al contrato realidad como docente.

§14. Propuso los siguientes medios excepcionales:

§14.1. Falta de legitimación en la causa por pasiva: En el sentido de que la parte demandante solicita que se le reconozca prestaciones como si fuera personal administrativo; además, el departamento no era competente para nombrar docentes, por lo que realizó la contratación según las facultades de la contratación administrativa.

§14.2. Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley: La obligación de reconocer una pensión de jubilación es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con el decreto 2831 de 2005.

§14.3. Buena fe, porque el departamento siempre obró conforme a la legislación.

§14.4. Prescripción, según los artículos 103 del Decreto 1848 de 1969 y 41 del Decreto 3135 de 1968.

1.4. Tránsito procesal⁴

§15. El 28 de septiembre de 2021 se decidió que las excepciones de falta de legitimación por pasiva y prescripción se analizarían en sentencia.

§16. Por auto del 13 de diciembre de 2021 al proceso se le dio el trámite de sentencia anticipada, se fijó el litigio, se decretaron las pruebas documentales, y se llamó en alegatos a las partes.

³ Expediente Digital 08ContestaciónDemandaDeptoCaldas.pdf

⁴ Expediente Digital 18AutoPruebasAlegatosC.

1.5. Alegatos de Conclusión

§17. La parte actora y las partes demandadas presentaron sus alegatos en término, donde reiteraron los argumentos de la demanda y las contestaciones. El Ministerio Público no se pronunció.⁵

§18. Por auto del 16 de diciembre de 2022 se dictó auto de mejor proveer para determinar los tiempos efectivos que la parte actora prestó servicios como docente a través de contratos de prestación de servicios.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§19. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 152 del CPACA.

2.2. Problema jurídico

§20. ¿A la demandante en su calidad de docente, le asiste el derecho a la pensión de jubilación, en cuantía del 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus?

§21. Si la respuesta es afirmativa, ¿Con qué factores debe liquidarse la pensión?

§22. ¿A quién le corresponde el pago de la pensión?

§23. ¿Se configuró la prescripción en este caso?

2.3. Pensión ordinaria de jubilación de docentes oficiales

§24. La sentencia de unificación del 25 de abril de 2019⁶, ha establecido el régimen que se debe aplicar a la pensión de jubilación ordinaria de los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así:

“Se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes: De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así:

a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los

⁵ Expediente Digital 20AlegatosConclusionDemandante Expediente Digital

22AlegatosConclusionDemandado.pdf Expediente Digital 25AlegatosConclusiónDeptoCaldas.pdf

⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA- SENTENCIA DE UNIFICACION- Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019)- Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00569-01 Interno: 0935- 17 – SUJ-014-CE-S2-19.

que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.”

§25. En la sentencia en mención precisó lo siguiente con relación al Acto Legislativo 01 de 2005.

“36. El Acto Legislativo 01 de 2005 “Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política” en el Parágrafo transitorio 1, dispuso lo siguiente:

“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”

*37. De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, son dos los regímenes pensionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionado a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, así:*

*I) **Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985** para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.*

*II) **Régimen pensional de prima media** para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres.”*

§26. De esta manera, queda claro que para los docentes oficiales que se vincularon antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, se les debe aplicar el régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985, que para el caso en concreto, se controvierte la fecha de vinculación de la parte actora, así, la Sala más adelante le dará el estudio pertinente y establecer la fecha de vinculación, para proseguir a determinar el régimen a aplicar.

§27. La ley 33 de 1985, ha establecido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación de la siguiente manera:

*“**ARTÍCULO 1-** El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la*

respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”

§28. En igual sentido, la Ley 71 de 1988 ha establecido los mismos requisitos para acceder a la pensión de jubilación por aportes, pero a diferencia de la ley 33 de 1985, esta se debe aplicar en las situaciones que el docente está utilizando tiempos públicos y privados para acreditar el tiempo de servicio, pues en sentencia⁷ del Honorable Consejo de Estado se ha establecido lo mencionado, así:

“En la hipótesis del docente oficial que, sin el tiempo de 20 años en el sector público, pretende completarlos con tiempos servidos como trabajador privado, debe verificarse su situación con base en la Ley 71 de 1988, siempre que sea beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; pues de lo contrario, deberá acudirse íntegramente a ésta última norma.”

§29. Por otro lado, el Consejo de Estado consideró que el tiempo laborado a través de contrato de prestación de servicios con entidades públicas para la docencia debe tenerse en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión ordinaria de jubilación:

“Respecto a los tiempos laborados por el docente mediante autorización de prestación de servicios, la Sala precisa que se pueden tener en cuenta para efectos pensionales. Así entonces, se observa que el demandante se desempeñó como docente para la entidad territorial mediante dicha modalidad de vinculación, situación de la cual, se infiere, en principio, que debió realizar los respectivos aportes para efectos de la pensión; sin embargo, en el plenario no obra prueba de ello. En este punto, es menester precisar que el legislador ha impuesto la obligatoriedad de realizar aportes parafiscales a pensión, a fin de que la entidad de previsión obligada pueda pagar sin detrimento patrimonial las prestaciones que por ley debe reconocer, entre ellas, las pensiones, en consonancia con el principio de sostenibilidad financiera del sistema y solidaridad, en razón de los aportes a los que aquellos están obligados.

(...)

En lo que se refiere a la vinculación de docentes a través de contratos de prestación de servicios, sea lo primero advertir que el artículo 2 del Decreto ley 2277 de 1979 define como docente a quien ejerce la profesión de educador, es decir, “... el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de qué trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo.

Asimismo, les impone la citada normativa una serie de obligaciones y prohibiciones, entre las que se destacan: (i) “Cumplir las órdenes inherentes a sus cargos que les impartan sus superiores jerárquicos”, (ii) “Cumplir la jornada laboral y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias de su cargo” y (iii) no “... abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorización previa”.

(...)

Ahora bien, en relación con las actividades y/o funciones de los docentes temporales y

⁷ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN B- Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá D.C., trece (13) de mayo de dos mil veintiuno (2021)- Radicación número: 52001-23-33-000-2014-00394-01 Interno: 3021-16.

docentes – empleados públicos, en el párrafo primero del artículo 6 de la Ley 60 de 1993 se dispuso un régimen transitorio de seis años, con el objetivo de incorporar progresivamente a las plantas de personal a aquellos vinculados por medio de contratos de prestación de servicios, precepto que alentaba la disparidad entre dichos regímenes jurídicos y fue objeto de censura constitucional en la sentencia C-555 de 1994 por infracción al artículo 13 superior, ya que con la citada incorporación progresiva de los “docentes-contratistas” se afianzaba su vocación de permanencia sin discusión alguna y “ ... la semejanza material de su actividad respecto a la que desempeñan los demás maestros y profesores”, pues de mantenerse la norma, se permitiría una desigualdad material prohibida en la Constitución Política.

La Corte Constitucional, en las consideraciones del citado fallo, sostuvo además que la aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, de conformidad con “Las características asociadas a la celebración de contratos administrativos de prestación de servicios con docentes temporales, por las notas de permanencia y subordinación que cabe conferir a la actividad personal que realizan, pueden servir de base para extender a ésta la protección de las normas laborales.”⁸ -sft-

§30. Igualmente, en sentencia⁹ del 04 de diciembre de 2020, emitida por este Tribunal, como Magistrado Ponente el Dr. Dohor Edwin Varón Vivas, se ha mencionado:

“2.3. Los docentes vinculados a través de contratos de prestación de servicios. Se tiene en cuenta el tiempo de servicios para efectos del reconocimiento pensional. Reiteración del nuevo criterio jurisprudencial sobre la primacía de la realidad.

(...)

En sentencia del 13 de febrero de 2020, en la que señaló:

“El planteamiento expuesto sigue la línea jurisprudencial definida por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia de unificación jurisprudencial de 25 de agosto de 2016 según la cual la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes contratistas merecen una protección especial por parte del Estado.”

Precisa el Consejo de Estado además que, el pronunciamiento que se efectúe en el proceso ordinario de reconocimiento de la pensión de jubilación con inclusión de tiempos laborados a través de contratos de prestación de servicios puede darse en dos escenarios con connotaciones diferentes:

“(i). La primera, cuando se pretende la declaración de existencia de contrato realidad con todas sus connotaciones laborales y prestacionales, en este caso, debe darse previamente el agotamiento de la vía administrativa y convocar como demandada a la

⁸ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN B- Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá D.C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)- Radicación número: 70001-23-33-000-2016-00260-01- Interno: 1489-18.

⁹ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS. Magistrado Ponente: Dohor Edwin Varón Vivas. Radicado Numero: 17001-23-33-000-2019-00567-00

entidad territorial con la cual se suscribieron los contratos a efectos de garantizar el derecho al debido proceso de la entidad responsable y así mismo el total cumplimiento de la sentencia.

(ii).- La segunda se presenta en los casos en que únicamente se persigue el cómputo de los periodos laborados a través de contratos de prestación de servicios para el reconocimiento de la pensión de jubilación, escenario en el que es posible que el proceso ordinario se adelante únicamente con la comparecencia de la entidad de previsión. Esto por cuanto el Decreto 1848 de 1969 «Por el cual se reglamenta el Decreto 3135»¹¹ permite la acumulación de tiempos de servicio con la posibilidad de exigir la cuota parte de las otras entidades oficiales, al indicar que la pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicios requerido por la ley y que en los casos de acumulación de tiempo de servicios la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, a prorrata del tiempo de servicios en cada una de aquellas. ””

§31. Por otro lado, y en mención de la sentencia de unificación, señaló frente a la prescripción lo siguiente:

“Adicionalmente, en materia de aportes pensionales, la aludida sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, precisó que, frente a los aportes para pensión no opera el fenómeno de prescripción, en atención a la condición periódica del derecho pensional que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan a día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales.

(...)

Bajo tal entendimiento es procedente el computo de los tiempos laborados por contratos de prestación de servicios únicamente para efectos pensionales, por cuanto frente a los aportes pensionales no opera la prescripción, ni la caducidad, y además, por cuanto la entidad o empresa a cuyo cargo se encuentra el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que legalmente les corresponda.

Así las cosas, de acuerdo con la reciente tesis planteada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades y en tratándose de docentes oficiales, resulta procedente contabilizar el tiempo durante el cual estos prestaron sus servicios al Estado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación.”-sft-

2.4. Caso en concreto

§32. Rosa Esther Gómez Salazar nació el 27 de febrero de 1959, por lo que a la vigencia de la Ley 100 de 1993 para empleados nacionales, 1° de abril de 1994, tenía 35 años, 2 meses y 2 días, y para empleados territoriales, 30 de junio de 1995, tenía 36 años, 5 meses y 2 días.¹⁰ Cumplió la edad de 55 años el 27 de febrero de 2014.

¹⁰ Expediente Digital 02DemandaAnexos.pdf. Fl. 24/73.

§33. El 15 de septiembre de 2020 la parte actora reclamó la pensión ordinaria de jubilación.¹¹

§34. Por medio de la Resolución 3130-6 del 20 de octubre de 2020, emitida por la secretaria de educación del Departamento de Caldas, en ejercicio de las competencias otorgadas por la Ley 91 de 1989, negó el reconocimiento de una pensión de jubilación¹², de la siguiente manera: “... como se colige de los certificados aportados al expediente los periodos servidos con laborado a la docencia (según sentencia judicial) y encontrarse afiliado(a) al FOMAG, cesó la relación laboral existiendo solución de continuidad con la actual vinculación laboral, siendo aplicable el régimen correspondiente a su última vinculación, la sentencia aportada no determina su vinculación al FOMAG, por cuando no se adelantó el trámite de afiliación establecido en los 196 de 1995 y 3752 de 2003- no encontrándose e/ Fondo obligado por mandato judicial a reconocimiento prestacional alguno.”

§35. Frente a la vinculación al servicio oficial, se tiene que, mediante sentencia del 05 de junio de 2014 la jurisdicción administrativa reconoció la relación laboral de los años de 1999, 2002 y 2003, tiempos que se desempeñó mediante contrato de prestaciones de servicios, bajo las autorizaciones 048, 503 y 237¹³, así, se evidencia que la vinculación a la docencia fue antes de la vigencia de la ley 812 de 2003, por ende, se debe aplicar a la parte actora la ley 33 de 1985.

§36. La señora Rosa Esther Gómez Salazar, ha prestado su servicio de la siguiente manera:

§37.

	DESDE	HASTA	TIEMPO DE SERVICIO
Docente vinculada por contrato con el departamento de Caldas- contrato no está completo, (hay constancia de servicios por el director de núcleo) ¹⁴	14/02/1992	30/06/1992	137,00
Docente vinculada por contrato con el departamento de Caldas- contrato no está completo, sí hay constancia de servicios por el director de núcleo ¹⁵	30/07/1992	05/12/1992	128,00
Secretaria de inspección- municipio de Aranzazu ¹⁶	29/05/1993	16/06/1993	18,00
Asistente programas ICBF del municipio de Aranzazu ¹⁷	21/02/1994	12/07/1994	141,00
Docente Autorización de servicios ¹⁸	11/03/1998	14/06/1998	95,00

¹¹ Expediente Digital 02DemandaAnexos.pdf. Fl. 55 a 59/73.

¹²Expediente Digital 02DemandaAnexos.pdf. Fl. 60 a 62/73.

¹³ Expediente Digital 02DemandaAnexos.pdf. Fl. 33 a 35/73.

¹⁴ Expediente Digital 02DemandaAnexos.pdf. Fl. 25/73.

¹⁵ Expediente Digital 02DemandaAnexos.pdf. Fl. 25/73.

¹⁶ Expediente Digital 02DemandaAnexos.pdf. Fl. 31/73.

¹⁷ Expediente Digital 02DemandaAnexos.pdf. Fl. 31/73.

¹⁸ Expediente Digital 02DemandaAnexos.pdf. Fl. 32/73.

Docente Autorización de servicios ¹⁹	13/07/1998	06/12/1998	146,00
Año 1999- Órdenes de prestación de servicios reconocida en sentencia de contrato realidad como docente – certificado CETIL ²⁰	06/02/1999	28/02/1999	22,00
	04/03/1999	30/03/1999	26,00
	04/04/1999	16/07/1999	103,00
	01/08/1999	12/12/1999	133,00
Año 2002- Órdenes de prestación de servicios reconocida en sentencia de contrato realidad como docente – certificado CETIL ²¹	02/02/2002	28/02/2002	26,00
	06/03/2002	09/07/2002	125,00
	01/08/2002	08/12/2002	129,00
Año 2003- Órdenes de prestación de servicios reconocida en sentencia de contrato realidad como docente – certificado CETIL ²²	27/01/2003	22/06/2003	146,00
	14/07/2003	15/12/2003	154,00
Vinculación laboral - hasta la fecha de la petición ²³	12/03/2004	15/09/2020	6031,00
		TOTAL SERVICIO	20 años, 9 meses, 11 días Más de 20 años como docente

§38. De lo anterior, se concluye: (i) la parte demandante estuvo vinculada al servicio docentes antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003; (iii) la docente cumplió 20 años de servicios en el servicio docente, por lo que no requiere acreditar tiempo de servicios en el sector privado ni otros públicos para acceder a la pensión; (iv) cumplió la edad de 55 años el 27 de febrero de 2014; (v) el 21 de septiembre de 2019 la parte demandante cumplió los 20 años de servicios públicos; (vi) por lo que tiene derecho al reconocimiento de la pensión bajo el régimen de la Ley 33 de 1985, y como lo señala la sentencia de unificación “...los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.”

§39. Por lo anterior, se negarán las excepciones de “Legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad”, “Ineptitud de la demanda por carencia de fundamento jurídico”, “Violación del principio de inescindibilidad normativa” y “Cobro de lo no debido” propuestas por el FOMAG.

§40. Con respecto a la entidad que le corresponde el pago de la pensión, “El Congreso de la República mediante el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, señaló que las prestaciones sociales pagaderas a los docentes oficiales serían reconocidas y

¹⁹ Expediente Digital 02DemandaAnexos.pdf. Fl. 32/73.

²⁰ 24432285 CETIL DEPTO OPS

²¹ 24432285 CETIL DEPTO OPS

²² 24432285 CETIL DEPTO OPS

²³ Expediente Digital 02DemandaAnexos.pdf. Fl. 44/73.

pagadas por el Fondo del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre dicho fondo, el cual en todo caso debía ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. No obstante, conforme lo señalado en precedencia, esta obligación le corresponde exclusivamente al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y no a la entidad territorial, toda vez que esta únicamente tiene a su cargo elaborar el proyecto de resolución de reconocimiento para que sea aprobada o improbadada por la entidad fiduciaria. Por tanto, se declarará probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto... ”²⁴ al Departamento de Caldas.

2.5. Prescripción

§41. Sobre el particular, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 señala:

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

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

§40. En el caso concreto, se tienen las siguientes fechas importantes:

Derecho Exigible	Reclamación Administrativa	Término para presentar demanda	Presentación Demanda
21 de septiembre de 2019	15 de septiembre de 2020	15 de septiembre de 2023	17 de febrero de 2021

§42. Siendo así, se evidencia que no se presenta la prescripción sobre la pensión que la parte demandante solicita.

§43. Las sumas se actualizarán con los índices de inflación certificados por el DANE, mes a mes, con la utilización de la siguiente fórmula financiera:

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

§44. De donde (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por la demandante desde el 21 de septiembre de 2019, hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice vigente para la fecha en que debió hacerse cada pago.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ- Bogotá D.C., doce (12) de julio de dos mil diecisiete (2017)- Radicación número: 08001-23-33-000-2012-00400-01(1874-14)-

§45. Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada pensional y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

§46. Como lo señala la sentencia del 11 de febrero de 2021²⁵ del Consejo de Estado, “A su vez, el FNPSM deberá repetir y en consecuencia solicitar a la entidad de previsión a la que se hubiese encontrada afiliada la demandante en el tiempo que fungió como contratista, el reembolso de los pagos hechos aquella por concepto de aportes a pensión, siempre y cuando así se asegure y acredite. En caso de que ello no hubiese ocurrido de dicha forma, estará autorizado a descontar de las sumas adeudadas a la docente, los valores equivalentes al porcentaje de cotización que como «trabajadora» tendría que haber realizado por ese mismo período para completar el monto de la contribución a su cargo.”

2.6. De las costas en primera instancia

§47. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado²³ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

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

§48. Se analiza que la parte demandante fundamentó nutridamente de argumentos de principios, normativos y jurisprudenciales, y se demostró la diligencia en la vía administrativa como judicial.

§49. De esta manera, se condenará en costas y agencias en derecho a la parte demandada Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la demandante, cuya liquidación se hará conforme al artículo 366 del CGP, por aplicación del artículo 188 del CPCACA.

§50. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§51. Por lo discurrido, la Sala Sexta de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO. DECLARAR no probadas las excepciones de “Legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad”, “Ineptitud de la demanda por carencia de fundamento jurídico”, “Violación del principio de inescindibilidad normativa” y “Cobro de lo no debido” propuestas por el FOMAG. Declarar probada la excepción de

²⁵ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "A"- Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá D.C., once (11) de febrero de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 81001-23-33-000-2013-00079-01(4021-14)

falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Departamento de Caldas.

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad de la **resolución 3130-6 del 20 de octubre de 2020**, expedida por la secretaria de educación del departamento de Caldas, mediante la cual se negó el reconocimiento de la pensión de jubilación.

TERCERO. En restablecimiento se ordena a **la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** que reconozca y pague pensión a la parte demandante, señora **Rosa Esther Gómez Salazar**, en cuantía del 75% de los factores y partidas devengados durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional. Los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

CUARTO: Condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandada, Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la parte demandante, cuya liquidación se hará conforme al artículo 366 del CGP, por aplicación del artículo 188 del CPCACA.

QUINTO. Notifíquese la presente sentencia conforme al artículo 203 del CPACA.

SEXTO. La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia, según las directrices de los artículos 192 a 195 del CPACA.

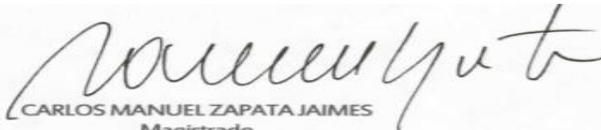
SEPTIMO. Ejecutoriada esta sentencia, archívense las diligencias previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI. Remítase copia de la sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

CONSTANCIA SECRETARIAL: A despacho del señor Magistrado el presente Medio de Control, recibido por ventanilla virtual, proveniente del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

VILMA PATRICIA RODRIGUEZ CARDENAS

Secretaria

Proyecto: EYMO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado Ponente: FERNANDO ALBERTO ALVAREZ BELTRAN

A.I. 76

Manizales, diecisiete (17) de abril de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17001333300220210010202
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	SANDRA BIBIANA CARDONA GONZALEZ
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE VILLAMARIA - CALDAS

I. CONSIDERACIONES

Se ocupa el Despacho del proceso procedente del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovió a través de apoderado judicial **SANDRA BIBIANA CARDONA GONZALEZ** en contra de **MUNICIPIO DE VILLAMARIA – CALDAS** para surtir el recurso de apelación concedido a la parte **DEMANDANTE** (Folio 079 del Cuaderno Primera Instancia) respecto de la Sentencia N° 080 proferida por ese Despacho el día 29 de septiembre de 2022, visible en el Archivo PDF “075” de la carpeta (01CuadernoPrimeraInstancia) del expediente digital.

Igualmente, el Despacho realiza un examen preliminar conforme lo establece el artículo 325 del Código General del Proceso, encontrando que la providencia motivo de apelación está suscrita electrónicamente por el a quo; así mismo, no falta por resolver demandas de reconvención o procesos acumulados, como tampoco se observa causal de nulidad alguna que amerite medida de saneamiento o su declaración.

Por lo anterior, al haberse sustentado el recurso de apelación oportunamente¹ y reunir los demás requisitos legales, procede el despacho a admitir en el efecto suspensivo el recurso de alzada, notificándose personalmente al Ministerio Público y por estado a las partes (Artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA).

Por lo expuesto, el Despacho,

II. RESUELVE

PRIMERO: ADMITIR en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte **DEMANDANTE** (Folio 079 del Cuaderno Primera Instancia) contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, de conformidad con lo previsto en el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 323 y 325 del Código General del Proceso.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al Ministerio Público y por estado a las partes, de acuerdo con el artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:
Fernando Alberto Alvarez Beltran
Magistrado
Despacho 02
Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **cee80dd37458c952e43999173fd90ea5d9ffd3e3e1e52e8bb633df3cf08bc932**

Documento generado en 18/04/2023 09:26:49 AM

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

CONSTANCIA SECRETARIAL: A despacho del señor Magistrado el presente Medio de Control, recibido por ventanilla virtual, proveniente del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

VILMA PATRICIA RODRIGUEZ CARDENAS

Secretaria

Proyecto: EYMO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: FERNANDO ALBERTO ALVAREZ BELTRAN

A.I. 77

Manizales, diecisiete (17) de abril de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17001333900620220021102
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	LAURA NEISA - OCAMPO HENAO
DEMANDADO:	LA NACION - MINISTERIO DE EDUCACION F.N.P.S.M.

I. CONSIDERACIONES

Se ocupa el Despacho del proceso procedente del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que en ejercicio de medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovió a través de apoderado judicial **LAURA NEISA - OCAMPO HENAO** en contra de **LA NACION - MINISTERIO DE EDUCACION F.N.P.S.M.** para surtir el recurso de apelación concedido a la parte **DEMANDADA FOMAG** (Folio 028 del Cuaderno Primera Instancia) respecto de la Sentencia N° 261 proferida por ese Despacho el día 28 de noviembre de 2022, visible en el Archivo PDF "024" de la carpeta (01CuadernoPrimeraInstancia) del expediente digital.

Igualmente, el Despacho realiza un examen preliminar conforme lo establece el artículo 325 del Código General del Proceso, encontrando que la providencia motivo de apelación está suscrita electrónicamente por el a quo; así mismo, no falta por resolver demandas de reconvención o procesos acumulados, como tampoco se

observa causal de nulidad alguna que amerite medida de saneamiento o su declaración.

Por lo anterior, al haberse sustentado el recurso de apelación oportunamente¹ y reunir los demás requisitos legales, procede el despacho a admitir en el efecto suspensivo el recurso de alzada, notificándose personalmente al Ministerio Público y por estado a las partes (Artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA).

Por lo expuesto, el Despacho,

II. RESUELVE

PRIMERO: ADMITIR en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte **DEMANDADA FOMAG** (Folio 028 del Cuaderno Primera Instancia) contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, de conformidad con lo previsto en el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 323 y 325 del Código General del Proceso.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al Ministerio Público y por estado a las partes, de acuerdo con el artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Fernando Alberto Alvarez Beltran

Magistrado

Despacho 02

Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **9fdb469f57f4a9372031f81819806fd6b74501f920319e24ff262e62058d98c**

Documento generado en 18/04/2023 09:27:33 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, dieciocho (18) de Abril de dos mil veintitrés (2023).

Medio de Control: Popular (Protección de los derechos e intereses Colectivos)
Radicado: 17-0012333000202200- 228-00
Demandante: José Alejandro Ruíz Zapata y Otros
Demandado: Concesión Altos del Magdalena y la Agencia Nacional de Infraestructura ANI
Vinculado: CONSORCIO C4 del contrato APP003 de 2014
Acto Judicial: Auto Interlocutorio 67

Procede el despacho a fijar fecha de audiencia de pacto de cumplimiento, dado que se encuentra vencido el término de traslado de la contestación al vinculado Municipio de la Dorada – Caldas.

Asunto

Conforme a la constancia secretarial visible en el expediente digital¹, se tiene que la entidad vinculada Municipio de la Dorada – Caldas, se notificó del auto admisorio de la demanda, del auto que ordenó su vinculación y de las actuaciones surtidas en el proceso. A su vez, se observa que la entidad territorial contestó la demanda.

De manera que como la presente acción popular fue notificada en debida forma a todos los sujetos procesales y se encuentra vencido el término de traslado, se procederá a fijar fecha de audiencia de pacto de cumplimiento, en concordancia con lo estipulado en la Ley 472 de 1998 que establece lo siguiente:

“Artículo 27º.- Pacto de Cumplimiento. El juez, dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda, citará a las partes y al Ministerio Público a una audiencia especial en la cual el juez escuchará las diversas posiciones sobre la acción instaurada, pudiendo intervenir también las personas naturales o jurídicas que hayan registrado comentarios escritos sobre el proyecto. La intervención del Ministerio Público y de la entidad responsable de velar por el derecho o interés colectivo será obligatorio. La inasistencia a esta audiencia por parte de los funcionarios competentes, hará que incurra en causal de mala conducta, sancionable con destitución del cargo. Si antes de la hora señalada para la audiencia, algunas de las partes presentan prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez señalará nueva fecha para la audiencia, no antes del quinto día siguiente ni después del décimo día, por auto que no tendrá recursos, sin que pueda haber otro aplazamiento. En dicha audiencia podrá establecerse un pacto de cumplimiento a iniciativa del juez en el que se determine la forma de protección de los derechos e intereses colectivos y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, de ser posible. El pacto de cumplimiento así celebrado será revisado por el juez en un plazo de cinco (5) días, contados a partir de su celebración. Si observaré vicios de ilegalidad en alguno de los contenidos del proyecto de pacto, éstos serán corregidos por el juez con el consentimiento de las partes interesadas (...).”

¹ Expedientedigital archivo 18 ConstanciaDespachoFijar. página. 1

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

La audiencia se realizará en la modalidad no presencial, a través de comunicación simultánea o sucesiva, utilizando como herramienta tecnológica TEAMS, para lo cual se emplearán los correos electrónicos que reposan en el expediente y se remitirá la invitación en una fecha cercana a la realización de la audiencia

Para tal efecto, la audiencia se llevará a cabo el día martes nueve (09) de mayo del 2023, a las nueve (9:00) a.m.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

Primero: Se cita audiencia de pacto de cumplimiento el día martes nueve (9) de mayo de 2023, a las nueve (9:00) a.m.

Segundo: Se reconoce personería para actuar a la abogada PAULA CONSTANZA GOMEZ MARTINEZ. C.C. No. 30236846 T.P. No. 174302 DE C. S. de la J, en los términos del poder conferido por el Alcalde del municipio de la Dorada -Caldas.

Tercero: Notifíquese de la presente decisión a las partes del proceso, por estado, según lo establecido según lo establecido en el artículo 201 de la ley 1437 del 2011, modificado por el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021, advirtiéndoles que la asistencia a la audiencia es obligatoria, so pena de sanciones disciplinarias o consecuencias procesales.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No.

FECHA: 19/04/2023
Secretario(a)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Sustanciador: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

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

A.I. 72

Radicación	17-001-23-33-000-2023-00032-00
Clase:	Validez de Acto Administrativo
Accionante:	Departamento de Caldas
Accionado:	Municipio de Salamina
Asunto:	Admite demanda

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 119 del Decreto 1333 de 1986 “Código de Régimen Municipal” y en el numeral 4 del artículo 151 del CPACA, corresponde a este Tribunal pronunciarse respecto a la solicitud de validez de la referencia.

En consecuencia, por reunir los requisitos señalados en la ley y los contenidos en los numerales 2 a 5 del artículo 162 del CPACA, se resuelve:

Primero: Admitir la solicitud presentada por el Gobernador del departamento de Caldas a través de apoderado, mediante la cual requiere que se decida sobre la validez del Acuerdo Municipal N° 001 del 23 de enero de 2023 *“POR MEDIO DEL CUAL SE MODIFICA EL DECRETO Nro. 158 DEL 28 DE DICIEMBRE DE 2022, QUE LIQUIDA EL PRESUPUESTO A EJECUTAR EN LA VIGENCIA FISCAL 2023”, con el fin de efectuar adiciones al presupuesto de ingresos y gastos vigencia 2023 y se modifican nuevas intervenciones de infraestructura vial según Acuerdo Nro 02 del 30 de mayo 2022, del municipio de Salamina – Caldas.*

Segundo: Notificar la solicitud de validez mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, en la forma y los términos indicados en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la ley 2080 de 2021 a las siguientes personas:

- 1) Al Alcalde del Municipio de Salamina (Caldas).
- 2) Al Presidente del Concejo Municipal de Salamina (Caldas) y por su intermedio a los demás integrantes de esa Corporación.
- 3) Al Agente del Ministerio Público delegado ante este Tribunal Administrativo.

Tercero: Fijar en lista por el término de diez (10) días (numeral 1º art. 121 Decreto 1333 de 1986), durante los cuales el Agente del Ministerio Público y cualquiera otra persona podrán intervenir para que se pronuncien sobre la solicitud de validez del Acuerdo N° 001 del 23 de enero de 2023 *“POR MEDIO DEL CUAL SE MODIFICA EL DECRETO Nro. 158 DEL 28 DE DICIEMBRE DE 2022, QUE LIQUIDA EL PRESUPUESTO A*

EJECUTAR EN LA VIGENCIA FISCAL 2023”, con el fin de efectuar adiciones al presupuesto de ingresos y gastos vigencia 2023 y se modifican nuevas intervenciones de infraestructura vial según Acuerdo Nro 02 del 30 de mayo 2022, del municipio de Salamina – Caldas.

Dicha fijación deberá insertarse en el portal web de la Secretaría de este Tribunal.

Cuarto: Notificar este proveído al Gobernador del departamento de Caldas por estado electrónico, para lo cual se enviará mensaje de datos al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales, en atención a lo establecido en el artículo 197 y 201 del CPACA.

Quinto: RECONOCER PERSONERÍA al abogado José Ricardo Valencia Martínez con T.P. 122.387 C.S.J. para actuar en representación del Gobernador del departamento de Caldas.

SE ADVIERTE A LAS PARTES E INTERVINIENTES que el único correo válido para enviar memoriales al presente proceso es tadmin02cld@notificacionesrj.gov.co.

Notifíquese y cúmplase

Firmado Por:
Fernando Alberto Alvarez Beltran
Magistrado
Despacho 02
Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **315305321d50cfba3d265fc49aca1da98a6413ad49550dad75d11c8948b00c1a**

Documento generado en 18/04/2023 08:36:48 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado Ponente: *Publio Martin Andrés Patiño Mejía*

Manizales, dieciocho (18) de Abril del dos mil veintitrés (2023).

Medio de Control : (Protección de los Derechos e Intereses Colectivos Acción Popular)

Radicación No. : 170012333-000-2023-00070-00

Accionante (s) : Roselia Motato

Accionado (s) : Municipio de Manizales – Corporación Autónoma Regional de Caldas – Corpocaldas.

A. I. 66

Asunto

Procede el Despacho a pronunciarse acerca del trámite judicial correspondiente dentro de la demanda de la referencia.

Por auto del 24 de marzo de 2023, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, declaró la falta de competencia para conocer del presente proceso.

Antecedentes

La señora Roselia Popular instaura la demanda dentro del medio de control de la acción popular en contra del municipio de Manizales y Corpocaldas, por la vulneración de los derechos colectivos previstos en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998.

La demanda está fundada en las siguientes pretensiones:

“PRIMERO: Adoptar todas las medidas administrativas, técnicas y presupuestales necesarias para dar respuesta a la problemática y amparar la protección a los derechos e intereses colectivos.

SEGUNDO: Se acojan las recomendaciones aportadas por la Corporación Autónoma Regional de Caldas, ello en cuanto a construcción de una pantalla con anclajes pasivos con el fin de dar continuidad al tratamiento existente, complementada con las obras necesarias para el manejo de aguas superficiales, subsuperficiales y subterráneas (canales, bermas y filtros, entre otros) en la ladera colindante a la vivienda ubicada en la calle 68 N° 8-132.”

En cuanto a los hechos de la demanda, la parte actora refirió a la problemática que se presenta en la parte posterior de la vivienda ubicado en la calle 68 número 8-136 del barrio la Sultana, donde se han realizado obras de mitigación del riesgo en una ladera tratada. Lo anterior, debido a la falta de atención de las acciones encaminadas al cumplimiento a lo ordenado en la visita técnica efectuada por la entidad Corpocaldas,

respecto al monitoreo de la ladera y construcción de pantallas de anclaje entre otras por parte del municipio de Manizales.

En atención, a los supuestos fácticos aludidos por la parte actora, y las pretensiones incoadas frente al ente territorial, no se explica alguna conducta de la entidad Corpocaldas, para que se endilgue responsabilidad.

CONSIDERACIONES

Frente al asunto que ocupa la atención del Despacho, debe señalarse que las acciones populares han sido instituidas como los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos, definidos en la Ley 472 de 1998.

Del artículo 9 de la Ley 472 de 1998, referente a la procedencia de la acción popular, se deduce que la demanda puede dirigirse contra una autoridad pública, contra un particular, o incluso contra ambos.

Conforme a los artículos 14 y 15 de la misma Ley, las acciones populares se dirigen contra los particulares o las autoridades públicas cuyas actuaciones u omisiones amenazan, violan o han violado el derecho o interés colectivo, y su conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria en tratándose de las primeras y al contencioso administrativo respecto de las segundas.

De otra parte, la regla de la jurisdicción contenciosa para el conocimiento de las acciones populares, se encuentra consagrada en los artículos 152 numeral 16 y 155 numeral 10 del CPACA.

“Artículo 152. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

(...)

16. De los relativos a la protección de derechos e intereses colectivos, reparación de daños causados a un grupo y de cumplimiento, contra las autoridades del orden nacional o las personas privadas que dentro de ese mismo ámbito desempeñen funciones administrativas.”

Artículo 155. Competencia de los jueces administrativos en primera instancia. Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

(...)

10. De los relativos a la protección de derechos e intereses colectivos, reparación de daños causados a un grupo y de cumplimiento, contra las autoridades de los niveles departamental, distrital, municipal o local o las personas privadas que dentro de esos mismos ámbitos desempeñen funciones administrativas.

(...)”

Por su parte la sentencia del Consejo Superior de la Judicatura¹:

En consecuencia, es claro para la Corporación que la competencia para conocer de las acciones populares en acatamiento a lo dispuesto en la ley, se determina por quien en verdad pueda ser señalado como responsable directo de la vulneración del derecho colectivo de que se trate, quien debe en cada paso particular y en concreto para el asunto que nos ocupa, adelantar la obra pretendida por el accionante, siendo entonces, contra los causantes de la vulneración de los derechos colectivos que debe formularse la acción popular pues son quienes deben garantizar los derechos colectivos dentro de la prestación de servicios que ofrece el particular demandado en sus dependencias independientemente de la actividad que incumbe adelantar las entidades públicas encargadas de protegerlos; tal que si bien pueden incurrir en esa función en alguna omisión, lo cierto es que tal omisión no constituye la causa directa de la vulneración.

Por tanto en el caso sub examine, como bien lo ha señalado por el Juez Contencioso corresponde al Banco Caja Social, entidad de carácter privado, o tenedor del inmueble donde se desarrolla tal actividad comercial, cumplir con las normas a que hace alusión el demandante o a quien el juez de conocimiento deberá establecer la presunta vulneración, amenaza, o tensión de los derechos reclamados por el acto, conforme el precedente aplicado por esta Corporación en casos similares pronunciándose en igual sentido, al asignar el conocimiento de tales acciones a los jueces ordinarios.

Ahora bien en sentencia del Consejo de Estado²:

En el escrito de apelación el Municipio de Manzanares indicó que las obras que se deben realizar en el barrio “Tres esquinas” para mitigar la amenaza a la que están expuestos algunos de sus habitantes, deben ser apoyadas por la Gobernación de Caldas y Corpocaldas en virtud de los principios de solidaridad, complementariedad y subsidiariedad.

De acuerdo con las consideraciones generales expuestas en esta providencia, relacionadas con las funciones y competencias nacionales, departamentales y municipales en materia de prestación de servicios públicos y protección del medio ambiente, se reitera, en primer lugar, que la política ambiental es fijada por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, pero ejecutada e implementada, a través de distintas entidades públicas y privadas, así como de los particulares, a quienes en virtud de la ley se les ha otorgado competencias en este campo; tal es el caso de las corporaciones autónomas regionales, entidades a las que se les asignaron funciones de máxima autoridad ambiental, de ejecución de políticas, planes y programas en la materia, así como labores de inspección, vigilancia y control de los recursos renovables y no renovables; en segundo lugar, a los departamentos se les asignaron funciones de apoyo y coordinación a los municipios, tanto en la prestación de los servicios públicos, como en la ejecución de programas y proyectos necesarios para la conservación del medio ambiente, en aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad positiva y; en tercer lugar, son funciones principales de los municipios: i) la prestación directa o indirecta de los servicios

¹Sentencia con radicación: 110010102-000-201603334-00, del Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria- del 30 de agosto de 2017- MP: MAGDA VICTORIA ACOSTA WALTEROS.

² Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera. Consejo Ponente Hernando Sánchez Sánchez- Bogotá D.C. 16 de mayo de 2019, Radicado 17001-23-33-000-2017-00452-01 (AP):

públicos de acueducto y alcantarillado así como la construcción, ampliación, rehabilitación y mejoramiento en su infraestructura, en orden a garantizar su eficiente y oportuna prestación y; ii) el control y vigilancia del medio ambiente y los recursos naturales renovables, con el fin de velar por el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares en materia ambiental y de proteger el derecho constitucional a un ambiente sano y ejecutar obras o proyectos de descontaminación de corrientes o depósitos de agua afectados por vertimiento del municipio, así como programas de disposición, eliminación y reciclaje de residuos líquidos y sólidos.

Sin embargo, esta atribución de funciones no implica que los departamentos sean los competentes y responsables directos para ejecutar obras porque, se reitera, es el municipio la entidad territorial que ostenta la responsabilidad principal y directa en cuanto a la prevención y atención de desastres; en este orden de ideas, le corresponde realizar las obras necesarias, así como procesos de concertación y/o socialización con la comunidad y actuaciones administrativas, en ejercicio de las funciones de control urbanístico, para que se adopten las medidas correspondientes en relación con los asentamientos que se encuentran en zonas de alto riesgo y se impida la construcción de nuevas construcciones que invadan la zona de protección forestal del río Santo Domingo, poniendo en peligro los derechos e intereses colectivos de la comunidad que allí habita.

Asimismo, la distribución de funciones expuesta tampoco implica que las corporaciones autónomas regionales ejerzan la competencia que de manera directa corresponde a los municipios en materia de prevención y atención de desastres, sino que se circunscribe al apoyo y acompañamiento que, para el efecto, requiera la entidad territorial. Rft.

La posición jurídica expuesta, deja claro, que para efectos de determinar la competencia en la presente acción, debe mirarse, no solo contra quienes se dirigen las pretensiones, sino si es una entidad de orden nacional la que presuntamente está vulnerando o amenazando los derechos e intereses colectivos. Es decir, el hecho de que la entidad pública referida en la demanda, sea de orden nacional, no implica que sea esta quien esté cometiendo la conducta infractora, o sea quien ostenta la responsabilidad alegada por el demandante; como bien lo menciona la citada jurisprudencia no implica que las corporaciones autónomas regionales ejerzan competencia de manera directa, en tanto sí corresponde a los municipios en materia de prevención y atención de desastres.

En el caso concreto Corpocaldas arguyó que ha realizado estudios, obras y visitas técnicas al sector en materia de gestión de riesgo.

Conforme a la jurisprudencia antes citada, se trata de la gestión de riesgos urbanos, le compete directamente al Municipio.

En consecuencia, y en virtud de lo señalado en el artículo 155 del C.P.A.C.A., *Competencia de los jueces administrativos en primera instancia, numeral 10*, la competencia es de los juzgados administrativos, situación que conduce a expresar la existencia de falta de competencia de este Despacho para decidir el litigio planteado, por lo tanto, habrá de ordenarse la remisión, al Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, para que se asuma el conocimiento del mismo.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión del **HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la

República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Primero: DECLARAR la falta de competencia conforme a los artículos 155 del C.P.A.C.A., numeral 10, para conocer del proceso promovido en ejercicio de acción popular por **ROSELIA MOTATO**, en contra de MUNICIPIO DE MANIZALES Y CORPOCALDAS.

SEGUNDO: Por la Secretaría, REMÍTASE el expediente a la mayor brevedad posible, al Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, para que proceda avocar conocimiento del presente proceso.

TERCERO: En firme esta providencia, por la Secretaría cancélese su radicación en el programa de Gestión Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

**PUBLIO MARTIN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
MAGISTRADO.**

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u>
No. ____ FECHA: 19/04/2023
SECRETARIO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Plena-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 040

Asunto: Sentencia de primera instancia
Medio de control: Pérdida de Investidura
Radicación: 17001-23-33-000-2023-00044-00
Demandantes: Diego Carmona Llano
Francisco Javier Mejía Saraza
José Fabián López Trujillo
Demandado: Franklin Andrés Henao Castaño

Aprobado en Sala Plena Extraordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 012 del 18 de abril de 2023

Manizales, dieciocho (18) de abril de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Agotadas todas las etapas previstas en los artículos 1 a 12 de la Ley 1881 de 2018, que regulan el trámite del proceso de pérdida de investidura, sin que se observen causales de nulidad que invaliden lo actuado, y cumplidos los presupuestos procesales de este medio de control, la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Caldas procede a dictar sentencia en primera instancia dentro de este asunto promovido por los señores Diego Carmona Llano, Francisco Javier Mejía Saraza y José Fabián López Trujillo, quienes actúan en nombre propio, contra el concejal del Municipio de Salamina, señor Franklin Andrés Henao Castaño.

LA DEMANDA

Pretensiones

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 9 de marzo de 2023¹, se solicitó lo que siguiente²:

1. Que se decrete la pérdida de investidura del señor Franklin Andrés

¹ Archivo nº 001 del cuaderno 1 del expediente digital.

² Página 8 del archivo nº 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

Henao Castaño, como concejal del Municipio de Salamina, Caldas, para el período constitucional 2020-2023.

2. Que como consecuencia de la pérdida de investidura, se ordene la cancelación de la credencial que le otorga al señor Franklin Andrés Henao Castaño la calidad de concejal del Municipio de Salamina para el período constitucional 2020-2023.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente³:

1. Con ocasión de los comicios realizados el 27 de octubre de 2019, el señor Franklin Andrés Henao Castaño resultó elegido concejal del Municipio de Salamina, por el Partido Social de Unidad Nacional o Partido de la U, para el período constitucional 2020-2023. Lo anterior, según consta en el Formulario E-26 CON del 28 de octubre de 2019.
2. El 10 de diciembre de 2021, el señor Franklin Andrés Henao Castaño tomó posesión del cargo como presidente del Concejo Municipal de Salamina, para el período comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2022.
3. De conformidad con el Acuerdo 001 del 18 de febrero de 2019, que derogó el Acuerdo 005 del 10 de junio de 2013 y determinó el nuevo reglamento interno del Concejo Municipal de Salamina, el presidente del concejo municipal actúa como ordenador del gasto (numeral 21 del artículo 37).
4. Dentro de las funciones que el Acuerdo 001 del 18 de febrero de 2019 establece para quien funja como presidente del Concejo Municipal de Salamina (artículo 37), se encuentran las de: convocar, presidir y dirigir las sesiones del concejo en pleno (numeral 1); velar que los concejales concurren puntualmente a las sesiones, requiriendo con apremio si fuere el caso, la presencia de los ausentes que no estén legalmente excusados, y mantener el orden interno (numeral 3); cumplir y hacer cumplir el reglamento, y decidir las cuestiones o dudas que se presenten sobre la aplicación del mismo (numeral 4); dar curso fuera de la sesión, a las comunicaciones y demás documentos o mensajes recibidos (numeral 11); velar que el secretario y los demás empleados de la corporación cumplan

³ Páginas 2 a 8 del archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

debidamente sus funciones y deberes (numeral 13); y presidir la Mesa Directiva.

5. El señor Franklin Andrés Henao Castaño, en su condición de presidente del Concejo Municipal de Salamina, y en ejercicio de sus atribuciones legales y reglamentarias, presidió las sesiones ordinarias de dicha corporación pública en el mes de noviembre de 2022.
6. El 1º de noviembre de 2022, el concejal del Municipio de Salamina, señor John Jairo Cardona Gallego, en oficio dirigido al concejal Franklin Andrés Henao Castaño como presidente del Concejo Municipal, le solicitó permiso *“(..) para realizar las sesiones de la primera semana del mes de noviembre de forma virtual, ya que por razones laborales debo estar en la ciudad de Pereira”*⁴.
7. Mediante oficio suscrito el 19 de noviembre de 2022, el concejal del Municipio de Salamina, señor Jorge Iván Correa Ospina, le solicitó autorización al presidente del Concejo Municipal *“(..) para sesionar virtualmente en la sesión ordinaria del próximo domingo 20 de noviembre de 2022. Lo anterior, en atención a los procesos médicos que realizo para una intervención quirúrgica que tengo programada para el día 21 de noviembre de 2022; igualmente debo estar atento para su realización (...)*⁵. Con la referida petición, el citado concejal allegó orden expedida por el Centro de Diagnóstico Urológico, en la que se indica que: *“Paciente programado para el 21 de noviembre de 2022. Quedando pendiente de la hora”*⁶.
8. A través de oficio del 22 de noviembre de 2022, el concejal del Municipio de Salamina, señor Iván Darío Posada Ballesteros, le solicitó autorización al presidente del Concejo Municipal para *“(..) la asistencia de manera virtual a la sesión a realizarse el día 22-11-2022 ya que el vehículo en que me desplazaba hacia la ciudad de Manizales sufrió un desperfecto mecánico, no se pudo reparar a tiempo para regresar y asistir de manera presencial (...)*⁷.
9. Según consta en los llamados a lista para verificación de quorum en el Concejo Municipal de Salamina, no figuran las firmas de los concejales John Jairo Cardona Gallego, Jorge Iván Correa Ospina, Iván Darío Posada Ballesteros, José Wilson Gil Murillo y Guillermo Loaiza Henao, que den cuenta de su *“asistencia física de cuerpo presente”* al recinto de la

⁴ Página 4 del archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵ Página 4 del archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶ Página 4 del archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷ Páginas 4 y 5 del archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

corporación pública, en las sesiones ordinarias que se relacionan a continuación:

CONCEJAL	SESIONES
John Jairo Cardona Gallego	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 002 del 2 de noviembre de 2022 ▪ 003 del 3 de noviembre de 2022 ▪ 004 del 4 de noviembre de 2022
Jorge Iván Correa Ospina	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 001 del 1º de noviembre de 2022 ▪ 012 del 20 de noviembre de 2022 ▪ 015 del 24 de noviembre de 2022 ▪ 016 del 25 de noviembre de 2022 ▪ 017 del 26 de noviembre de 2022 ▪ 018 del 28 de noviembre de 2022 ▪ 019 del 29 de noviembre de 2022 ▪ 020 del 30 de noviembre de 2022
Iván Darío Posada Ballesteros	013 del 22 de noviembre de 2022
José Wilson Gil Murillo	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 004 del 4 de noviembre de 2022 ▪ 015 del 24 de noviembre de 2022
Guillermo Loaiza Henao	016 del 25 de noviembre de 2022

10. El 1º de diciembre de 2022, la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Salamina, mediante Resolución nº 056-2022, ordenó el pago de honorarios a los concejales de dicho municipio, conforme se detalla en seguida⁸, a través de la Secretaría de Hacienda Municipal, por el rubro presupuestal 2.C.2.1.1.01.03.006.01 Sesiones Ordinarias del presupuesto de gastos de la vigencia 2022 del concejo:

⁸ Página 7 del archivo nº 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

CEDULA	NOMBRE	OR D	VLR ORD	Total	DESCT. PENSIÓN Septiembre, octubre, novie	RETENCION	PAGO NETO
15.962.177	Edier Alzate López	20	\$138.645	\$ 2.772.900	\$480.000		\$ 2.292.900
15.958.643	Diego Carmona Llano	18	\$138.645	\$ 2.495.610	\$480.000	\$ -	\$ 2.015.610
15.960.414	John Jairo Cardona Gallego	20	\$ 138.645	\$ 2.772.900		\$ -	\$ 2.772.900
19.313.770	Jorge Iván Correa Ospina	20	\$138.645	\$2.772.900		\$ 277.290	\$2.495.610
15.956.875	José Wilson Gil Murillo	19	\$ 138.645	\$2.634.255		\$ -	\$2634.255
1.059.810.455	Franklin Andrés Henaó Castaño	20	\$138.645	\$2.772.900	\$480.000	\$ -	\$2.292.900
15.961.523	Guillermo Henaó Loaiza	20	\$138.645	\$2.772.900	\$480.000	\$ -	\$2.292.900
15.958.547	José Fabián López Trujillo	20	\$138.645	\$2.772.900	\$ -	\$ -	\$2.772.900
25.099.177	Blanca Rocío Marulanda Victoria	19	\$138.645	\$2.634.255	\$480.000	\$ -	\$2.154.255
15.955.894	Francisco Javier Mejía Saraza	20	\$138.645	\$2.772.900	\$480.000	\$ -	\$2.292.900
15.961.765	Marino Murillo Otalvaro	20	\$138.645	\$2.772.900	\$480.000	\$ -	\$2.292.900
1.059.812.904	Cristian Camilo Palacio Cardona	20	\$138.645	\$2.772.900	\$480.000	\$ -	\$2.292.900
15.958.828	Iván Darío Posada Ballesteros	20	\$138.645	\$2.772.900	\$480.000	\$ -	\$2.292.900
	TOTALES	20		\$35.493.120		\$277.290	\$30.895.890

Causal invocada para la pérdida de investidura

Como causal para reclamar la pérdida de la investidura de la referencia⁹, los demandantes invocaron la prevista en el numeral 4 del artículo 55 de la Ley 136 de 1994 y en el numeral 4 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, cuyo tenor literal expresa: “4. Por indebida destinación de dineros públicos”.

Lo anterior, en la medida en que en su condición de presidente de la corporación pública y ordenador del gasto el demandado dispuso a través de la Resolución n° 056 del 1° de diciembre de 2022, el pago de honorarios por concepto de sesiones ordinarias del mes de noviembre de 2022, a favor de los concejales John Jairo Cardona Gallego, Jorge Iván Correa Ospina, Iván Darío Posada Ballesteros, José Wilson Gil Murillo y Guillermo Loaiza Henaó, pese a que los tres primeros no asistieron de manera presencial y física a algunas sesiones¹⁰ del concejo, sino que solicitaron autorización para

⁹ Páginas 10 a 43 del archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁰ El concejal John Jairo Cardona Gallego no asistió a las sesiones 002 del 2 de noviembre de 2022, 003 del 3 de noviembre de 2022 y 004 del 4 de noviembre de 2022.

sesionar virtualmente; y que los últimos dos no se hicieron presentes a la totalidad de sesiones ordinarias, sin presentar ningún tipo de excusa¹¹.

Adujo la parte demandante que en este caso se cumplen los requisitos para declarar la pérdida de investidura, como quiera que: **i)** el señor Franklin Andrés Henao Castaño ostenta la condición de concejal y, además, para el mes de noviembre de 2022, fungía como presidente del Concejo de Salamina; **ii)** los honorarios cuyo pago se ordenó por el demandando, constituyen dineros públicos, pues hacen parte de los gastos de funcionamiento de las entidades territoriales, y su pago se realiza con los ingresos corrientes de libre destinación; y **iii)** tales dineros fueron indebidamente destinados, esto es, a finalidades y cometidos estatales prohibidos o distintos a los previamente establecidos en la Constitución y la ley, ya que, como se indicó anteriormente, en su condición de presidente de la corporación pública y ordenador del gasto, el demandado dispuso el pago de honorarios por concepto de sesiones ordinarias del mes de noviembre de 2022, que no están justificados en derecho.

En efecto, en relación con este último requisito, la parte actora explicó que si los concejales John Jairo Cardona Gallego, Jorge Iván Correa Ospina, Iván Darío Posada Ballesteros, José Wilson Gil Murillo y Guillermo Loaiza Henao, no asistieron a las sesiones ya indicadas, el señor Franklin Andrés Henao Castaño, en su condición de ordenador del gasto, no debió reconocerles honorarios en la forma hecha, esto es, pagándoles por 20 sesiones del mes de noviembre de 2022.

Frente a los concejales John Jairo Cardona Gallego, Jorge Iván Correa Ospina e Iván Darío Posada Ballesteros, la parte actora consideró que no existe norma constitucional, legal ni reglamentaria que autorice a los concejales a “asistir” de manera virtual a las sesiones que se realizan en el concejo, argumentando procesos médicos, razones laborales y/o desperfectos mecánicos de un vehículo. Por lo contrario, precisó que de conformidad con el parágrafo 3º del artículo 23 de la Ley 136 de 1994, con los artículos 5 y 66 del reglamento interno del Concejo Municipal de Salamina (Acuerdo 001 del 18 de febrero de 2019), y con el artículo 1º del Decreto 2255 de 2002, las

Por su parte, el concejal Jorge Iván Correa Ospina no asistió a las sesiones 001 del 1º de noviembre de 2022, 012 del 20 de noviembre de 2022, 015 del 24 de noviembre de 2022, 016 del 25 de noviembre de 2022, 017 del 26 de noviembre de 2022, 018 del 28 de noviembre de 2022, 019 del 29 de noviembre de 2022 y 020 del 30 de noviembre de 2022.

Finalmente, el concejal Iván Darío Posada Ballesteros no asistió a la sesión 013 del 22 de noviembre de 2022.

¹¹ El concejal José Wilson Gil Murillo no asistió a las sesiones 004 del 4 de noviembre de 2022 y 015 del 24 de noviembre de 2022; mientras que el concejal Guillermo Loaiza Henao lo hizo respecto de la sesión 016 del 25 de noviembre de 2022.

sesiones virtuales en los concejos municipales, y especialmente en el de Salamina, sólo proceden cuando la presidencia de la corporación pública, por acto motivado, declare que por razones de orden público, intimidación o amenaza, no es posible que algunos miembros del concejo concurran a su sede habitual.

Precisó que aunque la Resolución n° 027 del 20 de abril de 2022 permitió las sesiones virtuales en el Concejo Municipal de Salamina, lo cierto es que la motivación para permitir dichas sesiones virtuales se fundamentó básicamente en la emergencia sanitaria por el COVID-19, que para noviembre de 2022, era un hecho notorio que ya no existía.

Respecto de los concejales José Wilson Gil Murillo y Guillermo Loaiza Henao, la parte demandante cuestionó que el señor Franklin Andrés Henao Castaño les hubiese reconocido honorarios por todas las sesiones ordinarias del mes de noviembre de 2022, pese a que no asistieron a las ya mencionadas y ni siquiera presentaron una excusa para su inasistencia.

Aseguró que en este asunto se encuentra demostrado el elemento subjetivo o de la culpabilidad de la conducta en la indebida destinación de dineros públicos que se endilga, en la medida en que el señor Franklin Andrés Henao Castaño conocía o debía conocer no sólo las causales que permiten la realización de sesiones de manera no presencial, sino también la terminación de la emergencia sanitaria por COVID-19 y, aún así, en contravía del ordenamiento jurídico, reconoció honorarios a los concejales John Jairo Cardona Gallego, Jorge Iván Correa Ospina, Iván Darío Posada Ballesteros, José Wilson Gil Murillo y Guillermo Loaiza Henao, que no tenían ninguna justificación legal ni reglamentaria para no asistir presencialmente al recinto del Concejo de Salamina en las sesiones ordinarias del mes de noviembre de 2022 ya referidas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actuando a través de apoderado y dentro del término oportuno, el concejal de Salamina, señor Franklin Andrés Henao Castaño, contestó la demanda¹², para oponerse a las pretensiones de la misma, con fundamento en lo siguiente.

Inicialmente aseguró que sus actuaciones han estado siempre enmarcadas en la legalidad y en el respeto a la Constitución Política y a las leyes, con la única intención de ejercer la función constitucional asignada.

¹² Páginas 1 a 21 del archivo n° 008 del cuaderno 1 del expediente digital.

Manifestó que los concejales John Jairo Cardona Gallego, Jorge Iván Correa Ospina, Iván Darío Posada Ballesteros y Guillermo Loaiza Henao, contaban con autorización expedida por el accionado, para que sesionaran de manera virtual, tal como consta en las respectivas grabaciones de las sesiones, razón por la cual no aparecen sus firmas en el acta de asistencia que firman los concejales que asistieron presencialmente.

Precisó que el concejal José Wilson Gil Murillo sí asistió a la sesión del 4 de noviembre de 2022, y lo hizo de manera presencial, según se corrobora en certificado n° 018 de 2023, expedido por el secretario de la corporación pública, y también en la grabación y el acta de dicha sesión. Acotó que el citado concejal no acudió a la sesión del 24 de noviembre de 2022 y, por ende, no se le reconoció el pago de honorarios por tal concepto.

Propuso las siguientes excepciones:

1. ***“LA “INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS” NO LA CONFIGURA EL EJERCICIO DE UNA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL”***

Indicó que el pago de los honorarios de los concejales proviene de un mandato constitucional, establecido en el artículo 312 de la Constitución Política, como un derecho por la asistencia a las sesiones programadas por el concejo correspondiente, para este caso, del Municipio de Salamina.

Señaló que conforme al artículo 65 de la Ley 136 de 1994, los concejales tienen derecho a percibir honorarios por la asistencia comprobada a las sesiones, la cual fue demostrada por los concejales referidos en la demanda, quienes asistieron de manera virtual a las sesiones del concejo municipal, como una excepción a la regla general, y al haber manifestado una justa causa para ello.

En ese sentido, sostuvo que, previa la verificación correspondiente, las actuaciones del demandado fueron lícitas y estuvieron encaminadas a dar cumplimiento al mandato constitucional y legal, sin traicionar ni distorsionar los fines y cometidos estatales, sino preservar las garantías constitucionales.

2. ***“NO HUBO UNA INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS”***

Sostuvo que el pago de los honorarios no es una decisión autónoma del

presidente del concejo municipal, ya que en ella influye la Mesa Directiva de la corporación¹³, pues ésta, en conjunto con aquel, se reúnen y verifican la asistencia de los concejales a las sesiones ordinarias y extraordinarias, dejando constancia en un acta, que luego sirve como sustento para la aprobación de la resolución que ordena el pago a los concejales y que a su vez se pasa a la Secretaría de Hacienda Municipal para que ésta emita el pago.

Expuso que en este caso, la Mesa Directiva del Concejo de Salamina, en Acta 007 del 1º de diciembre de 2022, realizó la verificación de asistencia de los concejales a sesiones ordinarias del mes de noviembre de 2022. Acotó que en dicho documento se evidencia la asistencia de los concejales mencionados en la demanda, tal como quedó certificado por el secretario del Concejo Municipal en Oficios CMS-CT-018-2023, CMS-CT-019-2023, CMS-CT-020-2023, CMS-CT-021-2023, CMS-CT-022-2023, quien a su vez funge como notario y puede dar fe de la asistencia de los mismos de manera virtual, de que contestaron al llamado a lista, y estuvieron presentes desde el inicio hasta la terminación de las respectivas sesiones, sin ausentarse en momento alguno.

Así las cosas, adujo que para el demandado, en su condición de presidente de la corporación, le era legalmente imposible desconocerles a los concejales un derecho constitucional, al cual tenían derecho por su asistencia plenamente verificada.

Precisó que en la referida acta se observa que no a todos los concejales del municipio se les pagó la totalidad de las sesiones ordinarias –que en el mes de noviembre fueron 20–, lo que demuestra que quien no asistió de manera presencial, o no solicitó asistencia virtual, no se le pagó la respectiva sesión, quedando plenamente demostrado que el demandado, desde sus funciones y atribuciones legales, siempre propendió por proteger el tesoro público.

Explicó que el pago de los honorarios correspondientes a las sesiones del período ordinario del mes de noviembre de 2022, se imputó al artículo presupuestal 2.C.2.1.1.01.03.006.01 Sesiones Ordinarias del presupuesto de gastos de la vigencia 2022 del Concejo Municipal de Salamina, tal como consta en certificado expedido por la Secretaría de Hacienda Municipal. En ese orden de ideas, indicó que los dineros con los cuales se realizó el pago de los honorarios a los concejales, provinieron del rubro destinado efectivamente para ello.

¹³ Integrada por el presidente del concejo municipal, el primer vicepresidente, el segundo vicepresidente y el secretario general de la corporación pública.

Añadió que la Resolución nº 056 del 1º de diciembre de 2022, con la cual se ordenó el pago de honorarios, no fue impugnada por ningún ciudadano ni concejal.

3. ***“LAS CESIONES VIRTUALES SE CONFIGURAN DENTRO DE LA MODERNIZACIÓN, LA ORGANIZACIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES”***

Afirmó que mediante la Ley 1551 de 2012 se dictaron normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, y específicamente facultó los concejos municipales para que, en virtud de su autonomía, expidieran actos administrativos que especificaran los requisitos que se debían cumplir para el uso de los medios tecnológicos.

Refirió que el Concejo Municipal de Salamina ha venido adoptando disposiciones que permiten optimizar el uso de las ayudas tecnológicas al interior de la corporación. En efecto, narró que en el año 2013 se compraron 13 Tablet marca Samsung Galaxy 2, para dotar a los 13 concejales del Municipio de Salamina, según consta en la Resolución nº 016 del 21 de junio de 2013. Añadió que en el año 2015, se suscribió contrato de mínima cuantía para la adquisición de un televisor plasma de 50 pulgadas con entrada HDMI y soporte de base para pared, micrófono inalámbrico con base y cargador, cable HDMI de 7 metros, computador portátil, entre otros elementos, con el fin de modernizar e implementar las necesidades tecnológicas que por los avances de la ciencia estaban al acceso de la sociedad.

Explicó que las condiciones de la era digital conllevaron al Concejo de Salamina a regular los requisitos que se deben cumplir para el uso de los medios tecnológicos, como sucedió con las Resoluciones nº 030 del 28 de junio de 2020, nº 027 del 20 de abril de 2022 y nº 028 del 23 abril de 2022.

Señaló que con la primera resolución se autorizaron y regularon las sesiones mixtas (presenciales y no presenciales en modalidad virtual) para el tercer período legal de sesiones ordinarias correspondiente al mes de agosto de 2020, con fundamento en la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19. Precisó que posteriormente, en abril de 2022, cuando aún no se había dado por culminada la emergencia sanitaria en Colombia, se dispuso el retorno a la presencialidad de las sesiones del concejo municipal, manteniendo la posibilidad de realizar sesiones virtuales o mixtas en casos excepcionales y previa autorización del presidente de la corporación.

Sostuvo que para el período ordinario de sesiones del mes de noviembre de 2022, se encontraba justamente vigente la Resolución n° 027 del 20 de abril de 2022, modificada por la Resolución n° 028 del 23 de abril de 2022, que autorizaba excepcionalmente sesionar de manera mixta, previa justificación del solicitante y autorización del presidente del concejo.

Manifestó que al haber asistido a las sesiones de manera virtual, previa autorización correspondiente, los concejales John Jairo Cardona Gallego, Jorge Iván Correa Ospina, Iván Darío Posada Ballesteros, José Wilson Gil Murillo y Guillermo Loaiza Henao, se hicieron acreedores al reconocimiento y pago de los honorarios de los que habla el artículo 65 de la Ley 136 de 1994.

Mencionó que luego de darse a conocer la Resolución n° 027 del 20 de abril de 2022 a todos los concejales del municipio, ninguno de éstos manifestó oposición o desacuerdo con dicho acto, el cual goza de presunción de legalidad.

AUDIENCIA PÚBLICA

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 1881 de 2018, el 12 de abril de 2023, la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Caldas se constituyó en audiencia pública para escuchar a las partes y al Ministerio Público¹⁴; cuyas intervenciones se resumen a continuación:

Parte demandante¹⁵

Se ratificó en la pretensión de pérdida de investidura por la causal de indebida destinación de dineros públicos, ya que considera que ordenar el pago de honorarios a concejales que asistieron de manera virtual a varias sesiones celebradas en el mes de noviembre de 2022, sin que existiera justificación constitucional, legal y reglamentaria para ello, deviene en un detrimento al erario, tal como lo explicó suficientemente en la demanda.

Adicional a las razones expuestas en el libelo, la parte actora manifestó que el concejal demandado omitió comunicar al Personero Municipal de Salamina, la autorización que dio a los concejales para que asistieran de manera virtual, desconociendo lo previsto por el parágrafo 3° del artículo 23 de la Ley 136 de 1994.

¹⁴ Archivos n° 020 y n° 021 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁵ Minuto 11:12 a 20:55 del archivo n° 021 del cuaderno 1 del expediente digital y archivo n° 022 ibidem.

Manifestó que de la lectura atenta de la prueba documental obrante en el plenario, y de una apreciación serena de la prueba testimonial rendida por el señor Manuel Fernando Valencia Otálvaro, se puede concluir que no existe un acto motivado mediante el cual la Presidencia del Concejo Municipal de Salamina declarara que por razones de orden público, intimidación o amenaza, no era posible que uno o varios miembros del concejo municipal concurrieran a su sede habitual, pudiendo participar de las sesiones de manera no presencial o fuera de la sede del concejo; sino que por lo contrario, existió un acto en el que, *motu proprio*, el señor Franklin Andrés Henao Castaño, presidente y ordenador del gasto del Concejo Municipal de Salamina, autorizó las sesiones virtuales para los concejales John Jairo Cardona Gallego, Jorge Iván Correa Ospina, Iván Darío Posada Ballesteros y Guillermo Loaiza Henao; y ordenó enviarles los enlaces para que participaran en las sesiones virtuales.

Parte demandada¹⁶

Manifestó que sus actuaciones siempre han estado enmarcadas en la legalidad y en el respeto a la Constitución Política y a la ley, con la única intención de ejercer la función constitucional que le asiste.

Se ratificó en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, particularmente el relativo a que la indebida destinación de dineros públicos no la configura el ejercicio de una función constitucional.

En efecto, indicó que el pago de honorarios a los concejales proviene de un mandato constitucional, y constituye un derecho por la asistencia comprobada a las sesiones programadas por el concejo correspondiente.

Precisó que para el reconocimiento de honorarios, la ley sólo exige la asistencia comprobada a las sesiones, tal como quedó demostrado en este proceso a través de los videos, audios, actas, e incluso con el reconocimiento que hizo el mismo secretario del Concejo Municipal de Salamina en declaración rendida en este asunto.

En ese sentido, afirmó que el ejercicio de una función constitucional, como sería el caso de ordenar el pago de honorarios, previa la verificación de los requisitos para ello, no puede llevar a una indebida destinación de dineros públicos.

Refirió que la Resolución nº 027 del 20 de abril de 2022, expedida por el

¹⁶ Minuto 35:56 a 43:23 del archivo nº 021 del cuaderno 1 del expediente digital y archivo nº 023 ibidem.

Concejo Municipal de Salamina, habilita, faculta y autoriza a los concejales para asistir virtualmente a las sesiones, previa justificación.

Acotó que el citado acto administrativo se encuentra vigente y goza de presunción de legalidad por no estar derogado.

Concluyó diciendo que sus actuaciones estuvieron enmarcadas en el principio de buena fe y legalidad, fundadas en la Constitución, la ley y el reglamento interno; que nunca hubo un detrimento en contra del tesoro público, ni mucho menos un favorecimiento en beneficio propio o de terceros, sino que sólo estuvo la voluntad de un ordenador del gasto, cumpliendo un mandato constitucional, por lo que no se encuentra configurada una indebida destinación de dineros públicos.

Ministerio Público¹⁷

Inicialmente hizo referencia a las generalidades de la causal de pérdida de investidura invocada, precisando que tiene naturaleza autónoma, por lo que no es necesaria una sentencia condenatoria en materia penal. Así mismo, indicó los elementos que permiten su configuración.

Refirió que el proceso de pérdida de investidura constituye una sanción de carácter disciplinario, a la cual deben aplicarse los mismos principios y garantías que gobiernan el derecho sancionatorio, por lo que es necesario analizar si el concejal incurrió en la causal de manera dolosa o gravemente culposa.

Consideró que la modalidad virtual de las sesiones de los concejos municipales está plenamente regulada por la ley, y que incluso fue el mismo Concejo de Salamina el que permitió esa posibilidad con la Resolución n° 027 del 20 de abril de 2022, que se encuentra vigente, no ha perdido fuerza ejecutoria y tiene presunción de legalidad.

Expuso que, certificada la asistencia, presencial o virtual, a las sesiones de un concejo municipal, es deber del presidente de dicha corporación pública, ordenar el reconocimiento y pago de los honorarios a los concejales.

Manifestó que en este proceso está probado que los concejales se conectaron a las respectivas sesiones virtuales, tal como lo corroboró el secretario del concejo municipal.

¹⁷ Minuto 21:25 a 34:46 del archivo n° 021 del cuaderno 1 del expediente digital y archivo n° 024 ibidem.

Indicó que para expedir la resolución que ordenó el reconocimiento de honorarios, el concejal demandado se atuvo a la certificación que sobre la asistencia realizó el secretario del concejo municipal.

Estimó que para el Ministerio Público es plenamente legal asistir de manera virtual a las sesiones del Concejo de Salamina y, en tal sentido, al estar certificada la asistencia, era deber del accionado ordenar el reconocimiento y pago de honorarios.

Adujo que además de que no se configuran los elementos objetivos de la causal, tampoco está demostrado el elemento subjetivo de dolo o culpa grave, que es fundamental en este proceso de pérdida de investidura, por su carácter de proceso disciplinario.

Por lo anterior, solicitó que se declaren probadas las excepciones de fondo formuladas por la parte accionada y, en consecuencia, se nieguen las pretensiones de la demanda.

TRÁMITE PROCESAL

Reparto. Para conocer del asunto, el expediente fue repartido a este Tribunal el 9 de marzo de 2023¹⁸, y allegado el 13 del mismo mes y año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia¹⁹.

Admisión de la demanda y contestación de la misma. Por auto del 13 de marzo de 2023 se admitió la demanda²⁰. Surtido el trámite procesal correspondiente, el concejal Franklin Andrés Henao Castaño contestó la demanda instaurada²¹, actuando debidamente representado y dentro del término previsto por el artículo 10 de la Ley 1881 de 2018, según constancia secretarial visible en el expediente²².

Decreto de pruebas y traslado de las mismas. Con auto del 23 de marzo de 2023 se abrió el proceso a pruebas y se fijó fecha para audiencia pública de alegaciones²³. Dentro de la audiencia de recepción de testimonio realizada el 28 de marzo de 2023²⁴, se requirió a la parte demandada para que allegara de manera completa una prueba aportada con la contestación; y adicionalmente se consideró necesario decretar una prueba de oficio. De toda la

¹⁸ Archivo nº 001 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁹ Archivo nº 003 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁰ Archivo nº 004 del cuaderno 1 del expediente digital.

²¹ Archivo nº 008 del cuaderno 1 del expediente digital.

²² Archivo nº 010 del cuaderno 1 del expediente digital.

²³ Archivo nº 011 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁴ Archivos nº 014 y 015 del cuaderno 1 del expediente digital.

documentación allegada se corrió traslado a las partes²⁵, sin que las mismas hicieran manifestación alguna²⁶.

Audiencia pública. El 12 de abril de 2023 se llevó a cabo la audiencia pública prevista por el artículo 12 de la Ley 1881 de 2018²⁷.

A Despacho para sentencia. El mismo 12 de abril de 2023 el proceso quedó a Despacho para sentencia, la que se profiere en seguida, dentro del término dispuesto en el parágrafo 2º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 y en el artículo 12 de la Ley 144 de 1994.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Pretenden los demandantes que por parte de esta Corporación se declare la pérdida de investidura del concejal Franklin Andrés Henao Castaño, por indebida destinación de dineros públicos, al haber ordenado el pago de honorarios a favor de los concejales John Jairo Cardona Gallego, Jorge Iván Correa Ospina, Iván Darío Posada Ballesteros, José Wilson Gil Murillo y Guillermo Loaiza Henao, pese a que los tres primeros no asistieron de manera presencial y física a algunas sesiones²⁸ del concejo, sino que solicitaron autorización para sesionar virtualmente; y que los últimos dos no se hicieron presentes a todas las sesiones ordinarias y no presentaron ningún tipo de excusa.

Competencia

La Sala Plena del Tribunal Administrativo de Caldas es competente para conocer en primera instancia de la solicitud de pérdida de investidura del concejal demandado, en virtud de lo dispuesto en el numeral 13 del artículo 152 del CPACA, modificado por el artículo 28 de la Ley 2080 de 2021, en concordancia con el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 y la Ley 1881 de 2018.

²⁵ Archivos nº 018 y 019 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁶ Archivos nº 018 y 019 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁷ Archivos nº 020 y 021 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁸ El concejal John Jairo Cardona Gallego no asistió a las sesiones 002 del 2 de noviembre de 2022, 003 del 3 de noviembre de 2022 y 004 del 4 de noviembre de 2022.

Por su parte, el concejal Jorge Iván Correa Ospina no asistió a las sesiones 001 del 1º de noviembre de 2022, 012 del 20 de noviembre de 2022, 015 del 24 de noviembre de 2022, 016 del 25 de noviembre de 2022, 017 del 26 de noviembre de 2022, 018 del 28 de noviembre de 2022, 019 del 29 de noviembre de 2022 y 020 del 30 de noviembre de 2022.

Finalmente, el concejal Iván Darío Posada Ballesteros no asistió a la sesión 013 del 22 de noviembre de 2022.

Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos que se deben resolver en el *sub examine* se centran en dilucidar las siguientes cuestiones:

- *¿La participación de concejales en modalidad virtual en algunas de las sesiones ordinarias llevadas a cabo en el mes de noviembre de 2022 en el Concejo Municipal de Salamina, Caldas, equivale a la inasistencia a la respectiva sesión?*
- *¿Se acreditó por la parte actora la inasistencia del concejal José Wilson Gil Murillo a la sesión 004 del 4 de noviembre de 2022 del Concejo Municipal de Salamina?*

En el evento que los anteriores interrogantes se respondan afirmativamente, habrá de establecerse lo siguiente:

- *¿Reconocer el pago de honorarios a concejales que asistieron virtualmente a algunas de las sesiones ordinarias del mes de noviembre de 2022 en el Concejo Municipal de Salamina, y a un concejal que no asistió a una de tales sesiones, da lugar a la configuración de la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 4 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, referente a la indebida destinación de dineros públicos?*
- *En caso de encontrar configurado el elemento objetivo de la causal de pérdida de investidura, ¿la conducta atribuida al concejal Franklin Andrés Henao Castaño se realizó con dolo o culpa grave, en los términos previstos en el artículo 1º de la Ley 1881 de 2018, modificada por la Ley 2003 de 2019?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** la indebida destinación de dineros públicos como causal de pérdida de investidura; **iii)** elementos de la causal invocada; y **iv)** acreditación de los elementos de la causal invocada para el caso concreto.

1. Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

- a) Mediante Acuerdo 001 del 18 de febrero de 2019²⁹, se estableció el nuevo reglamento interno del Concejo Municipal de Salamina, Caldas.

²⁹ Páginas 57 a 114 del archivo nº 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

- b) De conformidad con el Formulario E-26-CON expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil el 28 de octubre de 2019³⁰, el señor Franklin Andrés Henao Castaño fue declarado electo como concejal del Municipio de Salamina para el período constitucional 2020-2023, por el Partido Social de Unidad Nacional o Partido de la U.
- c) Según consta en Acta de Posesión n° 001 del 10 de diciembre de 2021³¹, el señor Franklin Andrés Henao Castaño tomó posesión en el cargo de presidente del Concejo Municipal de Salamina, para el período comprendido entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2022.
- d) Con Resolución n° 030 del 28 de julio de 2020³², el Concejo Municipal de Salamina autorizó y reguló las sesiones mixtas (presencial y no presencial mediante la modalidad virtual), para el tercer período legal de sesiones ordinarias correspondientes al mes de agosto de 2020, con el fin que los concejales del municipio pudieran ejercer sus funciones constitucionales, legales y reglamentarias, evitando el riesgo de contagio por COVID-19 y hasta tanto permaneciera la emergencia sanitaria.
- e) Por Resolución n° 027-2022 del 20 de abril de 2022³³, la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Salamina adoptó las siguientes determinaciones en relación con las sesiones de la corporación pública:

ARTÍCULO PRIMERO: *Establecer que, las sesiones del Concejo Municipal de Salamina – Caldas, a partir de la expedición de la presente resolución, continuarán siendo presenciales por regla general y por excepción virtuales y/o mixtas. En tratándose de los parámetros establecidos para la realización de las sesiones virtuales y/o mixtas, seguirán vigentes los contemplados en la Resolución No. 030 del 28 de julio de 2020.*

ARTÍCULO (sic) SEGUNDO: *En todas las sesiones y reuniones del Concejo Municipal de Salamina – Caldas, se dará estricto cumplimiento a las medidas sanitarias recomendadas por la Dirección Local de Salud mediante el oficio PVSP 010/2022 del 13 de abril del presente año, agregando que, el incumplimiento de las mismas y las consecuencias que de ello deriven será responsabilidad de cada concejal y/o ciudadano.*

ARTÍCULO TERCERO: *Las sesiones presenciales se llevarán a cabo de conformidad con lo establecido en la Ley y el Reglamento Interno del Concejo Municipal de Salamina, Caldas.*

³⁰ Páginas 48 a 55 del archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

³¹ Archivo n° 003 del cuaderno 2 del expediente digital.

³² Páginas 40 a 48 del archivo n° 008 del cuaderno 1 del expediente digital.

³³ Páginas 49 a 54 del archivo n° 008 del cuaderno 1 del expediente digital.

ARTÍCULO CUARTO: *Cuando se presente inasistencia a las sesiones que obedezca a motivos de salud particular, se deberán presentar los respectivos soportes de la EPS y en caso de diagnóstico por COVID-19, deberá presentar la prueba positiva dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la manifestación de inasistencia y a más tardar dentro de los tres (03) días siguientes el certificado de incapacidad médica.*

ARTÍCULO QUINTO: *Cuando se presente un caso de fuerza mayor o caso fortuito que impida la asistencia de un Honorable Concejal a las sesiones y comisiones, deberá soportarse a las Mesa Directiva del Concejo Municipal de Salamina, a más tardar dentro de los tres (03) días siguientes.*

ARTÍCULO SEXTO: *Podrá solicitarse de manera excepcional sesionar de manera mixta, tanto en las sesiones de comisión como plenaria, siempre y cuando medie justificación para ello, la cual deberá ser allegada a la presidencia del Concejo Municipal a más tardar dos (02) días previos a la sesión a la cual asistirá en dicha modalidad, so pena de rechazo, con el fin de que la Secretaría General de la Corporación tome las acciones necesarias para ello. Será responsabilidad del Corporado contar con las condiciones tecnológicas para asistir a la sesión de manera virtual.*

PAGRÁGRAFO: *La no aceptación de la justificación, deberá ser informada por lo menos de veinticuatro (24) horas antes de la sesión, so pena de aceptación tácita de la causal.*

ARTÍCULO SÉPTIMO: *La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición y deroga toda aquella que se le sea contraria, exceptuando los parámetros establecidos para la realización de las sesiones virtuales o mixtas, ante lo cual seguirán vigentes los contemplados en la Resolución No. 030 del 28 de julio de 2020 de conformidad con lo establecido en el ARTÍCULO PRIMERO de la presente.*

En la parte motiva de dicho acto, se indicó que con ocasión de la pandemia generada por el COVID-19, el Concejo Municipal de Salamina expidió la Resolución n° 030 del 28 de julio de 2020, con la cual autorizó y reguló las sesiones mixtas (presencial y no presencial mediante la modalidad virtual), con el fin que los concejales del municipio pudieran ejercer sus funciones constitucionales, legales y reglamentarias, evitando el riesgo de contagio y hasta tanto permaneciera la emergencia sanitaria.

Se manifestó en la resolución que luego de la visita de verificación realizada por la Dirección Local de Salud a las instalaciones del Concejo Municipal de Salamina, se daban las condiciones mínimas para la apertura de sesiones presenciales bajo el cumplimiento de ciertas recomendaciones y, recuperar así, la normalidad presencial en la corporación pública.

La Mesa Directiva del Concejo Municipal de Salamina consideró entonces que, en adelante, las sesiones continuarían siendo presenciales, y que por excepción se harían virtuales y/o mixtas.

- f) Mediante Resolución n° 028 del 23 de abril de 2022³⁴, la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Salamina modificó la Resolución n° 027-2022 del 20 de abril de 2022, en el sentido de extender el término para la entrada en vigencia de dicho acto, para que los concejales contaran con un plazo prudente para adoptar las recomendaciones realizadas por la Dirección Local de Salud. Las modificaciones quedaron así:

***ARTÍCULO PRIMERO:** Establecer que, las sesiones del Concejo Municipal de Salamina – Caldas, a partir del 1º de mayo de 2022, continuarán siendo presenciales por regla general y por excepción virtuales y/o mixtas. En tratándose de los parámetros establecidos para la realización de las sesiones virtuales y/o mixtas, seguirán vigentes los contemplados en la Resolución No. 030 del 28 de julio de 2020.*

***ARTÍCULO SÉPTIMO:** La presente resolución rige a partir del 1º de mayo de 2022 y deroga toda aquella que se le sea contraria, exceptuando los parámetros establecidos para la realización de las sesiones virtuales o mixtas, ante lo cual seguirán vigentes los contemplados en la Resolución No. 030 del 28 de julio de 2020 de conformidad con lo establecido en el ARTÍCULO PRIMERO de la presente.*

- g) Para el cuarto período de la vigencia 2022 (mes de noviembre), se realizaron 20 sesiones ordinarias, tal como se informa en Certificado n° CMS-CT-023-2023 del 25 de marzo de 2023, expedido por el señor secretario del Concejo Municipal de Salamina³⁵.
- h) El 29 de octubre de 2022, el concejal del Municipio de Salamina, señor Jorge Iván Correa Ospina, le solicitó autorización al presidente del Concejo Municipal "(...) para sesionar virtualmente en la sesión ordinaria del próximo martes 1 de noviembre de 2022. Lo anterior, con el fin de poder asistir en Manizales a una cita médica asignada por la IPS Virrey Solís en dicha fecha a las 11 de la mañana (constancia adjunta) y en atención a los procesos médicos que realizo para una intervención quirúrgica que tengo programada para el 21 de noviembre de 2022"³⁶. Con la referida petición, el citado concejal allegó información de la cita asignada para el 1º de noviembre de 2022 a las 11:01 a.m.³⁷.

³⁴ Páginas 59 y 60 del archivo n° 008 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁵ Archivo n° 010 del cuaderno 2 del expediente digital.

³⁶ Página 31 del archivo n° 008 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁷ Página 32 del archivo n° 008 del cuaderno 1 del expediente digital.

- i) El 1º de noviembre de 2022, el concejal del Municipio de Salamina, señor John Jairo Cardona Gallego, en oficio dirigido al concejal Franklin Andrés Henao Castaño como presidente del Concejo Municipal, le solicitó permiso *“(...) para realizar las sesiones de la primera semana del mes de noviembre de forma virtual, ya que por razones laborales debo estar en la ciudad de Pereira”*³⁸.
- j) El 19 de noviembre de 2022, el concejal del Municipio de Salamina, señor Jorge Iván Correa Ospina, le solicitó autorización al presidente del Concejo Municipal *“(...) para sesionar virtualmente en la sesión ordinaria del próximo domingo 20 de noviembre de 2022. Lo anterior, en atención a los procesos médicos que realizo para una intervención quirúrgica que tengo programada para el 21 de noviembre de 2022; igualmente debo estar atento para su realización”*³⁹. Con la referida petición, el citado concejal allegó orden expedida por el Centro de Diagnóstico Urológico, en la que se indica que: *“Paciente programado para el 21 de noviembre del 2022. Quedando pendiente de la hora”*⁴⁰.
- k) El 22 de noviembre de 2022, el concejal del Municipio de Salamina, señor Iván Darío Posada Ballesteros, le solicitó autorización al presidente del Concejo Municipal para *“(...) la asistencia de manera virtual a la sesión a realizarse el día 22-11-2022 ya que el vehículo en que me desplazaba hacia la ciudad de Manizales sufrió un desperfecto mecánico, no se pudo reparar a tiempo para regresar y asistir de manera presencial”*⁴¹.
- l) Según audio aportado al proceso tanto por el demandado⁴² como por el secretario del Concejo Municipal de Salamina⁴³, en concordancia con la captura de pantalla allegada por este último⁴⁴, el concejal del Municipio de Salamina, señor Guillermo Loaiza Henao, solicitó al presidente del Concejo Municipal sesionar de manera virtual el 25 de noviembre de 2022, toda vez que se encontraba en San Félix y la caja de cambios de su vehículo no funcionaba bien, por lo que no alcanzaba a llegar.
- m) Consta que el 27 de noviembre de 2022, la Clínica Ospedale Manizales S.A. expidió certificado de incapacidad a nombre del señor Jorge Iván Correa Ospina, entre el 24 de noviembre y el 13 de diciembre de 2022, por

³⁸ Página 28 del archivo nº 008 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁹ Página 33 del archivo nº 008 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁰ Página 34 del archivo nº 008 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴¹ Página 26 del archivo nº 008 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴² Carpeta nº 009 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴³ Último archivo de la carpeta nº 032 del cuaderno 2 del expediente digital.

⁴⁴ Archivo nº 021 del cuaderno 2 del expediente digital.

procedimiento médico realizado para tratar una hiperplasia de la próstata⁴⁵.

- n) En relación con el trámite dado a las solicitudes presentadas por los concejales John Jairo Cardona Gallego, Jorge Iván Correa Ospina e Iván Darío Posada Ballesteros, para acudir en forma virtual a algunas de las sesiones ordinarias del mes de noviembre de 2022, el señor secretario del Concejo Municipal de Salamina allegó los certificados que se relacionan a continuación, a través de los cuales informó que una vez se radicaron las peticiones, éstas fueron remitidas al presidente del Concejo Municipal de Salamina, quien previa revisión de la situación expuesta por los concejales, los autorizó para asistir a las sesiones de manera virtual, facultando al secretario de la corporación pública a enviarles los respectivos links para la conexión:
- Certificado n° CMS-CT-024-2023 del 27 de marzo de 2023⁴⁶. En tal documento se indicó que el concejal Jorge Iván Correa Ospina fue autorizado para sesionar de manera virtual el 1º y el 20 de noviembre de 2022, atendiendo las solicitudes por él elevadas; y que también se le permitió asistir virtualmente a las sesiones del 24, 25, 26, 28, 29 y 30 de noviembre del mismo año, debido a que aquel se encontraba incapacitado, tal como informó en audio del 24 de noviembre.
 - Certificado n° CMS-CT-025-2023 del 27 de marzo de 2023⁴⁷. Se informó que el concejal John Jairo Cardona Gallego fue autorizado para sesionar de manera virtual el 2, 3 y 4 de noviembre de 2022, de conformidad con la petición hecha por aquel.
 - Certificado n° CMS-CT-026-2023 del 27 de marzo de 2023⁴⁸. En este documento se manifestó que el concejal Iván Darío Posada Ballesteros fue autorizado para sesionar de manera virtual el 22 de noviembre de 2022, atendiendo la solicitud por él elevada.
- o) En los llamados a lista para verificación de quorum en las sesiones ordinarias del mes de noviembre de 2022 del Concejo Municipal de Salamina⁴⁹, no figuran las firmas de los concejales John Jairo Cardona Gallego, Jorge Iván Correa Ospina, Iván Darío Posada Ballesteros, José

⁴⁵ Página 35 del archivo n° 008 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁶ Archivo n° 011 del cuaderno 2 del expediente digital.

⁴⁷ Archivo n° 012 del cuaderno 2 del expediente digital.

⁴⁸ Archivo n° 013 del cuaderno 2 del expediente digital.

⁴⁹ Páginas 169 a 188 del archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

Wilson Gil Murillo y Guillermo Loaiza Henao, en las sesiones que se relacionan a continuación:

CONCEJAL	SESIONES
John Jairo Cardona Gallego	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 002 del 2 de noviembre de 2022⁵⁰ ▪ 003 del 3 de noviembre de 2022⁵¹ ▪ 004 del 4 de noviembre de 2022⁵²
Jorge Iván Correa Ospina	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 001 del 1º de noviembre de 2022⁵³ ▪ 012 del 20 de noviembre de 2022⁵⁴ ▪ 015 del 24 de noviembre de 2022⁵⁵ ▪ 016 del 25 de noviembre de 2022⁵⁶ ▪ 017 del 26 de noviembre de 2022⁵⁷ ▪ 018 del 28 de noviembre de 2022⁵⁸ ▪ 019 del 29 de noviembre de 2022⁵⁹ ▪ 020 del 30 de noviembre de 2022⁶⁰
Iván Darío Posada Ballesteros	013 del 22 de noviembre de 2022 ⁶¹
José Wilson Gil Murillo	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 004 del 4 de noviembre de 2022⁶² ▪ 015 del 24 de noviembre de 2022⁶³
Guillermo Loaiza Henao	016 del 25 de noviembre de 2022 ⁶⁴

⁵⁰ Página 187 del archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵¹ Página 186 del archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵² Página 185 del archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵³ Página 188 del archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁴ Página 177 del archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁵ Página 174 del archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁶ Página 173 del archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁷ Página 172 del archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁸ Página 171 del archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁹ Página 170 del archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶⁰ Página 169 del archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶¹ Página 176 del archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶² Página 185 del archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶³ Página 174 del archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶⁴ Página 173 del archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

- p) Según consta en Acta n° 007 del 1º de diciembre de 2022⁶⁵, la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Salamina se reunió para verificar la asistencia de los concejales a las sesiones ordinarias llevadas a cabo en el mes de noviembre de 2022.

En desarrollo de la citada reunión se consignó que el secretario de la corporación reportó que en el mes de noviembre de 2022 se habían llevado a cabo 20 sesiones ordinarias en las siguientes fechas: 1, 2, 3, 4, 7, 9, 10, 15, 16, 17, 18, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29 y 30. Se indicó además que el secretario presentó la relación de pago de honorarios, teniendo en cuenta el registro de asistencia a las sesiones.

- q) Con Resolución n° 056-2022 del 1º de diciembre de 2022⁶⁶, la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Salamina ordenó el pago de honorarios a los concejales de dicho municipio, conforme se detalla en seguida, a través de la Secretaría de Hacienda Municipal, por el rubro presupuestal 2.C.2.1.1.01.03.006.01 Sesiones Ordinarias del presupuesto de gastos de la vigencia 2022 del concejo:

⁶⁵ Páginas 64 a 68 del archivo n° 008 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶⁶ Páginas 199 a 202 del archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

CÉDULA	NOMBRE	ORD.	VR. ORD.	TOTAL	DESCUENTO PENSIÓN SEP- OCT-NOV	RETENCIÓN	PAGO NETO
15.962.177	Edier Alzate López	20	\$ 138.645	\$ 2.772.900	\$ 480.000		\$ 2.292.900
15.958.643	Diego Carmona Llano	18	\$ 138.645	\$ 2.495.610	\$ 480.000		\$ 2.015.610
15.960.414	John Jairo Cardona Gallego	20	\$ 138.645	\$ 2.772.900			\$ 2.772.900
19.313.770	Jorge Iván Correa Ospina	20	\$ 138.645	\$ 2.772.900		\$ 277.290	\$ 2.495.610
15.956.875	José Wilson Gil Murillo	19	\$ 138.645	\$ 2.634.255			\$ 2.634.255
1.059.810.455	Franklin Andrés Henao Castaño	20	\$ 138.645	\$ 2.772.900	\$ 480.000		\$ 2.292.900
15.961.523	Guillermo Loaiza Henao	20	\$ 138.645	\$ 2.772.900	\$ 480.000		\$ 2.292.900
15.958.547	José Fabián López Trujillo	20	\$ 138.645	\$ 2.772.900			\$ 2.772.900
25.099.177	Blanca Rocío Marulanda Victoria	19	\$ 138.645	\$ 2.634.255	\$ 480.000		\$ 2.154.255
15.955.894	Francisco Javier Mejía Saraza	20	\$ 138.645	\$ 2.772.900	\$ 480.000		\$ 2.292.900
15.961.765	Marino Murillo Otálvaro	20	\$ 138.645	\$ 2.772.900	\$ 480.000		\$ 2.292.900
1.059.812.904	Cristian Camilo Palacio Cardona	20	\$ 138.645	\$ 2.772.900	\$ 480.000		\$ 2.292.900
15.958.828	Iván Darío Posada Ballesteros	20	\$ 138.645	\$ 2.772.900	\$ 480.000		\$ 2.292.900
TOTALES		20		\$ 35.493.120		\$ 277.290	\$ 30.895.830

En las consideraciones de dicho acto se indicó que: **i)** el Concejo de Salamina se reunió durante el mes de noviembre de 2022 en el cuarto período de sesiones ordinarias; **ii)** en reunión efectuada el 1º de diciembre de 2022 por la Mesa Directiva del concejo, de la cual se levantó Acta nº 007-2022, se dejó constancia de la asistencia de los concejales a las sesiones ordinarias; **iii)** conforme a la categoría del concejo (sexta), el valor de la sesión para 2022 es de \$138.645; y **iv)** el secretario de la corporación reportó que en el mes de noviembre de 2022 se llevaron a

cabo 20 sesiones ordinarias en las siguientes fechas: 1, 2, 3, 4, 7, 9, 10, 15, 16, 17, 18, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29 y 30.

- r) En constancia expedida el 18 de marzo de 2023⁶⁷, la Jefe de Presupuesto de la Secretaría de Hacienda del Municipio de Salamina informó que el pago de los honorarios a los concejales de dicho municipio por su participación en las sesiones realizadas durante la vigencia fiscal del año 2022 se realizó a través del rubro presupuestal que corresponde al concejo municipal, esto es, 2.C.2.1.1.01.03.006.01 para sesiones ordinarias y 2.C.2.1.1.01.03.006.02 para sesiones extraordinarias.
- s) En certificaciones CMS-CT-017-2023⁶⁸, CMS-CT-018-2023⁶⁹, CMS-CT-019-2023⁷⁰, CMS-CT-020-2023⁷¹, CMS-CT-021-2023⁷² y CMS-CT-022-2023⁷³, expedidas el 16 de marzo de 2023, y certificación CMS-CT-027-2023 del 27 de marzo de 2023⁷⁴, el secretario del Concejo Municipal de Salamina dio cuenta de lo siguiente en relación con la asistencia de los concejales John Jairo Cardona Gallego, Jorge Iván Correa Ospina, Iván Darío Posada Ballesteros, José Wilson Gil Murillo y Guillermo Loaiza Henao a las sesiones ordinarias del mes de noviembre de 2022 que se indican en seguida:

CONCEJAL	SESIONES	ASISTENCIA
John Jairo Cardona Gallego	002 del 2 de noviembre de 2022	Asistió de manera virtual
	003 del 3 de noviembre de 2022	Asistió de manera virtual
	004 del 4 de noviembre de 2022	Asistió de manera virtual
Jorge Iván Correa Ospina	001 del 1º de noviembre de 2022	Asistió de manera virtual
	012 del 20 de noviembre de 2022	Asistió de manera virtual
	015 del 24 de noviembre de 2022	Asistió de manera virtual
	016 del 25 de	Asistió de manera

⁶⁷ Página 73 del archivo nº 008 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶⁸ Página 23 del archivo nº 008 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶⁹ Página 22 del archivo nº 008 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷⁰ Página 24 del archivo nº 008 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷¹ Página 25 del archivo nº 008 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷² Página 27 del archivo nº 008 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷³ Páginas 29 y 30 del archivo nº 008 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷⁴ Archivo nº 014 del cuaderno 2 del expediente digital.

	noviembre de 2022	virtual
	017 del 26 de noviembre de 2022	Asistió de manera virtual
	018 del 28 de noviembre de 2022	Asistió de manera virtual
	019 del 29 de noviembre de 2022	Asistió de manera virtual
	020 del 30 de noviembre de 2022	Asistió de manera virtual
Iván Darío Posada Ballesteros	013 del 22 de noviembre de 2022	Asistió de manera virtual
José Wilson Gil Murillo	004 del 4 de noviembre de 2022	Asistió de manera presencial
	015 del 24 de noviembre de 2022	No asistió
Guillermo Loaiza Henao	016 del 25 de noviembre de 2022	Asistió de manera virtual

- t) Fueron allegadas al expediente 17 grabaciones (audio y video)⁷⁵ de las sesiones ordinarias llevadas a cabo el 1º, 3, 4, 20, 22, 24, 26, 28, 29 y 30 de noviembre de 2022; así como 18 audios⁷⁶ de las sesiones realizadas el 1º, 2, 3, 4, 7, 9, 15, 16, 17, 18, 22, 23, 24, 25, 28, 29 y 30 de noviembre de 2022.

Luego de revisar dichas grabaciones y audios, en concordancia con las actas de las respectivas sesiones⁷⁷, se constata que los concejales John Jairo Cardona Gallego, Jorge Iván Correa Ospina, Iván Darío Posada Ballesteros, José Wilson Gil Murillo y Guillermo Loaiza Henao, sí asistieron a las sesiones del mes de noviembre de 2022 tenidas en cuenta para el reconocimiento y pago de honorarios, tal como se indica en seguida, e incluso intervinieron en el desarrollo de las mismas:

CONCEJAL	SESIONES QUE SE IMPUTAN COMO NO ASISTIDAS	VERIFICACIÓN ASISTENCIA	MODALIDAD ASISTENCIA	OBSERVACIONES
John Jairo Cardona Gallego	002 del 2 de noviembre de 2022	Asistió	Virtual	

⁷⁵ Carpeta n° 009 del cuaderno 1 del expediente digital, y archivos contenidos en el cuaderno 3 de la actuación.

⁷⁶ Carpetas n° 032 y n° 034 del cuaderno 2 del expediente digital.

⁷⁷ Archivos n° 022 a 031 y 036 a 038 y 040 del cuaderno 2 del expediente digital.

	003 del 3 de noviembre de 2022	Asistió	Virtual	
	004 del 4 de noviembre de 2022	Asistió	Virtual	
Jorge Iván Correa Ospina	001 del 1º de noviembre de 2022	Asistió	Virtual	
	012 del 20 de noviembre de 2022	Asistió	Virtual	Aun cuando la grabación presenta algunas intermitencias, lo cierto es que en la misma se advierte que el concejal sí se encontraba presente, lo cual concuerda con la respectiva acta de la sesión.
	015 del 24 de noviembre de 2022	Asistió	Virtual	
	016 del 25 de noviembre de 2022	Asistió	Virtual	
	017 del 26 de noviembre de 2022	Asistió	Virtual	No obstante que la grabación de la sesión inició luego de que se hizo el llamado a lista al concejal Jorge Iván Correa Ospina, se observa que éste, con posterioridad, aprobó el orden de día, lo que implica que sí se encontraba presente al inicio de la sesión. Aun cuando a partir del minuto 3:59 de la grabación, no se observa al citado concejal en la pantalla, lo cierto es que se escucha que éste participó en la

				toma de varias decisiones posteriores, tal como consta igualmente en el acta de la sesión.
	018 del 28 de noviembre de 2022	Asistió	Virtual	Si bien la grabación presenta daños que impiden su correcta consulta, en el audio aportado consta que el concejal sí se encontraba presente.
	019 del 29 de noviembre de 2022	Asistió	Virtual	Aunque la grabación presenta daños que impiden su correcta consulta, en el audio aportado consta que el concejal sí se encontraba presente.
	020 del 30 de noviembre de 2022	Asistió	Virtual	Tanto en la grabación como en el archivo contentivo sólo del audio, no se advierte que el concejal contestara al llamado a lista al inicio de la sesión. Sin embargo, antes de tal actividad, el señor presidente del Concejo Municipal dejó constancia de que el señor Jorge Iván Correa Ospina asistía virtualmente; así mismo, al momento de votar el orden del día, el concejal es consultado al respecto. Consta en el audio que se realizan

				<p>intentos para que el concejal pueda ingresar a la sesión.</p> <p>Adicional a lo anterior, luego de la intervención del señor Alcalde de Salamina, en la segunda parte de la sesión, se observa al concejal proyectado en la pantalla.</p> <p>Lo anterior, guarda consonancia con lo expuesto por el testigo Manuel Fernando Valencia Otálvaro, quien aseguró que en esa sesión hubo problemas de conectividad, que generaban intermitencia en la participación del concejal en la primera parte de la sesión.</p>
Iván Darío Posada Ballesteros	013 del 22 de noviembre de 2022	Asistió	Virtual	<p>En el audio aportado consta que el concejal se encontraba presente, pero tenía mala conexión al momento de contestar al llamado a lista. De lo anterior se dejó constancia en el acta de la respectiva sesión.</p>
José Wilson Gil Murillo	004 del 4 de noviembre de 2022	Asistió	Presencial	<p>Aunque en la grabación de la sesión no se advierte que el señor José Wilson Gil Murillo hubiese contestado al llamado a lista, lo</p>

				cierto es que posterior a ello (pasados 30 minutos), aquel se hizo presente en el recinto del concejo municipal, tal como lo corroboró el testigo Manuel Fernando Valencia Otálvaro en su declaración.
	015 del 24 de noviembre de 2022	No asistió		Tal inasistencia concuerda con la Resolución n° 056-2022 del 1º de diciembre de 2022, pues en ésta se le reconoció al citado concejal el pago de honorarios por asistencia a 19 sesiones, y no hay prueba en el expediente de que no hubiera asistido a otra sesión.
Guillermo Loaiza Henao	016 del 25 de noviembre de 2022	Asistió	Virtual	

2. La indebida destinación de dineros públicos como causal de pérdida de investidura

El numeral 3 del artículo 55 de la Ley 136 de 1994⁷⁸, previó como causal de pérdida de investidura, la siguiente:

ARTÍCULO 55. PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONCEJAL. *Los concejales perderán su investidura por:*

(...)

3. *Por indebida destinación de dineros públicos.*

(...)

⁷⁸ "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios".

El numeral 4 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000⁷⁹, también contempló como causal de pérdida de investidura la de indebida destinación de dineros públicos:

ARTICULO (sic) 48. PERDIDA (sic) DE INVESTIDURA DE DIPUTADOS, CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES Y DE MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES. *Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:*

(...)

4. Por indebida destinación de dineros públicos.

(...)

3. Elementos de la causal invocada

En el desarrollo y alcance de esta causal de pérdida de investidura, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha tenido una significativa participación, como quiera que las normas referidas no definen o describen la conducta, y tampoco enlistan los elementos que permiten su configuración; aspectos todos de los cuales se ha ocupado el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo en abundante jurisprudencia.

En efecto, en sentencia del 6 de mayo de 2014⁸⁰, reiterada en otros pronunciamientos⁸¹, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado precisó que:

Esta norma, como sucede con las demás causales de pérdida de investidura, tampoco describen (sic) la conducta. No obstante, la jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado ha delimitado los presupuestos para que se configure. En este sentido, como su denominación lo indica, se realiza cuando un congresista destina los dineros públicos a unas finalidades y cometidos

⁷⁹ “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”.

⁸⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 6 de mayo de 2014. Radicación número: 11001-03-15-000-2013-00865-00(PI).

⁸¹ Al respecto, pueden consultarse las siguientes sentencias: **i)** del 21 de mayo de 2021 (Consejero Ponente: Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación número: 50001-23-33-000-2020-00758-01(PI)A); **ii)** del 15 de marzo de 2018 (Consejero Ponente: Dr. Hernando Sánchez Sánchez, radicación número: 13001-23-33-000-2016-01107-01(PI)); y **iii)** del 4 de septiembre de 2014 (Consejero Ponente: Dr. Guillermo Vargas Ayala, radicación número: 63001-23-33-000-2013-00148-01(PI)).

estatales distintos a los establecidos en la Constitución, en la ley o en los reglamentos. Bien puede utilizarlos o dirigirlos a actividades o propósitos no autorizados; o a aquéllos que estando autorizados no correspondan a la finalidad asignada; o a cometidos prohibidos, entre otros.

En estos términos, la Sala Plena, en sentencia del 7 de junio de 2012⁸², señaló que aunque la causal no está definida en el ordenamiento jurídico, se configura cuando la destinación de los dineros públicos no corresponde a los fines estatales preestablecidos por la Constitución, la ley o el reglamento: “La causal de indebida destinación de dineros públicos no está definida en la Constitución ni en las normas legales que rigen el ejercicio de la acción de pérdida de investidura. Es, entonces, pertinente consignar el sentido y alcance con que esta Corporación le ha definido. La causal de indebida destinación de dineros públicos se configura cuando el concejal destina los dineros públicos a unas finalidades y cometidos estatales distintos a los establecidos en la Constitución, en la ley o en los reglamentos.”

Respecto a los elementos constitutivos de este tipo disciplinario, la Sala Plena, en sentencia del 6 de marzo de 2003⁸³ también señaló: “ ‘Por consiguiente, el elemento tipificador de la causal de pérdida de investidura en referencia, está en el hecho de que el congresista, en su condición de servidor público, que lo es (art. 123 de la Constitución), con su conducta funcional, al ejercer las competencias de las que ha sido revestido, traiciona, cambia o distorsiona los fines y cometidos estatales preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento, para destinar los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados, o a otros sí autorizados pero diferentes a aquellos para los cuales se encuentran asignados, o cuando aplica tales recursos a materias expresamente prohibidas, no necesarias o injustificadas, o cuando la finalidad es obtener un incremento patrimonial personal o de terceros, o cuando pretende derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o de terceras personas, etc. ‘En los eventos como los antes indicados, la conducta del congresista bien puede ser delictiva o no, ajustada o no a un procedimiento legal de ordenación del gasto o de contratación, pero, su finalidad es otra muy distinta a la señalada en la Constitución, la ley o los reglamentos’ ”.

De allí que, para que la causal se configure es necesario que el Congresista, en su condición de servidor público, distorsione o cambie el cometido estatal consagrado en la Constitución, la Ley o el Reglamento, para destinar los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados, o que estando autorizados sean diferentes a aquellos para los cuales se encuentran asignados, o haya destinado o utilizado los recursos a materias expresamente prohibidas, no necesarias o injustificadas; o perseguido la finalidad de obtener un incremento patrimonial personal o de terceros; o hubiere pretendido derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o de terceras personas.

⁸² Cita de cita: Rad. 2010-00352, C.P. María Claudia Rojas Lasso.

⁸³ Cita de cita: Rad. 2002-1007, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

En este orden, no es necesario que el sujeto activo de la causal ostente la condición de nominador u ordenador del gasto, basta con que deba respetar, defender y cuidar el patrimonio público, toda vez que es imperativo cuidar los bienes del Estado para evitar su menoscabo. En este sentido, la Sala Plena ha señalado que la causal comporta dos elementos: i) la conducta y ii) el fin. La Sentencia del 1 de noviembre de 2005⁸⁴ señaló: “Para la configuración de la causal de indebida destinación de dineros públicos prevista en el num. 4º del artículo 183 de la Constitución Política (reproducida en el numeral 4º del artículo 298 de la Ley 5ª de 1992) se destacan o requieren dos elementos como son la conducta y el fin.”

En el primero –como se exige para las demás causales por las que se puede demandar la pérdida de investidura- es necesario, que el sujeto activo que la agota ostente la calidad de Congresista y precisamente que en esa condición ejerza competencias para las que fue investido.

El segundo elemento, consiste en el fin de la conducta, es decir que al ejercer las competencias propias de su investidura: i) cambie o distorsione los fines y cometidos estatales preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento al destinar los recursos públicos a materias, actividades o propósitos no autorizados, o a aquéllos que autorizados son diferentes a los que se encuentran asignados; ii) aplique tales dineros a objetos prohibidos, no necesarios o injustificados; iii) obtenga un incremento patrimonial para sí o a favor de terceros, o iv) pretenda derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o en el de terceras personas, etc.

De conformidad con lo anterior, en varios pronunciamientos⁸⁵, el Consejo de Estado ha señalado que para la configuración de la causal por indebida destinación de dineros públicos, es necesaria la concurrencia de los siguientes elementos, cuyo alcance también se precisa en seguida:

3.1 Elementos objetivos

3.1.1 Sujeto activo

Ha dicho el Consejo de Estado que el primer requisito es la existencia de “Un

⁸⁴ Cita de cita: Rad. 2004-01673, C.P. Tarsicio Cáceres Toro.

⁸⁵ Sobre el particular, pueden consultarse las siguientes sentencias: **i)** del 28 de octubre de 2021 (Consejero Ponente: Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación número: 13001-23-33-000-2021-00198-01(PI)); **ii)** del 23 de julio de 2021 (Consejera Ponente: Dra. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación número: 50001-23-33-000-2020-00021-01(PI)); **iii)** del 21 de mayo de 2021 (Consejero Ponente: Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación número: 50001-23-33-000-2020-00758-01(PI)A); **iv)** del 12 de julio de 2018 (Consejero Ponente: Dr. Oswaldo Giraldo López, radicación número: 25000-23-42-000-2017-04041-01(PI)); **v)** del 15 de marzo de 2018 (Consejero Ponente: Dr. Hernando Sánchez Sánchez, radicación número: 13001-23-33-000-2016-01107-01(PI)); y **vi)** del 22 de febrero de 2018 (Consejera Ponente: Dra. María Elizabeth García González, radicación número: 25000-23-42-000-2017-04038-01(PI)).

sujeto activo, que ostente la condición de servidor público de elección popular”, es decir, de un sujeto cualificado que ejerza competencias para las cuales fue investido.

3.1.2 Conducta prohibida

El segundo presupuesto consiste en “*Una conducta prohibida determinada por el verbo rector <<destinar>> y marcada por el calificativo <<indebida>>*”.

En relación con lo que debe entenderse por indebida destinación, el Consejo de Estado ha adoptado como definición la de “(...) *destinación como acción y efecto de destinar significa ordenar, señalar, aplicar o determinar una cosa para algún fin o efecto; por consiguiente, desde el punto de vista jurídico, aquélla se torna indebida, cuando quiera que recae o se aplica a un fin o propósito distinto, o contrario al que legal o reglamentariamente se encuentra previsto o destinado un determinado bien, o cuando versa sobre algo prohibido, ilícito o injusto, o innecesario*”⁸⁶.

Según quedó precisado en esta providencia, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la causal por indebida destinación de dineros públicos se configura cuando en ejercicio de las funciones propias de su investidura, el servidor público de elección popular “(...) *traiciona, cambia o distorsiona los fines y cometidos estatales preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento, porque desvía los dineros públicos a fines distintos de los previstos por medio de instrumentos como, por ejemplo, los contratos o las autorizaciones para el pago de salarios*”⁸⁷ (negrilla del texto), lo cual genera un detrimento patrimonial al Estado.

En providencias del 21 de mayo de 2021⁸⁸ y del 28 de octubre de 2021⁸⁹, el Consejo de Estado precisó que la conducta proscrita por el ordenamiento jurídico puede ser realizada por vía directa o indirecta:

68. La indebida utilización de dineros públicos puede llevarse a cabo de dos formas diferentes, de manera directa o de manera indirecta. La primera, ocurre

⁸⁶ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejera Ponente: Dra. Ligia López Díaz. Sentencia del 13 de noviembre de 2001. Radicación número: 11001-03-15-000-2001-00101-01(PI).

⁸⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Veintisiete Especial de Decisión de Pérdida de Investidura. Consejera Ponente: Dra. Rocío Araújo Oñate. Sentencia del 3 de diciembre de 2019. Radicación número: 11001-03-15-000-2019-00771-00(PI).

⁸⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés. Sentencia del 21 de mayo de 2021. Radicación número: 50001-23-33-000-2020-00758-01(PI)A.

⁸⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés. Sentencia del 28 de octubre de 2021. Radicación número: 13001-23-33-000-2021-00198-01(PI).

cuando el congresista, en este caso el concejal, es ordenador del gasto. La vía indirecta opera cuando el servidor público no siéndolo, propicia con su conducta una destinación indebida de los dineros a objetos o propósitos diferentes para el cual fueron consagrados, comprendiendo el conjunto de recursos públicos que son administrados por el Estado^{90,91}

Adicionalmente, la jurisprudencia del Consejo de Estado⁹² tiene establecido, a título enunciativo, los casos en los cuales se puede configurar la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos, así:

- i) Cuando destina los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados.*
- ii) Cuando los destina a objetos, actividades o propósitos autorizados, pero diferentes a los cuales esos dineros se encuentran asignados.*
- iii) Cuando aplica los dineros a objetos, actividades o propósitos expresamente prohibidos por la Constitución, la ley o el reglamento.*
- iv) Cuando esa aplicación se da para materias innecesarias o injustificadas.*
- v) Cuando la destinación tiene la finalidad de obtener un incremento patrimonial personal o de terceros.*
- vi) Cuando la destinación tiene la finalidad de derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o en el de terceros.*

3.1.3 Objeto

El último elemento objetivo es el relacionado con *“El objeto sobre el cual recae la acción que corresponde al bien jurídico protegido que son los <<dineros públicos>>”*.

⁹⁰ Cita de cita: Ibidem [refiriéndose a lo siguiente: “Consejo de Estado, Sección Primera, radicado: 15001-23-31-000-2006-01178-01 (PI-0117, MP: Martha Sofía Sanz Tobón. Consejo de Estado, Sección Primera, radicado: 25000-23-15-000-2002-03005-01, actor: Juana Celmira González Guarnizo, demandado: Germán Antonio Alvira Gamboa, MP: Camilo Arciniegas Andrade. Entre otras”].

⁹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés. Sentencia del 28 de octubre de 2021. Radicación número: 13001-23-33-000-2021-00198-01(PI).

⁹² Al respecto, pueden consultarse las siguientes sentencias: **i)** del 28 de octubre de 2021 (Consejero Ponente: Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación número: 13001-23-33-000-2021-00198-01(PI)); **ii)** del 21 de mayo de 2021 (Consejero Ponente: Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación número: 50001-23-33-000-2020-00758-01(PI)A); **iii)** del 15 de marzo de 2018 (Consejero Ponente: Dr. Hernando Sánchez Sánchez, radicación número: 13001-23-33-000-2016-01107-01(PI)); **iiii)** del 23 de octubre de 2008 (Consejera Ponente: Dra. María Claudia Rojas Lasso, radicación número: 54001-23-31-000-2007-00254-01(PI)).

Tal como se indicó en sentencia del Consejo de Estado del 21 de mayo de 2021⁹³, en un primer momento de la evolución jurisprudencial se identificó el concepto de “*dineros públicos*” en sentido monetario, lo que limitaba el alcance de la causal a los eventos en los cuales los servidores públicos de elección popular actuaban como ordenadores del gasto. Sin embargo, a partir del fallo del 13 de noviembre de 2001⁹⁴, dicho criterio fue rectificado y se explicó que tal noción debía entenderse en sentido amplio, por lo que la causal también comprendía aquellas situaciones en las cuales se utilizaban instrumentos idóneos para desviar los dineros públicos a fines distintos de los previstos por el ordenamiento jurídico, como ha ocurrido con la autorización y celebración de contratos estatales, la entrega de anticipos a los contratistas y las autorizaciones para realizar pagos de salarios. En efecto, la aludida providencia señaló:

La Sala considera entonces que los dineros públicos, es decir, el caudal del Estado conformado por los impuestos, las tasas, las contribuciones y los recursos del capital deben cumplir la destinación prevista en el respectivo Presupuesto, de suerte que se haga efectivo el mandato del artículo 345 de la Constitución Política.

El énfasis interpretativo de la causal no ha de colocarse sobre la expresión “dineros públicos” sino sobre la forma en que se puede llevar a cabo su correcta destinación. En efecto, para la Sala, la indebida utilización de dineros públicos, puede llevarse a cabo de dos formas diferentes, de manera directa o de manera indirecta. Será DIRECTA cuando el congresista – con capacidad de ordenación del gasto – dispone ilícitamente de recursos del erario, bien sea para obtener finalidades particulares (a través, por ejemplo, de la celebración de contratos estatales sin establecer su necesidad, oportunidad o conveniencia, tal y como se examinó en la sentencia del 20 de junio de 2000, Expedientes AC-9875 y AC-9876) o para ordenar una destinación diferente a la establecida en el Presupuesto para esos dineros públicos. Y se presentará la destinación INDIRECTA cuando a pesar de haber sido ordenado el gasto para el objeto previsto en el respectivo Presupuesto, el congresista propicia con su conducta una destinación distinta al objeto para el cual fueron consagrados.

Toda vez que la Constitución Política al instituir como causal de pérdida de investidura la “Indebida destinación de dineros públicos”, no estableció que la misma tenía que ser DIRECTA, es plausible que esta destinación pueda ser INDIRECTA, como lo ha aceptado la Corporación en los casos señalados atrás.

⁹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés. Sentencia del 21 de mayo de 2021. Radicación número: 50001-23-33-000-2020-00758-01(PI)A.

⁹⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejera Ponente: Dra. Ligia López Díaz. Sentencia del 13 de noviembre de 2001. Radicación número: 11001-03-15-000-2001-00101-01(PI).

Entonces, la Sala de acuerdo con el Ministerio Público, considera que la indebida destinación de dineros públicos – aún entendida bajo el criterio jurisprudencial exclusivamente monetario –, se configura no solamente cuando el congresista, en ejercicio de su cargo, "traiciona, cambia o distorsiona los fines y cometidos estatales preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento", utilizando, aplicando o destinando directa e indebidamente los valores monetarios, sino también cuando utiliza intangibles o contratos como instrumentos para desviar los dineros públicos a fines distintos de los previstos en las disposiciones legales y reglamentarias.

En esta última hipótesis se presentará una indebida destinación de los dineros públicos en forma indirecta, toda vez que su utilización no autorizada, constituye una desviación de los recursos estatales, un gasto evidentemente no autorizado en objetivos diferentes del interés público. La indebida destinación indirecta se materializa en que los dineros públicos destinados para el cumplimiento de las funciones del congresista terminan beneficiando a terceras personas ajenas al mencionado objetivo. (Líneas son del texto).

Ahora bien, en sentencia del 28 de octubre de 2021⁹⁵, el Consejo de Estado precisó que en el concepto de dinero, entendido en sentido amplio, se encuentran incluidos los honorarios percibidos por los concejales:

69. De acuerdo con la jurisprudencia⁹⁶, el concepto del dinero se ha entendido en su sentido amplio, de tal manera que dentro de dicha acepción se deben entender cobijados los honorarios que perciben los concejales «concepto jurídico que corresponde a la retribución de servicios prestados por fuera de la relación laboral proveniente del contrato de trabajo o de la llamada situación legal y reglamentaria⁹⁷», puesto que:

«[...] el pago de toda obligación a cargo de una entidad del Estado, debe estar previamente respaldada en los instrumentos procesales y contables tales como los certificados de disponibilidad presupuestal y los registros presupuestales. Si bien es cierto la disposición final de ese recurso público se expresa en forma de dinero que recibe el empleado, la administración de las cuentas por donde circulan dichos recursos, corresponde a la autoridad de hacienda pública que interviene en el ciclo presupuestal, valga decir, el Ministerio de Hacienda y la Dirección General del Tesoro Público.

Bajo este entendimiento, es fácil concluir que solamente las autoridades fiscales del Estado están en capacidad de administrar el dinero que circula por los canales de las cuentas públicas, valga decir, los que provienen del

⁹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés. Sentencia del 28 de octubre de 2021. Radicación número: 13001-23-33-000-2021-00198-01(PI).

⁹⁶ Cita de cita: Sala Plena del Consejo de Estado, radicado: 11001-03-15-000-2015-00111-00, actor: Pablo Bustos Sánchez y otros, demandado: Carlos Enrique Jaramillo Soto, MP: Rafael Francisco Suárez Vargas.

⁹⁷ Cita de cita: C- 043 de 28 de enero de 2003.

público a través del pago de los impuestos, tasas y contribuciones; los demás agentes que intervienen en el flujo de los recursos son ejecutores del gasto, cuando reciben los recursos, una vez cumplidas las etapas del mencionado ciclo presupuestal, como ocurre cuando se ha expedido el Decreto Ejecutivo de Liquidación del Presupuesto, conforme lo dispone el Estatuto Orgánico del Presupuesto, Decreto 111 de 1996 y sus disposiciones complementarias, y se han hecho las transferencias a cada entidad por medio del Plan Anualizado de Caja (PAC artículo 73 ibidem), cuando han sido previamente inscritas las obligaciones a su cargo, tanto para las acreencias contractuales, como para los gastos de funcionamiento e inversión, entre los que se encuentran los recursos para el pago de la nómina.

Para el caso de los recursos asignados al Congreso de la República con la finalidad de pagar la nómina de sus empleados públicos, incluidos aquellos que están adscritos a las unidades de trabajo legislativo, intervienen como ordenadores del gasto el Director General, cuando se trata del Senado; y la Mesa Directiva, cuando se destinan para la Cámara de Representantes, previa certificación de cumplimiento de labores expedida por el respectivo Congresista».

3.2 Elemento subjetivo

Con ocasión de lo previsto por el artículo 1º de la Ley 1881 de 2018, modificada por la Ley 2003 de 2019, además de encontrar configurados los elementos objetivos mencionados, debe establecerse si la conducta atribuida se realizó con dolo o culpa grave.

4. Acreditación de los elementos de la causal invocada para el caso concreto

De conformidad con lo expuesto en la demanda, los accionantes alegan que con la expedición de la Resolución nº 056-2022 del 1º de diciembre de 2022, el señor Franklin Andrés Henao Castaño incurrió en la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos, toda vez que reconoció el pago de honorarios a cinco concejales que no asistieron a la totalidad de las sesiones ordinarias del mes de noviembre de 2022 y, por lo tanto, no les asistía derecho a percibir las sumas reconocidas por tal concepto.

En efecto, precisaron que los concejales John Jairo Cardona Gallego, Jorge Iván Correa Ospina e Iván Darío Posada Ballesteros, no asistieron de manera presencial y física a algunas sesiones⁹⁸ del concejo, sino que solicitaron

⁹⁸ El concejal John Jairo Cardona Gallego no asistió a las sesiones 002 del 2 de noviembre de 2022, 003 del 3 de noviembre de 2022 y 004 del 4 de noviembre de 2022.

Por su parte, el concejal Jorge Iván Correa Ospina no asistió a las sesiones 001 del 1º de noviembre de 2022, 012 del 20 de noviembre de 2022, 015 del 24 de noviembre de 2022, 016 del 25 de

autorización para sesionar virtualmente, argumentando procesos médicos, razones laborales y/o desperfectos mecánicos de un vehículo; lo cual no está autorizado por ninguna norma constitucional, legal o reglamentaria. Acotaron que las sesiones virtuales en los concejos municipales, y especialmente en el de Salamina, sólo proceden cuando la presidencia de la corporación pública, por acto motivado, declare que por razones de orden público, intimidación o amenaza, no es posible que algunos miembros del concejo concurren a su sede habitual, o en razón de la emergencia sanitaria por el COVID-19, que para noviembre de 2022 ya no existía.

En lo que respecta a los concejales José Wilson Gil Murillo y Guillermo Loaiza Henao, los accionantes manifestaron que aquellos no se hicieron presentes a todas las sesiones ordinarias y no presentaron ningún tipo de excusa⁹⁹.

Pasa entonces la Sala a determinar si en el presente asunto se cumplen los requisitos precisados jurisprudencialmente, para que se configure la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos en el caso concreto:

1.1 Cualificación del sujeto activo

Para el caso concreto y de conformidad con lo expuesto en el acápite de hechos probados, el primer requisito de configuración de esta causal se encuentra demostrado, ya que el señor Franklin Andrés Henao Castaño ostenta la calidad de concejal del Municipio de Salamina y, además, para la época de los hechos objeto de análisis, fungió como presidente de la citada corporación pública, esto es, fue ordenador del gasto, en virtud de lo cual dispuso el reconocimiento y pago de los honorarios a favor de los concejales de dicho municipio.

1.2 Objeto

Según se precisó en acápite anterior, los honorarios de los concejales se encuentran incluidos en el concepto de "*dineros públicos*", de manera que este presupuesto también se encuentra acreditado en este caso.

noviembre de 2022, 017 del 26 de noviembre de 2022, 018 del 28 de noviembre de 2022, 019 del 29 de noviembre de 2022 y 020 del 30 de noviembre de 2022.

Finalmente, el concejal Iván Darío Posada Ballesteros no asistió a la sesión 013 del 22 de noviembre de 2022.

⁹⁹ El concejal José Wilson Gil Murillo no asistió a las sesiones 004 del 4 de noviembre de 2022 y 015 del 24 de noviembre de 2022; mientras que el concejal Guillermo Loaiza Henao lo hizo respecto de la sesión 016 del 25 de noviembre de 2022.

1.3 Conducta prohibida

En lo que respecta a este último supuesto de estructuración de la causal de pérdida de investidura invocada, se recuerda que el mismo radica en que se demuestre una conducta prohibida, determinada o marcada por el verbo rector “destinar” y el calificativo “indebida”.

Para el asunto que convoca la atención de este Tribunal, se considera que la conducta prohibida endilgada, esto es, reconocer y ordenar el pago de honorarios a algunos concejales por sesiones ordinarias del mes de noviembre de 2012, no se encuentra acreditada en el expediente, tal como se explica en seguida.

El inciso 3º del artículo 312 de la Constitución Política prevé que “La ley podrá determinar los casos en que tengan [se refiere a los concejales] derecho a honorarios por su asistencia a sesiones”.

En desarrollo del anterior precepto, el artículo 65 de la Ley 136 de 1994 dispuso lo relativo al reconocimiento de honorarios a los miembros de los concejos municipales, así:

ARTÍCULO 65. RECONOCIMIENTO DE DERECHOS. *Los miembros de los concejos de las entidades territoriales tienen derecho a reconocimiento de honorarios por la asistencia comprobada a las sesiones plenarias.*

Así mismo, tienen derecho, durante el período para el cual fueron elegidos, a un seguro de vida y a la atención médico-asistencial personal, vigente en la respectiva localidad para los servidores públicos municipales.

Las resoluciones que para efecto de reconocimiento de honorarios expidan las mesas directivas de los concejos, serán publicadas en los medios oficiales de información existentes en el respectivo municipio o distrito. Cualquier ciudadano o persona podrá impugnarlas, y la autoridad competente, según el caso, dará curso a la investigación o proceso correspondiente.

PARÁGRAFO. *Los honorarios de que trata este artículo se causarán a partir del 1 de enero de 1994.*

A su vez, el artículo 58 de la Ley 617 de 2000, previó que:

ARTICULO (sic) 58. HONORARIOS Y SEGUROS DE CONCEJALES. *A los concejales se les reconocerán honorarios por su asistencia a las sesiones plenarias y a las de las comisiones permanentes que tengan lugar en días distintos a los de aquellas. Por cada sesión a la que concurran, sus honorarios serán iguales a la remuneración mensual del alcalde mayor dividida por veinte (20).*

En todo caso el monto de los honorarios mensuales de los concejales no excederán (sic) la remuneración mensual del alcalde mayor.

También tendrán derecho, durante el período para el cual fueron elegidos, a un seguro de vida equivalente a trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales y a un seguro de salud. El alcalde contratará con una compañía autorizada los seguros correspondientes.

Cuando ocurran faltas absolutas, quienes llenen las vacantes correspondientes tendrán derecho a los beneficios a que se refiere este artículo, desde el momento de su posesión y hasta que concluya el período respectivo.

El pago de los honorarios y de las primas de los seguros aquí previstos estará a cargo del Fondo Rotatorio del Concejo.

Con fundamento en las normas citadas, se advierte que el derecho de los concejales al reconocimiento de honorarios se deriva de su asistencia comprobada a las sesiones de la respectiva corporación, sin que se establezca otra condición de la que se haga depender la causación del respectivo derecho. Así lo ha corroborado igualmente el Consejo de Estado en pronunciamientos relacionados¹⁰⁰.

La jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁰¹ ha sostenido que “(...) el ejercicio de una función constitucional no puede conllevar a indebida destinación de dineros públicos, cosa distinta es que si al ejercerla se incurre en violación de la Constitución Política o de la ley, los actos respectivos sean susceptibles de la acción de nulidad y acarreen responsabilidad disciplinaria o fiscal”.

Con fundamento en lo anterior, el solo hecho que el presidente del Concejo Municipal liquide, reconozca y ordene el pago de los honorarios de los concejales, constituye en sí mismo el cumplimiento de un deber constitucional y legal. Luego entonces, tal conducta no constituiría una indebida destinación de dineros públicos, como quiera que no se aplicarían tales recursos a fines no autorizados por la Constitución, la ley o el reglamento, sino todo lo contrario.

Ahora bien, de no acreditarse el cumplimiento de la condición para el pago de

¹⁰⁰ Al respecto, pueden consultarse las siguientes providencias: i) del 28 de octubre de 2021 (Consejero Ponente: Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación número: 13001-23-33-000-2021-00198-01(PI)); ii) del 21 de mayo de 2021 (Consejero Ponente: Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación número: 50001-23-33-000-2020-00758-01(PI)A); iii) del 12 de julio de 2018 (Consejero Ponente: Dr. Oswaldo Giraldo López, radicación número: 25000-23-42-000-2017-04041-01(PI)); y iv) del 22 de febrero de 2018 (Consejera Ponente: Dra. María Elizabeth García González, radicación número: 25000-23-42-000-2017-04038-01(PI)).

¹⁰¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Hernando Sánchez Sánchez. Sentencia del 15 de marzo de 2018. Radicación número: 13001-23-33-000-2016-01107-01(PI).

honorarios, esto es, la asistencia comprobada a las sesiones del concejo municipal, sí podría llegar a configurarse una indebida destinación de dineros públicos.

Según quedó precisado en el acápite de hechos acreditados, los concejales John Jairo Cardona Gallego, Jorge Iván Correa Ospina, Iván Darío Posada Ballesteros, José Wilson Gil Murillo y Guillermo Loaiza Henao, sí asistieron a las sesiones ordinarias del mes de noviembre de 2022 que la parte actora refiere en su demanda; salvo en lo que respecta a la sesión 015 del 24 de noviembre de 2022, en la cual no participó el señor José Wilson Gil Murillo, pero dicha inasistencia no fue tenida en cuenta para el reconocimiento y pago de honorarios a su favor.

Para la parte actora no son válidas las sesiones a las cuales asistieron algunos concejales de manera virtual, específicamente para este caso los concejales John Jairo Cardona Gallego, Jorge Iván Correa Ospina, Iván Darío Posada Ballesteros y Guillermo Loaiza Henao, ya que, en su criterio, ello sólo procede cuando la presidencia de la corporación pública, por acto motivado, declare que por razones de orden público, intimidación o amenaza, no es posible que algunos miembros del concejo concurren a su sede habitual, o en razón de la emergencia sanitaria por el COVID-19, que para noviembre de 2022 ya no existía.

El artículo 24 de la Ley 136 de 1994 estableció cuándo se entiende que las sesiones del concejo municipal deben considerarse inválidas:

ARTÍCULO 24. INVALIDEZ DE LAS REUNIONES. *Toda reunión de miembros del Concejo que con el propósito de ejercer funciones propias de la corporación, se efectúe fuera de las condiciones legales o reglamentarias, carecerá de validez y los actos que realicen no podrá dársele efecto alguno, y quienes participen en las deliberaciones serán sancionados conforme a las leyes. (Líneas fuera de texto).*

Al regular los períodos de sesiones, el artículo 23 de la Ley 136 de 1994 dispuso lo siguiente en relación con la manera en la cual debe sesionar el respectivo concejo:

ARTÍCULO 23. PERIODO DE SESIONES. *Los concejos de los municipios clasificados en categorías Especial, Primera y Segunda, sesionarán ordinariamente en la cabecera municipal y en el recinto señalado oficialmente para tal efecto, por derecho propio y máximo una vez por día, seis meses al año, en sesiones ordinarias así:*

a) *El primer periodo será en el primer año de sesiones, del dos de enero posterior a su elección, al último día del mes de febrero del respectivo año.*

El Segundo y tercer año de sesiones tendrá como primer período el comprendido entre el primero de marzo y el treinta de abril;

b) *El Segundo período será del primero de junio al último día de julio;*

c) *El tercer período será del primero de octubre al treinta de noviembre, con el objetivo prioritario de estudiar, aprobar o improbar el presupuesto municipal.*

Los concejos de los municipios clasificados en las demás categorías, sesionarán ordinariamente en la cabecera municipal y en el recinto señalado oficialmente para tal efecto, por derecho propio, cuatro meses al año y máximo una vez (1) por día así: febrero, mayo, agosto y noviembre.

Si por cualquier causa los concejos no pudieran reunirse ordinariamente en las fechas indicadas, lo harán tan pronto como fuere posible, dentro del período correspondiente.

PARÁGRAFO 1o. *Cada período ordinario podrá ser prorrogado por diez días calendario más, a voluntad del respectivo Concejo.*

PARÁGRAFO 2o. *Los alcaldes podrán convocarlos a sesiones extraordinarias en oportunidades diferentes, para que se ocupen exclusivamente de los asuntos que se sometan a su consideración.*

PARÁGRAFO 3o. *<Artículo adicionado por el artículo 2 de la Ley 1148 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando la Presidencia de la Corporación, por acto motivado declare que, por razones de orden público, intimidación o amenaza, no es posible que algunos miembros de los Concejos Municipales y Distritales concurren a su sede habitual, podrán participar de las sesiones de manera no presencial.*

Para tal fin, los miembros del Concejo podrán deliberar y decidir por comunicación simultánea o sucesiva, utilizando para el efecto los avances tecnológicos en materia de telecomunicaciones tales como fax, teléfono, teleconferencia, videoconferencia, Internet, conferencia virtual y todos aquellos medios que se encuentren al alcance de los Concejales.

En caso de existir comisiones permanentes, se podrán adelantar las sesiones en los mismos términos establecidos en el presente artículo.

Los mismos medios podrán emplearse con el fin de escuchar a quienes deseen rendir declaraciones verbales o escritas sobre hechos o temas que requieran ser debatidos, o puedan aportar información o elementos de juicio útiles para las decisiones de los Concejos Municipales y Distritales.

El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

<Inciso adicionado por el artículo 15 de la Ley 1551 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Cada Concejo deberá expedir un acto administrativo que especifique los requisitos que debe cumplir para el uso de estos medios. El personero servirá como veedor y verificará el uso proporcional, justificado y adecuado de los medios tecnológicos. Los actos administrativos que autoricen la concurrencia de algún concejal a las sesiones de manera no presencial, deberán ser comunicados al personero dentro de los dos (2) días siguientes a su expedición. (Líneas fuera de texto).

Conforme a lo previsto por el artículo 31 de la Ley 136 de 1994, “Los concejos expedirán un reglamento interno para su funcionamiento en el cual se incluyan, entre otras, las normas referentes a las comisiones, a la actuación de los concejales y la validez de las convocatorias y de las sesiones”.

Atendiendo dicha disposición, el Concejo Municipal de Salamina expidió el Acuerdo 001 del 18 de febrero de 2019, con el cual determinó el nuevo reglamento interno de dicha corporación pública territorial, en el que señaló lo siguiente respecto de las sesiones y su validez, así como en relación con el pago de honorarios:

***Artículo 5.- Sede:** El Concejo sesionará en la cabecera municipal, en el recinto señalado oficialmente para tal efecto; ordinariamente por derecho propio, durante los períodos señalados por la ley y extraordinariamente por convocatoria del alcalde.*

***Parágrafo 1º:** Cuando se trate de asuntos que afecten específicamente a un corregimiento o comuna, el Concejo Municipal podrá hacer presencia cuando se convocare a cabildo abierto con sujeción a los preceptos de la ley 134 de 1994, Ley 1757 de 2015 estatutaria de los mecanismos de participación ciudadana.*

***Parágrafo 2º:** De conformidad con el Artículo 2º de la Ley 1148 de 2.007 – en concordancia con el decreto No. 2255 de 2002.- Cuando la Presidencia de la Corporación, por acto motivado declare que, por razones de orden público, intimidación o amenaza, no es posible que uno o varios miembros del Concejo Municipal concurren a su sede habitual, podrán participar de las sesiones de manera no presencial o fuera de la sede.-*

Para tal fin, los miembros del Concejo podrán deliberar y decidir por comunicación simultánea o sucesiva, utilizando para el efecto los avances tecnológicos en materia de telecomunicaciones tales como fax, teléfono, teleconferencia, videoconferencia, Internet, conferencia virtual y todos aquellos medios que se encuentren al alcance de los concejales.

En caso de existir comisiones permanentes, se podrán adelantar las sesiones en los mismos términos establecidos en el presente artículo.

Los mismos medios podrán emplearse con el fin de escuchar a quienes deseen rendir declaraciones verbales o escritas sobre hechos o temas que requieran ser debatidos, o puedan aportar información o elementos de juicio útiles para las decisiones del Concejo.

(...)

Artículo 7.- *Invalidez de las reuniones: Por regla general las reuniones de los miembros del Concejo con el propósito de ejercer funciones propias de la Corporación, se efectuarán (sic) en la sede oficial del Concejo, ubicada en la cabecera municipal.*

Los Concejales que participen en las sesiones que válidamente se convoquen fuera de la sede oficial de la Corporación tendrán derecho al reconocimiento y pago de honorarios y sus decisiones gozarán de validez.

Las reuniones que se realicen con desconocimiento de las disposiciones legales y reglamentarias serán inválidas y las decisiones que allí se tomen serán ilegales e ineficaces. Los concejales que participen en sesiones que controviertan las anteriores disposiciones incurrirán en falta disciplinaria sancionable por el organismo correspondiente.

(...)

Artículo 137.- *Pago de Honorarios.- De acuerdo al artículo 65 de la ley 136 de 1994 el reconocimiento de honorarios se realizará a los miembros de los Concejos de las entidades territoriales por la asistencia comprobada a las sesiones plenarias.*

Parágrafo 1º.- *Al reconocimiento y pago de honorarios por su asistencia comprobada a las sesiones plenarias de la corporación, conforme a la reglamentación legal, siempre que haya estado presente a más del 80% del tiempo que dure la sesión.*

No obstante que la ley y el reglamento del Concejo Municipal de Salamina dispusieron que por regla general las sesiones deben realizarse en el recinto de la corporación pública ubicado en la cabecera municipal, lo cierto es que, con la Resolución nº 027-2022 del 20 de abril de 2022, expedida por la Mesa Directiva del Concejo de Salamina, se admitió la posibilidad de que excepcionalmente se sesionara de manera virtual y/o mixta, previa autorización del presidente del concejo.

Aun cuando en los considerandos de dicho acto la Mesa Directiva del

Concejo Municipal de Salamina expone que deben proporcionarse mecanismos y medidas para la recuperación de la normalidad presencial que se vio afectada por la pandemia generada por el COVID-19, no puede perderse de vista que en ningún aparte de la resolución se limitó la excepción de realizar sesiones virtuales y/o mixtas, a la existencia o no de la emergencia sanitaria. En efecto, el texto es claro en señalar que, **en adelante**, sin precisar límite temporal alguno, las sesiones del concejo continuarán siendo presenciales por regla general, y virtuales y/o mixtas por excepción; e incluso, al momento de regular la posibilidad de solicitar sesionar de manera mixta, se indicó que se requería allegar justificación para ello, la cual tampoco quedó restringida o condicionada al COVID-19. Conviene precisar además que, pese a que para la época de los hechos objeto de análisis, ya se había levantado la emergencia sanitaria, lo cierto es que la Resolución n° 027-2022 del 20 de abril de 2022 seguía vigente y aún sigue vigente.

Debe señalarse que a través de este medio de control, el Tribunal no puede entrar a debatir o cuestionar la legalidad de la Resolución n° 027-2022 del 20 de abril de 2022, pues no es el objeto de este proceso.

En ese entendimiento, contrario a lo manifestado en la solicitud de pérdida de investidura, el Tribunal considera que los concejales John Jairo Cardona Gallego, Jorge Iván Correa Ospina, Iván Darío Posada Ballesteros y Guillermo Loaiza Henao estaban facultados para solicitar de manera excepcional la asistencia virtual a las sesiones de la corporación. Se debe precisar que, tal como se desprende de la Resolución n° 027-2022 del 20 de abril de 2022, los concejales que excepcionalmente solicitaran participar virtualmente, no estaban limitados a hacerlo en un cierto número de sesiones ordinarias, sin que obviamente tal hecho implicara desconocer la regla general de asistencia presencial.

En el anterior sentido, las reuniones mixtas llevadas a cabo en el mes de noviembre de 2022 y en las que participaron de manera virtual los concejales John Jairo Cardona Gallego, Jorge Iván Correa Ospina, Iván Darío Posada Ballesteros y Guillermo Loaiza Henao, no pueden tenerse como inválidas y, por lo tanto, el reconocimiento y pago de honorarios no constituye una indebida destinación de dineros públicos.

Para esta Sala Plena, el señor Franklin Andrés Henao Castaño actuó conforme a las condiciones reglamentarias establecidas por el mismo Concejo Municipal de Salamina; de manera que no puede sostenerse que traicionó, cambió o distorsionó los fines y cometidos estatales preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento al destinar los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados, o a otros sí autorizados pero diferentes a aquellos

para los cuales se encuentran asignados, o cuando aplica tales recursos a materias expresamente prohibidas, no necesarias o injustificadas, o cuando la finalidad es obtener un incremento patrimonial personal o de terceros, o cuando pretende derivar un beneficio, no necesariamente económico, en su favor o de terceras personas.

Recuérdese que el reconocimiento de honorarios tiene como presupuesto que se compruebe la asistencia a las sesiones, sin que se establezca o pueda exigirse otro requisito adicional. Y en este caso, fue demostrada la asistencia de los concejales John Jairo Cardona Gallego, Jorge Iván Correa Ospina, Iván Darío Posada Ballesteros, José Wilson Gil Murillo y Guillermo Loaiza Henao a las reuniones del concejo.

En ese sentido, para esta Sala Plena, la conducta endilgada por la parte demandante no se configura, pues los honorarios estuvieron justificados en las sesiones debidamente comprobadas y certificadas a las que asistieron los concejales John Jairo Cardona Gallego, Jorge Iván Correa Ospina, Iván Darío Posada Ballesteros, José Wilson Gil Murillo y Guillermo Loaiza Henao.

1.4 Elemento subjetivo

El hecho de no encontrarse acreditado el elemento objetivo de la conducta prohibida, releva a este Tribunal de analizar el elemento subjetivo o de la culpabilidad, conforme al artículo 1º de la Ley 1881 de 2018, modificada por la Ley 2003 de 2019.

Conclusión

Con sustento en las consideraciones expuestas, estima esta Sala Plena que en el presente asunto no se cumplen los requisitos de configuración de la causal invocada en la demanda y, por tanto, se declarará probada la excepción denominada: ***“NO HUBO UNA INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS”*** y, en consecuencia, se negarán las pretensiones del medio de control.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. DECLÁRASE **probada** la excepción denominada: **“NO HUBO UNA INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS”**, propuesta por el señor Franklin Andrés Henao Castaño.

En consecuencia,

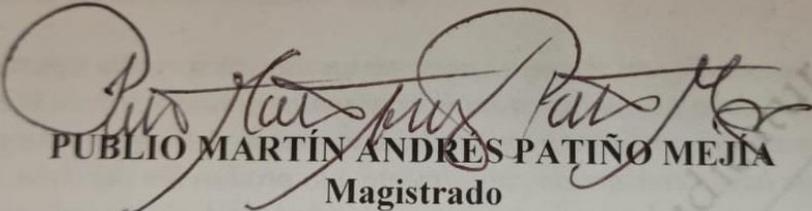
Segundo. NIÉGANSE las pretensiones de la demanda promovida por los señores Diego Carmona Llano, Francisco Javier Mejía Saraza y José Fabián López Trujillo, en ejercicio del medio de control de pérdida de investidura, contra el concejal del Municipio de Salamina, señor Franklin Andrés Henao Castaño.

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

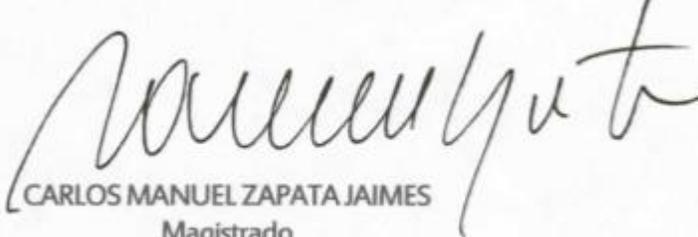
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



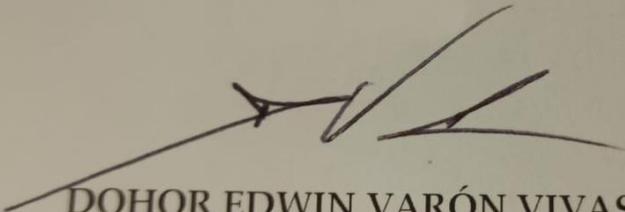
PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

**República de Colombia
Rama Judicial**



**Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de Segunda Instancia

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: José Sánchez Echeverry
Demandado: Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Radicado: 17-001-33-39-006-2020-00159-02
Acto judicial: Sentencia 40

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

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

Asunto

§01. **Síntesis:** La parte demandante, actualmente docente, solicita el reconocimiento de la pensión por aportes por acumulación de tiempos en el sector público y privado. La sentencia de primera instancia negó las pretensiones al considerar que los tiempos laborados como docente por contrato al servicio estatal, no le hacían beneficiario de la vinculación al FOMAG, y así, optar por la pensión. La sala confirma la sentencia, porque el actor no demostró que haya prestado 20 años de servicios como docente al servicio público, ni completo 750 semanas antes del 25 de julio de 2005, fecha límite para los beneficiarios del régimen de transición.

§02. Procede la Sala del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 22 de noviembre de 2021 proferida por la Señoría del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de **Nulidad y Restablecimiento del Derecho** interpuesto por **José Sánchez Echeverry**, en contra de la **Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, la primera instancia negó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicitó la pensión por aportes¹.

§03. Se pretende la nulidad de la **Resolución 0161-6 del 05 de enero de 2018**, expedida por la secretaria de educación del Departamento de Caldas, mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación.

§04. A título de restablecimiento del derecho, pidió se le reconozca y pague una pensión de jubilación, equivalente al 75% de lo devengado el año anterior al estatus pensional, es decir, entre el 06 de enero de 2014 y el 07 de enero de 2015.

§05. Además, que se condene a la parte demandada a pagar las mesadas dejadas de percibir desde el 07 de enero de 2015, fecha en la que se adquirió el derecho, incluidas las primas y los aumentos anuales, en conformidad con la Ley 71 de 1988, al pago moratorio de los intereses generados a partir de la ejecutoria de la sentencia y el pago de costas.

§06. Como problema jurídico planteó si el actor le corresponde la jubilación por aportes con base en la Ley 71 de 1988, por haberse vinculado como docente antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003.

§07. Como hechos precisó que el señor José Sánchez Echeverri, nació el 20 de abril de 1951 y ha laborado más de 20 años, con cotizaciones en: Caprecom, Colpensiones, docente contratado con órdenes de prestaciones de servicios reconocidas en sentencia judicial, y docente en propiedad.

§08. El 23 de noviembre de 2017 la parte demandante solicitó la pensión a la secretaria de educación del Departamento de Caldas, la cual fue negada por la Resolución No. 0161-6 del 05 de enero de 2018.

§09. Invocó como normas violadas el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003, la Ley 91 de 1989, el Acto Legislativo 01 del 22 de julio de 2005.

§10. Como concepto de la violación señaló que a los docentes vinculados al servicio educativo estatal antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, en el ámbito pensional se le aplican las normas anteriores a la Ley 100 de 1993. Esta vinculación puede ser de tipo contractual.

1.2. El FOMAG contestó que no reconocerá la pensión de jubilación²

§11. Se opuso a las pretensiones y aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la parte actora y la resolución que negó el reconocimiento. Como argumento principal de la defensa se precisó que la parte actora se vinculó al servicio educativo después de la vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que no se puede acceder a sus pretensiones.

¹ExpJ6. 002DemandaJoseSanchez.pdf

²ExpJ6. 011ContestaFomag.pdf

§12. Propuso y sustentó como medios exceptivos los siguientes:

§12.1. **Inexistencia de la obligación:** Al no ser viable el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, no se deriva ninguna obligación que la entidad deba cumplir, por ende, en ningún momento ha violado las disposiciones legales.

§12.2. **Legalidad del acto administrativo expedido:** Señalan que la resolución ostenta presunción de legalidad, pues la misma fue expedida por la autoridad competente, se resolvió la solicitud, se ajustó a la Ley y fue notificada de la manera pertinente.

§12.3. **Genérica.**

1.3. La sentencia que negó las pretensiones³

§13. La Juez Sexto Administrativo del Circuito de Manizales de 2021, luego de agotadas las etapas establecidas en el artículo 180 de la Ley 1437 dictó sentencia de la siguiente manera:

“PRIMERO: DECLÁRASE PROBADA la excepción de **“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”** y **“LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO”**.

SEGUNDO: NIÉGUESE las pretensiones de la demanda que por el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho formuló el señor **JOSE SANCHEZ ECHEVERRI** en contra de la **NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

§14. El juzgado definió los siguientes problemas jurídicos:

¿Tienen derecho la parte demandante a que se le reconozca y pague la pensión de jubilación establecida en la Ley 71 de 1988?

EN CASO AFIRMATIVO

¿Debe liquidarse con el 75% del salario básico y demás factores salariales devengados durante el año de servicios inmediatamente anterior a la configuración del derecho, así mismo a pagarle el retroactivo desde la fecha de adquisición del status pensional?

§15. El juez de primera instancia estudio: (i) el régimen pensional de los docentes vinculados al FOMAG antes de la Ley 812 de 2003 y; (ii) el régimen pensional de prima media; (iii) concluyó que bajo la pruebas allegadas en la demanda, si bien por sentencia se ordenó reconocer el tiempo laborado por la parte actora mediante contratos de OPS entre los años 2000 y 2003, esto es para tener en cuenta dichos tiempo para efectos pensional, por ende, no se puede otorgar la calidad de docente oficial conforme a estos contratos. Así, como la parte actora se vinculó a la docencia oficial en el año de

³ExpJ6. 026Sentencia.pdf

2004, siendo aplicable el régimen de prima media conforme a la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003, prosiguiendo a negar las pretensiones.

1.4. La apelación del demandante señala que se debe ordenar el reconocimiento de la pensión de jubilación⁴

§16. Solicitó que se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones.

§17. Argumentó que la primera instancia erró al no tomar en cuenta los contratos de OPS, pues por los mismos la parte actora fue vinculado antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 a la docencia oficial, siendo pertinente aplicar la Ley 71 de 1988, y ordenar el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación a favor del señor José Sánchez Echeverri. En el presente caso es obligatorio concluir que el régimen pensional aplicable no es otro distinto al establecido en la Ley 71 de 1988, esto por la demostración de la prestación del servicio como docente oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003. Además, en relación con la Ley 33 y 62 de 1985, la pensión debe ser reconocida a un equivalente del 75% del IBL conformado por los salarios devengados durante el último año de servicio anterior a la fecha del estatus pensional, incluyendo la asignación básica y bonificación mensual.

1.5. Actuación de segunda instancia⁵

§18. Mediante proveído del 22 de febrero de 2022 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§19. Conforme al artículo 153 del CPACA este Tribunal es competente para conocer del presente asunto.

2.2. Problema Jurídico

§20. ¿Al señor José Sánchez Echeverri se le debe reconocer una pensión de jubilación bajo la normativa de la Ley 71 de 1988, de la Ley 33 de 1985 o la Ley 100 de 1993?

§21. En caso afirmativo, ¿qué factores se deben incluir en el ingreso base de liquidación?

§22. ¿Cuál es la entidad competente para reconocer la pensión?

§23. ¿Se configuró la prescripción en este caso?

⁴ExpJ6. 029ApelacionDte.pdf

⁵Expediente Digital 02AutoAdmiteRecursoApelación.

2.3. Pensión ordinaria de docentes

§24. La sentencia de unificación del 25 de abril de 2019⁶, ha establecido el régimen que se debe aplicar a la pensión de jubilación ordinaria de los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así:

“Se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes: De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así:

a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.”

§25. En la sentencia en mención precisó lo siguiente con relación al Acto Legislativo 01 de 2005.

“36. El Acto Legislativo 01 de 2005 “Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política” en el Parágrafo transitorio 1, dispuso lo siguiente:

“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”

*37. De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, son dos los regímenes pensionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la **fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial** de cada docente, así:*

⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA- SENTENCIA DE UNIFICACION- Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019)- Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00569-01 Interno: 0935- 17 – SUJ-014-CE-S2-19.

I) Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

II) Régimen pensional de prima media para aquellos docentes que se vincularon a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres.”

§26. De esta manera, queda claro que para los docentes oficiales que se vincularon antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, se les debe aplicar el régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 que, para el caso en concreto, se controvierte la fecha de vinculación de la parte actora, así, la Sala más adelante le dará el estudio pertinente y establecer la fecha de vinculación, para proseguir a determinar el régimen a aplicar.

§27. La ley 33 de 1985, ha establecido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación de la siguiente manera:

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

Pueden tenerse en cuenta tiempos laborados al servicio oficial mediante contratos de prestación de servicios

§28. Por otro lado, el Consejo de Estado consideró que el tiempo laborado a través de contrato de prestación de servicios con entidades públicas para la docencia debe tenerse en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión ordinaria de jubilación:

“Respecto a los tiempos laborados por el docente mediante autorización de prestación de servicios, la Sala precisa que se pueden tener en cuenta para efectos pensionales. Así entonces, se observa que el demandante se desempeñó como docente para la entidad territorial mediante dicha modalidad de vinculación, situación de la cual, se infiere, en principio, que debió realizar los respectivos aportes para efectos de la pensión; sin embargo, en el plenario no obra prueba de ello. En este punto, es menester precisar que el legislador ha impuesto la obligatoriedad de realizar aportes parafiscales a pensión, a fin de que la entidad de previsión obligada pueda pagar sin detrimento patrimonial las prestaciones que por ley debe reconocer, entre ellas, las pensiones, en consonancia con el principio de sostenibilidad financiera del sistema y solidaridad, en razón de los aportes a los que aquellos están obligados.

(...)

En lo que se refiere a la vinculación de docentes a través de contratos de prestación de servicios, sea lo primero advertir que el artículo 2 del Decreto ley 2277 de 1979 define como docente a quien ejerce la profesión de educador, es decir, “... el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de qué

trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo.

Asimismo, les impone la citada normativa una serie de obligaciones y prohibiciones, entre las que se destacan: (i) “Cumplir las órdenes inherentes a sus cargos que les impartan sus superiores jerárquicos”, (ii) “Cumplir la jornada laboral y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias de su cargo” y (iii) no “... abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorización previa”.

(...)

Ahora bien, en relación con las actividades y/o funciones de los docentes temporales y docentes – empleados públicos, en el párrafo primero del artículo 6 de la Ley 60 de 1993 se dispuso un régimen transitorio de seis años, con el objetivo de incorporar progresivamente a las plantas de personal a aquellos vinculados por medio de contratos de prestación de servicios, precepto que alentaba la disparidad entre dichos regímenes jurídicos y fue objeto de censura constitucional en la sentencia C-555 de 1994 por infracción al artículo 13 superior, ya que con la citada incorporación progresiva de los “docentes-contratistas” se afianzaba su vocación de permanencia sin discusión alguna y “... la semejanza material de su actividad respecto a la que desempeñan los demás maestros y profesores”, pues de mantenerse la norma, se permitiría una desigualdad material prohibida en la Constitución Política.

La Corte Constitucional, en las consideraciones del citado fallo, sostuvo además que la aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, de conformidad con “Las características asociadas a la celebración de contratos administrativos de prestación de servicios con docentes temporales, por las notas de permanencia y subordinación que cabe conferir a la actividad personal que realizan, pueden servir de base para extender a ésta la protección de las normas laborales.”⁷ -sft-

§29. Igualmente, en sentencia⁸ del 04 de diciembre de 2020, emitida por este Tribunal, como Magistrado Ponente el Dr. Dohor Edwin Varón Vivas, se ha mencionado:

“2.3. Los docentes vinculados a través de contratos de prestación de servicios. Se tiene en cuenta el tiempo de servicios para efectos del reconocimiento pensional. Reiteración del nuevo criterio jurisprudencial sobre la primacía de la realidad.

(...)

En sentencia del 13 de febrero de 2020, en la que señaló:

“El planteamiento expuesto sigue la línea jurisprudencial definida por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia de unificación jurisprudencial de 25 de agosto de 2016 según la cual 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

⁷ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN B- Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá D.C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)- Radicación número: 70001-23-33-000-2016-00260-01- Interno: 1489-18.

⁸ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS. Magistrado Ponente: Dohor Edwin Varón Vivas. Radicado Numero: 17001-23-33-000-2019-00567-00

elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes contratistas merecen una protección especial por parte del Estado.”

Precisa el Consejo de Estado además que, el pronunciamiento que se efectúe en el proceso ordinario de reconocimiento de la pensión de jubilación con inclusión de tiempos laborados a través de contratos de prestación de servicios puede darse en dos escenarios con connotaciones diferentes:

“(i). La primera, cuando se pretende la declaración de existencia de contrato realidad con todas sus connotaciones laborales y prestacionales, en este caso, debe darse previamente el agotamiento de la vía administrativa y convocar como demandada a la entidad territorial con la cual se suscribieron los contratos a efectos de garantizar el derecho al debido proceso de la entidad responsable y así mismo el total cumplimiento de la sentencia.

(ii).- La segunda se presenta en los casos en que únicamente se persigue el cómputo de los periodos laborados a través de contratos de prestación de servicios para el reconocimiento de la pensión de jubilación, escenario en el que es posible que el proceso ordinario se adelante únicamente con la comparecencia de la entidad de previsión. Esto por cuanto el Decreto 1848 de 1969 «Por el cual se reglamenta el Decreto 3135»¹¹ permite la acumulación de tiempos de servicio con la posibilidad de exigir la cuota parte de las otras entidades oficiales, al indicar que la pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicios requerido por la ley y que en los casos de acumulación de tiempo de servicios la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, a prorrata del tiempo de servicios en cada una de aquellas.””

§30. Por otro lado, y en mención de la sentencia de unificación, señaló frente a la prescripción lo siguiente:

“Adicionalmente, en materia de aportes pensionales, la aludida sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, precisó que, frente a los aportes para pensión no opera el fenómeno de prescripción, en atención a la condición periódica del derecho pensional que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan a día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales.

(...)

***Bajo tal entendimiento es procedente el computo de los tiempos laborados por contratos de prestación de servicios únicamente para efectos pensionales,** por cuanto frente a los aportes pensionales no opera la prescripción, ni la caducidad, y además, por cuanto la entidad o empresa a cuyo cargo se encuentra el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que legalmente les corresponda.*

Así las cosas, de acuerdo con la reciente tesis planteada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades y en tratándose de docentes oficiales, resulta procedente contabilizar el tiempo durante el cual estos prestaron sus servicios al Estado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación.”-sft-

2.4. Cuando el tiempo de servicios en el sector docente oficial no alcance para adquirir la pensión con base en la ley 33 de 1985, puede optarse por la pensión por aportes, si el beneficiario se encuentra en el régimen de transición de la ley 100 de 1993

§31. En igual sentido, la Ley 71 de 1988 ha establecido los mismos requisitos para acceder a la pensión de jubilación por aportes, pero a diferencia de la ley 33 de 1985, esta se debe aplicar en las situaciones que el docente está utilizando tiempos públicos y privados para acreditar el tiempo de servicio, pues en sentencia del Honorable Consejo de Estado se ha establecido lo mencionado, así:

§32. La sentencia unificadora antes citada solo desarrolló la determinación de los regímenes para los casos de docentes oficiales cuyo tiempo de servicio hubiese sido prestado únicamente en el sector público. No obstante, se abstuvo de plantear el supuesto cuando, por ejemplo, como ocurre en el presente asunto, el docente también tiene acumulados tiempos cotizados en el sector privado y aportados a otra administradora como lo era el entonces ISS:

“En la hipótesis del docente oficial que, sin el tiempo de 20 años en el sector público, pretende completarlos con tiempos servidos como trabajador privado, debe verificarse su situación con base en la Ley 71 de 1988, siempre que sea beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; pues de lo contrario, deberá acudirse íntegramente a ésta última norma.”⁹

§33. Para esta clase de eventos, el Consejo de Estado en sentencia del 18 de noviembre de 2020¹⁰ señaló que, la normativa aplicable correspondería a la Ley 71 de 1988 «*por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones*», que en el artículo 7º señala los requisitos para el reconocimiento pensional, así:

ARTICULO 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 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

⁹ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN B- Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá D.C., trece (13) de mayo de dos mil veintiuno (2021)- Radicación número: 52001-23-33-000-2014-00394-01 Interno: 3021-16.

¹⁰ Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Rad.: 66001-23-33-000-2016-00082-01(4676-17)

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.

§34. Sobre el alcance de esta pensión, el Consejo de Estado señaló:

“(…) la posibilidad de computar el tiempo servido en el sector público con el tiempo cotizado en el ISS, es un régimen pensional aplicable a quienes estuvieron vinculados laboralmente al sector oficial, a empleadores públicos y privados afiliados al I.S.S. o a ambos, y requieren de la suma de todos los aportes hechos, para reunir los requisitos para acceder al derecho de pensión”¹¹.

§35. Sin embargo, para establecer si le es aplicable o no la Ley 71 de 1988 que le permite *computar el tiempo servido en el sector público con el tiempo cotizado en el ISS*, es necesario determinar si la parte demandante es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; pues de lo contrario, deberá acudirse íntegramente a ésta última norma. Al respecto, el citado artículo dispone:

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

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

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida...

¹¹ Sentencia del 9 de junio de 2011 (Exp. 117-2009), con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve.

§36. En este sentido el Consejo de Estado¹² en sentencia de 19 de junio de 2020 señaló que:

39. Es de indicarse, que a la aplicación de régimen pensional dispuesto en la Ley 71 de 1988 es viable por beneficio del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que indica:

...

47. También se tiene, que el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que, como ya se analizó, únicamente acreditaba 38 años de edad y un tiempo de servicios de 8 años y 5 meses al momento de la entrada en vigencia de dicha norma; razón por la cual su reconocimiento pensional es improcedente a la luz de la Ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de 1994, como lo establece el a quo.

§37. Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-786 de 2014¹³ señaló:

En este sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha aclarado que dentro de los regímenes pensionales que regulaban el reconocimiento de la pensión de vejez antes de la ley 100 de 1993 y que quedan cobijados dentro del régimen de transición, se encuentra "(iii) la Ley 71 de 1988, que permitía la acumulación de tiempos laborados en entidades públicas así como las sufragadas al ISS por parte de empleadores privados"¹⁴.

§38. De acuerdo con el artículo 151 de la Ley 100 en comento, la entrada en vigor en el nivel nacional fue el 1º de abril de 1994 y en el nivel territorial en la fecha que dispusiera la respectiva autoridad y, en todo caso, no más allá del 30 de junio de 1995.

§39. Más adelante, el Acto Legislativo 01 de 2005¹⁵, en el artículo 1º, párrafo transitorio 4º, estableció la fecha máxima de vigencia del régimen de transición, así:

"El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen".

§40. Así, el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 se crea para proteger las expectativas legítimas que tienen los trabajadores afiliados al régimen de prima media con prestación definida a la fecha de su entrada en vigor y que estuvieran próximos a pensionarse. Este grupo está conformado por los servidores del Estado que

¹² Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad.: 76001-23-33-000-2016-01621-01(3327-19)

¹³ Luis Ernesto Vargas Silva

¹⁴ Sentencia C-405 de 2011

¹⁵ Acto Legislativo 01 de 2005 (julio 22) "por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política". // Artículo 2º. "El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su publicación." Fue publicado el 25 de julio de 2005 en el Diario Oficial 45980.

a la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, contarán con **35 años de edad o más si son mujeres, o con 40 si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados.**

§41. Sin embargo, de acuerdo con el mandato constitucional, el régimen de transición expiró el 31 de julio de 2010. Solo se conservó hasta el 31 de diciembre de 2014, para quienes acrediten 750 semanas cotizadas el 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigor del acto legislativo.

2.5. Lo demostrado en el proceso

§42. El señor José Sánchez Echeverri nació el 20 de abril de 1951¹⁶, por lo que a la vigencia de la Ley 100 de 1993 para empleados nacionales, 1° de abril de 1994, tenía 42 años, 12 meses y 11 días, y para empleados territoriales, 30 de junio de 1995, tenía 44 años, 3 meses y 10 días.¹⁷ Cumplió la edad de 55 años el 20 de abril de 2006 y 60 años el 20 de abril de 2011.

§43. Según las pruebas allegadas de tiempo de servicios se tiene: (i) como docente al servicio público por contratos o con nombramiento público, la parte demandante acredita 15 años, 9 meses y 14 días, por lo que no puede aplicársele el régimen de la Ley 33 de 1985; (ii) antes del 25 de julio de 2005 el actor no tenía 750 semanas cotizadas en los sectores público y privada, o sea, 14 años o 5.250 días, debido a que solo acreditó 10 años, 3 meses y 4 días; o 3.717 días; (iii) los 60 años el 20 de abril de 2011.

<i>Empleador o entidad donde cotizó</i>	<i>DESDE</i>	<i>HASTA</i>	<i>días</i>
Caprecom Auxiliar oficina	22/03/1974 ¹⁸	25/04/1977	<u>1130</u>
Colpensiones - periodos interrumpidos 125,29 semanas	25/08/1977 ¹⁹	30-nov-1999	<u>877</u>
Reconocido en sentencia Contrato realidad como docente - aportes pagados al FOMAG	17/04/2000	30-dic-00	<u>257</u>
Reconocido en sentencia Contrato realidad como docente - aportes pagados al FOMAG	01/02/2001	30-jun-01	<u>149</u>
Reconocido en sentencia Contrato realidad como docente - aportes pagados al FOMAG	15/07/2001	15-dic-01	<u>153</u>
Reconocido en sentencia Contrato realidad como docente - aportes pagados al FOMAG	15/01/2002	15-dic-02	<u>334</u>
Reconocido en sentencia Contrato realidad como docente - aportes pagados al FOMAG	27/01/2003	30-nov-03	<u>307</u>
Docente oficial - FOMAG	02/03/2004 ²⁰	03/08/2016	<u>4537</u>
cotizaciones a Colpensiones como particular	01/08/2016 ²¹	31/12/2016	<u>152</u>
cotizaciones a Colpensiones como particular	01/01/2017 ²²	31/03/2017	<u>89</u>

¹⁶ExpJ6. 002DemandaJoseSanchez.pdf – Fl 25/74

¹⁷ Expediente Digital 02DemandaAnexos.pdf. Fl. 24/73.

¹⁸ExpJ6 002DemandaJoseSanchez.pdf – Fl. 31/74

¹⁹ExpJ6 002DemandaJoseSanchez.pdf – Fl 31/74

²⁰ExpJ6 002DemandaJoseSanchez.pdf – Fl 49/74

²¹ExpJ6 002DemandaJoseSanchez.pdf – Fl 31/74

²²ExpJ6 002DemandaJoseSanchez.pdf – Fl 31/74

		TOTAL TIEMPO DE SERVICIO:	10-11-21
--	--	--	-----------------

§44. Mediante la Resolución 0161-6 del 05 de enero del 2018 a la parte actora se le negó el reconocimiento de una pensión.²³

§45. De esta manera, a la parte actora no se le puede reconocer la pensión por aportes, como lo pretende, al no haber acreditado 750 semanas cotizadas antes del 25 de julio de 2005, y los 60 años el 20 de abril de 2011, y el régimen de transición expiró el 31 de julio de 2010.

§46. Y tampoco se puede aplicar el régimen de la Ley 33 de 1985, pese a estar vinculada al servicio educativo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, al no demostrar 20 años como docente al servicio educativo estatal.

§47. De esta manera, se confirmará la sentencia de primera instancia, pero por los motivos indicados en esta sentencia.

2.6. De las costas en esta instancia

§48. Con base en el numeral 3 del artículo 365 del numeral 1 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011, no se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, toda vez que no se generaron gastos, ni se demostró en esta instancia alguna gestión de la parte accionada.

§49. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la ley 446 de 1998.

§50. Por lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales del 22 de noviembre de 2021, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **José Sánchez Echeverry** contra la **Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. NO CONDENAR en costas de esta instancia.

²³ExpJ6. 002DemandaJoseSanchez.pdf – Fl 19 a 21/74

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

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

República de Colombia Rama Judicial



Honorable Tribunal Administrativo de Caldas Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de primera instancia

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: HAROLD JIMÉNEZ GARCÍA representado por su señora madre Blanca Nelsy Jiménez García y por su curador *ad litem* abogado José Oscar Gutiérrez
Demandado: Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional
Radicado: 17001-23-33-000-2021-00036-00
Acto judicial: Sentencia 39

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

Proyecto aprobado en sala de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** La parte demandante solicita se le reconozca la pensión de invalidez por la pérdida de su capacidad laboral, la cual fue adquirida en ejercicio del servicio militar, pero pese a los constantes pedidos para su calificación por la entidad demandada, recurrió a la junta regional de calificación de invalidez. La Sala encuentra que se configuran los elementos para conceder la prestación social.

§02. La sala dicta sentencia de primera instancia en el medio de control de **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**, de carácter laboral, promovido por **HAROLD JIMÉNEZ GARCÍA**, demandante, representado por curador para el proceso, contra la **Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional**, entidad demandada.

1. Antecedentes

1.1. Trámite procesal

§03. El 17 de febrero de 2021 se presentó la demanda con las constancias de remisión a la entidad demandada y al Ministerio Público; el 15 de abril de 2021 se inadmitió la demanda para que se escogiera el nombramiento de un curador *ad-litem* del actor o se prestara la caución para la sustentación de la agencia oficiosa; el 30 de abril de 2021 el apoderado subsanó la demanda allegando póliza que garantizara la agencia oficiosa; el 12 de mayo de 2021 se admitió la demanda, y se nombró como curador al apoderado constituido por la madre del actor; el 29 de junio de 2021 la parte demandada contestó oportunamente la demanda; el 19 de julio de 2021 se hizo el traslado de las excepciones presentadas por la accionada; el 28 de septiembre de 2021 se ordenó que la Junta

Regional de Calificación de Invalidez de Caldas allegara copia auténtica del dictamen que en copia simple se había allegado con la demanda, que fue allegado el 8 de octubre de 2021; el 14 de octubre de 2021 se dio traslado a las partes del documento allegado; el 13 de diciembre de 2021 se ordenó que se diera trámite al proceso como sentencia anticipada, se decretaron las pruebas allegadas con la demanda y la contestación, y se ordenó el traslado de alegatos, instancia a la que solo concurrió la parte demandante. En la oportunidad para dictar sentencia se ordenó un auto de mejor proveer.

1.2. La demanda que solicita el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez¹

§04. El señor **HAROLD JIMÉNEZ GARCÍA**, representado por su señora madre Blanca Nelsy Jiménez García y por su curador para el proceso, pretende que: **(i)** se declare la nulidad del acto ficto configurado por el silencio administrativo a la petición presentada el 31 de agosto de 2020 ante el Ejército Nacional; y, **(ii)** a título de restablecimiento del derecho, pidió que se reconozca la pensión de invalidez desde su estructuración el 05 de julio de 2012.

§05. Como hechos describió: **(i)** el 14 de agosto de 2018 el joven Jiménez García fue incorporado al servicio militar, donde superó el examen de aptitud sicofísica en perfectas condiciones de salud, en el batallón de infantería 22 “Batalla de Ayacucho” de de Manizales; **(ii)** A los diez meses de servicio presencié la muerte de un amigo generándole depresión con inclinaciones suicidas; **(iii)** el 04 de junio de 2011 el actor fue internado en la clínica de San Juan de Dios con diagnóstico de trastorno bipolar; **(iv)** el 29 de junio de 2011 fue dado de alta con recomendación de evitar la manipulación de armas; **(v)** el accionante tuvo períodos de internamiento en la clínica, de servicio en centinela, aseo o cocina, como de fuga y arresto; **(vi)** **El 14 de enero de 2012**, luego de un año y cinco meses, el demandante terminó el servicio militar.

§06. Después que el actor prestó el servicio aconteció: **(i)** el 08 de junio de 2012 solicitó al Ejército la valoración por psiquiatría del joven, lo que solo se logró a través de sentencia de tutela del 28 de noviembre proferida por el Tribunal Superior de Manizales, confirmada por la Corte Suprema de Justicia; **(ii)** el Ejército fue renuente a cumplir la tutela, por lo que el 7 de junio de 2018 la familia del actor acudió al incidente de desacato; **(iii)** el 11 de julio de 2018 el actor se presentó con su señora madre ante el Ejército para la valoración, pero el Comando de Personal negó valorarlo hasta que estuviera mejor de salud; **(iv)** el 28 de agosto de 2019 el actor fue desafiliado del servicio de salud, y solicitó nuevamente su valoración, de forma infructuosa; **(v)** el 9 de marzo de 2020 el accionante le informó al Director de Sanidad del Ejército que se tramitaría la valoración por la Junta de Regional de Calificación de Invalidez de Caldas, pero el Ejército no le dio respuesta; **(vi)** el 11 de junio de 2020 la junta de invalidez emitió el dictamen 014230-2020, con una pérdida de capacidad laboral – en adelante PCL- del 100%, “... *con evidencia de condición invalidante a partir del 5/julio/2012 ...*” por “... *psicosis esquizofrénica crónica grado máximo...*”

§07. Invocó como normas violadas los artículos 11, 38 de la Ley 100 de 1993, y 39.c del Decreto 1796 de 2000.

¹ Exp. Esc. 02

§08. Como fundamentos de la violación señaló: **(i)** el artículo 39 del Decreto 1796 de 2000 preceptúa que cuando el personal durante el servicio adquiriera una incapacidad que implique una pérdida igual o superior al 95% de su capacidad laboral, tendrá derecho mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual equivalente al 95% del salario; **(ii)** el mismo decreto 1796 atribuye a la Junta Médico Laboral Militar o al Tribunal de Revisión Militar la competencia para establecer la disminución de la capacidad sicofísica; **(iii)** el artículo 28.7 del Decreto 1352 de 2013 permite que los aspirantes a una prestación por invalidez puedan solicitar que la Junta de Calificación de Invalidez determine la PCL; **(iv)** en el auto del 6 de julio de 2011, la Subsección A de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado se auxilió de la Junta Regional de Calificación de Invalidez para evaluar la PCL que dictaminó previamente la Junta Médica Laboral Militar para reconocer una pensión de invalidez.

1.3. Contestación del Ministerio de Defensa- Ejército Nacional²

§09. Se opuso a la totalidad de las pretensiones formuladas por la parte accionante; en cuanto a los hechos solo le consta la vinculación del actor, el tiempo de servicios, los meses que estuvo hospitalizado el exsoldado, el diagnóstico del trastorno afectivo bipolar, las acciones de tutela que presentó la familia del actor como el incidente de desacato.

§10. Señaló que no se demuestra que exista relación entre la enfermedad y la prestación del servicio militar. Además, la no realización de la calificación por Sanidad Militar se atribuye al incumplimiento de los deberes del actor.

§11. **Propuso las siguientes excepciones: (i) “Inexistencia de medios probatorios que endilguen la obligación a la entidad de pensionar al accionante” e “Inexistencia de la obligación”,** ambas excepciones se sustentan en que la parte actora no cumple con la carga de probar los hechos de la demanda; y, **(ii): Inexistencia de calificación por parte de sanidad militar,** que es la única entidad competente para para practicar las valoraciones y establecer la clasificación pertinente, de conformidad con el decreto 1796 de 2000.

1.4. Pronunciamiento del actor sobre las excepciones

§12. El curador señaló que existen suficientes pruebas para determinar que el actor entró a prestar el servicio militar en condiciones satisfactorias de salud, pero a los 10 meses comenzó sus problemas mentales al presenciar la muerte de un compañero, que es confirmado por sus hospitalizaciones y la calificación de la pérdida de capacidad laboral de la Junta Regional de Calificación de Invalidez. Además, la entidad demandada fue renuente en realizar la calificación de la capacidad psicofísica, a pesar de existir una orden de tutela que desatendió.

² Exp. Esc. 19

1.5. Alegatos de conclusión³

§13. Solamente la parte demandante se pronunció⁴, y reiteró los argumentos presentados en la demanda, en cuanto a que el joven Harold Jiménez García ingresó a prestar servicio militar en perfectas condiciones de salud mental y física, y durante el servicio padeció la enfermedad por la cual tiene un PCL del 100%, por lo que es merecedor de la pensión de invalidez demandada.

2. Consideraciones

§14. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 152 del CPACA.

2.1. Problema jurídico

§15. ¿La parte accionante tiene derecho a que se reconozca la pensión de invalidez a cargo de la entidad demandada?

2.2. Régimen actual aplicable a la pensión de invalidez para los miembros de las Fuerzas Militares

§16. Como se observará, la pérdida de capacidad laboral debe generarse por lesiones o afecciones médicas ocurridas o contraídas en servicio activo, con independencia de su origen, lo que no significa que tenga que estructurarse propiamente durante el mismo. Además, judicialmente puede recurrirse a la Junta Regional de Calificación de Invalidez en casos especiales.

§17. Sobre las normas a aplicarse en este caso, la sentencia del 25 de julio de 2019⁵ de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en un caso analógico con el presente, donde se pretendía la pensión de invalidez de un soldado profesional que prestó sus servicios desde **2005** al **2008**, que se estructuró en **2007**, hizo un análisis histórico acerca de esta prestación, donde señaló: **(i)** el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 inaplica el sistema integral de seguridad social a los miembros de la fuerza pública; **(ii)** el Decreto 1836 de 1979 regulaba esta pensión de invalidez, el cual fue derogado tácitamente por el Decreto 94 de 1989; **(iii)** el nuevo régimen de esta pensión se regularía por el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, pero fue declarado nulo por las sentencias del 28 de febrero de 2013 y 23 de octubre de 2014 del Consejo de Estado; **(iv)** el gobierno emitió el Decreto 1157 de 2014, que es el régimen aplicable a los miembros de la fuerza pública para acceder la pensión de invalidez, aunque se haya estructurado en fecha anterior:

“... en la actualidad los preceptos llamados a reglar la pensión de invalidez de los miembros de la Fuerza Pública se encuentran contenidos en el numeral 3.5 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004 así como en el artículo 2 del Decreto reglamentario

³ Exp. Esc. 38

⁴ Exp. Esc. 40

⁵ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA- CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ- Bogotá, D.C, veinticinco (25) de julio de dos mil diecinueve (2019)- Radicado: 810012333000201300165 01 (0700-2016)

1157 de 2014. Del análisis anterior, conviene destacar las siguientes características que determinan el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez:

i). La exigencia de un porcentaje mínimo de pérdida de capacidad laboral del 50% a efectos de acceder al derecho a la pensión de invalidez.

ii). La pérdida de capacidad laboral mínima del 50% debe generarse por lesiones o afecciones médicas ocurridas o contraídas en servicio activo, lo que no significa que tenga que estructurarse propiamente durante el mismo pues hay que considerar que, por la progresividad de ciertas patologías, es perfectamente posible que la merma de capacidad sicofísica aumente con el paso del tiempo. En otras palabras, el sistema de aseguramiento que proporciona la respectiva institución de cara a la contingencia de invalidez, le otorga cobertura al empleado durante el tiempo que permanezca vinculado en servicio activo y por los eventos que se presenten o se desarrollen a lo largo de éste, sin que pueda exigirse que sus efectos se consoliden plenamente en el mismo periodo.

iii). La calificación de pérdida de capacidad laboral debe ser integral, de manera que incluya todos los factores discapacitantes. Esto significa que no hay lugar a la exclusión de ninguno de ellos en razón de su origen; de lo contrario se correría el riesgo de negar, por distinciones meramente formales, el derecho pensional a aquellos individuos cuyas reales condiciones físicas dan cuenta de una invalidez material.

En línea con lo expuesto, bajo la vigencia de estos últimos preceptos, el derecho a la pensión de invalidez de los miembros de la Fuerza Pública surge cuando se genera una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% por lesiones o afecciones generadas en servicio activo, con independencia de su origen, ...” -sft-

§18. En forma extensa, el artículo 2º del Decreto 1157 antes aludido señala:

“ARTÍCULO 2. Reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez. Cuando mediante Acta de Junta Médico-Laboral y/o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, realizada por los organismos médico laborales militares y de policía, se determine al Personal de Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares y Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo, Agentes y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de la Policía Nacional, una disminución de la capacidad laboral igual o superior al cincuenta por ciento (50%) ocurrida en servicio activo, tendrán derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio, mientras subsista la incapacidad, a que el Tesoro Público, les pague una pensión mensual, que será reconocida por el” Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, liquidada de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan, con fundamento en las partidas computables que correspondan, según lo previsto en los Decretos 4433 de 2004 y 1858 de 2012; así:

2.1. El cincuenta por ciento (50%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al cincuenta por ciento (50%), e inferior al setenta y cinco por ciento (75%).

2.2. El setenta y cinco por ciento (75%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%), e inferior al ochenta y cinco por ciento (85%).

2.3. *El ochenta y cinco por ciento (85%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%), e inferior al noventa y cinco por ciento (95%).*

2.4. *El noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).*

PARÁGRAFO 1. La base de liquidación de la pensión del personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio, será el sueldo básico de un Cabo Tercero o su equivalente en la Armada Nacional, Fuerza Aérea y Policía Nacional.

PARÁGRAFO 2. Las pensiones de invalidez del personal de Soldados Profesionales, previstas en el Decreto Ley 1793 de 2000, serán reconocidas por el Ministerio de Defensa Nacional con cargo al Tesoro Público.

PARÁGRAFO 3. A partir de la vigencia del presente decreto, cuando el pensionado por invalidez requiera del auxilio de otra persona para realizar las funciones elementales de su vida, condición ésta, que será determinada por los organismos médico laborales militares y de policía del Ministerio de Defensa Nacional, el monto de la mesada pensionada se aumentará en un veinticinco por ciento (25%). Para efectos de la sustitución de ésta pensión, se descontará este porcentaje adicional.”

§19. Sobre las autoridades competentes para determinar la disminución de la capacidad laboral, el artículo 3.5 de la Ley 923 de 2004 señaló que: “3.5. *El derecho para acceder a la pensión de invalidez, así como su monto, será fijado teniendo en cuenta el porcentaje de la disminución de la capacidad laboral del miembro de la Fuerza Pública, determinado **por los Organismos Médico -Laborales Militares y de Policía**, conforme a las leyes especiales hoy vigentes, teniendo en cuenta criterios diferenciales de acuerdo con las circunstancias que originen la disminución de la capacidad laboral. En todo caso no se podrá establecer como requisito para acceder al derecho, una disminución de la capacidad laboral inferior al cincuenta por ciento (50%) y el monto de la pensión en ningún caso será menor al cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro.”-sft-*

2.3. Lo demostrado

§20. El demandante, señor Harold Jiménez García, tiene las siguientes condiciones: (i) nació el 22 de diciembre de 1991⁶; (ii) el actor prestó servicio militar del **14/08/2010** al **14/01/2012**, por 1 año y 5 meses⁷, como soldado campesino, lo cual fue confirmado en la contestación de la demanda por el Ejército; (iii) el 8 de junio de 2012 el Juez 84 de Instrucción Penal Militar ordenó la libertad inmediata del soldado, y solicitó al Instituto de Medicina Legal la valoración por psiquiatría para determinar si es apto para el servicio militar como también si se encuentra en capacidad de comprender y autodeterminarse⁸.

§21. De la historia clínica del hospital San Juan de Dios⁹ del señor Harold Jiménez García se extrae: (i) durante el servicio militar, el **2011-06-04**, el actor fue remitido por el Batallón Ayacucho a la Clínica San Juan de Dios, con diagnóstico de ingreso

⁶ Exp. Esc. 03 – Fl. 61/66

⁷ Exp. Esc. 03 – Fl. 35/66

⁸ 03Anexos.pdf

⁹ Exp. Esc. 04

IDEACIÓN SUICIDA, y egresó el 2011-06-29 con EPISODIO DEPRESIVO MODERADO, incapacidad funciona leve de la conducta, plan de tratamiento farmacológico, seguimiento de psiquiatría y se recomienda no portar armas; **(ii)** del **2011-07-22** al 2011-08-02 el accionante estuvo internado en la clínica por episodio depresivo no especificado; **(iii)** después de terminado el servicio militar, el actor estuvo internado en la clínica del **2012-07-05** al **2012-08-10** por esquizofrenia indiferenciada vs paranoide, es sometido a tratamiento farmacológico, se determina incapacidad funciona de la conducta en los momentos de estado de psicosis, con recomendación de no salir solo, y negativo para reincorporación al servicio militar; **(iv)** el 2013-09-12 es tratado en la clínica por esquizofrenia, pero la familia desiste de la hospitalización y se previene que hay alto riesgo de agresión; **(v)** en 2015-08-03 el paciente asiste a control donde se encuentra con efectos de sobre sedación y no es agresivo; **(vi)** los días 2018-03-01 y 2017-11-01 los controles reportan que cada día es más dependiente y no es agresivo.

§22. El trámite judicial y administrativo que consta en el expediente y en el sistema de consulta de la Corte Suprema de Justicia, es el siguiente¹⁰: **(i)** el 28 de noviembre de 2012 la Sala Laboral del Tribunal Superior de Manizales dictó sentencia en la tutela interpuesta por la señora madre del actor, donde ordenó al Director General de Sanidad Militar que en un plazo de 24 horas, ordenara que al acto se le recibiera la “valoración médica psiquiatra”; **(ii)** esta decisión fue confirmada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹¹; **(iii)** el 7 de junio de 2014 el Batallón Batalla de Ayacucho le indicó al apoderado de la parte demandante que la Junta Médica de Calificación depende de la Dirección de Sanidad Militar; **(iv)** el 22-01-2016 la Dirección de Sanidad requirió al apoderado del actor que llenara la ficha médica digital en la página web de la entidad; **(v)** el 27 de septiembre de 2017 el Director de Sanidad Militar le solicitó al Director de Sanidad Militar activar la especialidad de psiquiatría para poder realizar el trámite ante la junta médica; **(vi)** el 3 de octubre de 2017 la Dirección de Sanidad le indicó al apoderado del accionante que el médico tratante debía cargar al sistema el concepto e informarlo a Medicina Laboral para programar la fecha de la junta médico laboral; **(vii)** el 26 de junio de 2018 la Dirección de Sanidad solicitó al apoderado del demandante que la sección de medicina laboral requiere una segunda valoración por psiquiatría, que debe ser enviada por correo electrónico; **(viii)** el 21 de mayo de 2018 el Tribunal Superior de Manizales abrió incidente de desacato; **(ix)** el 30 de agosto de 2019 la familia del actor solicitó al Director de Sanidad la activación de los servicios de salud y la convocatoria de la Junta Médico Laboral; **(x)** el 11 de marzo de 2020 la señora madre del actor informó al Director de Sanidad que iniciaría el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas.

§23. Como prueba de la aptitud psicofísica del demandante, se allegó con la demanda el dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas, expedido el 11/06/2020.

§24. Por las consideraciones que se harán de inmediato, se hará la valoración de este

¹⁰ 03Anexos.pdf

¹¹

<http://consultaprovidencias.cortesuprema.gov.co/visualizador/ZmlsZTovLy92YXIvd3d3L2h0bWwvSW5kZXgvMjAxMy9MYWJvcnFsL0RyLjJpZ29iZXJ0byBFY2hldmVycmkgQnVlbn8vRW5lcm8vVC00MTQ5NSAoMzAtMDEtMTMpLmRvYw==/Tutelas/%22Blanca%20Nelsy%20Jim%C3%A9nez%20Garc%C3%ADa%22>

dictamen, porque la parte demandada no solicitó la comparecencia del perito ni solicitó que el tribunal médico-laboral de revisión militar y de policía adelantara la pericia:

§24.1. Según se informó previamente, los artículos 3° de la Ley 923 de 2004 y 2° del Decreto 1157 de 2014 expresa que las autoridades competentes para determinar la disminución de la capacidad sicofísica son la Junta Médico-Laboral y/o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía.

§24.2. En la sentencia del 3 de junio de 2021¹² el Consejo de Estado resaltó que el dictamen de la junta regional de invalidez no puede suplir el cumplimiento de la calificación de la junta médico laboral militar, a la cual el demandante debe dirigirse primero: “... *para que sea dable a la Administración la revisión de las referidas prestaciones de los miembros retirados de la fuerza pública, incluido el personal de agentes de la Policía Nacional, resulta indispensable que previamente el interesado solicite del tribunal médico-laboral de revisión militar y de policía la evaluación de las nuevas o actuales condiciones médicas (...) se precisa que el concepto de pérdida de la capacidad laboral emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta no tiene la virtud de suplir el cumplimiento del requisito de la calificación de las juntas médico-laborales militares o de policía o el tribunal médico-laboral de revisión militar y de policía, que (se reitera) son los únicos competentes para definir, clasificar, calificar y ponderar las lesiones o afecciones de los miembros de la fuerza pública...*”-rft-

§24.3. A pesar de lo anterior, en sentencia del 20 de febrero de 2020 el Consejo de Estado estimó que en condiciones especiales en las cuales se presenta dudas o contradicciones en el dictamen del tribunal médico-laboral de revisión militar, el concepto de la junta regional de invalidez puede tomarse en cuenta: “*Inclusive, este tipo de dictámenes proferidos en sede judicial tendientes a desvirtuar los realizados en sede administrativa, pueden ser objetados por la entidad demandada, lo cual no ocurrió en el presente caso ...Es por ello que no cabe duda que los dictámenes o valoraciones que efectúan las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez además de que se pueden tener en cuenta, tienen los mismos efectos a las expedidas por las autoridades médico laborales de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, siempre y cuando los ordene la autoridad judicial competente y sean sometidos a la correspondiente contradicción de que trata el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, se insiste, como ocurrió en el sub-lite.*¹³” (Subraya de la Sala)

§24.4. El artículo 1.3 del Decreto 1352 de 2013 señala que las personas pueden aportar judicialmente estos dictámenes de estas juntas, que actúan como peritos, pero “... *Se exceptúan de su aplicación el régimen especial de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, salvo la actuación que soliciten a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez como peritos.*”

“3. De conformidad con las personas que requieran dictamen de pérdida de capacidad laboral para reclamar un derecho o para aportarlo como prueba en procesos judiciales o administrativos, deben demostrar el interés jurídico e indicar

¹² CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"- Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER- Bogotá, D.C., tres (3) de junio de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 25000-23-42-000-2016-01268-01(6266-18)

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D. C, seis (06) de febrero de dos mil veinte (2020).

puntualmente la finalidad del dictamen, manifestando de igual forma cuáles son las demás partes interesadas, caso en el cual, las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez actuarán como peritos, y contra dichos conceptos no procederán recursos, en los siguientes casos:

*a) Personas que requieren el dictamen para los fines establecidos en este numeral;
(...)*

*PARÁGRAFO. Se exceptúan de su aplicación el régimen especial de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, salvo la actuación que soliciten a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez **como peritos.**”-rft-*

§24.5. La parte demandante con la demanda adjuntó copia simple del dictamen de la junta regional de calificación de invalidez, y el despacho ponente de este Tribunal ordenó que la junta regional remitiera copia auténtica, por lo que se asume como prueba pericial.

§24.6. El artículo 218 del CAPACA, modificado por el artículo 54 de la Ley 2080 de 2021 señala que “... *Las partes podrán aportar el dictamen pericial ... Cuando el dictamen sea aportado por las partes o decretado de oficio, la contradicción y práctica se regirá por las normas del Código General del Proceso.*”

§24.7. El artículo 228 del CGP expresa que “... *La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado ...*”-sft-

§24.8. En la contestación de la demanda la entidad insistió que la autoridad competente para determinar la PCL es la Junta Médico-Laboral y/o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía.

§24.9. Y sobre el dictamen de la junta regional de calificación aportado con la demanda indicó que “... *no puede tenerse como tal dicho documento que no ha sido sometido a las reglas de ratificación, misma que solicito con el presente memorial...*”¹⁴-sft-

§24.10. En el auto del 28 de septiembre de 2021 se solicitó la copia auténtica del dictamen a la junta regional de calificación. Cuando se allegó dicho dictamen *se dio en traslado* el 14 de octubre de 2021¹⁵, pero la parte demandada no se pronunció al respecto ni solicitó la comparecencia del perito.

§24.11. Como antes se indicó el CGP precisa sobre la contradicción de un peritaje aportado con la demanda, la contraparte “... *podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones...*”

§24.12. La entidad demandada no cumplió con la carga para contradecir el dictamen, porque: al haberse dado en traslado el dictamen allegado en copia auténtica no solicitó la asistencia del representante de la junta regional de invalidez a una audiencia, ni pidió que el actor fuera evaluado por la Junta Médico-Laboral y/o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía. Sino que en la contestación de la demanda solicitó la ratificación del documento, que es la

¹⁴ 2021-036 PDF CONTESTACION DEMANDA - BLANCA NELSY JIMENEZ GARCIA

¹⁵ Exp. Esc. 35

diligencia prevista por el CGP para documentos declarativos emanados de terceros.

§24.13. Además, el artículo 241 del CGP señala que “... *el juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes...*”. En este caso se verifica en los trámites administrativo y judicial la conducta dilatoria de la demandada: **(i)** la entidad fue renuente en practicar el examen de pérdida de la capacidad sicofísica del demandante, desde el año 2012, pese a existir órdenes de tutela al respecto; **(ii)** no allegó el expediente administrativo donde se pueda constatar algún incumplimiento del demandante en asistir a las valoraciones médicas; y, **(iii)** en la contradicción del dictamen de la junta regional de calificación de invalidez aportado con la demanda, no solicitó la comparecencia del perito, no presentó recurso respecto de las pruebas decretadas, ni solicitó que el accionante fuera evaluado por la Junta Médico-Laboral y/o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, que tantas veces insiste que es el único competente.

§24.14. Por lo que se dará valor probatorio al dictamen de la junta regional de calificación de invalidez.

§25. El dictamen emitido por la junta regional de calificación de invalidez de Caldas del 11 de junio de 2020¹⁶, tiene las siguientes características:

§25.1. Se sustentó con base en el Decreto 94 de 1989, “*Por el cual se reforma el estatuto de la capacidad sicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares...*”-sft-

§25.2. Tuvo en cuenta la historia clínica del actor, desde el 2011-06-04 hasta el 28/05/2019.

§25.3. En las conclusiones se precisó: **(i)** padece de esquizofrenia catatónica; **(ii)** de inicio durante la actividad militar; **(iii)** la condición invalidante se produjo algunos meses después de salir del servicio militar, el 5 de julio de 2012; **(iv)** según el manual de calificación de invalidez aplicable a las fuerzas militares, su psicosis tiene grado máximo, 100%; **(v)** se calificó de origen común porque la enfermedad es de base genética y el medio ambiente fue el factor desencadenante pero no como causa suficiente:

“Se trata de un paciente con cuadro de enfermedad mental consistente con esquizofrenia catatónica de inicio al final de la adolescencia (a los 19 años), durante la actividad militar, con progresión de la patología la que inicialmente se manifestó como trastorno depresivo pero con la evolución se evidenció trastorno primario del pensamiento finalmente con características catatónicas. Se califica como trastorno psicótico, de acuerdo con el decreto 094/89, artículo 79, sección A, pajo el numeral 3-004, psicosis esquizofrénicas crónicas, grado máximo. Con evidencia de condición invalidante a partir del 5/jul/2012 fecha en la que la descripción del estado clínico se ajusta con la descripción establecida en el manual de calificación de invalidez aplicable a las fuerzas militares contenido en el decreto 094 de 1989 como psicosis esquizofrénica crónica de grado máximo. Se considera, dado que la patología diagnosticada se corresponde con un trastorno de base genética en el que el medio ambiente podría considerarse como desencadenante pero no como causa suficiente, como enfermedad de origen común. (...) Se considera, dado que la patología diagnosticada se corresponde con un trastorno de base genética en el que el medio

¹⁶ Exp. Esc. 33

ambiente podría considerarse como desencadenante pero no como causa suficiente, como enfermedad de origen común. (...) Pérdida de la capacidad laboral y ocupacional 100,00% Origen: Enfermedad Riesgo: Común- Fecha de estructuración: 05/07/2012” -sft-

Solución de caso concreto

§26. El actor cumple con los requisitos para la pensión de invalidez, de acuerdo con la jurisprudencia del 25 de julio de 2019 antes citada en §17: “... *los preceptos llamados a reglar la pensión de invalidez de los miembros de la Fuerza Pública se encuentran contenidos en el numeral 3.5 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004 así como en el artículo 2 del Decreto reglamentario 1157 de 2014...*”:

§26.1. El actor cumple con la “... *exigencia de un porcentaje mínimo de pérdida de capacidad laboral del 50%...*”, en este caso, 100%;

§26.2. “... *por lesiones o afecciones médicas ocurridas o contraídas en servicio activo, lo que no significa que tenga que estructurarse propiamente durante el mismo...*”, y según la junta de calificación de invalidez el actor tiene un “... *cuadro de enfermedad mental consistente con esquizofrenia catatónica de inicio al final de la adolescencia (a los 19 años), durante la actividad militar...*”-sft-;

§26.3. “... *La calificación de pérdida de capacidad laboral debe ser integral, de manera que incluya todos los factores discapacitantes. Esto significa que no hay lugar a la exclusión de ninguno de ellos en razón de su origen...*”, como se constata en la calificación hecho por la junta regional.

§26.4. Según el artículo 2º del Decreto 1157 de 2014, como el actor tiene una PCL del 100%, tendrá “... *derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio, mientras subsista la incapacidad, a que el Tesoro Público, les pague una pensión mensual, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, liquidada de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan... 2.4. El noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).*”

§26.5. A pesar de que la norma señala que el derecho a la pensión es a partir de la fecha de retiro, 14 de enero de 2012, en el presente litigio la invalidez se estructuró el 5 de julio de 2012, fecha a partir de la cual se reconocerá la pensión, conforme a la sentencia del 22 de marzo de 2018 del Consejo de Estado¹⁷: “... *si científicamente se estructuró la disminución de la capacidad en determinada fecha, y si no se controvirtió dicha conclusión, no es dable en juicio alterar los efectos temporales para definir el momento en que procede el pago de la pensión de invalidez...*”

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN B- CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ- Bogotá D.C., 22 de marzo de 2018- Rad. No. 25000-23-42-000-2012-01417-01 No. Interno: 0412-2017

§27. De esta manera, se negarán las excepciones de “Inexistencia de medios probatorios que endilguen la obligación a la entidad de pensionar al accionante” e “Inexistencia de la obligación” propuestas por la entidad demandada.

§28. Se ordenará que la entidad demandada reconozca a la parte demandante la pensión de invalidez, en un noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables según lo previsto en los Decretos 4433 de 2004 y 1858 de 2012, cuya liquidación se hará desde la fecha de estructuración de la prestación, el 05 de julio de 2012, con los respectivos ajustes legales anuales.

Prescripción

§29. El artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 señala que “... *Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles...*”.

§30. Empero, la citada sentencia del 25 de julio de 2019¹⁸ inaplicó dicha prescripción “... *en la medida en que, en su expedición, el Gobierno Nacional excedió la facultad reglamentaria toda vez que la prescripción no estaba contenida en la Ley 923 de 2004, norma que desarrolla...*”

§31. Por lo que en este caso la prescripción se guía por el decreto 1211 de 1990:

“ARTÍCULO 174. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.”

§32. Para el cómputo de la prescripción se acogerá la posición de las subsecciones A y B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en las sentencias del 26 de mayo de

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA- CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ- Bogotá, D.C, veinticinco (25) de julio de dos mil diecinueve (2019)- Radicado: 810012333000201300165 01 (0700-2016)

2022¹⁹, 29 de junio de 2021²⁰ y 17 de noviembre de 2021²¹. O sea, “... es necesario tener en cuenta que, por un lado, la fecha de exigibilidad del derecho en el sub lite data el 14 de julio de 2014, cuando la demandante adquirió el estatus jurídico pensional y por consiguiente consolidó la prerrogativa a percibir la prestación en litigio; y por el otro, la petición mediante la cual solicitó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, fue radicada el 21 de noviembre de 2018. (...) la actora no ejerció el derecho dentro del término de 3 años que establece el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. Por su parte, entre la fecha de presentación del derecho de petición referido y de la demanda no se configuró la aludida prescripción porque esta última se radicó el 26 de marzo de 2019. En consecuencia, se declarará la prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 21 de noviembre de 2015.”

§33. En el presente caso se tienen las siguientes fechas:

Fecha. Derecho Exigible	Reclamación.	Fecha. Presentación de la demanda.
05 de julio de 2012.	31 de agosto de 2020. Reclama el reconcomiento de la pensión (Fl. 45 a 52. Exp. Esc. 03.)	17 de febrero de 2021. (Exp. Esc. 01.)

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B- MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil veintidós (2022)- Radicado: 050012333000201401526 01: “En el caso en concreto, la Sala encuentra que, la demandante elevó solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, el 17 de diciembre de 2012, ante la entidad demandada, conforme se observa a folios 5 a 11 del expediente, y en consideración a que el causante Bernardo Mena Santos, falleció el 30 de octubre de 1996, se advierte que hay lugar a aplicar el fenómeno de la prescripción consagrado en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, esto es, a partir del 17 de diciembre de 2008, conforme fue ordenado en la decisión de primera instancia.”

²⁰ Núm. del proceso: 17001233300020170033901- Interno: 1986-2021- Fecha proceso: martes, 29 de junio de 2021- Clase del proceso: LEY 1437 NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO- Ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ- Sección conocimiento: SCA SECCION SEGUNDA: “[S]e tiene que en el presente asunto, y de conformidad con el análisis efectuado en acápite que precede, la señora (...), consolidó su derecho el 30 de noviembre de 2011. Si bien no obra en el plenario la reclamación con la que se dio inicio al procedimiento administrativo ante la entidad demandada a efectos de obtener el reconocimiento y pago de la pensión gracia, de la Resolución (...) es posible extraer que la demandante presentó una solicitud encaminada a obtener el pago de la prestación el 19 de octubre de 2015, por lo que puede colegirse que en el presente asunto operó el fenómeno jurídico de la prescripción, pues entre la fecha en que consolidó el estatus pensional y la reclamación, transcurrieron más de 3 años. Ahora, dicha circunstancia también implicó que el término prescriptivo de 3 años que recaía sobre las mesadas pensionales, volviera a iniciar por una sola vez tras haber elevado la reclamación administrativa, así, no habiendo pasado más de 3 años entre la mencionada solicitud (19 de octubre de 2015) y la presentación de la demanda (17 de mayo de 2017), la prescripción debe contarse desde el momento en que se radicó la primera petición de reconocimiento y pago de la pensión gracia, habiendo lugar a declarar prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 19 de octubre de 2012.”

²¹ Núm. del proceso: 25000234200020190050701- Interno: 4275-2021- Fecha proceso: miércoles, 17 de noviembre de 2021- Clase del proceso: LEY 1437 NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO- Ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS- Sección conocimiento: SCA SECCION SEGUNDA (Subsección A): “En cuanto a la prescripción trienal de mesadas, es necesario tener en cuenta que, por un lado, la fecha de exigibilidad del derecho en el sub lite data el 14 de julio de 2014, cuando la demandante adquirió el estatus jurídico pensional y por consiguiente consolidó la prerrogativa a percibir la prestación en litigio; y por el otro, la petición mediante la cual solicitó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, fue radicada el 21 de noviembre de 2018. Es decir, la actora no ejerció el derecho dentro del término de 3 años que establece el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. Por su parte, entre la fecha de presentación del derecho de petición referido y de la demanda no se configuró la aludida prescripción porque esta última se radicó el 26 de marzo de 2019. En consecuencia, se declarará la prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 21 de noviembre de 2015.”

§34. La Sala evidencia que desde la fecha en que se hizo exigible el derecho a la pensión de invalidez hasta la reclamación, han transcurrido más de 4 años, por ende, se configuraría la prescripción. Pero entre la petición del 31 de agosto de 2020 y la presentación de la demanda, 17 de febrero de 2021, no transcurrieron 4 años, por lo que las mesadas anteriores al 31 de agosto de 2016 están prescritas.

§35. Las sumas reconocidas serán actualizadas con los índices de inflación certificados por el DANE, mes a mes, con la utilización de la siguiente fórmula financiera:

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

§36. De donde (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por la demandante desde el 31 de agosto de 2016, hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse cada pago.

§37. Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada pensional y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

De las costas en primera instancia

§38. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado²³ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

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

§39. Se analiza que la parte demandante fundamentó la demanda nutridamente de argumentos de principios, normativos y jurisprudenciales, se demostró la diligencia en la vía administrativa como judicial, como la notoria renuencia de la parte demandada para realizar los exámenes al demandante, quien por su estado es una persona de protección especial.

§40. De esta manera, se condenará en costas y agencias en derecho a la parte demandada a favor de la demandante, cuya liquidación se hará conforme al artículo 366 del CGP, por aplicación del artículo 188 del CPCACA.

§41. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§42. Por lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: DECLARAR no demostradas las excepciones de “Inexistencia de medios probatorios que endilguen la obligación a la entidad de pensionar al accionante” e “Inexistencia de la obligación” propuestas por la entidad demandada. **DECLARAR** la prescripción de las mesadas pensionales generadas antes del 31 de agosto de 2016.

SEGUNDO: DECLARAR la existencia y nulidad del acto ficto generado por el silencio administrativo de la petición presentada el 31 de agosto de 2020.

TERCERO: En restablecimiento se ordena a la **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL** reconozca y pague la pensión de invalidez a **HAROLD JIMÉNEZ GARCÍA** en un 95% de las partidas computables que correspondan según lo previsto en los Decretos 4433 de 2004 y 1858 de 2012, desde el 31 de agosto de 2016. Las sumas se indexarán conforme a lo señalado en este acto judicial.

CUARTO: Condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandada a favor de la parte demandante, cuya liquidación se hará conforme al artículo 366 del CGP, por aplicación del artículo 188 del CPCACA.

QUINTO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia, según las directrices de los artículos 192 a 195 del CPACA.

SEXTO: Notifíquese la presente providencia conforme al artículo 203 del CPACA. Ejecutoriada esta sentencia, archívense las diligencias previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI. Remítase copia de la sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Referencia: Se repone auto recurrido y niega concesión recurso de apelación
Medio de Control: Reparación Directa
-Radicación: 1700123330002019-00300-00
Accionante (s): Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales Infimanizales.
Accionado (s): Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Turismo – FONTUR – Administrada por la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. FIDUCOLDEX S.A.
Acto Judicial: Auto Interlocutorio 65

Manizales, abril dieciocho (18) de dos mil veintitrés (2023).

Síntesis: Se accede a la reposición del auto recurrido frente al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; así mismo, frente a la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. Fiducoldex como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Turismo -Fontur. Se niega la concesión del recurso de apelación.

Asunto

La Sala decide el recurso de reposición y la concesión del recurso de apelación, interpuestos por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; así como por la sociedad Fiduciaria Fiducoldex S.A., en contra del auto que decidió las excepciones, ordenó la vinculación al Representante Legal de la empresa Sistemas de Transporte de Cable Sistrac S.A., y la negó respecto del Consorcio Alianza Turística.

Antecedentes

La parte resolutive de la providencia recurrida ordenó lo siguiente:

Primero. NEGAR la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por el Ministerio de Comercio, Industria y Comercio, y Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A.-Fiducoldex., por los motivos expuestos.

Segundo. Declarar parcialmente la excepción previa de falta de integración del Litisconsorcio necesario, conforme en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, se ordenará vincular al Representante Legal de la empresa Sistemas de Transporte de Cable Sistrac S.A., y se negará respecto de Consorcio Alianza Turística.

Tercero. Requiérase al Fondo Nacional de turismo – FONTUR administrado por el Patrimonio Autónomo Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. – FIDUCOLDEX para que en el término de cinco (5) días aporte la dirección de notificaciones de la vinculada, con el fin de ser notificadas de la demanda para que ejerzan el derecho de defensa y contradicción.

La anterior decisión fue notificada de manera electrónica el 23 de septiembre del 2022, conforme a la constancia secretarial aportada al expediente digital, de conformidad con el artículo 201 del CPACA.

De la sustentación de los recursos de reposición y apelación

Las entidades recurrentes a través de los apoderados judiciales presentaron los siguientes argumentos de inconformidad.

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo¹

- (1) Solicitó aclarar el auto, respecto a la excepción propuesta de falta de legitimación en la causa por pasiva, con apoyo en que la parte considerativa se indicó que se resolvería en la sentencia; en la parte resolutive la excepción fue denegada. Por lo anterior, requiere que se de claridad y precisión acerca de tal decisión.
- (2) Consideró que se debe declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo presente que Fontur cuenta con personería jurídica propia, con el fin de responder por la suscripción del contrato.
- (3) Señaló que la cartera ministerial dentro del marco de su competencia consistente en formular políticas generales para el desarrollo y la competitividad de los sectores productivos y ejecutar las políticas y proyectos entre otros; no ha adelantado actuación, ni suscrito contrato alegada por la parte actora.

Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. Fiducoldex como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Turismo -Fontur².

Expuso las razones por los cuales debe ser vinculada al proceso el Consorcio Alianza Turística así:

- (i) Que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo adelantó el proceso de contratación directa 48, como resultado de éste celebró con el Consorcio Alianza Turística como entidad administradora del Patrimonio Autónomo Fondo de Promoción Turística, los contratos 88 y 89 concernientes a la ejecución de recursos de la contribución fiscal para la promoción de turismo, donde se incluía la obligación de contratar a la entidad fiduciaria de administración financiera.
- (ii) Describió que el Consorcio Alianza Turística en calidad de administrador del Fondo de Promoción Turística, suscribió los contratos M-0249; M-0251; M-0252 de 2009; y M-045, M-0079 de 2010 con el propósito de construir la parte electromecánica del Sistema de Línea Teleférico Estación Camino de la Palma; y no por la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A., como nueva vocera y administradora del PA Fontur.
- (iii) Que de acuerdo al Contrato de Fiducia Mercantil 137 de 2013 se establece nuevas obligaciones a la fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior – Fiducoldex, en clausulado establece que la responsabilidad del anterior administrador esto es, Consorcio Alianza Turística frente a los contratos que hubiere suscrito como administrador del PA Fontur no se exonerará. Y la nueva administradora responderá por los hechos que ocurran con posterioridad a la cesión de respectivo contrato. A su vez señaló que el Consorcio en mención, intervino en la demanda interpuesta en los procesos acumulados instaurados bajo el medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos.

Oportunidad

¹ Expediente digital 022Recursoreposición

² Expediente digital 022Recursoreposición

De conformidad con el artículo 319 del CGP, por remisión expresa del CPACA, y conforme a la constancia secretarial se observa que los términos de notificación transcurrieron los días 26 y 27 de septiembre de 2022. A su vez el término de los tres (3) días para interponer los recursos, se surtieron los días 28, 29 y 30 de dicho mes y año. Conforme a la fecha de la presentación de los recursos esto es, el 29 de septiembre de dicha anualidad por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; y el 30 de dicho mes por la Fiduciaria Fiducoldex, se entiende presentado en el término oportuno.

Consideraciones

Respecto a la procedencia del recurso de reposición el artículo 242 del CPACA modificado por el artículo 61 de la Ley 2080 de 2021, precisó: *“el recurso de reposición procede contra los autos, salvo norma legal en contrario, en cuanto a su oportunidad y trámite, se aplicará lo dispuesto en el Código General del Proceso”*.

Frente a los argumentos esbozados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Inicialmente frente a la solicitud de aclaración por la presunta imprecisión en el auto recurrido; es preciso advertir, si bien en la parte considerativa se indicó que la excepción se decidiría de fondo en la sentencia. Y en la parte resolutive se ordenó denegarla frente al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Tal decisión fue debidamente motivada a través de la jurisprudencia proferida por el Sección Segunda del Consejo de Estado, que permite identificar las clases de legitimación en la causa respecto al material y formal. A su vez, si la misma se constituye de fondo y no.

Por lo anterior, en dicho acto judicial se ordenó denegar dicho medio exceptivo propuesto por la cartera ministerial, para que la entidad continúe vinculada al proceso, hasta tanto se decida en la sentencia si se encuentra legitimada o no para atender las pretensiones de la demanda. Lo anterior, implica realizar un análisis profundo a partir del material probatorio aportado al plenario.

Frente a los argumentos expuestos por el recurrente en cuanto la negativa de acceder al medio exceptivo de falta de legitimación en la causa por pasiva formulado, el Despacho considera que, conforme a las pruebas aportadas al plenario, se modificará la decisión teniendo en cuenta que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo tendría una legitimación en la causa formal. Lo anterior tiene fundamento en:

- (i) De acuerdo a las competencias legales endilgadas a la cartera ministerial y conforme a lo establecido en el artículo 42 de la Ley 300 de 1996, dicha entidad adelantó un proceso de licitación pública con el fin de ejecutar los recursos fiscales destinados a la promoción y competitividad del turismo, así como contratar la entidad fiduciaria de administración.
- (ii) En tal sentido, se suscribió el Contrato de Fiducia Mercantil 137 de 2013 entre el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y la sociedad fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. – Fiducoldex para administrar al Fondo Nacional de Turismo Fontur. Así mismo, el Decreto 2251 de 2012 facultó a dicho ministerio para contratar la administración de dicho Fondo.
- (iii) A su vez, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo adelantó el proceso de contratación directa No. 48, y como resultado del mismo celebró con el Consorcio Alianza Turística, los siguientes contratos: (i) Contrato 88 y 89 para la ejecución de los recursos fiscales y la contratación fiduciaria de administración financiera y pagos.

De acuerdo a los supuestos fácticos y jurídicos, es viable señalar que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, se encuentra legitimado por pasiva para estar vinculado por

tener una relación procesal derivado de los hechos constitutivos del litigio. Atendiendo a la presunta responsabilidad que se le endilga en las pretensiones de la demanda. Lo anterior, teniendo en cuenta el proceso de contratación en que intervino para la selección de la sociedad fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. – Fiducoldex, a través del contrato de Fiducia Mercantil 137 de 2013, con el fin de llevar a cabo la administración del del Fondo Nacional de Turismo FONTUR.

En este sentido, se accederá a la solicitud de aclaración del medio exceptivo propuesto, señalando este será resuelto en el fondo del asunto.

Frente a los argumentos esbozados por Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. Fiducoldex como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Turismo – Fontur

Referente a los cuestionamientos precisados por el recurrente y de acuerdo a las pruebas aportadas en la contestación de la demanda, considera el despacho que le asiste razón al solicitar la vinculación del Consorcio Alianza Turística. Lo anterior, comoquiera que dicha sociedad fungió como administradora del Fondo de Promoción Turística para la fecha de la propuesta del proyecto denominado “Cable Aéreo Sector Cable Plaza – Yarumos, esto es, para el 24 de febrero de 2009.

Que dicho Consorcio suscribió los siguientes contratos relacionados con el diseño arquitectónico, estudio socio económico, plan de manejo ambiental, levantamiento topográfico, estudio geotécnico, diseño estructural, hidrosanitario y eléctrico así: M-249-2009., M-251-2009, M-252-2009, M-079-2010, M-045-2010.

De igual manera, dicho proyecto fue radicado por parte de la Alcaldía de Manizales ante el Fondo de Promoción Turística que con la entrada en vigencia de la Ley 1558 de 2012 del 10 de julio de 2012, la denominación del Fondo de Promoción Turística cambió por la de Fondo Nacional del Turismo – FONTUR.

Luego, los procesos contractuales al que hace relación el recurrente cuya finalidad fue la construcción del Cable Aéreo los Yarumos fueron suscritos por el Consorcio Alianza Turística quien administraba el Fondo de Promoción Turística con anterioridad a la suscripción del Contrato de Fiducia Mercantil 137 de 2013 celebrado entre el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y Fiducoldex S.A.

Es por ello, que como dicho Consorcio participó en la contratación para la construcción electromecánica del Cable Aéreo Yarumos; y en tal sentido, puede endilgarse una presunta responsabilidad por los gastos que la parte demandante debió asumir en las obras de desmonte de la infraestructura electromecánica.

En consecuencia, se REPONDRÁ el auto recurrido y se ordenará por la Secretaría de la Corporación notificar a la sociedad Consorcio Alianza Turística, del auto que ordenó su vinculación al presente proceso con el fin de ejercer del derecho de defensa y contradicción.

Para dicho efecto, la notificación se deberá efectuar al correo electrónico suministrado por el apoderado judicial de la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. Fiducoldex.

Recurso de apelación

Ahora bien, sobre el recurso de apelación interpuesto como subsidiario, por la sociedad Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. Fiducoldex, su decisión se torna improcedente en razón a la carece de objeto. Lo anterior basado en la resolución del recurso de reposición interpuesto contra el auto de resolvió las excepciones.

De otro lado, respecto al recurso de apelación interpuesto por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el parágrafo 1 del numeral 9 del artículo 180 del CPACA, modificado por el artículo 40 de la Ley 2080 de 2021, señala que las decisiones que se profieran en el curso de la audiencia inicial pueden ser recurridas conforme a lo previsto en los artículos 242, 243, 245 y 246 de dicho estatuto.

A su vez, el parágrafo 3 del artículo 175 del CPACA, modificado por el artículo 37 de la Ley 2080 de 2021, previó resolver las excepciones previas que no requieran práctica de pruebas antes de la audiencia inicial de acuerdo a los artículos 100, 101 y 102 del CGP.

Colorario de lo anterior, se observa que las previsiones que regulan los recursos en el CPACA modificado por la Ley 2080 de 2021, no previó de manera taxativa el medio de impugnación procedente para las decisiones que resuelven las excepciones previas.

No obstante, lo anterior la jurisprudencia del Consejo de Estado, señaló las reglas procesales en materia de recursos contra la excepciones previas y mixtas, así como las decisiones que ponen fin al proceso por auto o sentencia anticipada. Al respecto explicó:

*“Tratándose de las excepciones mixtas la circunstancia es diferente, pues por mandato del artículo 175 del CPACA, las de “cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se declararán fundadas mediante sentencia anticipada, en los términos previstos en el numeral tercero del artículo 182 A”. Ello implica que las excepciones mixtas solo pueden ser declaradas fundadas por el juez o por las respectivas salas, secciones y subsecciones del Tribunal o Consejo de Estado, acorde con lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 125 del CPACA. Según las glosas del artículo 182 A ejusdem, especialmente su parágrafo, si el juez o el magistrado ponente consideran que la excepción mixta está llamada a prosperar, ordenará mediante auto correr el traslado para alegar. Si una vez escuchados los alegatos el instructor considera que no hay lugar a la sentencia anticipada, seguirá el trámite normal del proceso; empero, si es lo contrario, será entonces el juez o el respectivo órgano plural el que adopte la decisión a que haya lugar, la cual se reflejará en una sentencia en caso de que se declare su prosperidad, y si, en el caso de los magistrados colegiados, luego de las deliberaciones se encuentra que no está fundada la excepción mixta, será entonces el ponente el que haga lo propio. Habiendo prosperado la excepción mixta que ponga fin al proceso mediante sentencia no será posible recurrirla por vía de reposición, dado que, se trata de un medio de impugnación que solo procede contra autos, acorde con lo previsto en el artículo 242 del CPACA. Podrán ser controvertidas por vía del recurso de apelación si tal sentencia anticipada se dicta en la primera instancia, tal como lo enseña el artículo 243 del CPACA. No podrán ser atacadas por la vía de la súplica por no corresponder a una decisión adoptada por el magistrado ponente, según lo requiere el artículo 246 ibídem, sino por el juez o la sala de decisión. No podrán ser cuestionadas a través de ningún recurso ordinario (reposición, apelación, súplica o queja), si corresponden a “sentencias proferidas en el curso de la única o segunda instancia”, pues lo prohíbe expresamente el artículo 243 A del CPACA. Ahora, hay que aclarar que comoquiera que la sentencia es la providencia con la cual se pone fin al proceso, a través de una decisión que de cierta manera define los derechos y obligaciones de las partes, es dable entender que para que se pueda dar alcance al mandato de sentencia anticipada que recae sobre las excepciones mixtas, es necesario que tal supuesto comprenda de manera decisiva y determinante a aquel. De esta manera, se evita la contradicción lógica derivada de la terminación anticipada de la litis cuando se deba declarar la falta de legitimación en la causa de un sujeto procesal sin el cual se pueda continuar con el trámite, piénsese por ejemplo en los asuntos de nulidad electoral en los que han sido vinculados innecesariamente la Registraduría Nacional del Estado Civil o el Consejo Nacional Electoral; o cuando la cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva solo son factibles respecto de algunos cargos de la demanda. **En estos eventos que no conllevan la terminación del proceso, las excepciones mixtas deberán ser declaradas o resueltas por el juez o magistrado ponente, con la posibilidad de ser recurridas únicamente por la vía del recurso ordinario de reposición, como regla general derivada del artículo 242 del CPACA, por cuanto permiten seguir con la actuación judicial en virtud de los principios pro actione y pro damato, sin perjuicio de declaratorias oficiosas que puedan resultar en momentos posteriores, incluso en la sentencia.” Rft.***

Conforme al precepto jurisprudencial esbozado se extrae que las decisiones que se profieran frente a las excepciones mixtas que no dan lugar a la terminación del proceso solo son susceptibles del recurso de reposición como regla general.

En consecuencia, se denegará la concesión del recurso de apelación formulados por sustracción de materia dado que se accedió a los recursos de reposición.

En mérito de lo expuesto,

Resuelve

PRIMERO: Reponer el auto proferido el 22 de octubre de 2022, que decidió las excepciones frente al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y frente a la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. Fiducoldex como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Turismo -Fontur.

SEGUNDO: Se aclara que el medio exceptivo denominado falta de legitimación en la causa por pasiva propuesto por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, será resuelto en la sentencia.

TERCERO Se ordenará la vinculación a la sociedad Consorcio Alianza Turística, al presente proceso. Por la Secretaría de la Corporación se deberá notificarla con el fin de ejercer del derecho de defensa y contradicción. Para dicho efecto, la notificación se deberá efectuar al correo electrónico suministrado por el apoderado judicial de la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. Fiducoldex.

CUARTO: Se niega la concesión del recurso de apelación, por los argumentos expuestos.

QUINTO: EJECUTORIADA esta providencia y una vez notificado a los vinculados continúese con el trámite procesal.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado