

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veintitrés (2023)

RADICACIÓN	17001-23-33-000-2023-00048-00
CLASE	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
DEMANDANTE	ENRIQUE ARBELAEZ MUTIS
DEMANDADO	NACIÓN - MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO
VINCULADO	MUNICIPIO DE MANIZALES

Ingresa el proceso a Despacho para resolver la solicitud realizada por el apoderado del municipio de Manizales, Caldas, en el sentido de ampliar el plazo dado a las entidades con el fin de presentar un informe sobre los bienes que están en cabeza del ministerio distinguiendo con claridad sobre cuales bienes el municipio tiene la posesión y el uso, y sobre cuáles no.

El apoderado de Manizales solicita se amplíe el término inicialmente dado, esto es de 1 mes, por igual lapso de tiempo, para presentar el informe requerido teniendo en cuenta la información de los inmuebles debe estar respaldada con los planos récord, lo que requiere de una visita por parte de los funcionarios adscritos a la Secretaría de Hacienda, y debido al gran número de inmuebles y a la falta de personal las visitas no se han podido culminar en el tiempo inicialmente otorgado.

Teniendo en cuenta lo manifestado por el apoderado de la entidad territorial se concede un término de 1 mes contado a partir de la notificación de la presente providencia para que se presente el informe requerido por parte del Despacho.

Por lo brevemente expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE:

PRIMERO: SE CONCEDE un término de 1 mes contado a partir de la notificación de la presente providencia para que se presente el informe requerido por parte del Despacho.

SEGUNDO: Ejecutoriado el presente proveído, **CONTINÚESE** con el trámite de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 117 del 11 de julio de 2023.

Firmado Por:

Carlos Manuel Zapata Jaimes
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División 1 De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **6839603ab3918b66555d1fc349875b9b51029fa2c5539fa84370428021e520b1**

Documento generado en 10/07/2023 01:39:52 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veintitrés (2023)

RADICACIÓN	17001-23-33-000-2018-00043-00
CLASE	EJECUTIVO A CONTINUACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE	JOSÉ ROGELIO GALVEZ ALARCÓN
DEMANDADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FNPSM

Conforme a la constancia secretarial que antecede, procede el Despacho a pronunciarse respecto de la solicitud de que se informe el NIT de la entidad accionada o en su defecto el número de la cuenta de la entidad, a efectos de que se pueda hacer efectiva la medida cautelar decretada dentro del proceso de la referencia. En primer lugar debe indicar el Despacho que al ser la entidad acciona una sola, esto es el FNPSM, es claro que solo tiene un NIT de identificación el cual, a criterio de este Despacho no es necesario para hacer efectiva la medida cautelar decretada, pues es claro que la misma recae sobre las cuentas que tenga el FNPSM que no sean inembargables, no encontrando asidero el argumento expuesto por las entidades bancarias sobre la necesidad de aportar los datos antes mencionados, pues se trata de una entidad pública, cuyos datos financieros reposan en las entidades bancarias. En este orden de ideas se exhorta el cumplimiento de la medida cautelar, la cual si no es posible cumplir se requiere a las entidades bancarias para que alleguen una certificación donde se explique claramente los motivos por los cuales no se pueda dar cumplimiento a la orden judicial.

De otro lado, y conforme lo dispone el artículo 443 del CGP aplicable por remisión expresa del artículo 298 del CPACA, córrase traslado de las excepciones propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM a la parte ejecutante por el término de diez (10) días para que se pronuncien sobre ellas si a bien lo tiene.

Se advierte a las partes que, para efectos del proceso, el único correo electrónico autorizado para la recepción de memoriales es el sgtadmincl@notificacionesri.gov.co; y que toda documentación enviada a otro correo electrónico se tendrá por no presentada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIME
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 117 del 11 de julio de 2023.

Firmado Por:

Carlos Manuel Zapata Jaimes

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Dirección Ejecutiva De Administración Judicial

División 1 De Sistemas De Ingeniería

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **a98f38fcb4d128220d6b941834c0e3fc2568677708fc01800c6f6a0b43527ad6**

Documento generado en 10/07/2023 01:58:54 PM

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

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veintitrés (2023)

RADICACIÓN	17001-23-33-000-2023-00102-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	UNO 27 S.A.S
DEMANDADO	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS DIAN

Procede el Despacho Uno del Tribunal Administrativo de Caldas, conforme con lo dispuesto en el artículo 171 de la Ley 1437 de 2011, a decidir sobre la admisión de la demanda que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** presentó **UNO 27 S.A.** contra **LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONAL - DIAN.**

Al haber sido corregida dentro del término oportuno, y al cumplir los requisitos de ley, admítase el proceso de la referencia. En consecuencia, por la Secretaría de la corporación:

NOTIFÍQUESE personalmente en la forma y en los términos indicados en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, a **LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONAL – DIAN** al correo informado por la parte actora notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co o al buzón de notificación que repose en los datos de la secretaría. y al **MINISTERIO PÚBLICO** al buzón del correo electrónico informado por la parte actora procesosjudiciales@procuraduria.gov.co o al que repose en los archivos de la corporación. A la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO** al correo informado por la parte actora procesosjudiciales@defensajuridica.gov.co o al que repose en la base de datos

de la secretaría conforme al inciso 5 del artículo 199 modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2011.

1. CÓRRASE traslado de la demanda a **la DIAN** y al **MINISTERIO PÚBLICO** por el término de treinta (30) días de conformidad con lo dispuesto en el artículo 172 del CPACA, plazo que **EMPEZARÁ A CORRER TRANSCURRIDOS DOS (2) DÍAS** de enviado el mensaje de datos de notificación, conforme lo establece el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

2. PREVÉNGASE a la **DIAN** para que con la contestación de la demanda den cumplimiento al párrafo 1º del artículo 175 del CPACA y alleguen copia de todos los antecedentes administrativos de los actos demandados, so pena de que el funcionario encargado incurra en falta disciplinaria gravísima.

3. RECONÓCESE personería al abogado **JUAN FERNANDO GIRALDO NAUFFAL** identificado con cédula de ciudadanía nro. 16.078.424 y Tarjeta Profesional nro. 184.991, como apoderado principal, y a los abogados **JHONIER VALLEJO LÓPEZ** identificado con cédula de ciudadanía nro. 15.962.733 y Tarjeta Profesional nro. 193.590 y **GENE RUSSELL RINCÓN** identificado con cédula de ciudadanía nro. 1.060.653.185 y Tarjeta Profesional nro. 309.563 como apoderados secundarios, en los términos y para los fines del poder a él conferido.

4. Para efectos de que las partes alleguen la contestación de la demanda, nuevos poderes, memoriales y solicitudes se les informa que el correo habilitado para ello es sgtadminld@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a dirección distinta, se entenderá por no presentado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



Firmado Por:

Carlos Manuel Zapata Jaimes

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Dirección Ejecutiva De Administración Judicial

División 1 De Sistemas De Ingeniería

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **527e55fe42aea15d3693db49c156116b049f93eaa9f82c023cd458ac914eb38c**

Documento generado en 10/07/2023 02:38:00 PM

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

17-001-33-33-003-2014-00577-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, siete (07) de JULIO de dos mil veintitrés (2023)

S. 110

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJIA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor HERNÁN PÉREZ PATIÑO y OTROS, dentro del proceso de REPACIÓN DIRECTA adelantado contra el MUNICIPIO DE VITERBO (CALDAS).

ANOTACIÓN PREVIA

Teniendo en cuenta que el presente asunto involucra hechos que pueden afectar el derecho a la intimidad de una menor de edad, la Sala de Decisión adoptará, como medida de protección de sus prerrogativas fundamentales, la omisión de su nombre y apellido en esta providencia judicial, aludiendo a lo sumo a sus iniciales, ello en línea con las medidas que frente a los derechos de los niños ha adoptado la Corte Constitucional en casos similares¹.

¹ Al respecto ver las sentencias T-773/15, T-523 de 1992, T-442 de 1994, T-420 de 1996, T-1390 de 2000, T-1025 de 2002 y T-510 de 2003.

ANTECEDENTES

Pretende la parte actora que se declare administrativamente responsable a la entidad territorial accionada por los perjuicios ocasionados como consecuencia de la separación innecesaria y forzosa del hogar y la ubicación en una morada sustituta de la menor K.J.P.R, por disposición de la Comisaría de Familia de Viterbo, Caldas, por medio de auto de apertura de investigación PSRD N° 010 de 21 de septiembre de 2012, separación que tuvo lugar entre el 26 de septiembre de 2012 y el 18 de enero de 2013. En consecuencia, solicita se condene a la entidad llamada por pasiva a pagar en su favor las siguientes sumas de dinero:

PERJUICIOS MORALES: 50 s.m.m.l.v. para HERNÁN PEÉREZ PATIÑO (padre), GLORIA MILENA RÍOS (madre), la menor afectada, CRISTIAN DAVID PÉREZ RÍOS (hermano), MÓNICA BEATRIZ PÉREZ MUÑOZ (hermana), DEISY LORENA PÉREZ GUTIÉRREZ (hermana), MARIA DORY PATIÑO DE PÉREZ (abuela) y MARIA MÉLIDA RÍOS DE MONTOYA (abuela); y 40 s.m.m.l.v. para sus tías, AMANDA LUCÍA PÉREZ PATIÑO, MARIA DORA PÉREZ PATIÑO, LUZ AMPARO PÉREZ PATIÑO y SANDRA MARÍA GARCÍA RÍOS.

DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN: impetran el reconocimiento de idénticas sumas y en las mismas proporciones determinadas para los perjuicios de orden moral.

Así mismo, piden que se reconozcan intereses de mora sobre dichas sumas y se condene en costas a la parte accionada.

CAUSA PETENDI

Se señaló, en suma:

- El 22 de agosto de 2012, la accionante GLORIA MILENA RÍOS asistió con su hija menor de edad a una consulta médica en la IPS SAN SEBASTIÁN DE VITERBO (CALDAS), debido a que la niña presentaba un flujo vaginal abundante, frente a lo cual le fue ordenado un examen de frotis vaginal que se llevó a cabo de manera particular, pues el servicio de salud de la menor estaba suspendido por un inconveniente con su tarjeta de identidad.
- La madre regresó a la IPS el 12 de septiembre de 2012 para presentar los resultados del examen, acotando que en la historia clínica no aparece como resultado la “Neisseria Gonorhoeae”, sin embargo, la mención de esta enfermedad se hizo en la historia clínica de la médica tratante, quien educó a la madre en el tratamiento de la patología, ordenó la aplicación de medicamentos, valoración por psicología, y efectuó el reporte de vigilancia epidemiológica por sospecha de abuso sexual a la menor.
- La visita del equipo interdisciplinario de la Comisaría de Familia de Viterbo (Caldas) tuvo lugar el 14 de septiembre de 2012, y fue llevada a cabo por psicóloga, trabajadora social y abogada. Dichas profesionales dejaron concepto de la inexistencia de factores de riesgo, y que la menor se encontraba en tratamiento médico y psicológico, además, remitieron las diligencias a la SIJIN para que efectuara la investigación respectiva. Se anotó que, en la historia clínica de 18 de setiembre de 2012, se dejó constancia de no haberse evidenciado en la menor signos o síntomas emocionales de abuso sexual, y se recomendó continuar con el proceso psicoterapéutico con el fin de identificar posibles factores de riesgo.
- La Comisaría de Familia de Viterbo (Caldas) profirió el auto PARD 010 de 21 de septiembre de 2012, con el cual, además de decretar algunas pruebas, dispuso, como medida de restablecimiento de los derechos de la menor, su ubicación transitoria en un hogar sustituto. Precisan que

dicha reubicación fue apresurada, se dio el 26 de septiembre siguiente en el Municipio de Anserma (Caldas), pese a la existencia de conceptos favorables del equipo interdisciplinario de la Comisaría, y que los padres de la menor habían otorgado consentimiento informado para evaluación psicológica.

➤ Para que los familiares pudieran visitar a la menor en el hogar sustituto, siempre requirieron la autorización de la comisaría de familia y el acompañamiento de personal al servicio de esta oficina.

➤ El 13 de octubre de 2012, la menor fue ubicada de forma provisional en la vivienda de su abuela paterna, como resultado de una nueva evaluación del equipo interdisciplinario, que determinó que no existían elementos de riesgo en el nivel familiar que establecieran una presunta situación de abuso sexual.

➤ La menor se vio afectada por ansiedad, tensión y manifestaciones depresivas durante el tiempo en el que estuvo ubicada en hogar sustituto, y su rendimiento escolar disminuyó durante ese lapso. Su núcleo familiar también se vio afectado emocionalmente, además de los señalamientos que padeció de la comunidad por el supuesto abuso sexual de que fue víctima la menor.

➤ A través de la Resolución N°003 de 18 de enero de 2013, la Comisaría de Familia de Viterbo dispuso la modificación de la medida de protección, ordenando el reintegro de la menor a su hogar original, procediendo a entregarla de forma inmediata a sus padres.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Como soporte de sus pretensiones expresa la parte actora, que si bien la comisaría de familia está facultada por el ordenamiento jurídico para

sustraer a un menor de edad de su entorno familiar cuando existan situaciones de riesgo o peligro para sus derechos, en el caso concreto las medidas adoptadas fueron apresuradas, ya que la Comisaria insistió en retirar a la menor de su familia pese a los informes que señalaban que no existían factores de riesgo, conclusión documentada por los propios servidores de esa oficina. Así mismo, en el artículo 37 del Código del Menor se consagran una serie de posibilidades de medidas de protección que resultaban menos lesivas que las adoptadas por el órgano público, con lo cual vulneró el derecho de la niña a permanecer con sus padres, prerrogativa que goza de rango constitucional.

En ese orden, consideran los accionantes que los daños producidos a la menor y su grupo familiar son imputables a la entidad demandada a título de daño especial, pues si bien se ejerció una potestad legal, su efecto fue perjudicar a la niña en sus derechos e imponer a su conglomerado más cercano una carga que rompe con las cargas públicas que debían soportar.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **MUNICIPIO DE VITERBO (CALDAS)** contestó el libelo introductor con el escrito de folios 329 a 333 del cuaderno 1A, oponiéndose a las pretensiones de la parte demandante, al defender la medida de protección de la menor adoptada por la comisaría de familia de esa localidad, respecto a la cual, plantea, no fue apresurada como dicen los demandantes, por el contrario, se basó en las pruebas recaudadas y en una infección que padecía la niña, que hacía pensar en un posible abuso sexual, más aún cuando se determinó que en semana no permanecía con sus padres y en el lugar donde se hallaba había adultos. Aclara que, ante la presencia de una infección sexual, no tenían certeza en su momento de la manera cómo había sido contraída, por lo que adelantaron una investigación que además fue muy ágil.

Negó que la menor haya sufrido perjuicios durante el tiempo en el que se cumplió la medida de separación del hogar, más allá de la falta que le pudo hacer su familia durante dicho lapso, a lo que añade que la madre sustituta que estuvo a su cargo goza de un excelente concepto profesional en su labor en el ICBF.

En cuanto a los perjuicios por los comentarios de la comunidad, anotó que fueron los mismos demandantes quienes se encargaron de divulgar abiertamente la situación, pese a que las autoridades guardaron la debida discreción.

En todo caso, consideró que era prioritario salvaguardar los derechos de la menor, y una vez se detectó que no existían riesgos, se dispuso a devolverla a su hogar, insistiendo en que mientras la medida estuvo vigente, la menor fue ubicada en un hogar de excelente reputación.

LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO

La Jueza 4ª Administrativa de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte demandante /fls. 400-412 cdno. 1/.

La funcionaria judicial enfocó el estudio del caso bajo el título de imputación del daño especial, acudiendo a lo dispuesto en los artículos 18, 50-53, 56 y 59 de la Ley 1098 de 2006, concluyendo que las medidas de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, consistentes en la ubicación en el medio o familiar o en hogar sustituto, son actuaciones legítimas en procura de la restauración de sus derechos, que en todo caso no dependen del arbitrio del defensor o comisario de familia, sino de especiales circunstancias de amenaza o vulneración de estas prerrogativas. Así mismo, recalcó que de acuerdo con el canon 22

de ese ordenamiento disposicional, es derecho de los niños y niñas a tener una familia y no ser separados de ella.

En punto a los pormenores del caso, precisó que está acreditado un daño, consistente en los sentimientos de angustia y desesperación de la menor y su familia al verse separados, aspecto que no puede desconocerse teniendo en cuenta los lazos de afecto y solidaridad que se establecen con la familia nuclear y extensa. En todo caso, argumentó que el daño proviene de una actividad estatal legítima, como las medidas de tutela de los derechos de los menores.

Adujo, igualmente, que analizada la medida adoptada, esta no fue desproporcionada ni ajena a los cánones de razonabilidad, en la medida en que se trataba de una mujer menor de 7 años que presentaba una enfermedad de transmisión sexual, por lo que constituía un deber legal de la comisaría disponer las gestiones tendientes a su protección, incluso, de no haberlo hecho, bien pudo haberse presentado una situación de desidia y negligencia frente a la amenaza de las prerrogativas de orden superior. Así las cosas, pese a que el retiro de la menor del núcleo familiar podía ocasionarle afectación moral, debía sopesarse cuál era la decisión menos lesiva para sus derechos.

Añadió que el hecho de que posteriormente no se haya determinado la existencia de un abuso no implica que la medida haya sido desacertada, pues esta se orientaba a garantizar el interés superior de la menor; además, la medida de ubicación en un hogar sustituto fue modificada 17 días después por la ubicación de la menor en la casa de su abuela paterna, antes de ser entregada a sus padres. Por ende, consideró que no se presentó un desequilibrio en las cargas públicas, porque el retiro de la niña de su entorno familiar es una carga que debía soportar en aras de la protección de sus derechos.

RECURSO DE SEGUNDO GRADO

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo proferido en primera instancia, con escrito visible de folios 414 a 416 del cuaderno principal, reiterando que la separación de la menor de su hogar fue excesiva, apresurada y desproporcionada, pues las medidas administrativas de restablecimiento de derechos deben garantizar en primera medida la prerrogativa de la menor a permanecer en su medio familiar siempre y cuando este medio sea garante de su ejercicio. A su juicio, se justifica calificar la medida como desproporcionada, pues había un concepto del equipo interdisciplinario de la comisaría que concluyó que en el hogar donde permanecía la menor no existían situaciones de riesgo, que tampoco constan en la historia clínica, en la que se precisaba la inexistencia de secuelas emocionales secundarias a un abuso.

Acota que el ordenamiento jurídico permitía la ubicación de la niña dentro de su núcleo familiar, en la casa de cualquiera de sus abuelas, donde existían garantías para el ejercicio de sus derechos, pero la entidad demandada prefirió sustraerla de su familia, lo que en se sentir hizo “sin el lleno de los requisitos de ley”.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

PARTE DEMANDANTE /fls. 8-9 cdno. 5/: reiteró que la ubicación de un niño en un hogar sustituto es legalmente procedente para salvaguardar los derechos, sin embargo, esa decisión en el caso concreto fue desproporcionada, ya que no se concretó la agresión familiar, el descuido ni el desamor hacia la menor, sumado a que en su hogar recibía el cuidado y amor que dispone la Constitución Política en su artículo 44, por lo que el interés superior de la menor no estaba en riesgo. Insiste que pese a la

existencia de conceptos que denotaban la inexistencia de riesgo, se privó a la menor de su entorno familiar.

MUNICIPIO DE VITERBO (CALDAS) /fls. 19-20 cdno. 5/: haciendo hincapié en que la competencia del Tribunal está marcada de forma exclusiva por los puntos sobre los cuales el recurrente exprese reparos frente al fallo materia de apelación, indicó que el proceder de la comisaría de familia se enmarca en las funciones que constitucional y legalmente le competen, pues sus actuaciones tuvieron su origen en un reporte médico que señalaba la pertinencia de su adopción, concluyendo que la parte actora no logró demostrar que la actuación de esa entidad se dio al margen del ordenamiento jurídico.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

Pretende la parte demandante se declare administrativa y patrimonialmente responsable al MUNICIPIO DE VITERBO (CALDAS) por los daños ocasionados con ocasión de la separación temporal del hogar de una menor de edad miembro del grupo demandante, quien fue ubicada de forma transitoria en un hogar sustituto del ICBF, por sospecha de abuso sexual.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Atendiendo a los motivos de apelación, y lo que fue materia de decisión por la funcionaria judicial *A quo*, el fondo del asunto se contrae a la dilucidación de los siguientes problemas jurídicos:

- ***¿SE CONFIGURÓ UN DAÑO ANTIJURÍDICO POR LA UBICACIÓN TEMPORAL DE LA MENOR DE EDAD EN UN HOGAR SUSTITUTO, ANTE LA SOSPECHA DE ABUSO SEXUAL?***

EN CASO AFIRMATIVO,

- ***¿EL DAÑO ES IMPUTABLE A LA ENTIDAD DEMANDADA?***
- ***¿QUÉ PERJUICIOS DEBEN SER INDEMNIZADOS EN EL SUB LITE?***

(I)

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 establece:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.” /Resalta la Sala/.

Ante este postulado constitucional y la diversidad de supuestos fácticos en los cuales el Estado puede irrogar daños a los particulares, por vía jurisprudencial se han decantado varios títulos de imputación que responden a las características propias de los contextos en los que se produce el hecho dañoso, así como a la dificultad probatoria que se deriva del carácter de algunas actividades.

Sobre los elementos de la responsabilidad estatal y los títulos jurídicos que legitiman la obligación de indemnizar aquellos agravios injustificados de carácter patrimonial, se pronunció el órgano de cierre de esta

jurisdicción en la sentencia de 13 de abril de 2021 con ponencia del Magistrado Nicolás Yepes Corrales (Exp. 53.430):

“(…) El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 consagró dos condiciones para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado: i) la existencia del daño antijurídico y ii) la imputación de éste al Estado. El daño antijurídico es la lesión injustificada a un interés protegido por el ordenamiento. En otras palabras, es toda afectación que no está amparada por la ley o el derecho, que contraría el orden legal o que está desprovista de una causa que la justifique, resultando que se produce sin derecho al contrastar con las normas del ordenamiento y, contra derecho, al lesionar una situación reconocida o protegida, violando de manera directa el principio *alterum non laedere*, en tanto resulta violatorio del ordenamiento jurídico dañar a otro sin repararlo por el desvalor patrimonial que sufre, de donde la antijuridicidad del daño deviene del necesario juicio de menosprecio del resultado y no de la acción que lo causa. La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto. Es decir, verificada la ocurrencia de un daño antijurídico y su imputación al Estado, surge el deber de indemnizarlo

plenamente, con el fin de hacer efectivo el principio *neminem laedere* y de igualdad ante las cargas públicas, resarcimiento que debe ser proporcional al daño sufrido”.

Y a propósito del principio de igualdad frente a las cargas públicas como fundamento de la responsabilidad estatal, este también emerge como base del título objetivo de imputación denominado “daño especial”, por medio del cual el ordenamiento jurídico reconoce que aun cuando la actuación o actividad estatal puede ser lícita y desarrollada conforme a los parámetros legales que le sirven de base, ello no obsta para que pueda producir daños a los particulares, los cuales, de tornarse desproporcionados frente a las cargas que deben soportar los demás asociados, generan el derecho a la indemnización, previsto en el artículo 90 del estatuto fundamental.

Sobre los ribetes esenciales del daño especial, el Consejo de Estado se pronunció en sentencia de 13 de agosto de 2021, precisando lo siguiente (Exp.

“(...) 90. En asuntos en los que el origen o la causa del daño deviene como consecuencia del ejercicio de una actividad lícita por parte de la administración, la jurisprudencia de esta Corporación ha sentado el criterio según el cual el régimen de responsabilidad que se abre paso es el objetivo de daño especial, lo que conlleva la declaratoria de responsabilidad cuando el demandante acredite que, con ocasión de dicha actividad, se produjo un rompimiento en el equilibrio de las cargas públicas que no tenía por qué asumir.

91. Se trata, entonces, de un título de imputación que no tiene como fundamento un error o falla atribuible al Estado o a alguno de sus agentes, sino el ejercicio, por parte de aquél o de éstos, de actividades legítimas que se proyectan negativamente en el patrimonio de los administrados, bajo la connotación de daños antijurídicos y que en aras de garantizar la equidad y el equilibrio frente a las cargas públicas, deben ser indemnizados” /Subrayas del Tribunal/.

Bajo los anteriores parámetros, el Tribunal determinará si se causó o no un daño antijurídico a los demandantes, con ocasión de la medida adoptada por la Comisaría de Familia de Viterbo (Caldas), consistente en la ubicación temporal de la niña en un hogar sustituto del I.C.B.F.

(II)

ANÁLISIS DE LA SALA: EL CASO CONCRETO

De las probanzas aportadas al proceso se tiene lo siguiente:

❖ Está acreditado que la accionante GLORIA MILENA RÍOS asistió a consulta médica con su hija menor de edad K.J.P.R. a la IPS SAN SEBASTIÁN DE VITERBO (CALDAS) el 22 de agosto de 2012. En la historia clínica consta que, ‘ASISTE LA MAMÁ DE LA MENOR PARA SOLICITAR EXAMEN X SÍNTOMAS DE LA MENOR (FLUJO VAGINAL ABUNDANTE), SE LE ENTREGA ORDEN MANUAL DE FFV PARA REALIZÁRSELO PARTICULAR POR ESTAR SUSPENDIDA EN EL SERVICIO (INCONVENIENTES CON LA TARJETA DE IDENTIDAD), NO SE PUDO ASIGNAR CITA MÉDICA’ /fl. 66/.

❖ Conforme se relata en la demanda y también consta en las notas de la historia clínica, el 12 de septiembre de 2012 madre e hija regresaron a la IPS con los resultados de los exámenes médicos, que arrojaron la presencia de la bacteria “NEISSERIA GONORRHOEAE”, ante lo cual la médica tratante dispuso la medicación y educación a la madre sobre la enfermedad. Además, remitió a la menor a valoración por psicología y ordenó realizar el reporte de vigilancia epidemiológica por sospecha de abuso en menor de edad /ídem/.

❖ Mediante oficio datado el 13 de septiembre de 2012 dirigido a la Comisaría de Familia de Viterbo (Caldas), la médica MÓNICA LIZZETT PÁEZ, de la IPS SAN SEBASTIÁN indicó: *‘La presente tiene como fin notificarle un caso de violencia sexual que se detectó en esta institución, en donde se confirma por frotis de flujo vaginal bacteria; neisseria Gonorrhoeae, la menor ya se encuentra en tratamiento médico y psicológico pero se remite a Ud. para su respectiva investigación. Se anexa ficha’* /fls. 14-15 cdno. 1, 13-14 cdno. 2/.

❖ A partir de lo anterior, la Comisaría de Familia de Viterbo (Caldas) llevó a cabo visita domiciliaria al hogar de la menor el 14 de septiembre de 2012. En el formato, suscrito por la trabajadora social JHOANA SÁNCHEZ VILLA, se dejó la siguiente constancia ‘FAMILIA EXTENSA CONFORMADA POR ABUELA MATERNA TÍOS, PRIMOS Y HERMANO. LA NIÑA (...) RESIDE Y ESTÁ AL CUIDADO DE SU ABUELA MATERNA DURANTE LA SEMANA Y DESDE EL DÍA VIERNES HASTA EL DOMINGO LA NIÑA VISITA SUS PADRES EN UNA FINCA EN LA VEREDA EL GUAMO. DENTRO DEL ENTORNO FAMILIAR DE LA ABUELA MATERNA NO SE ENCUENTRAN FACTORES DE RIESGO’, disponiendo en todo caso, la remisión de las diligencias a la SIJÍN para que adelantara la respectiva investigación, lo cual se hizo a través del Oficio 5318 de 14 de septiembre de 2012 /fls. 127-133, 144 cdno. 1/.

❖ Mediante Auto de Apertura de Investigación PSRD N° 010 de 21 de septiembre de 2012, la Comisaría de Familia de Viterbo (Caldas) dispuso la apertura del procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos de la menor, ordenando, entre otras medidas la siguiente: *‘Adóptese provisionalmente, como medida de restablecimiento de derechos a que se refieren los artículos 53 al 61 de la Ley 1098 de 2006 LA UBICACIÓN EN HOGAR SUSTITUTO’* /resaltado es del texto original, fl. 134/.

❖ También reposa en el expediente la solicitud de cupo en el hogar sustituto del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, suscrito por la comisaria de familia, en el que anota, *‘Se requiere ubicación en hogar sustituto como medida de protección, encontrándose factores de riesgo que amenazan el desarrollo integral de la niña, ya que los padres no aceptaron realizar la valoración de psicología dejando una observación en el consentimiento informado, donde manifiesta que la niña se encuentra bien y que no es importante como parte del proceso de la garantía de los derechos de la niña (...), haciendo difícil el debido proceso y el apoyo terapéutico por parte del psicólogo de la IPS San Sebastián’* /fl. 148 cdno. 1/.

❖ El 13 de octubre de 2012, se reunieron la Comisaria de Familia MARIA CLEMENCIA BOTERO JARAMILLO, la psicóloga ESPERANZA MURILLO CORREA y la trabajadora social JOHANA SÁNCHEZ VILLA para evaluar nuevamente el caso de la menor, sesión en la que se decidió modificar la medida provisional según el siguiente tenor: *‘Ubicar provisionalmente a la niña (...) en la residencia de la señora MARIA DORY PATIÑO DE PEREZ, abuela paterna, quien cuenta con las condiciones de garantizar la protección, cuidado personal, afecto y acompañamiento permanente a la niña en mención, lo cual se verificó las condiciones de la señora citada, durante visita domiciliaria realizada el día 26 de septiembre del año 2012,*

cuya dirección es carrera 8 Nro. 6-45, brindando la garantía en sus derechos' /fls. 262-265 cdno.1A/.

❖ Finalmente, el 18 de enero de 2013 la Comisaría de Familia de Viterbo (Caldas) profirió la Resolución N°003, con la cual nuevamente modificó la medida de protección, esta vez disponiendo el reintegro de la menor a su hogar. Después de establecer que los derechos de la niña están garantizados, y relacionar los resultados de las valoraciones médica, sociofamiliar y nutricional, de los cuales logró determinar la inexistencia de amenaza de abuso sexual, decidió esa instancia: *'MODIFICAR la medida de protección consistente en ubicación en HOGAR DE FAMILIA EXTENSA, y por consiguiente reintegrar a la niña (...) a su familia de origen, en el hogar de sus padres HERNÁN PÉREZ PATIÑO y GLORIA MILENA RÍOS'* /fls. 290-293 cdno. 1 A/.

De otro lado, el Tribunal no aludirá, al menos en este estado del discurso judicial, a los testimonios de JANETH PATRICIA GIRALDO RAMÍREZ, YULI ALEJANDRA MONTOYA GIRALDO, JHON GERMÁN MONTOYA RÍOS, MARGARITA CANO PATIÑO, ALBA LUCÍA MARÍN GARCÍA y FLOR MARÍA PÉREZ RÍOS, toda vez que sus declaraciones apuntan a aspectos relacionados con los perjuicios sufridos por el grupo familiar de la menor, elemento que se abordará únicamente en la medida que se determine la juridicidad del daño.

Según lo relatado en párrafos que anteceden, el análisis efectuado en sede de primera instancia tuvo lugar bajo la égida del régimen de imputación de daño especial, por cuanto no existe discusión acerca de la potestad legal con base en la cual la Comisaría de Familia de Viterbo (Caldas) adoptó las medidas de protección de los derechos de la menor de edad

involucrada en estas diligencias. Más bien, los accionantes señalan que pese a la legalidad de esa actuación, padecieron un daño que fue excesivo frente al equilibrio que debe observarse ante las cargas públicas.

De ahí que para esta Sala resulte inane profundizar en la legalidad o no de la actuación de la entidad demandada, más aun si se tiene en cuenta que lo que derivó en la decisión adversa a las pretensiones de la parte demandante, fue la calificación del daño padecido, que para la funcionaria judicial no fue antijurídico.

A manera de contexto del análisis judicial, es menester indicar que el artículo 44 del estatuto fundamental establece lo siguiente:

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, **la integridad física**, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, **tener una familia y no ser separados de ella**, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. **Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral**, secuestro, venta, **abuso sexual**, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás
/Destacado del Tribunal/.

Del postulado constitucional en cita emerge con claridad que dentro del catálogo de los derechos de los niños se incluye la protección de su integridad física y psicológica, así como tener una familia y no ser separados de ella, al tiempo que impone al grupo familiar la obligación de asistencia y protección frente a cualquier tipo de abuso, dentro del cual desde luego se incluye la tutela de la integridad sexual de los menores. Este deber de protección también se predica del Estado y sus instituciones, cuya obligación de actuar se hace indudable ante el carácter prevalente de las prerrogativas de los menores de edad.

A su turno, la Ley 1098 de 2006 consagra un procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos de los menores, orientado a *“la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados”* (art. 50), al tiempo que precisa que dicho restablecimiento *“(…) es responsabilidad del Estado en su conjunto a través de las autoridades públicas, quienes tienen la obligación de informar, oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, a todos los niños, las niñas o los adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad”* (art. 51).

El artículo 53 del mismo esquema disposicional consagra las medidas de restablecimiento de derechos que pueden adoptar las autoridades competentes, dentro de las que se encuentra la ubicación en hogar sustituto, definida en el canon 59 ídem *(antes de la modificación*

introducida por el artículo 2 de la Ley 2229 de 2022) en los siguientes términos:

“Es una medida de protección provisional que toma la autoridad competente y consiste en la ubicación del niño, niña o adolescente en una familia que se compromete a brindarle el cuidado y atención necesarios en sustitución de la familia de origen.

Esta medida se decretará por el menor tiempo posible de acuerdo con las circunstancias y los objetivos que se persiguen sin que pueda exceder de seis (6) meses. El Defensor de Familia podrá prorrogarla, por causa justificada, hasta por un término igual al inicial, previo concepto favorable del Jefe Jurídico de la Dirección Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. En ningún caso podrá otorgarse a personas residentes en el exterior ni podrá salir del país el niño, niña o adolescente sujeto a esta medida de protección, sin autorización expresa de la autoridad competente.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar asignará un aporte mensual al hogar sustituto para atender exclusivamente a los gastos del niño, niña o adolescente. Mientras dure la medida el Instituto se subrogará en los derechos contra toda persona que por ley deba alimentos al niño, niña o adolescente. En ningún caso se establecerá relación laboral entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y los responsables del hogar sustituto.

PARÁGRAFO. En el caso de los niños, niñas y adolescentes indígenas, se propenderá como primera opción, la ubicación del menor en una familia indígena. El ICBF

asegurará a dichas familias indígenas el aporte mensual de que trata este artículo”.

Bajo este marco normativo, en el proceso se acreditó que la menor de edad asistió en compañía de su madre al servicio médico producto de un abundante flujo vaginal, y que una vez practicados los exámenes de laboratorio, se determinó la presencia de una enfermedad de transmisión sexual, ante lo cual el personal de salud reportó la situación a la comisaría de familia de Viterbo, además de brindar el manejo médico, farmacológico y psicológico que la situación ameritaba.

A partir de ese reporte, la Comisaria de familia de Viterbo (Caldas) adoptó la medida de protección de ubicación de la menor en un hogar sustituto el 21 de septiembre de 2012, ante la posibilidad de una conducta de abuso sexual en su medio familiar, decisión que lejos de ser desproporcionada o apresurada, se inserta en la lógica que exige la presencia de un posible ilícito penal contra un menor, además de la evidencia clínica reportada por los galenos que la atendieron, y la categórica obligación que tienen las autoridades competentes para la protección de los derechos de los niños, la cual precisa que actúen con celeridad ante situaciones de vulneración o amenaza, como sin duda lo es la posible comisión de conductas que atenten contra su integridad sexual.

La proporcionalidad de la medida adoptada, y de las decisiones que le sucedieron, emerge también del hecho que el equipo interdisciplinario de la comisaría de familia continuó al tanto del caso de la menor, evaluando las condiciones de riesgo, y fue por ello que tan solo 22 días después, el 13 de octubre de 2012, sustituyó la medida de protección por la ubicación de la menor en la casa de su abuela paterna, donde permaneció hasta el 13 de enero de 2013, cuando finalmente fue devuelta a sus padres, una vez los profesionales detectaron que no existían factores de riesgo.

De ahí que más que hablarse de una desproporción o un rompimiento del equilibrio ante las cargas públicas, lo que observa este Tribunal, en consonancia con el examen judicial de primera instancia, es una actuación pública que se ubica dentro de los cánones de la razonabilidad, orientada a la protección de los derechos de una menor de edad, cuya ubicación temporal en un medio familiar sustituto no respondió a factores irracionales o arbitrarios, sino a sólidos fundamentos fácticos, clínicos y a la obligación legal que se impone a las autoridades de este ramo.

A esta altura del debate jurídico, cabe anotar que como acertadamente lo anota la entidad llamada por pasiva, desde el punto de vista constitucional y de los derechos de la menor, hubiese sido reprochable que ante una alerta seria y documentada del médico tratante sobre un posible abuso sexual, la comisaría hubiera permanecido inactiva, o hubiera prolongado la situación de amenaza al no tomar las medidas que la ley le provee, potenciando de esta manera el riesgo que se cernía sobre las prerrogativas de capital importancia para la niña.

Por ende, si bien la separación temporal de la menor de su hogar pudo generar sentimientos de tristeza a ella y a su núcleo familiar, lo cierto es que esta situación no reviste los ribetes de antijuridicidad que se predicen del daño indemnizable, pues no solo debía ser soportado atendiendo las circunstancias descritas con suficiencia, sino que era la medida más idónea para la tutela de sus prerrogativas, prevalentes frente a todas las demás, y sumado al hecho de que se dio por un lapso razonable, y fue sucedida por una medida alternativa que permitió su regreso, primero a su grupo familiar extenso, y finalmente a su familia nuclear.

Como conclusión de lo expuesto, lejos de un rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas, la actuación demandada responde al

imperativo constitucional de protección de los derechos de la menor de edad en una situación de alto riesgo, de la que además existían evidencias sólidas que le restan el supuesto carácter desproporcionado que se le pretendió atribuir por los demandantes.

De este modo, se confirmará el fallo apelado.

COSTAS

Como quiera que habrá de confirmarse la sentencia, se condenará en costas a los apelantes en virtud de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 365 del CGP (Ley 1564/12).

Como agencias en derecho en esta instancia se fija el 1% del valor de las pretensiones, a cargo de la parte demandante y a favor del MUNICIPIO DE VITERBO (CALDAS), atendiendo lo dispuesto en artículo 3.1.3. del Acuerdo No. 1887/03, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Es por lo discurrido que el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con la cual denegó las pretensiones formuladas por el señor **HERNÁN PÉREZ PATIÑO y OTROS**, dentro del proceso de **REPARACIÓN DIRECTA** adelantado contra el **MUNICIPIO DE VITERBO (CALDAS)**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la **PARTE DEMANDANTE**.

Como agencias en derecho en esta instancia se fija el 1% del valor de las pretensiones, a cargo de la parte demandante y a favor del MUNICIPIO DE VITERBO (CALDAS), atendiendo lo dispuesto en artículo 3.1.3. del Acuerdo No. 1887/03, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N°034 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, siete (7) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación	17 001 33 33 003 2015 00042 03
Demandante	Luis Alberto Valencia Bolívar
Demandado	Universidad Nacional de Colombia – Fondo pensional
Providencia	Sentencia No. 116

Procede la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada contra el fallo que accedió parcialmente a las pretensiones del demandante, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 15 de mayo de 2019.

I. Antecedentes

1. Declaraciones y condenas.

El accionante solicita que por el juzgado de primera instancia se hagan las siguientes declaraciones:

“1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No FP 0346 de 22 de julio de 2014, por medio del cual el FONDO PENSIONAL - DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, reliquida los aportes retroactivos a seguridad social en cumplimiento de un fallo judicial.

2. Que se declare la nulidad de la Resolución No FP- 0589 de 26 de noviembre de 2014, por medio de la cual, el fondo pensional de la Universidad Nacional ordenó la devolución de \$3.457.476.00 pesos como diferencia entre el valor sobre lo que se ordenó de descuento inicialmente y el valor a descontar sobre el promedio de lo realmente devengado.

3. Que como consecuencia de la anterior declaración y a título DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO declarar que mi mandante le asiste razón jurídica a que la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA FONDO PENSIONAL, aplique y liquide los aportes a pensiones sobre los

factores de salario de: *Bonificación bienestar universitario, Compensación vacaciones por no disfrute, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y quinquenio, teniendo en cuenta los siguientes criterios:*

-Que el descuento a efectuar es únicamente por el concepto de pensión, pues, la obligatoriedad de efectuar descuentos simultáneos a pensión y salud solo fue obligatorio a partir de la vigencia del decreto 510 de 2003.

-Que sobre los aportes a efectuar a los factores antes referidos, deberá aplicarse la prescripción quinquenal de que trata el artículo 54 de la ley 383 de 1997, tal como lo dispuso el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 26 de Marzo de 2009. Rdo 25000 23 27 000 2002 00422 01 (16257), demandado Instituto de los Seguros Sociales.

-Que la indexación sobre la liquidación de aportes, si hay lugar a ella, deberá decretarse a cargo del ente nominador en este caso la Universidad Nacional, o Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional, por cuanto la facultad del recaudo de estos aportes estaba en cabeza del ente nominador y no del trabajador.

4. Que se ordene liquidar y pagar a expensas de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA FONDO PENSIONAL y a favor de mi representado, las compensaciones por los mayores valores descontados por concepto de aportes en pensión, salud en el periodo de 24 de febrero de 1975 al 27 de noviembre de 2002, periodo en el cual la obligatoriedad de los aportes se encontraba prescrito.

5. Condenar a la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA FONDO PENSIONAL, para que las sumas a devolver al pensionado sean ajustadas conforme lo dispuso la sentencia del Juzgado Quinto de Descongestión del circuito Administrativo de Manizales, por medio del cual se ordenó una reliquidación de la pensión teniendo en cuenta los factores de bonificación bienestar universitario, compensación vacaciones por no disfrute, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, quinquenio.

6. Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada, en la medida que está demostrado que la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA - FONDO PENSIONAL, ha actuado con temeridad al efectuar la liquidación de aportes, afectando gravemente el derecho pensional del actor, hasta obligarlo a tramitar nuevamente una demanda para que sean calculados correctamente estos descuentos.”

2. Hechos.

Los hechos de la demanda pueden resumirse en los siguientes:

- Que la señora Luz Stella Cortés Gálvez laboró al servicio de la Universidad Nacional de Colombia por más de 20 años de servicios; y, se retiró del servicio de manera definitiva el 27 de noviembre de 2007, luego de haber cumplido los 55 años, siendo beneficiaria del régimen de transición establecido en el inciso 2 del artículo 36 de la ley 100 de 1993.

- Que la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional, mediante resolución VR 2272 de 19 de diciembre de 2007, reconoce una pensión calculando el promedio de los salarios sobre los cuales cotizó los últimos 10 años de acuerdo al Decreto 1158 de 1994; y que, en el cálculo no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales devengados y certificados en el último año de servicio.

- Que la señora Luz Stella Cortés Gálvez falleció e 3 de junio de 2010, y mediante resolución VR 1385 de 24 de agosto de 2010 se reconoció una pensión de sobreviviente al señor Luis Alberto Valencia Bolívar; quien interpuso demanda dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para que se reliquidara la pensión con todos los factores de salario devengados en el último año de servicio.

- Que en providencia de 9 de diciembre de 2013 el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales ordenó reliquidar la pensión teniendo en cuenta todos los factores devengados durante el último año de servicios; y, el fondo Pensional de la Universidad Nacional, mediante resolución FP 0346 de 22 de julio de 2014, da cumplimiento al fallo reliquidando la pensión en la suma de \$2.098.382.00 efectiva a partir del 28 de noviembre de 2007, y con efectos fiscales a partir del 27 de julio de 2008; y en la parte resolutive de ese acto, se ordena el descuento por aportes a pensión por los nuevos factores a tener en cuenta para el cálculo de la pensión.

- Que el acto administrativo en mención resuelve ordenar el descuento de la mesada pensional por aportes a favor de Unisalud, y que, el cálculo de aportes en pensión que hizo el fondo de pensiones de la Universidad Nacional de Colombia se calculó desde el 24 de febrero de 1975 hasta el 27 de noviembre de 2007, y, los descuentos por salud desde el 1 de abril de 1994 hasta el 27 de noviembre de 2007.

- Que los valores de aportes en salud como pensión a descontar de las diferencias de las mesadas son indexadas a valor presente únicamente a cargo del trabajador; y que, mediante resolución FP 0589 de 26 de noviembre de 2014 el Fondo Pensional de la Universidad Nacional, reliquida los aportes retroactivos, retroactivos a seguridad social como consecuencia de la aplicación de la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010,

ordenando hacer la devolución de \$3.457.476 al señor Luis Alberto Valencia Bolívar.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Refiere el apoderado del demandante como normas vulneradas las siguientes:

- Artículos 2, 13, 25 y 58 Constitucionales.
- Artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo
- Leyes 57 y 153 de 1887.
- Ley 4 de 1966
- Decreto 1045 de 1978
- Decreto 3135 de 1968
- Decreto 1848 de 1967
- Leyes 33 y 62 de 1985
- Artículo 36 y 288 de la Ley 100 de 1993.
- Ley 383 de 1997
- Decreto 1158 de 1994
- Decreto 2143 de 1995
- Decreto 510 de 2003
- Artículo 17 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003

Refiere el demandante que es ilegal el descuento por salud a favor de Unisalud por la suma de \$6.479.364 por el periodo de 1 de abril de 1994 a 27 de noviembre de 2007, pues el descuento por aportes a salud solo fue obligatorio simultáneamente con el descuento en pensiones a partir de marzo de 2003, no como lo hizo el fondo a partir de 1° de abril de 1994.

Que la liquidación del cálculo de aportes a pensión se efectuaron desde el 24 de febrero de 1975 hasta el 27 de noviembre de 2011, que fue el tiempo de servicio prestado, de manera que, al ser obligación del empleador cotizar al Sistema de Pensiones, la falta de cumplimiento de esa obligación no puede tener efectos negativos para el derecho del trabajador al reconocer la pensión de vejez, pues el retiro de la señora Luz Stella Cortés Gálvez se dio el 27 de noviembre de 2007, y el beneficiario, señor Luis Alberto Valencia Bolívar, es a quien se reconoció la pensión de sobreviviente, por lo que, la Universidad

Nacional debía efectuar esos aportes a la administradora de pensiones dentro de los 5 años siguientes; y, a su vez, el Fondo de Previsión de la Universidad Nacional, no podía efectuar el cobro de aportes con fecha anterior a 5 años, antes del retiro, o sea, los aportes anteriores al 27 de noviembre de 2002, porque esa obligación se encontraba prescrita.

Sostiene el demandante que, el Fondo de Pensiones pretende, a través de los actos demandados, trasladar las consecuencias de los errores del nominador al trabajador, pues si se ha causado una indexación del valor de los aportes, es como consecuencia del actuar negligente del patrono y del Fondo de Pensiones, por lo que, el trabajador no es el responsable del pago de esa indexación, siendo ello una obligación que debe asumir la Universidad Nacional.

4. Contestación de la demanda. (Fls. 100 a 126 C.1)

La demandada Universidad Nacional de Colombia – Fondo Pensional contesta la demanda, se pronuncia frente a los hechos de la misma, y se opone a las pretensiones de la demanda y considera que, los actos demandados no son susceptibles de ser estudiados en este medio de control, por ser actos expedidos en cumplimiento de una decisión judicial, pues de ser declarados nulos, se estaría repitiendo lo que ya fue objeto de pronunciamiento por parte del Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales en este caso.

Manifiesta que los descuentos de los aportes a seguridad social en salud y pensión ordenados en sentencia no fueron objeto de limitación en el tiempo, por lo que se deben aplicar por toda la vida laboral; y que, la sentencia proferida en este caso, hace tránsito a cosa juzgada, de manera que ya existen pronunciamientos exactos de los descuentos para salud y pensión.

Luego se pronuncia sobre la obligatoriedad de aplicar los descuentos de salud, pensión y solidaridad pensional, sobre los factores que se ordenaron incluir para la reliquidación de la pensión; y no podía la Universidad Nacional efectuar descuentos por aportes no contemplados en la ley, pues no es acertado trasladar la totalidad de carga sobre la Universidad Nacional so pretexto de una omisión de ésta, toda vez que, los descuentos sobre los factores salariales contemplados no fueron objeto de cotización, porque la ley no lo permitía de esa

manera, de manera que esa carga debe ser tanto del trabajador como del empleador.

Dice que, los descuentos para seguridad social en salud y pensión, y fondo de solidaridad se deben efectuar por todo el tiempo en que duró la relación laboral, y esos descuentos deben ser debidamente indexados, y que, la Caja de Previsión de la Universidad Nacional de Colombia, hoy Fondo Pensional, estaba facultada para establecer los aportes con destino a la misma y, los descuentos respecto de los factores incluidos bien mediante sentencia o en reconocimiento de la pensión, ello por toda la vida laboral del trabajador sin que haya lugar aplicar la prescripción en tales casos.

Hace extensas citas jurisprudenciales y sentencia de Juzgados Administrativos de Caldas en los cuales se han realizado descuentos para seguridad social de salud y pensión y al fondo de solidaridad por toda la vida laboral.

Finalmente propone las excepciones que denomina *“Cosa Juzgada”*, *“Caducidad”*, *“Prescripción extintiva”*, *“Ineptitud sustantiva de la demandad por ser el acto demandado un acto de ejecución de una sentencia judicial”*, *“violación de derechos fundamentales”*, *“Inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de la obligación e imposibilidad de reconocer derechos por fuera del ordenamiento legal, falta de causa y título para pedir y cobro de lo no debido”*, *“Obligatoriedad de la aplicación de los descuentos en salud, pensión, solidaridad pensional sobre los factores que se ordenaron incluir para reliquidación de la pensión”*, *“Fallos en los que se han ordenado los descuentos en seguridad social (salud y pensión) y fondo de solidaridad por toda la vida laboral”*, *“Procedencia de la indexación de los descuentos para seguridad social y fondo de solidaridad”*, *“Sostenibilidad del sistema financiero”*, *“Inexistencia de prescripción de aportes para la seguridad social”*, *“Prescripción extintiva de lo reclamado por el demandante”*, *“Buena fe de la entidad demanda”*, *“Pago y compensación”*, *“No configuración del derecho al pago de indemnización moratoria”* e *“Innominada y genérica”*.

5. Sentencia de primera instancia. (Fls. 157 a 169 C.1)

Mediante sentencia de 15 de mayo de 2019 el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones denominadas "Violación de derechos fundamentales", "Inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de la obligación e imposibilidad de reconocer derechos por fuera del ordenamiento legal", "falta de causa y título para pedir y cobro de lo no debido", "Inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir", "Buena fe de la entidad demandada"; "Pago y compensación", "No configuración del derecho al pago de indemnización moratoria", "Falsa motivación de la demanda" e "Innominada o genérica"; "Obligatoriedad de la aplicación de los descuentos de salud y solidaridad pensional sobre factores que se ordenaron incluir para reliquidación de la pensión", "Procedencia de la indexación de los descuentos para seguridad social y fondo de solidaridad", "Sostenibilidad del sistema financiero", "Pago y compensación" propuestas por la Universidad Nacional de Colombia por las razones expuestas providencia en la parte motiva de esta.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de las Resoluciones No. FP 0346 del 22 de julio de 2014 y No. FP 0589 de 26 de noviembre de 2014, en los términos indicados en la parte motiva de esta providencia, esto es, únicamente frente a los descuentos por aportes en salud durante la vinculación laboral de la señora LUZ STELLA CORTÉS GALVEZ.

TERCERO: Como consecuencia de tal nulidad, a título de restablecimiento del derecho, se ORDENA a la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA a la devolución de las sumas de dinero descontadas por concepto de salud durante la vinculación laboral de la señora LUZ STELLA CORTÉS GALVEZ, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: La UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA cumplirá la sentencia en la forma y términos de los artículos 187, 192 y 195 del C.P.A.C.A., PREVINIÉNDOSE a la parte demandante de la carga prevista en el inciso 2º del artículo 192 ibidem.

QUINTO: EJECUTORIADAS la presente providencia, por la SECRETARÍA se dará CUMPLIMIENTO a lo previsto en el inciso final de los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

SEXTO: A costa de la parte interesada, expídanse las copias auténticas que se soliciten de estas providencias, teniendo en cuenta la Secretaría los lineamientos del artículo 114 del C.G.P.

SÉPTIMO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte demandada UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA.

Se fija como agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la parte demandada UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, la suma de DOSCIENTOS SESENTA MIL PESOS (\$260.000 mcte).

La liquidación de las costas, se efectuará por la Secretaría del Despacho en los términos señalados en el artículo 366 del C.G.P.

OCTAVO: EJECUTORIADA esta providencia, LIQUIDENSE los gastos del proceso, DEVUELVANSE los remanentes si los hubiere y ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia XXI.

NOVENO: La presente sentencia queda notificada en estrados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 202 del C.P.A.C.A.

DÉCIMO: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del C.P.A.C.A.”

Empieza la Juez con un estudio del derecho a la seguridad social, las normas relacionadas con los aportes al sistema de Seguridad Social y la sostenibilidad financiera del sistema pensional y considera que, aun cuando se trate de una pensión de régimen especial, el empleado está obligado a pagar los respectivos aportes sobre todos los factores que según la ley deben tenerse en cuenta para la determinación de la base, obligación que por demás, si no se cumple por cualquier motivo, no da lugar a que se niegue la inclusión del determinado factor, sino que, al momento del reconocimiento la entidad de previsión haga los descuentos correspondientes.

Seguidamente se pronuncia sobre un precedente vertical con relación a la fórmula de aplicar los descuentos a seguridad social con ocasión a la reliquidación pensional y se remite a sentencias del Consejo de Estado en tal sentido, concluyendo que, los descuentos con destino a las entidades de previsión en pensiones deben realizarse sobre todo el vínculo laboral del pensionado, sin que sea posible aplicar algún tipo de prescripción en cuanto es a partir de la propia sentencia que ordena la reliquidación pensional que se hacen exigibles, por lo que, no ha comenzado el fenómeno prescriptivo respecto de los aportes sobre los nuevos factores reconocidos.

Señala la Juez que, no ocurre lo mismo respecto de los descuentos en salud, los cuales únicamente se efectúan sobre las diferencias pensionales entre la pensión que venía devengando el demandante y lo que efectivamente habrá de pagársele conforme con la orden judicial; y en la misma sentencia se concluyó, que se deben realizar los descuentos al Sistema general de Pensiones respecto de los factores teniendo en cuenta para liquidar la pensión, por lo que debe existir correspondencia entre lo efectivamente cotizado y lo pagado.

Considera la Juez que, se encuentra demostrado que la jurisdicción contenciosa administrativa en el fallo proferido por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión de Manizales, se ordenó, además de la liquidación pensional, los descuentos para seguridad social, de aquellos factores que se incluyeron para efectos de calcular el ingreso base de liquidación de la pensión, respecto

de los cuales no se hubieren efectuado aportes; y que, los descuentos que se debieron efectuar con destino al sistema de seguridad social con ocasión de la orden judicial de reliquidación pensional, son únicamente en pensiones respecto de todo el vínculo laboral del actor, y en cuanto salud, únicamente respecto a las diferencias pensionales reconocidas por orden judicial.

Y que, por esa razón, al proferir la resolución FP 0346 del 22 de julio de 2014, con la cual da cumplimiento a la providencia judicial ya mencionada, y el acto administrativo No. FP 0589 de 26 de noviembre de 2014 a través de la cual se reliquidan los aportes retroactivos a seguridad social en aplicación de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado de 4 de agosto de 2010, la Universidad Nacional de Colombia no debió practicar los descuentos destinados a salud durante toda la vida laboral, pues, si bien la normativa que ilustra los diferentes descuentos o cotizaciones al sistema de seguridad social, incluyen ciertas cotizaciones a cargo del trabajador, en el presente asunto las mismas no resultaban procedentes ya que los actos acusados debían sujetarse únicamente a lo dispuesto por el fallo judicial en materia de reliquidación pensional.

Así mismo, la financiación de la pensión reliquidada tiene su fuente en las cotizaciones a pensión realizadas por la Universidad Nacional de Colombia, por lo que los aportes a salud en nada afectan el pago de la prestación, más aún cuando las órdenes de los descuentos de los aportes sólo buscan proteger la sostenibilidad fiscal del sistema pensional. A ello se suma que los aportes al sistema de salud tiene como fin cubrir las contingencias (por evento) que vayan surgiendo frente a dicho tópico ya sea del trabajador o el jubilado, independientemente de los aportes efectuados años atrás, ya que el contrato con la entidad prestadora de salud es temporal, conforme con las cotizaciones efectuadas; por lo que declara la nulidad parcial de los actos acusados, únicamente frente a los descuentos destinados a salud; y ordena a título de restablecimiento del derecho que la Universidad Nacional de Colombia, pague los valores que se generaron por dichos conceptos a favor del demandante; y la devolución de los dineros descontados por concepto de aportes a salud durante la vinculación laboral de la señora Luz Stella Cortés Gálvez. Sumas de dinero debidamente indexadas.

6. Recurso de apelación.

- Parte demandada (FIs. 174 a 177 C. 1).

La demandada Universidad Nacional de Colombia, Fondo Pensional interpone recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia y aduce la legalidad de los descuentos para la seguridad social en salud y fondo de solidaridad y refiere que la Universidad Nacional de Colombia efectuó los descuentos por conceptos de salud, atendiendo a las consideraciones del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 y a que, el fallo de 9 de diciembre de 2013, estableció como debían efectuarse los descuentos por concepto de seguridad social, permitiendo que fueran por toda la vida laboral.

Afirma que, la Universidad Nacional tenía la facultad de realizar los descuentos a salud a partir del año 1994 a través de los actos demandados, toda vez que, si en virtud de una sentencia judicial se dispuso el reajuste de la mesada pensional de la accionante con base en la inclusión de unos factores salariales inicialmente no previstos en la normativa aplicable, y concomitantemente se ordenaron los descuentos que por aportes a seguridad social (salud y pensión) debieron realizarse sobre esos factores de salario, ha de tenerse en cuenta que los aportes al sistema general de seguridad social en salud deben corresponder a la base de cotización a pensión, siendo por tanto admisible colegir que esos nuevos factores de salario incluidos en la base de liquidación pensional, y como tales, incluidos en la base de cotización a pensión, sean igualmente incorporados en la base para la realización de aportes al sistema de salud, ello al tenor de lo previsto en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 y en concordancia con el principio de solidaridad del sistema.

Refiere que, los descuentos que por concepto de salud efectúa la Universidad con los actos demandados, surge a raíz del cambio de la base de liquidación pensional con la inclusión de nuevos factores, resultado de lo ordenado en las sentencias del Juzgado en primera instancia, mas no por el hecho de que la Universidad, como empleadora del accionante, hubiera pretermitido realizar los aportes al sistema de salud conforme a lo expresamente ordenado en la ley.

Manifiesta que, no se debió despachar favorablemente la pretensión de la parte actora, pues la Universidad Nacional no puede verse afectada porque sus afiliados no realicen los aportes sobre todos los valores devengados o porque la respectiva pagaduría no efectúe el descuento, situación que puede suceder en el caso controvertido, deberá establecerse que el descuento para seguridad

social (salud y pensión) fondo de solidaridad, debía realizarse sobre el valor de los aportes no realizados, sobre los factores salariales certificados, si a ello hubiere lugar, en la proporción que corresponda a la demandante, por todo el tiempo de su vinculación laboral tal y como lo efectuó el ente condenado

Por otra parte refiere que, se debió tener en cuenta por parte del Juez de instancia que, la orden de la devolución de dineros por concepto de cotizaciones a seguridad social en salud, debió dirigirse en contra de la Unidad Especializada de la Universidad Nacional "UNISALUD, por cuanto los dineros por esos conceptos, si bien es cierto, fueron descontados y/o retenidos por la Dirección del Fondo Pensional de la Universidad al momento de dar cumplimiento a la sentencia que ordenó la reliquidación de la pensión, también cierto es, que los mismos fueron inmediatamente trasladados a esa unidad.

Finalmente, discute el tema de la condena en costas impuesta a la Universidad Nacional, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia en tal sentido, conforme a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 365 del C.G.P, aplicable por remisión expresa del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación y que, como quiera que los argumentos del demandante fueron eminentemente jurídicos no se debe condenar en costas, así como tampoco están probadas y no se observa dilación del proceso por parte por parte de la demandada. Sumado a que, no se encuentra a su juicio, probado que, la parte demandante hubiese tenido que incurrir en gastos a fin de poder lograr que concretaran las pretensiones de la demanda, por lo que, por la falta de pruebas de dicha situación, no se debió condenar en agencias en derecho y costas procesales.

Y dice que, tampoco debe haber condena en costas, por cuanto no debe solo darse aplicación al artículo 188 del C.P.A.C.A. sino que se debe tener en cuenta la conducta subjetiva y el comportamiento procesal de las partes dentro del proceso, actuando la Universidad Nacional con buena fe y lealtad procesal.

- Parte demandante (Fl. 178 C. 1).

La parte demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia y solicita en primer lugar, modificar el nombre del

demandante, que corresponde al señor Luis Alberto Valencia Bolívar y no la señora Luz Stella Cortés Gálvez.

Luego hace una transcripción de apartes de la sentencia proferida y, manifiesta su inconformidad con el numeral cuarto de la misma, y dice que, el restablecimiento del derecho en este caso debe estar dirigido a aquellas diferencias de mesadas que se ordenan devolver, se paguen con las actualizaciones e intereses de mora que fueron ordenados en el ordinal cuarto de la sentencia que ordenó la reliquidación de la pensión al demandante, a partir del día siguiente de la ejecutoria con el 1.5% de interés moratorio hasta cuando la entidad pague electivamente estos rubros que fueron descontados en forma ilegal en aquella oportunidad.

7. Alegatos de conclusión.

Las partes no presentaron escrito de alegatos de conclusión en esta instancia como lo dice la constancia secretarial de 7 de septiembre de 2020 (Fl.8 C. 4)

6. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto como dice la constancia secretarial del 07 de septiembre de 2020, que se encuentra a folio 8 del cuaderno 5.

II. Consideraciones de la Sala

1. Problemas jurídicos a resolver

El problema jurídico a resolver en este asunto se centra en las discusiones planteadas en los recursos de apelación.

¿Hay o no lugar en este caso a la devolución de las sumas de dinero descontadas por concepto de salud durante la vinculación laboral de la señora Luz Stella Gálvez con la Universidad Nacional de Colombia, en cumplimiento de lo dispuesto por la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales el 9 de diciembre de 2013 en la cual se resolvió reliquidar y pagar los ajustes de la pensión de jubilación que devenga el señor Luis Alberto Valencia Bolívar?

2. De la sentencia que dispuso la reliquidación de la pensión de jubilación del Señor Luis Alberto Valencia Bolívar.

Mediante sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales el 9 de diciembre de 2013, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 17 001 33 31 009 2012 0126 00 cuyo demandante es el señor Luis Alberto Valencia Bolívar y demandada la Universidad Nacional de Colombia, sentencia que quedó en firme debido a la declaratoria desierta del recurso de apelación interpuesto por la demandada se resolvió:

“PRIMERO: DECLÁRANSE infundadas las excepciones de "inconstitucionalidad", "Inexistencia del derecho reclamado" propuestas por la Universidad Nacional de Colombia.

SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad la Resolución FP 0020 del 24 DE ENERO DE 2012, expedida por la Universidad Nacional Sede Manizales, por medio de la cual, negó la reliquidación de la pensión de jubilación al señor LUIS ALBERTO VALENCIA BOLIVAR, IDENTIFICADO CON C DE C N° 10.231.327

TERCERO: En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, SE ORDENA a la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, reliquidar y pagar los ajustes económicos de la pensión de jubilación que devenga el señor LUIS ALBERTO VALENCIA BOLIVAR, IDENTIFICADO CON C DE C No 10.231.327 con efectos fiscales a partir del 27 de julio de 2008,, tomando en cuenta el promedio de lo devengado en el último año en que adquirió el status de pensionada, incluyendo los siguientes factores: además de la asignación básica, prima de antigüedad, bonificación servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, bonificación por bienestar universitario, estos otros factores salariales como la compensación vacaciones por no disfrute y el Quinquenio por retiro (fls.2 C Ppal)

El pago que debe hacerse al demandante, corresponderá a las sumas de dinero dejadas de percibir, equivalentes a la diferencia entre lo efectivamente recibido por la pensión y lo que le correspondía al liquidarse con base en lo aquí ordenado.

Si sobre los factores salariales en mención no se hubiesen efectuado los descuentos de ley con destino a la entidad de previsión, ellos deberán deducirse.

Las sumas que resulten a favor de la demandante, deberán indexarse conforme al artículo 178 del C.C.A., es decir, actualizados mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la Universidad Nacional de Colombia tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer esos ajustes.

CUARTO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. Así mismo, la administración pagará intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en el artículo 177 del C.C.A.”

En la parte considerativa de dicha sentencia se dijo que, la demandada debía efectuar una nueva liquidación de la pensión con la inclusión promedio de los

factores salariales devengados entre el 1° de enero de 2006 y el 1° de enero de 2007, además de los factores que allí enlista; con la advertencia de que *“si sobre los factores indicados no se hubiesen efectuado los descuentos de ley con destino a la entidad de previsión, ellos deberán deducirse”*.

La demandada resolución 0346 de 22 de julio de 2014 resolvió reliquidar una pensión en cumplimiento de una sentencia judicial, y en ella, considera entre otros, descontar sobre lo efectivamente devengado por conceptos de pensión hasta el 31 de diciembre de 1993, salud a partir del 1° de enero de 1994, Pensión a partir del 1° de enero de 1994 y al fondo de solidaridad, lo cual asciende en total a la suma de \$21.555.993 (Fls. 2 y 3 C. 1); y resuelve en su artículo cuarto:

“Artículo 4°. Del valor del retroactivo neto a pagar generado en el artículo anterior, equivalente a la suma de TREINTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS UN MIL SEISCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$34.901.676), se ordenará el pago por concepto de aportes retroactivos de seguridad social no aplicados a los factores extralegales, en los siguientes valores:

Por Solidaridad Pensional, a favor del Fondo de Solidaridad Pensional, una suma de UN MILLÓN OCHOCIENTOS UN MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS (\$1.801.899).

Por salud, a favor de UNISALUD, una suma de SEIS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS (\$6.479.364)

Por pensión, a favor del Fondo Pensional de la Universidad, una suma de TRECE MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS TREINTA PESOS (\$13.274.730).”

Y, en la también demandada resolución 0589 de 26 de noviembre de 2014 *“se reliquidan los aportes retroactivos a seguridad social como consecuencia de la aplicación de la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 2 de agosto de 2010”*, ordenando la devolución al señor Luis Alberto Valencia Bolívar la suma de \$3.457.476, correspondiente a la diferencia de los valores sobre los cuales se ordenó el descuento inicial de la primera resolución en mención.

Ahora, debe decirse por parte de esta Sala de decisión que, la sentencia que ordenó la reliquidación de la pensión del demandante dispuso expresamente hacer los descuentos de ley con destino a la entidad de previsión deduciendo los mismos, sobre los factores salariales sobre los que no se hubiesen efectuado aquellos; sin que haga discriminación alguna de conceptos de salud o pensión.

3. Del caso concreto.

Es necesario precisar que, la Juez de Primera instancia resolvió ordenar la devolución de las sumas de dinero descontadas por concepto de salud durante la vinculación laboral de la señora Luz Stella Cortés Gálvez, conclusión a la que llega después de hacer extensas citas jurisprudenciales; no obstante, al revisar las sentencias en las cuales fundamenta su decisión, allí se estudió un caso en el cual solo se analizó efectuar descuentos a salud sobre la diferencia de mesadas reconocidas; pero no hace la consideración que el a quo en este caso concluye, en el sentido que sea dable descontar a salud sobre los aportes realizados en la vida laboral del demandante.

Lo primero que hay que precisar es que, el artículo 7 de la Ley 4 de 1976 estableció que los pensionados del sector público, oficial, semioficial y privado y los familiares que dependan de ellos tendrán derecho al servicio médico, mediante el cumplimiento de las obligaciones sobre los aportes a cargo de los beneficiarios de tales servicios; de lo que se entiende que, a todos los pensionados y sus beneficiarios les asiste el derecho a la seguridad social, siempre que se cumpla con el aporte correspondiente.

En tal sentido, el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 dispuso que todos los habitantes de Colombia deben afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro de los cuales se encuentran igualmente, los beneficiarios de la pensión de jubilación; de manera que, mal podría decirse que el demandante reclame la reliquidación de su pensión de jubilación, incluyendo unos factores salariales adicionales, y pretender que se le paguen dichas sumas de dinero sin que haya lugar a los descuentos correspondientes de seguridad social en salud; constituyendo un deber de realizar las cotizaciones tanto a los afiliados como al empleador.

De igual manera el artículo 204 de la ley 100 dispuso la cotización al régimen contributivo en salud, y asignó los porcentajes a cargo del empleador y el empleado; y lo que ocurre en este caso, es que, en virtud de la reliquidación de pensión realizada, se incluyen nuevos factores salariales, respecto de los cuales no se encuentra un sustento normativo o jurisprudencial con el cual afirmar que no hay lugar a descuentos en salud por tales conceptos, por corresponder todo al Sistema de Seguridad Social, habiendo lugar al descuento de aportes en caso

que no se hubiere realizado, tal como lo dijo la sentencia que reliquida la mesada pensional del demandante que expresamente dice “*Si sobre los factores salariales en mención no se hubiesen efectuado los descuentos de ley con destino a la entidad de previsión, ellos deberán deducirse*”; pronunciamiento que quedó en firme y no fue objeto de apelación por el demandante.

Ahora, acude en este momento la Sala a pronunciamientos de este Tribunal¹ donde se ha zanjado la discusión en el siguiente sentido:

“(…) Conforme a lo anterior, no hay duda en que los aportes a salud y al fondo de solidaridad pensional que correspondían al demandante, en calidad de empleado, sobre los nuevos factores salariales incluidos en la reliquidación pensional, no afectan el derecho a la pensión y la facultad de cobro sí prescribe, por lo que la administración tiene cinco (5) años, contados mes a mes a partir de la fecha en que debía ser cumplida la obligación, momento a partir del cual la entidad tenía la facultad para exigir su pago.

(…)

Ahora, teniendo en cuenta la fecha de la expedición y notificación de la resolución que reliquida la pensión con la inclusión de nuevos factores y realiza el cobro de los aportes a salud y fondo de solidaridad, se interrumpe la prescripción de la facultad de cobro de estos aportes, por lo que la administración podrá realizar el cobro o descuento de estos aportes, únicamente respecto de los cinco (5) años anteriores a su expedición.

(…)

Por lo tanto, como quiera que al actor se le reliquidó la pensión de vejez mediante Resolución FP 0103 del 27 de marzo de 2015 y se dispuso incluir en el Ingreso Base de Liquidación, unos factores sobre los cuales la Universidad Nacional no había aplicado descuentos por aportes a pensión, salud y fondo de solidaridad, resultaba procedente efectuar los descuentos retroactivos. En cuanto a pensión, correspondientes a toda la vida laboral y en cuanto a salud y el fondo de solidaridad, en atención a la prescripción extintiva, solo podía efectuar los descuentos respecto de los últimos cinco años anteriores a la fecha del acto de reconocimiento de la reliquidación, por tanto, se encontraban prescritos los aportes causados con anterioridad al 27 de marzo de 2010.

En consecuencia, se ordenará a la Universidad Nacional de Colombia devolver al actor, debidamente indexadas las sumas descontadas por aportes al Subsistema de Seguridad Social en salud y el Fondo de Solidaridad pensional sobre los nuevos factores salariales incluidos en la reliquidación pensional debidamente indexados, teniendo en cuenta el término de prescripción señalado. (…)”

¹ Tribunal Administrativo de Caldas. Sentencia de 1 de noviembre de 2019. MP. DR. Dohor Edwin Varón Vivas. NyR Ómar Evelio Opina vs Universidad Nacional de Colombia. Radicado: 17001-33-33-008-2015-00235-02 y Sentencia de 15 de noviembre de 2019. MP. DR. Dohor Edwin Varón Vivas. NyR Danilo Antonio vs Universidad Nacional de Colombia. Radicado: 17001-33-33-004-2014-00338-01.

De acuerdo con lo expuesto, si hay lugar al descuento de las sumas por concepto de Salud, pero dichas sumas no pueden predicarse respecto de toda la vida laboral de la causante, señora Luz Stella Cortés Gálvez.

En tal sentido el Consejo de Estado² ha previsto:

“(...) Hoy día en este procedimiento no hay término habilitado para iniciar dicha acción de cobro, quedando el tema de la caducidad regulado en el art 817 de E.T., norma que refiere en particular al término de prescripción de la acción de cobro de las obligaciones fiscales, mas no al de las obligaciones parafiscales. Es decir, que el Estatuto Tributario a más de señalar la caducidad de la acción bajo la nominación de prescripción, por inactividad del titular en término perentorio de cinco años respecto del cobro de deudas fiscales, no hace alusión respecto de las obligaciones cuyo contenido es un recurso parafiscal. Para estos, se concluye que el proceso de cobro puede ser iniciado dentro del término general de prescripción señalado en el Código Civil y la modificación introducida por la Ley 791 de 2002 que es de cinco años contados a partir de que la obligación se ha hecho exigible”.

De igual manera, el Consejo de Estado³, ha considerado:

“Por ello, en consideración a la normativa en mención, la exigibilidad de los aportes parafiscales a cargo del empleador y a favor del Instituto de los Seguros Sociales, se inició al momento en que debía ser cumplida la obligación, período a partir del cual la entidad tenía la facultad para exigir su pago, esto es, los cinco años contados a partir del último periodo adeudado que, como se vio, fue en 1998.

En el presente caso, las obligaciones que pretende hacer efectivas el Instituto de Seguro Social corresponden a los ciclos dejados de pagar por concepto de “Aportes Pensión, Fondo de solidaridad pensional, Aporte salud, Aporte a Riesgos profesionales e intereses” de julio de 1995 a diciembre de 1998, por lo que hasta el 5 de febrero de 2007, fecha en la cual se notificó la “liquidación certificada de la deuda” ya habían transcurrido más de cinco años desde su exigibilidad y, en consecuencia, no era procedente si quiera la suspensión del término de prescripción de que trata el artículo 818 del E.T., como lo mencionó la demandada, ya que el mandamiento de pago se profirió el 23 de enero de 2008, motivo por el cual es procedente confirmar la prescripción de la obligación”.

De lo expuesto, y como lo consideró este Tribunal en la sentencia referida anteriormente, para esta Sala los aportes a salud que debía asumir el demandante con ocasión a la reliquidación de su pensión, la cual debía hacerse sobre los nuevos factores salariales reconocidos en sentencia, prescriben; de manera que, la Universidad Nacional contaba con 5 años a partir de la fecha en que debía ser cumplida la obligación, y como en las resoluciones demandadas se hacen los descuentos correspondientes a salud, ello interrumpe la

² Sentencia del 22 de agosto de 2013, No. de radicación: 0349-12.

³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de mayo de 2016. CP. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia. Rad. 08001-23-31-000-2009-00013-01 No. Interno: 20711.

prescripción de cobro de esos aportes, por lo que, la Universidad Nacional sólo podía deducir los cinco (5) años anteriores a su expedición; no como lo hizo, descontando los aportes para salud de todo el tiempo de vida laboral de la demandada.

Así pues, sólo hay lugar al descuento del periodo comprendido entre el 26 de noviembre de 2009 y el 26 de noviembre de 2014; y solo en el caso de que sobre este se hubiera efectuado el mismo; de manera que hay lugar a modificar los ordinales segundo y tercero de la sentencia proferida en primera instancia, declarando parcialmente la nulidad de las resoluciones demandadas, únicamente frente a los descuentos por aportes a salud realizados durante la vinculación laboral de la señora Luz Stella Cortés Gálvez con corte al 25 de noviembre de 2009, y como consecuencia de ello, ordenar a la Universidad Nacional de Colombia la devolución de las sumas de dinero descontadas por concepto de salud durante el periodo mencionado, como se dirá en la parte resolutive de la sentencia.

Y, frente al argumento de la demandada Universidad Nacional de Colombia relacionado con que, la solicitud de devolución de los dineros por concepto de cotizaciones a salud debió presentarse a Unisalud, a quien fueron trasladados los mismos en virtud de la sentencia proferida; debe decirse que, para esta Sala no es de recibo dicho argumento, pues la entidad que realizó los descuentos que hoy son objeto de litigio es la Universidad Nacional de Colombia y no Unisalud; fue la Universidad Nacional de Colombia la que no tuvo en cuenta el término de prescripción de dichos descuentos dando lugar a los pronunciamientos presentes; de manera que una cosa es la orden que acá se da a la demandada Universidad, y otra cosa diferentes son las gestiones que internamente deban hacer las entidades mencionadas sobre la devolución de los dineros ordenados.

Ahora, frente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, advierte esta Sala que en primer lugar solicita la corrección del nombre por el aquí demandante, por no ser en este caso la señora Luz Stella Cortés Gálvez. No obstante, al revisar la parte resolutive de la sentencia, allí no se advierte confusión de nombres, pues a ésta se menciona en los reconocimientos que se hacen, pero debido a que se dice que los descuentos son durante su vinculación

laboral; entendiéndose en todo caso que, para todos los fines pertinentes el demandante en este caso es el señor Luis Alberto Bolívar Valencia.

Y frente a la solicitud de que el restablecimiento del derecho esté dirigido a aquellas diferencias de mesadas que se ordenan devolver, y que se paguen con las actualizaciones e intereses de mora que fueron ordenados en el ordinal cuarto de la sentencia del 09 de diciembre de 2013, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales, a partir del día siguiente de la ejecutoria con el 1.5% de interés moratorio hasta cuando la entidad pague efectivamente estos rubros que fueron descontados en forma ilegal en aquella oportunidad; esta solicitud no fue objeto de pretensión en este litigio, ni se expuso en los hechos de la demanda, ni tampoco fue objeto de discusión o consideración en la sentencia de primera instancia apelada; de manera que, es un argumento nuevo, que no puede ser objeto de estudio ni pronunciamiento por parte de esta Sala de decisión en virtud de un recurso de apelación.

4. De la condena en costas.

5.1. De la condena en costas en primera instancia.

Discute la apelante que no debió haberse condenado en costas en primera instancia porque los argumentos del demandante fueron eminentemente jurídicos, y por no resultar éstas probadas, ni observarse dilación del proceso por parte por parte de la demandada.

Se advierte que, el Juez de Primera Instancia consideró frente a la condena en costas lo siguiente:

“De conformidad con lo previsto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se condena en costas a la parte demandada y en favor de la parte demandante.

Su liquidación, se efectuará por la Secretaría del Despacho en los términos señalados en el artículo 366 del C.G.P.

Se fija como agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la parte demandada UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, la suma de DOSCIENTOS SESENTA MIL PESOS (\$260.000 mcte)”

Así pues, se condena en costas a la parte demandada, sin ninguna consideración adicional a la mención del artículo 188 de la ley 1437 de 2011.

Para decidir sobre este reparo a la sentencia, es preciso para la Sala poner de presente el alcance que sobre la condena en costas ha precisado el Consejo de Estado⁴ a partir de la regulación contenida en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011:

“El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

- a. *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.*
- b. *Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c. *Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
- d. *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e. *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f. *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP^[1], previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g. *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia”.*

Aplicado el criterio expuesto por el Consejo de Estado, es claro que en vigencia de la ley 1437 de 2011 para efectos de la condena en costas no resulta aplicable la valoración de la conducta de las partes, contrario a lo argumentado por el recurrente; sin embargo, observa la Sala la ausencia de sustento, en el criterio objetivo valorativo desarrollado por la jurisprudencia del Consejo de Estado y que acoge esta colegiatura judicial, para la imposición de las costas a título de

⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sub Sección. A. Sentencia de 21 de enero de 2021. CP. Dr. William Hernández Gómez. Rad. 25000-23-42-000-2013-04941-01 (3806-2016)

agencias en derecho, lo por lo que, resulta procedente revocar la condena en costas en la primera instancia, como se dirá en la parte resolutive.

5.2. Condena en costas en segunda instancia

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado⁵ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP., como se dejó precisado precedentemente en acápite 5.1.

De igual manera, el numeral 1º del artículo en mención, establece que: *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.”* (Negrilla de la Sala)

En este caso, advierte que, la Sala advierte que el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante no prosperó; y el interpuesto por la demandada, prosperó de manera parcial; de manera que, de conformidad con dispuesto en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso no habrá condena en costas en esta instancia.

Por todo lo expuesto se, modificarán los ordinales segundo y tercero de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 15 de mayo de 2019 declarando la nulidad parcial de las Resoluciones No. FP 0346 del 22 de julio de 2014 y No. FP 0589 de 26 de noviembre de 2014, en los términos indicados en la parte motiva de esta providencia, esto es, únicamente frente a los descuentos por aportes en salud durante la vinculación laboral de la señora Luz Stella Cortés Gálvez y hasta el 25 de noviembre de 2009; y, el ordinal tercero, ordenando a la Universidad Nacional de Colombia a la devolución de las sumas de dinero descontadas por concepto de salud durante la vinculación laboral de la señora Luz Stella Cortés Gálvez con corte a 25 de noviembre de 2009.

Y se revocará el ordinal séptimo que condenó en costas a la parte demandada, y en su lugar no se condena en costas en primera instancia, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

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

III. Falla

Primero: Modificar el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 15 de mayo de 2019 el cual quedará así:

*SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de las Resoluciones No. FP 0346 del 22 de julio de 2014 y No. FP 0589 de 26 de noviembre de 2014, en los términos indicados en la parte motiva de esta providencia, esto es, **únicamente frente a los descuentos por aportes en salud durante la vinculación laboral de la señora Luz Stella Cortés Gálvez con corte a 25 de noviembre de 2009.***

Segundo: Modificar el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 15 de mayo de 2019 el cual quedará así:

*TERCERO: Como consecuencia de la nulidad declarada, a título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA a la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA a la devolución de las sumas de dinero descontadas por concepto de salud durante la vinculación laboral de la señora Luz Stella Cortés Gálvez con corte a 25 de noviembre de 2009.***

Tercero: Revocar el ordinal séptimo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 15 de mayo de 2019 y en su lugar, no condenar en costas en primera instancia.

Cuarto: Sin condena en costas en esta instancia

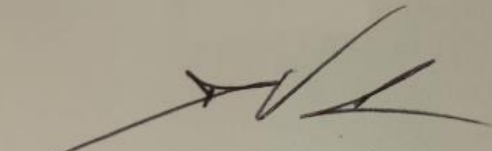
Quinto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia XXI”.

Notifíquese y cúmplase

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, siete (7) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Medio de control:	Reparación Directa
Radicación:	17 001 33 33 755 2015 00062 02
Demandante:	Hernando Castrillón Correa y otros
Demandado:	Nación – Registraduría Nacional del Estado Civil – Superintendencia de Notariado y Registro
Providencia:	Sentencia No. 117

Procede la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la demandada Registraduría Nacional del Estado Civil contra el fallo que accedió parcialmente a las pretensiones de los demandantes, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 02 de abril de 2019.

I. Antecedentes

1. Declaraciones y condenas.

Los accionantes solicitan que se hagan las siguientes declaraciones:

“PRIMERA: Que la Registraduría Nacional del Estado Civil y la Superintendencia de Notariado y Registro, reconozcan que son administrativamente y patrimonialmente responsables, por la falla en el servicio de todos los daños y perjuicios materiales e inmateriales ocasionados al señor HERNANDO CASTRILLON CORREA Y OTROS, dicha falla produjo la suspensión de servicios médicos para su cónyuge y el actor, alterando las condiciones de vida y su salud, así mismo el actor solo dependía de la mesada pensional para el sustento de su hogar, con lo cual sufragaba el arrendamiento, alimentación, vestido, servicios públicos y demás.

SEGUNDA: Que, en virtud de tal reconocimiento, la Registraduría Nacional del Estado Civil y la Superintendencia de Notariado y Registro,

reconozcan y paguen al señor HERNANDO CASTRILLÓN CORREA, MARIA OLGA VALENCIA DE CASTRILLÓN (cónyuge), OLGA LUCIA CASTRILLÓN VALENCIA (hija), y HUGO FERNEY CASTRILLÓN VALENCIA (hijo), por intermedio de su apoderada, todos los daños y perjuicios ocasionados, los cuales se establecen de la siguiente manera:

A. PERJUICIOS MATERIALES:

De conformidad con el artículo 157 de la Ley 1437 de 2011, la cuantía se señala por el valor de la pretensión mayor de los perjuicios materiales. En consideración a que en este asunto se solicita el reconocimiento de perjuicios materiales para el convocante HERNANDO CASTRILLÓN CORREA, se determina el lucro cesante como la pretensión mayor de los perjuicios materiales, equivale a la fecha de presentación de la presente demanda la suma de CUATRO MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA MIL NOVECIENTOS SEIS PESOS (\$4.390.906).

TERCERA: Que se tenga en cuenta los intereses y su respectiva indexación de ley fijados por la Superintendencia Financiera de Colombia, con respecto a los prestamos efectuados a terceras personas por el señor HERNANDO CASTRILLÓN para sufragar necesidades básicas.

B. POR PERJUICIOS MORALES:

Al señor HERNANDO CASTRILLÓN CORREA o a quien sus derechos representen al momento de quedar en firme la sentencia, la suma de 100 SMMLV.

A la señora MARIA OLGA VALENCIA DE CASTRILLÓN o a quien sus derechos representen al momento de quedar en firme la sentencia, la suma de 100 SMMLV.

A la señora OLGA LUCIA CASTRILLÓN VALENCIA o a quien sus derechos representen al momento de quedar en firme la sentencia, la suma de 30 SMMLV.

Al señor HUGO FERNEY CASTRILLÓN VALENCIA, o a quien sus derechos representen al momento de quedar en firme la sentencia, la suma de 30 SMMLV.

2. Hechos.

Los hechos de la demanda pueden resumirse en los siguientes:

- Que el señor Hernando Castrillón tiene por esposa a la señora María Olga Valencia de Castrillón

- Que la señora María Olga Valencia de Castrillón en calidad de beneficiaria del señor Hernando Castrillón Correa el día 8 de enero 2014 asistió a la Nueva EPS para el control de hipertensión y solicitud de medicamentos; y le informan que aparece retirada del sistema, por lo que no le prestaron el servicio, porque el

Señor Hernando Castrillón aparece como fallecido ante la registraduría del Estado Civil y en la base de datos única del Fosyga.

- Que la EPS certifica con fecha de 6 de febrero de 2014 que a partir del 21 de diciembre de 2013 fue la última cotización, por lo que, el señor Hernando Castrillón solicitó certificación del estado actual de su documento de identidad, arrojando como resultado “cancelado por muerte”, mediante resolución 13280 de 6 de diciembre de 2013 y con serial 0000073411, solicitando un reporte a Colpensiones quien responde que, la afiliación número 90457419100 a nombre de Hernando Castrillón, aparece como fallecido desde el 4 de agosto de 1990.

- Afirma que la Registraduría del Estado Civil en sede Pereira fue negligente cuando el mentado señor asistió a solicitar ayuda a su caso, y le contestaron que no podían colaborarle, por ser esa situación competencia de la ciudad de Bogotá.

- Que el demandante presentó acción de tutela el 13 de enero de 2014, y mediante fallo de tutela de 27 de enero del mismo año, se tutelaron sus derechos fundamentales y se ordenó a la Registraduría del estado civil restablecer la vigencia de la cédula de ciudadanía, así como que la EPS debía restaurar sus servicios de salud; teniendo que posteriormente, presentar un incidente de desacato.

- Que pese a que se restableció su servicio de salud, no fue solucionado el tema del pago de su mesada pensional, acudiendo de manera permanente a Colpensiones de Pereira indagando por su caso; radicando en febrero de 2014 solicitud de reactivación de pago de su pensión, sin brindarle una solución a ello.

- Que en respuesta de la Registraduría Nacional del Estado Civil de Pereira, se advierte que, la inspección de Berlín de Samaná, Caldas, le había declarado muerto desde el 5 de agosto de 1990.

- Que elevó derecho de petición a la Registraduría Nacional del Estado Civil con sede Pereira, donde le informan que mediante resolución 13280 de 16 de diciembre de 2013 fue declarado muerto.

- Sostiene que, al revisar las resoluciones 13280 de 6 de diciembre de 2013 y 13652 de 12 de diciembre de 2013, a raíz de un error de digitación del número de cédula de ciudadanía, en vez de plasmar 4.572.519 perteneciente al señor Luis Carlos Londoño Betancurt, incluyeron la 4.574.519 correspondiente al señor Hernando Castrillón quien se encuentra con vida.

- Que mediante resolución 0729 de 22 de enero de 2014, se revocaron las resoluciones por las cuales se declaró fallecido al señor Hernando Castrillón, y, que, se allegó petición a la Registraduría Nacional del Estado Civil en Bogotá respondiendo la imposibilidad de responder por el valor de un dinero para la expedición de copias.

- Que, la mesada pensional del señor Hernando Castrillón era su fuente de sustento en condiciones dignas, por lo que se vio en la necesidad de acudir a terceras personas que le ayuden a su manutención; adquiriendo incluso, un préstamo con el Banco de Bogotá, al cual no le ha podido cancelar las cuotas correspondientes.

- Que, finalmente en el mes de mayo (no define el año) le fue reactivada la mesada pensional.

Considera el demandante que en este caso se produjo una falla en el servicio por parte de la Registraduría Nacional del Estado Civil, donde declaró fallecido al demandante en el año 1990 y, luego hace una actualización de datos, generando con ello la desprotección frente al sistema de salud y a su mesada pensional; situación que el demandante no estaba en obligación de soportar.

Sostiene que la omisión radica en que, la Registraduría Nacional del Estado Civil y la Superintendencia de Notariado y Registro deben actualizar de manera sistemática sus bases de datos, situación que, en este caso, ocurrió 24 años después.

3. Contestación de la demanda.

- **Registraduría Nacional del Estado Civil. (Fls. 76 a 95 C. 1)**

La demandada Registraduría contesta la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, y hace una extensa cita jurisprudencial, exponiendo que, el Registro Civil de defunción indicativo serial 073411 de la inspección de Policía de Berlín de Samaná, Caldas, vinculó erradamente la cédula de ciudadanía del señor Hernando Castrillón con la defunción del señor Luis Carlos Betancurt Londoño, registro civil de defunción que condujo a la Registraduría a cancelar la cédula de ciudadanía número 4.574.519.

Afirma la Registraduría que, en este caso no se ha producido una falla del servicio por su parte, pues no hay nexo antijurídico de su parte, por cuanto ésta evidenció un error en la cancelación por muerte de la cédula de ciudadanía del señor Hernando Castrillón Correa, y profirió la revocatoria de la resolución que la canceló; y que, fue la inscripción errónea de parte de la Inspección de Policía de Berlín, Samaná, Caldas, al vincular el número de cédula del señor Castrillón Correa, cuando realizó la inscripción de defunción del señor Luis Carlos Londoño en el registro civil de defunción, por error en la digitación de un número del documento correspondiente.

Sostiene que, por motivo de la inscripción errónea de la cédula en mención, conllevó a la Registraduría a que, en ejercicio de sus funciones, como lo es la actualización del Archivo Nacional, cancelara por muerte el documento de identidad de Hernando Castrillón Correa, lo que a su juicio, constituye una falta de legitimación en la causa por pasiva; y que, desde la expedición de la resolución 13280 de 6 de diciembre de 2013 a la expedición de la resolución de revocatoria número 729 de 22 de enero de 2014, solo transcurrieron 45 días en la solución de esa situación.

Señala que, la cancelación de la cédula de ciudadanía del señor Hernando Castrillón Correa, realizada por la Dirección Nacional de Registro Civil, mediante resolución número 13280 del 6 de diciembre de 2013, no compromete la responsabilidad de la demandada Registraduría, porque se realizó con fundamento en el registro civil de defunción 073411 expedido por la Superintendencia de Notariado y Registro de fecha 5 de agosto de 1990, cuya oficina de Registro fue la inspección de Policía de Berlín, de Samaná, Caldas de fecha 1 de julio de 1989.

Finalmente propone las excepciones que denomina: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Culpa exclusiva de un tercero”, “Carencia absoluta del objeto” y “Excepción genérica”*.

- **Superintendencia de Notariado y Registro. (Fls. 149 a 158 C. 1)**

La demandada Superintendencia de Notariado y Registro contesta la demanda pronunciándose frente a los hechos, y solicitando se nieguen las pretensiones y se refiere a que, en el año de 1990 se dio de baja la cédula perteneciente al señor Hernando Castrillón Correa, ello debido a un error de la Registraduría Nacional del Estado Civil, y que, desde ese año hasta el 2013, no se le ocasionó perjuicio alguno al demandante.

Expone que no encuentra sentido la vinculación al proceso de la Superintendencia de notariado y registro, y cita normativa relacionada con sus funciones, afirmando que no tiene funciones relacionadas con los objetivos de la Registraduría Nacional del Estado civil, y que, el hecho que fuera demandada en este asunto pudo obedecer a que anteriormente, esta entidad cumplía funciones de registro del estado civil y, ejercía vigilancia sobre las funciones que el servicio nacional de inscripción desempeñaba, lo cual no está ya en cabeza suya; y que, cuando se configuró el daño al demandante con la actualización del sistema de la Registraduría Nacional del Estado Civil en el año 2013, la Superintendencia no cumplía con funciones de registros civiles de las personas.

Y, finalmente propone como excepción la *“Inexistencia de nexo causal”*.

4. Sentencia de primera instancia. (Fls. 1356 a 1370 C. 1E)

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia 096 de 2 de abril de 2019 resolvió:

“PRIMERO: DECLARÁSE PROBADA la excepción de "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA" propuesta por la SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO.

SEGUNDO: DECLÁRASE NO PROBADAS las excepciones de 'FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA', 'CULPA EXCLUSIVA

*DE UN TERCERO Y 'CARENCIA ABSOLUTA DEL DERECHO
formuladas por la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL.*

*TERCERO: DECLÁRASE ADMINISTRATIVA Y
EXTRACONTRACTUALMENTE RESPONSABLE a la
REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL del daño antijurídico
generado a los señores HERNANDO CASTRILLÓN CORREA, MARÍA
OLGA VALENCIA DE CASTRILLÓN, OLGA LUCÍA CASTRILLÓN
VALENCIA Y HUGO FERNEY CASTRILLÓN VALENCIA.*

*CUARTO: A título de reparación del daño, CONDÉNASE a la
REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL a pagar a cada uno
de los demandantes, las siguientes sumas de dinero, por concepto de
perjuicios morales:*

*Hernando Castrillón Valencia 20 S.M.L.M.V.
María Olga Valencia de Castrillón 10 S.M.L.M.V.
Olga Lucia Castrillón Valencia 5 S.M.L.M.V.
Hugo Ferney Castrillón Valencia 5 S.M.L.M.V.*

*QUINTO: ORDENASE a la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL
ESTADO CIVIL dar cumplimiento al presente fallo en los términos
previstos en el artículo 192 del CPACA, previniéndose a la parte
accionante sobre la carga prevista en el inciso segundo de la citada
disposición normativa.*

SEXTO: DESESTÍMENSE las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: SIN COSTAS.

*OCTAVO; EJECUTORIADA la presente providencia, LIQUIDENSE
gastos ordinarios del proceso, DEVUELVANSE los remanentes, si los
hubiere, a la parte interesada y ARCHÍVESE el expediente, previas las
anotaciones en el sistema Justicia Siglo XXI.*

*NOVENO: NOTIFIQUESE conforme al artículo 203 de la Ley 1437 de
2011.”*

En primer lugar inicia con la resolución de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Superintendencia Nacional de Notariado y Registro y, considera que le asiste razón en su solicitud, por cuanto hay en este asunto ausencia de interés jurídico sustancial de la entidad para responder a las pretensiones de la demandada ante una eventual condena, por no haber existido actuación administrativa de su parte, que guarde relación directa o indirecta con la cancelación de la cédula de ciudadanía del señor Hernando Castrillón Correa, ni advierte responsabilidad derivada de sus funciones de orientación, inspección y vigilancia que tenía en su momento, declarando próspera dicha excepción.

Continúa con un estudio de las pruebas que reposan dentro del proceso y, se pronuncia sobre el daño y su antijuridicidad, considerando que, en este asunto se encuentra acreditado el daño padecido por el demandante, respecto del

derecho a la personalidad jurídica que quedó anulada en razón a la información que reposaba en los archivos de la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil a la que tienen acceso las entidades públicas.

Continúa la Juez con un estudio normativo de las funciones de la Registraduría Nacional del Estado Civil, quien tenía dentro de sus funciones, coordinar y dirigir los procesos de revisión y verificación de la información reportada por parte de los funcionarios, autoridades públicas y demás registradores del estado civil.

Se expone que, quedó demostrado en este asunto que, el daño antijurídico generado al señor Hernando Castrillón Correa y consecuentemente a su cónyuge, se derivó por la omisión injustificada en la que incurrió la Registraduría Nacional del Estado Civil en relación con el deber de verificar la información allegada por la Inspección de Policía del Corregimiento de Berlín del municipio de Samaná, Caldas; y sobre la que soportó la expedición de la resolución número 13280 de 6 de diciembre de 2013, a fin de detectar errores de inscripción de los datos personales del fallecido en el formato destinado para tal fin, en consecuencia, a la entidad demandada le es atribuible el daño en mención, bajo el título de imputación de falla del servicio en cabeza de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Continúa la Juez con el estudio sobre la indemnización de perjuicios y sostiene que, no es posible acceder al perjuicio material ocasionado en las mesadas que no fueron pagadas al demandante, en tanto éstas fueron establecidas y consignadas por el total de lo causado desde el mes de diciembre de 2013 hasta el mes de 2014 por la Administración Colombiana de Pensiones; y que, en cuanto al reembolso de intereses y reconocimiento de la indexación de los préstamos de dinero que aduce efectuó con terceras personas el demandante, no hay lugar a dar valor probatorio a las letras de cambio como medio de prueba de la obligación adquirida por el demandante, al no aportarse documentos formales de todo el título; y tampoco hay prueba del pago de los intereses aducidos.

Advierte la Juez de instancia, falta de coherencia entre la fecha que el demandante dice haber empezado a padecer los efectos de la cancelación de su cédula de ciudadanía, con el momento en que dice adquirió los préstamos

que refiere en la demanda, por lo que no hay lugar al reconocimiento de suma alguna por ese concepto.

Continúa con el estudio de los perjuicios inmateriales solicitados, y considera demostrado en este asunto que, la señora Olga Lucía Castrillón Valencia y el señor Hugo Ferney Castrillón Valencia, son hijos de del señor Hernando Castrillón Correa y la señora María Olga Valencia de Castrillón, siendo acreditada mediante prueba testimonial que éstos últimos son conyugues y conviven bajo el mismo techo.

Se refiere a apartes de la declaración de parte rendida por el demandante, y menciona que, consta en el plenario que, mediante apoderado judicial se adelantaron las diligencias ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, ante la Inspección de Policía del Corregimiento del Berlín y ante Colpensiones, con ocasión a la cancelación de la vigencia de su documento de identidad; así como encuentra probado en menoscabo del derecho a la salud del demandante y su esposa, por cuanto no podían recibir los servicios de salud, por causa de lo mencionado.

Concluye el a quo que, se encuentra acreditado el perjuicio moral alegado por los demandantes, atendiendo al tiempo en que permaneció en la base de datos el error en la cédula del demandante, y que, habiéndose demostrado el desmedro sobre los derechos de los demandantes, pero no existir elementos de juicio a partir de los cuales se pueda tasar el perjuicio inmaterial en una proporción mayor, se reconocerá a título de indemnización de perjuicios las sumas de 20 SMLMV para el demandante, 10 SMMLV para su esposa, y 5 SMMLV para cada hijo.

5. Recurso de apelación.

- Demandada. (Fls. 291 a 297 C. 1A)

La demandada Registraduría Nacional del Estado Civil presentó recurso de apelación, reiterando en su totalidad los argumentos expuestos con la contestación de la demanda, expone actuó en estricto cumplimiento al deber legal consagrado en el artículo 67 y, de conformidad con el artículo 69 del Código Electoral colombiano, por lo que, profirió en su oportunidad la resolución

mediante la cual se canceló por muerte la cédula de ciudadanía número 4.574.519 a nombre de Hernando Castrillón Correa, la cual quedó registrada en el Archivo Nacional de Identificación, estableciendo como documento base de la cancelación del documento de identidad con el registro civil de defunción número 073411 expedido e inscrito por la Inspección de Policía de Berlín de Samaná, Caldas, la cual estaba a nombre del señor Luis Carlos Betancurt Londoño.

Refiere que, la indebida cancelación del documento de identidad no es el resultado de una errada y voluntaria actuación por parte de la Registraduría Nacional del Estado Civil, sino por el contrario, una consecuencia de un indebido reporte generado en su momento por la Inspección de Policía de Berlín, Samaná, Caldas.

Reitera lo que, a su juicio, fue una pronta solución, por haber transcurrido 45 días desde la expedición de la resolución de cancelación de la cédula y la revocatoria de la misma, y sostiene que hay en este caso falta de legitimación en la causa por pasiva y culpa exclusiva de un tercero.

Dice que la Registraduría Nacional del Estado Civil actuó en cumplimiento de la ley al proceder a cancelar las cédulas de ciudadanía por muerte del titular de acuerdo al Decreto 019 de 2012, y que, la Registraduría no está legitimada para acudir ante la jurisdicción para efectos de cancelar un registro Civil que emitió otra autoridad, como en este caso lo hizo la Superintendencia de Notariado y Registro.

Se pronuncia sobre la teoría de causalidad adecuada, afirmando que, si la causa eficiente y determinante fue cometida por la entidad, pues le es imputable el daño, pero que, si lo que determinó el daño fue la omisión de un tercero o de la propia víctima no procede la imputación.

Finalmente dice que el daño moral que aduce el demandante no resultó probado dentro del proceso, y que, el hecho de que esté acreditado el parentesco si bien es un indicio, no implica el reconocimiento automático pues se requiere acreditar probatoriamente la existencia del mismo, por lo que, solicita se revoque la sentencia proferida y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda.

6. Alegatos de segunda instancia

- Parte demandante (Fls. 7 a 9 C. 5)

La parte demandante presenta escrito de alegatos de conclusión en segunda instancia, exponiendo que se encuentra acreditada la negligencia en la demora de resolver la situación al demandante, viendo afectados sus derechos a la salud y mesada pensional, debido a la deficiencia de la administración pública, y dice que se encuentra probado que, al señor Hernando Castrillón le asiste derecho a reclamar, y al reconocimiento realizado por la Juez de primera instancia.

7. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto como dice la constancia secretarial de 7 de septiembre de 2019 que se encuentra en el folio 10 del cuaderno 5.

I. Consideraciones de la Sala

1. Problemas jurídicos a resolver

Los problemas jurídicos a resolver con fundamento en el recurso de apelación interpuesto por la demandada Registraduría Nacional del Estado Civil son:

¿Se encuentra demostrada en este caso la falla en la prestación del servicio, y en caso afirmativo, a quién resulta atribuible la misma?

¿Se encuentran acreditados en este caso los perjuicios morales que solicitan los demandantes?

2. Régimen de responsabilidad estatal.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 140 del Código de

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que consagra la acción de reparación directa, cuyo ejercicio dio origen al presente proceso y que establece la posibilidad que tiene el interesado de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

El Consejo de Estado¹ se ha pronunciado sobre el daño antijurídico en el siguiente sentido:

“(...) sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir, no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga, a lo que podemos agregar que aun imponiéndola no exceda de las cargas que razones de solidaridad, igualdad imponen la vida en comunidad, violando los principios de igualdad antes las cargas públicas y de confianza legítima (...)”

Por su parte, la imputación del daño en su doble connotación fáctica y jurídica permite la atribución de la lesión, en donde la imputación jurídica supone establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, siendo allí donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida en el artículo 90 de la Constitución Política; en el análisis fáctico de la imputación deberá establecerse la atribución material del daño, no solo en punto de identificar el autor del hecho dañoso, sino comprobando la acción u omisión que determine si el daño debe o no ser reparado.

Ahora bien, para esta Sala, conforme a las pretensiones, hechos y perjuicios reclamados en el caso bajo estudio, el título de imputación para estudiar el mismo corresponde a la falla del servicio, el cual se constituye por el incumplimiento de las obligaciones estatales, el mal funcionamiento de la Administración o la inactividad de la misma.

3. Análisis normativo.

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 26 de marzo de 2014.

Los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 del Decreto 1010 DE 2000 “*Por el cual se establece la organización interna de la Registraduría Nacional del Estado Civil y se fijan las funciones de sus dependencias; se define la naturaleza jurídica del Fondo Social de Vivienda de la Registraduría Nacional del Estado Civil; y se dictan otras disposiciones*”, contemplan:

“Artículo 1°. Campo de aplicación. *El presente decreto establece la organización interna de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en sus distintos niveles y órdenes, la organización administrativa que sirve de apoyo al Consejo Nacional Electoral, las funciones de sus dependencias y la naturaleza, organización y principios que regulan los fondos que integran la organización electoral.*

Artículo 2°. Objeto. *Es objeto de la Registraduría Nacional del Estado Civil, registrar la vida civil e identificar a los colombianos y organizar los procesos electorales y los mecanismos de participación ciudadana, en orden a apoyar la administración de justicia y el fortalecimiento democrático del país.*

Artículo 3°. Naturaleza. *La registraduría nacional del estado civil es un órgano de creación constitucional, que de conformidad con el artículo 120 de la constitución política forma parte integrante de la organización electoral, el cual contribuye, conjuntamente con las demás autoridades competentes, a la organización de las elecciones y los mecanismos de participación ciudadana, su dirección y vigilancia, así como lo relativo a la identidad de las personas y el registro civil, en los términos y condiciones que señala la ley y el presente decreto.*

Artículo 4°. Misión de la Registraduría Nacional del Estado Civil. *Es misión de la Registraduría Nacional del Estado Civil, garantizar la organización y transparencia del proceso electoral, la oportunidad y confiabilidad de los escrutinios y resultados electorales, contribuir al fortalecimiento de la democracia mediante su neutralidad y objetividad, promover la participación social en la cual se requiera la expresión de la voluntad popular mediante sistemas de tipo electoral en cualquiera de sus modalidades, así como promover y garantizar en cada evento legal en que deba registrarse la situación civil de las personas, que se registren tales eventos, se disponga de su información a quien deba legalmente solicitarla, se certifique mediante los instrumentos idóneos establecidos por las disposiciones legales y se garantice su confiabilidad y seguridad plenas.*

Artículo 5°. Funciones. *Son funciones de la Registraduría Nacional del Estado Civil, las siguientes:*

1. *Proponer las iniciativas sobre proyectos de ley y presentarlos a consideración del Consejo Nacional Electoral por conducto del Registrador Nacional, así como los decretos y demás normas relacionadas con la función de registro civil.*

2. *Adoptar las políticas del registro civil en Colombia y atender lo relacionado con la adopción, ejecución y control de los planes y programas propios del registro civil con miras a garantizar su óptimo funcionamiento.*

3. *Garantizar en el país y el exterior, la inscripción confiable y efectiva de los hechos, actos y providencias sujetos a registro, proferir las*

autorizaciones a los entes o autoridades habilitadas legalmente para que concurren en el cumplimiento de dicha función, y conocer mediante los actos administrativos pertinentes de todo lo relativo a cancelaciones, reconstrucciones, anulaciones, modelos de expedición y demás actos jurídicos sobre el registro civil.

4. Expedir las copias de registro civil de las personas que sean solicitadas de conformidad con las leyes vigentes.

5. Atender el manejo, clasificación, archivo y recuperación de la información relacionada con el registro civil.

6. Difundir las normas y procedimientos a seguir dentro del proceso de registro civil y adelantar campañas y programas de capacitación en la materia.

7. Coordinar y armonizar con los demás organismos y entes del Estado las políticas, desarrollo y consulta en materia de registro civil.

8. Adelantar inspección y vigilancia de los servicios de registro del estado civil de las personas.

9. Realizar o promover estudios, investigaciones y compilaciones en materia de registro del estado civil de las personas y divulgar los resultados.

10. Proteger el ejercicio del derecho al sufragio y otorgar plenas garantías a los ciudadanos, actuando con imparcialidad, de tal manera que ningún partido o grupo político pueda derivar ventaja sobre los demás.

11. Dirigir y organizar el proceso electoral y demás mecanismos de participación ciudadana y elaborar los respectivos calendarios electorales.

12. Llevar el Censo Nacional Electoral.

13. Asesorar y prestar el apoyo pertinente en los procesos de elecciones de diversa índole en que las disposiciones legales así lo determinen.

14. Llevar las estadísticas de naturaleza electoral relacionadas con los resultados obtenidos en los debates electorales y procesos de participación ciudadana.

15. Coordinar con los organismos y autoridades competentes del Estado las acciones orientadas al desarrollo óptimo de los eventos electorales y de participación ciudadana.

16. Proceder a la cancelación de las cédulas por causales establecidas en el Código Electoral y demás disposiciones sobre la materia y poner en conocimiento de las autoridades competentes los hechos, cuando se trate de irregularidades.

17. Asignar el Número Único de Identificación Nacional, NUIP, al momento de hacer la inscripción de nacimiento en el Registro del Estado Civil de las personas y ejercer los controles físico, lógico y técnico, para que dicho número sea exclusivo a cada ciudadano y exista un único documento de identificación.

18. Responder las solicitudes de personas naturales o jurídicas y organismos de seguridad del Estado o de la rama judicial en cuanto a identificación, identificación de necrodactilias y demás requerimientos, de acuerdo a la normatividad vigente, teniendo como soporte la información contenida en las bases de datos de registro civil y el sistema de identificación.

19. Expedir y elaborar las cédulas de ciudadanía de los colombianos, en óptimas condiciones de seguridad, presentación y calidad y adoptar un sistema único de identificación a las solicitudes de primera vez, duplicados y rectificaciones.

20. Atender todo lo relativo al manejo de la información, las bases de datos, el Archivo Nacional de Identificación y los documentos necesarios para el proceso técnico de la identificación de los ciudadanos, así como informar y expedir las certificaciones de los trámites a los que hubiere lugar.

21. Celebrar los convenios que se requieran para que otras autoridades públicas o privadas adelanten el registro civil de las personas.

22. Llevar las estadísticas sobre producción de documentos de identificación y el estado civil de las personas y su proyección.

23. Innovar en investigación y adopción de nuevas tecnologías, normas de calidad y controles que mejoren la producción de documentos de identificación y del manejo del registro civil.

24. Atender las solicitudes de expedición de la cédula de ciudadanía en los consulados de Colombia en el exterior para que quienes estén habilitados puedan ejercer sus derechos políticos como ciudadanos colombianos y brindar información acerca de su trámite.

25. Efectuar el recaudo del valor de los duplicados y rectificaciones de la cédula de ciudadanía, copias y certificaciones del registro civil y de los libros y publicaciones que edite la Registraduría, y las tarifas de los demás servicios que ésta preste.

26. Las demás que le asigne la Constitución Política y las disposiciones legales vigentes.”

El artículo 67 del decreto 2241 de 1986 por el cual se adopta el Código Nacional Electoral precisa sobre las causales de cancelación de cédula de ciudadanía lo siguiente:

“Artículo 67. Son causales de cancelación de la cédula de ciudadanía por parte de la Registraduría Nacional del Estado Civil, las siguientes:

- a) Muerte del ciudadano;
- b) Múltiple cedulación;
- c) Expedición de la cédula a un menor de edad;
- d) Expedición de la cédula a un extranjero que no tenga carta de naturaleza;
- e) Pérdida de la ciudadanía
- f) Falsa identidad o suplantación”

4. Pruebas relevantes.

4.1. Pruebas documentales.

A continuación, se relacionan las pruebas de mayor relevancia en este asunto.

- Copia del registro civil de defunción del señor Luis Carlos Betancur (SIC) Londoño identificado con la cédula de ciudadanía número 4.574.519, proferido por la Superintendencia de Notariado y Registro (Fl. 66 C. 2)
- Registro civil de matrimonio de la señora Olga Valencia Londoño y el señor Hernando Castrillón Correa (Fl. 1 C. 2)
- Certificación de la Nueva EPS del 6 de febrero de 2014, que da cuenta que la señora María Olga Valencia Castrillón en calidad de beneficiaria del señor Hernando Castrillón Correa aparece como cancelada por retiro del sistema; cédula número 4.574.519 (Fl. 6 C. 2)
- Copia del documento de Colpensiones de diciembre de 2013, con reporte de novedad del retiro de la pensión del señor Hernando Castrillón Correa, por la causal de fallecimiento (Fl. 7 C. 2)
- Certificado de la Registraduría Nacional del Estado Civil de fecha 5 de marzo de 2014 en la que se dice que, el documento de identificación del señor Hernando Castrillón Correa cédula número 4.574.519, se encuentra cancelada por muerte, relacionan la resolución número 13280 de 6 de diciembre de 2013, y que se informó en Berlín, Samaná, Caldas (Fl. 10 C. 2)
- Respuesta de la Inspección de Policía y Tránsito del municipio de Samaná al apoderado del demandante, de fecha 25 de febrero de 2014, en la cual informa que, allí no se llevan registros de defunción, por ser ello competencia de las Notarías y Registraduría municipal (Fl. 11 C. 2)
- Copia de la resolución número 13280 de 6 de diciembre de 2013, donde con fundamento en el artículo 67 del código electoral, resuelve cancelar por muerte del titular la cédula de ciudadanía del señor Hernando Castrillón Correa número 4.574.519, con registro del 5 de agosto de 1990 (Fls. 15 a 17 C. 2), proferida por la Registraduría Nacional del Estado Civil.
- Copia de la resolución número 13652 de 12 de diciembre de 2013, donde con fundamento en el artículo 67 del código electoral, resuelve cancelar por muerte del titular la cédula de ciudadanía del Luis Carlos Betancur Londoño número 4.572.519, con registro del 5 de agosto de 1990 (Fls. 22 a 24 C. 2), proferida por la Registraduría Nacional del Estado Civil.
- Copia de la resolución 0729 de 22 de enero de 2014, por la cual la

Registraduría Nacional del Estado Civil revoca parcialmente unas resoluciones por las cuales se cancelaron unas cédulas de ciudadanía por muerte, en la que se considera entre otros:

“(…) Que mediante oficios remitidos por los Delegados Departamentales, Registradores Especiales y Municipales del Estado Civil del territorio nacional Y Centro de Atención e Información al Ciudadano CAIC-, informan que unas cédulas de ciudadanía pertenecientes a los ciudadanos relacionados en el presente acto administrativo se encuentran reportadas en el Archivo Nacional de Identificación (ANI) como canceladas por muerte de su titular, razón por la cual, allegaron las reseñas para establecer plena identidad, con el fin de restablecer la vigencia de su cédula de ciudadanía.

Que al confrontar en el Archivo Nacional de Identificación (ANI), físico y sistematizado los datos biográficos e impresiones dactilares correspondientes a las cédulas de ciudadanía que se relacionan en la presente Resolución, se confirmó que sus titulares fueron anunciados como personas fallecidas, sin embargo, al verificar los datos consignados en cada Registro Civil de Defunción, fueron detectadas algunas inconsistencias que permiten apreciar errores en la transcripción de información que hacen necesario corregir la indebida cancelación de las cédulas de ciudadanía.

Que para el efecto, se efectuaron los respectivos cotejos dactiloscópicos suscritos y numerados individualmente Por: Fernando Díaz Herrera, Iván Fernando Peñaloza Briceño y Nimia Estela Vides Peña Técnicos dactiloscopistas 4065-04, inscritos como funcionarios de la Dirección Nacional de Identificación, quienes certificaron que las impresiones dactilares del material de cedulación de quienes se realizó la práctica, si corresponde con las impresiones dactilares que reposan en los archivos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, concluyéndose de esta manera que sus titulares fueron los mismos que obtuvieron el documento referido por primera vez, según el Archivo Nacional de Identificación (ANI), físico y sistematizado..

Que por lo expuesto, es procedente revocar parcialmente las resoluciones por las cuales se cancelaron unas cédulas de ciudadanía por muerte de sus titulares, y en consecuencia, restablecer su vigencia.
(…) (Subraya la Sala).

Resolución en la cual se resolvió revocar la cancelación y se restableció la vigencia de la cédula de ciudadanía del señor Hernando Correa Castrillón y se procede a realizar la actualización correspondiente entre otros (Fls. 18 a 21 C. 2)

- Copia del fallo de tutela de 27 de enero de 2014, proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, en el cual se tutelan los derechos fundamentales a la dignidad, personalidad jurídica y seguridad social del señor Hernando Castrillón Correa, y ordena la Registraduría Nacional del Estado Civil que, en el término perentorio de 48 horas, restablezca la vigencia de su cédula. (Fls. 56 a 62 C. 2)

- Incidente de desacato de 6 de febrero de 2014 contra el fallo de tutela mencionado (Fl. 64 C. 2)

4.2. Prueba testimonial.

De los testimonios y la declaración de parte rendidos en este asunto, se permite la Sala transcribir los apartes de mayor relevancia así:

Testigo señora Luz Marina Henao de Giraldo

“(...) El conocimiento es que al señor Hernando le quitaron la pensión como desde el 2014 que porque había muerto, entonces él quedó sin pensión, vivía solamente de la pensión, entonces quedó sin nada, y como somos vecinos, vivimos por la misma cuadra, veíamos los sufrimientos de ellos, que no tenían de que carecer (SIC) de nada, pues nosotros pasábamos, le colaborábamos con algo, con cositas, ellos prestando plata, se iban para Colpensiones, que anda, volvían, que el suelo se lo habían quitado porque él había fallecido. (...) la señora muy mal, porque ella sufre de la presión, y cada día aumentaban las enfermedades de ella, por ella tan intranquila, y porque iban y no la atendían, no había forma que, porque él no tenía pensión, que porque ya había muerto (...) siempre fuimos muy conocidos (...) muy duro para ellos tener que prestar con el uno y con el otro para tenerse que sostener (...) éramos muy allegados (...) antes cuando tenían su platica estaban bien, pero después cuando ya pasó eso, se veían muy tristes, muy decaídos, la señora cada día se veía más enferma, porque era hipertensa, tenía como más enfermedades debido a esa intranquilidad de ella (...) duro verlos a ellos así con esos sufrimientos (...) era como la intranquilidad que ella mantenía, sin sueldito ni nada (...) el estado de cuando tenía su sueldo era bien todos dos (...) la hija vive aparte, el vínculo bien con sus padres (...) Hugo Ferney el hijo de ellos (...) ellos, los hijos también eran muy pobres (...) ellos muy afectados de ver el papá así, de ver al papá sin sueldo, y ellos sin manera de ayudarles a ellos (...) todos dos se veían muy deprimidos, muy tristes (...)”

Testigo señor Arturo de Jesús Giraldo Franco

“(...) Al señor Hernando lo declararon muerto, y él dependía de su pensión, entonces al verse sin nada, y tener que pagar arrendo (...) todos los vecinos le ayudamos, le llevábamos cositas, porque los muchachos en ese tiempo no tenían trabajo tampoco (...)”

4.3. Declaración de parte.

Señor Hernando Castrillón Correa

“(...) Yo estuve por ahí unos tres o cuatro meses bregando con eso (...) quedó muy perjudicada porque la droga no tenía forma de conseguírsela”

y ella la necesitaba porque ella estaba muy enferma de la presión (...) ella se complicó más cuando quedamos sin la salud (...) ella tenía como dificultad para vivir, mantenía como muchos nervios, muy tensionada (...) mi familia está conformada por dos hijos (...) ella se puso grave, de mal genio, mal, con ese problema tan grande y se puso a complicarse más la salud (...) eso se pone uno como para, enloquecerse, se pone uno a pensar, porque solo depende de eso para sostenerse (...)"

5. De la falla en el servicio.

El argumento central del recurso de apelación presentado por la demandada Registraduría Nacional del Estado Civil es que hay falta de legitimación de su parte por pasiva y hay culpa exclusiva de un tercero, por cuanto la indebida cancelación del documento de identidad del demandante, no se origina en una errada y voluntaria actuación de la Registraduría, sino que, es consecuencia de un indebido reporte de la Inspección de Policía de Berlín, Samaná Caldas.

Sea lo primero determinar si en este caso se encuentra acreditada una falla en la prestación del servicio, y luego estudiar a quien se atribuye la misma.

No hay discusión en este asunto que, al señor Hernando Castrillón Correa se le canceló por muerte su cédula de ciudadanía número 4.574.519 mediante la resolución número 13280 de 6 de diciembre de 2013; y que, por la resolución 0729 de 22 de enero de 2014 se revoca la cancelación en mención, y procede a la actualización correspondiente.

Tampoco hay controversia en que tanto en la Nueva EPS como en Colpensiones el señor Hernando Castrillón Correa fueron excluidos del sistema por la supuesta muerte de éste; y por ello, Colpensiones dejó de pagar la mesada pensional al señor Castrillón Correa durante 3 meses (enero, febrero y marzo de 2014), como consta en el documento proferido por Colpensiones el 1 de marzo de 2014 (Fls. 74 y 75 C. 2), en el cual, además, se informa que, para la nómina de abril de 2014 se realizó el reingreso al sistema, y se cancelaron las sumas como retroactivo.

Ahora, la cancelación de la cédula de ciudadanía por muerte que realizó la Registraduría Nacional del Estado Civil mediante la resolución 13280 de 6 de diciembre de 2013 del señor Hernando Castrillón Correa, pese a que éste se encontraba con vida, genera sin duda la vulneración de su derecho a la

personalidad jurídica; pues la cédula de ciudadanía constituye no sólo un elemento de identificación de una persona; sino, además, un documento necesario para el funcionamiento de la persona en la sociedad, y poder hacer uso de sus derechos, como en este caso eran la atención en salud y el disfrute efectivo de la mesada pensional que ya le había sido reconocida.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional² en sentencia C – 385 de 2019:

“(…) En la sentencia C-511 de 1999 esta Corporación afirmó que la cedula de ciudadanía representa en nuestra organización jurídica “un instrumento de vastos alcances en el orden social, en la medida en la que se considera idónea para identificar cabalmente a las personas, acreditar la ciudadanía y viabilizar el ejercicio de los derechos civiles y políticos. No cabe duda que la cédula de ciudadanía constituye un documento al que se le atribuyen alcances y virtualidades de diferente orden que trascienden, según la Constitución y la ley, la vida personal de los individuos para incidir de modo especial en el propio acontecer de la organización y funcionamiento de la sociedad.”

Bajo tales consideraciones, es claro que para el cabal ejercicio del derecho a la personalidad jurídica la cédula de ciudadanía se convierte en un documento relevante e imprescindible para acreditar la identificación de las personas y, de esta forma, garantizar el ejercicio de sus derechos constitucionales, sin que ello implique que sea un deber portarla o que se pueda imponer una sanción administrativa por no llevarla consigo, ya que como también lo ha reconocido la Corte, no es el único documento de identificación y en ciertas circunstancias exigir su exhibición para lograr el ejercicio de algunos derechos, puede resultar desproporcionado. (…)” (Subraya la Sala)

De igual manera, se ha pronunciado la Corte Constitucional³ sobre la naturaleza del derecho fundamental a la personalidad jurídica; sobre la importancia de la cédula de ciudadanía en el siguiente sentido:

“(…) Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la personalidad jurídica

Nuestro ordenamiento constitucional consagró en el artículo 14 Superior, el derecho fundamental de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica. De igual manera, los artículos 6º de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴, 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵ y 3º de la Convención Americana sobre

² Corte Constitucional. Sentencia de 21 de agosto de 2019. CP. Dr. José Fernando Reyes Cuartas. Expediente T-7.296.444

³ Corte Constitucional. Sentencia T-662 de 29 de noviembre de 2016. CP. Dra. Gloria Stella Delgado. Expediente: T-5.703.081

⁴ Artículo 6. Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

⁵ Artículo 16. Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Derechos Humanos⁶ consagran la garantía fundamental del reconocimiento de la personalidad jurídica a toda persona. Esta Corporación, desde el año 1992, ha precisado que el derecho fundamental al reconocimiento de la personalidad jurídica es consecuencia de una reivindicación histórica en la que se reconoce a todo ser humano como sujeto de derechos por su sola existencia⁷. De esta forma, en la **sentencia T-485 de 1992**⁸, la Corte manifestó que el derecho a la personalidad jurídica presupone toda una normatividad jurídica, según la cual el hombre por el solo hecho de serlo debe ser reconocido como un sujeto de derechos. Lo expuesto, genera además, la obligación de repudiar ideologías evaluadoras de la personalidad que lo reduzcan a la simple condición de cosa.

De esta manera, a través del reconocimiento de la personalidad jurídica se materializa el principio de la dignidad humana e impone el deber de proscribir toda manifestación racista o totalitaria en contra de la libertad del hombre⁹.

La concepción tradicional del derecho civil entiende que la personalidad jurídica implica a su turno varios atributos como el nombre, la nacionalidad, la capacidad para contraer obligaciones y adquirir derechos y el estado civil. Esta concepción ha sido desarrollada por la Corte desde una perspectiva constitucional en distintos pronunciamientos¹⁰.

En efecto, la personalidad jurídica está constituida por el reconocimiento del nombre, que comprende además los apellidos y sirve para identificar e individualizar a cada persona en relación con los demás y con el Estado. El artículo 3° del Decreto Ley 1260 de 1970¹¹, indica que “Toda persona tiene derecho a su individualidad, y por consiguiente, al nombre que por ley le corresponde. El nombre comprende, el nombre, los apellidos, y en su caso, el seudónimo.”

(...)

Por lo expuesto, este Tribunal estableció que la cédula de ciudadanía constituye por regla general, la prueba de la identificación personal que acredita la personalidad de su titular en todos los actos jurídicos y demás situaciones en los que participa¹². Dada la importancia que reviste el mencionado documento, la Sala presentara a continuación algunas consideraciones al respecto.

(...)

Importancia constitucional y función de la cédula de ciudadanía

La Corte ha manifestado que la cédula de ciudadanía constituye un documento cuyos alcances y virtualidades trascienden al ámbito constitucional, pues versa sobre asuntos de la vida personal de los individuos que inciden de modo especial en el propio acontecer de la organización y funcionamiento de la sociedad¹³.

⁶ Artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

⁷ Sentencia T-1000 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁸ M.P. Fabio Morón Díaz.

⁹ Sentencia T-485 de 1992 M.P. Fabio Morón Díaz, reiterada en sentencia T-1000 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁰ Al respecto ver las sentencias C-807 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentería. T-729 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-308 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre otras.

¹¹ Por el cual se expide el Estatuto de Registro Civil de las personas.

¹² Sentencia T-623 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt. Sentencia T-485 de 2013 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹³ Sentencias T-162 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-069 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

De esta manera, la cédula de ciudadanía cumple con tres funciones particulares: i) identificar a las personas; ii) permitir el ejercicio de sus derechos civiles; y iii) asegurar la participación de los ciudadanos en la actividad política dentro de un escenario democrático¹⁴. Constituye el documento que por antonomasia sirve de prueba de la identificación personal y acredita la personalidad de su titular en todos los actos jurídicos en los que participa, de ahí que se trate de un medio idóneo y, por regla general, irremplazable para lograr los propósitos expuestos¹⁵

(...)

De otra parte, conforme al artículo 120 Superior, el numeral 4º del artículo 26 del Decreto 2241 de 1986 y el artículo 5º del Decreto 1010 de 2000¹⁶, la competencia para adelantar los trámites de expedición de las cédulas recae en el Registrador Nacional del Estado Civil. (...)” (Subraya la Sala).

De acuerdo a lo expuesto, para esta Sala de decisión, en virtud de la importancia constitucional y jurídica que tiene la cédula de ciudadanía, y lo necesaria de ésta para el ejercicio de los derechos; la cancelación injustificada de la misma no sólo es un daño que en este caso, el señor Hernando Castrillón Correa no estaba en el deber de soportar; sino que, con ello se vulnera su derecho a la personalidad jurídica. Máxime cuando en este caso, se encuentra demostrado que, la cancelación de su cédula de ciudadanía por fallecimiento es el resultado de un error del Estado, por no obedecer dicha situación a la realidad, ni tampoco el mentado señor contribuyó de manera alguna a la producción de éste, por lo que, hubo en este caso acciones y omisiones que generaron el daño mencionado, acreditándose con esto una falla en la prestación del servicio.

5.1. De las entidades responsables en la producción del daño.

La Juez de primera instancia, declaró probada la falta de legitimación por pasiva de la Superintendencia de notariado y registro con fundamento en que, si bien previo a la Constitución Política de 1991, dicha entidad ejercía funciones relacionadas con la administración y vigilancia del estado civil de las personas, esas funciones se trasladaron a la Registraduría General de la Nación; y afirma que, por cuanto no existió actuación administrativa de parte de la Superintendencia de notariado y registro que tenga relación con la cancelación

¹⁴ Al respecto ver sentencias C-511 de 1999 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-069 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-522 de 2014 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, entre otras.

¹⁵ Sentencia T-522 de 2014 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁶ Numeral 19 del artículo 5º.

de la cédula del demandante, hay una falta de legitimación por pasiva de su parte.

Contrario a lo expuesto por la Juez de Instancia, el apelante reitera que es la Registraduría General de la Nación quien tiene falta de legitimación por pasiva en este asunto.

Ahora, no puede pasar inadvertido esta Sala de decisión, el hecho de la existencia del registro civil de defunción del señor Luis Carlos Betancuer (SIC) Londoño, que identifican con la cédula de ciudadanía número 4.574.519; documento que es proferido por la Superintendencia de Notariado y Registro (Fl. 66 C. 2); el cual da cuenta de la intervención de la referida entidad; sin embargo, lo que debe determinarse es, si esa actuación, es o no la causa eficiente del daño en este caso, o qué tanto contribuyó con la producción del mismo.

5.2. De la actuación de la Superintendencia de Notariado y Registro.

En el presente asunto, la Superintendencia de Notariado y Registro expide un registro civil de defunción de una persona (Luis Carlos Betancuer(SIC) Londoño), consignando la cédula de otra (Hernando Castrillón Correa); y con base en ello, la Registraduría Nacional del Estado Civil fuere a su vez dos resoluciones a saber: i) resolución 13280 de 6 de diciembre de 2013, en la cual se cancela la cédula de ciudadanía número 4.574.519 del señor Hernando Castrillón Correa, dice que informa estación Berlín y tiene fecha de registro de 5 de agosto de 1990, y, ii) resolución número 13652 de 12 de diciembre de 2013 mediante la cual cancela la cédula de ciudadanía número 4.572.519 del señor Luis Carlos Betancur Londoño dice igualmente que informa estación Berlín y tiene fecha de registro de 5 de agosto de 1990.

Ahora, si bien el mencionado registro de defunción contiene un yerro en el número de cédula de la persona fallecida, pues por error se consignó allí el número de la cédula del señor Hernando Castrillón Correa, quien se encontraba vivo, registro de defunción que fue expedido en el año de 1990; y sólo en el mes de diciembre de 2013, esto es, 23 años después, la Registraduría Nacional del Estado Civil cancela la cédula del demandante; de manera que, es sólo desde ese momento, en el cual se materializa la afectación de los derechos del demandante; pues es a partir de la cancelación y no con la expedición del

registro de defunción, que, al señor Castrillón Correa se le deja de pagar su mesada pensional, se suspenden sus servicios de salud y es cuando, debe empezar con todos los trámites administrativos necesarios para demostrar el error en que incurrió la Registraduría, que en últimas fue la que canceló su cédula y no la Superintendencia de Notariado y Registro.

Por lo considerado, para esta Sala de decisión, si bien la Superintendencia de Notariado y Registro se equivocó en la consignación de la cédula del registro de defunción del señor Luis Carlos Betancuer (SIC), cédula que correspondía al ahora demandante, señor Hernando Castrillón Correa; ese mero yerro no fue la causa eficiente del daño, pues esta fue la cancelación de la cédula, actuación desplegada por la Registraduría Nacional del Estado Civil; por lo que no le asiste razón a la apelante en atribuir el daño a otra entidad.

5.3. De la actuación de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Ahora, respecto de esta responsabilidad de la Registraduría Nacional del Estado Civil, es necesario precisar que, pese a que en el registro de defunción del señor Luis Carlos Betancuer (SIC) Londoño aparece la cédula de 4.574.519, correspondiente al señor Hernando Castrillón; lo cierto es que, la Registraduría profiere la resolución número 13280 de 6 de diciembre de 2013, donde con fundamento en el artículo 67 del Código Electoral, resuelve cancelar por muerte del titular la cédula de ciudadanía del señor Hernando Castrillón Correa número 4.574.519; ello pese a que aparece con registro del 5 de agosto de 1990, por lo que no comprende esta Sala, porqué transcurrieron más de 23 años sin que la Registraduría haya realizado actuación alguna en sus bases de datos, sin que haya procedido a la verificación correspondiente, encontrando en primer lugar, injustificado ese tiempo transcurrido.

Debe decirse además que, para que la Registraduría Nacional del Estado Civil proceda a la cancelación de una cédula de ciudadanía, no puede bastarle el reporte de otra entidad, pues debe cotejar en su base de datos si la información suministrada es correcta o no; de manera que, en este caso, para proferir la resolución número 13280 el 6 de diciembre de 2013, en la cual canceló por la muerte del titular la cédula de ciudadanía del señor Hernando Castrillón Correa número 4.574.519, debió hacer la verificación correspondiente, revisar si la

cédula ingresada al sistema correspondía o no a la persona que falleció y respecto de la cual se expidió el registro de defunción; así que, no puede ser excusa, que otra entidad, llámese estación de Policía, Superintendencia de Notariado y Registro hayan suministrado un número errado, pues cada número de cédula está asignado a una persona, y debe coincidir el número con el nombre que se reporta; lo cual se pasó por alto en este caso.

También es necesario resaltar que, la resolución 13652 de 12 de diciembre de 2013, mediante la cual se canceló por muerte del titular la cédula de ciudadanía del Luis Carlos Betancurt Londoño; allí se consigna un número diferente al del ahora demandante, señor Hernando Castrillón Correa, se incluye la cédula número 4.572.519; no obstante, en el caso de la resolución número 13280 de 6 de diciembre de 2013, en la que se canceló por muerte del titular la cédula de ciudadanía del señor Castrillón Correa, se consigna su cédula de ciudadanía, número 4.574.519; situación de la cual se puede entender que, la Registraduría si verificó y cotejó la información del registro de defunción, y por ello, pese haberse consignado una cédula errada, se cancela la cédula correcta; pero en el caso del señor Hernando Castrillón Correa, no se hizo esa labor de verificación, y se procedió a su cancelación, pese a que éste no tenía registro de defunción alguno.

Por lo considerado, hay lugar a confirmar la sentencia proferida en primera instancia, en cuanto se encuentra demostrada la falla en la prestación del servicio en cabeza de la Registraduría Nacional de la Nación, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

6. Del reconocimiento de los perjuicios morales.

Con relación al reconocimiento de los perjuicios morales, el recurrente de manera general, afirma que éstos, no se encuentran acreditados en este asunto; y la Juez de instancia considera acreditado el perjuicio moral por la producción del daño y por la vulneración del derecho a la personalidad jurídica del señor Hernando Castrillón Correa; y, advirtiendo que no existen elementos de juicio para tasar el monto del perjuicio inmaterial, reconoce al señor Hernando Castrillón Valencia (SIC) la suma de 20 SMLMV; a la señora María Olga

Valencia de Castrillón la suma de 10 SMLMV; a Olga Lucía Castrillón Valencia y Hugo Ferney Castrillón Valencia la suma de 5 SMLMV para cada uno de ellos. Es necesario precisar en este asunto que, si bien el Consejo de Estado ha unificado su jurisprudencia en caso de perjuicios morales en caso de muerte y lesiones, específicamente en los casos de familiares, tomando como referente los grados de consanguinidad; no ocurre lo mismo con este tipo de perjuicios fuera de esa esfera de daño como acontece en este caso, por lo que deben ser acreditados.

Por su parte, el Consejo de Estado¹⁷ ha considerado respecto de los perjuicios morales lo siguiente:

“(…) De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, el perjuicio moral consiste en el dolor, la aflicción y, en general, los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo, el cual no requiere solemnidad o prueba específica para ser acreditado, por lo que su causación puede ser demostrada con cualquier medio de convicción.

En cuanto a la existencia y forma de manifestarse el perjuicio moral, la doctrina ha señalado que puede obedecer a diversas expresiones concretas, como por ejemplo, el dolor que sufre la víctima en razón a las situaciones que lesionan sus bienes personales (vida, integridad física o moral, dignidad, libertad, buen nombre, honor, etc.), sin que se excluya la posibilidad de una coexistencia de perjuicios; o bien, presentarse ante situaciones que ponen en peligro los mismos, amenazas sobre la integridad, perturbación en el goce, de allí que el daño moral no necesariamente se encuentre vinculado o derive del dolor físico o somático producto de lesiones, sino también, por el aspecto psicológico con relación a la situación de los bienes, y aún por la pérdida de cosas materiales.

Al lado de lo anterior, esta Sección ha señalado que la indemnización de perjuicios morales tiene una función satisfactoria y no reparatoria de tal aflicción. En ese sentido, los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia, pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor; por lo tanto, corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la intensidad del daño causado al demandante. Tal intensidad puede ser apreciada por sus manifestaciones externas y por esto se admite para su demostración cualquier tipo de prueba (…)”.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sub Sección A. Sentencia de 22 de noviembre de 2021. CP. Dr. José Roberto Sáchica Méndez. Rad. 05001-23-31-000-2011-01668-01 (51821).

De lo expuesto, se colige que, para acreditar los perjuicios morales en este asunto, debe acudirse a cualquier medio de convicción que, dé cuenta del dolor, aflicción, congoja, desasosiego y temor, entre otros.

Ahora bien, obra dentro del proceso prueba testimonial y declaración de parte que hacen alusión a ello, como se transcribió en el numeral 4.2. de esta sentencia; testimonios e interrogatorio de los cuales se puede concluir que el señor Hernando Castrillón Correa y su señora esposa María Olga Valencia de Castrillón se vieron angustiados, preocupados y padecieron a causa de la cancelación de la cédula del mentado señor, ello por cuanto durante un tiempo cambiaron sus condiciones de vida, no tuvieron el sustento mensual de la pensión del demandante, y, estuvieron constantemente afectados entre tanto duró la situación.

Y, el testimonio de la señora Luz Marina Henao de Giraldo da cuenta que los hijos del matrimonio mencionado se veían afectados, deprimidos y muy tristes, por ver a su padre sin su pensión a causa de lo acontecido, sin que ellos pudieran contribuir económicamente, pues resalta las precarias condiciones económicas de éstos.

Por lo expuesto es necesario señalar que, si bien la Juez de primera instancia no hace referencia detallada sobre los testimonios rendidos, para con base en éstos reconocer los perjuicios morales; resulta cierto que los mismos se encuentran debidamente acreditados en el presente asunto, pues ellos dan cuanta de los padecimientos sufridos por los demandantes, la aflicción, preocupación, tristeza y afectaciones a raíz de las consecuencias padecidas por la cancelación de la cédula de ciudadanía del señor Hernando Castrillón Correa, por lo que si había lugar a su reconocimiento como lo hizo la juez de instancia, dando lugar a la confirmación de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del circuito de Manizales el día 2 de abril de 2019.

7. Reconocimiento de personería.

Entre folios 11 y 17 del cuaderno 5 obra memorial poder conferido por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Registraduría Nacional del Estado Civil a los abogados Henry Geovanny Rodríguez Sandoval identificado con cédula de ciudadanía número 93.131.304 y portador de la TP 110.379 del CS de la J, y a la abogada Maryuri Álvarez Pérez identificada con cédula de ciudadanía número

1.061.372.036 y portadora de la TP 333.221 del CS de la J, el cual cumple con los requisitos necesarios para reconocer personería para actuar como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

8. Costas en la segunda instancia.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado⁵ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

En este caso, advierte que, la Sala advierte que el recurso de apelación interpuesto por la demandada Registraduría Nacional del Estado Civil no prosperó; y la parte demandante presentó alegatos de conclusión en segunda instancia, por lo que hay lugar en este caso a condena en costas por concepto de agencias en derecho, en favor de los demandantes y a cargo de la demandada Registraduría Nacional del Estado Civil.

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

Falla

Primero: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 02 de abril de 2019, dentro del medio de control de reparación directa presentado por el señor Hernando Castrillón Correa y otros contra la Registraduría Nacional del Estado Civil y la Superintendencia de Notariado y Registro.

Segundo: Condenar en costas a la Registraduría Nacional del Estado Civil y a favor de la parte demandante, a título de agencias en derecho; las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el juez de Primera Instancia conforme al artículo 366 del CGP.

Tercero: Reconocer personería para actuar al abogado Henry Geovanny Rodríguez Sandoval identificado con cédula de ciudadanía número 93.131.304 y portador de la TP 110.379 del CS de la J, y a la abogada Maryuri Álvarez Pérez

identificada con cédula de ciudadanía número 1.061.372.036 y portadora de la TP 333.221 del CS de la J. para actuar en representación de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

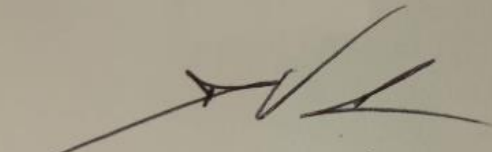
Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia XXI”.

Notifíquese y cúmplase

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, siete (7) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación	17 001 33 39 008 2016 00363 02
Demandante	Jorge Omar Flórez Goyes
Demandado	Nación- Ministerio de Defensa-Policía Nacional.
Providencia	Sentencia No. 119

Procede la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó las pretensiones del demandante, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 18 de septiembre de 2019.

I. Antecedentes

1. Declaraciones y condenas.

El accionante solicita que se hagan las siguientes declaraciones:

“PRIMERO: Que se declare nulo el acto administrativo contenido en la resolución Nro. 02659 del 13 de mayo de 2016, expedido por el Ministerio de Defensa Nacional Policía Nacional-Dirección General, por medio del cual se retira del servicio activo de la Policía Nacional al señor Intendente Jorge Omar Flórez Goyes, identificado con la cedula de ciudadanía 94.317.678 expedida en Palmira Valle.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho y consecuente con lo anterior, el Ministerio de Defensa-Policía Nacional revoque la resolución número 02659 del 13 mayo de 2016, y en su defecto reintegre a mi mandante al servicio activo como Intendente de la Policía Nacional de manera inmediata, sin solución de continuidad y con los derechos y prerrogativas correspondientes a su grado policial.

TERCERO: Que, como consecuencia del reintegro, la Policía Nacional, proceda al ascenso, de manera inmediata al grado de Intendente Jefe, por haber cursado y superado el curso de ascenso, o en su defecto, al grado

de subcomisario si se ha cumplido el tiempo para tal efecto, con sus derechos y prerrogativas a dichos grados policiales.

CUARTO: Ordenar a la Dirección General de la Policía Nacional, el pago de los salarios, primas, prestaciones sociales, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir por mi poderdante desde el 18 de mayo de 2016, hasta el reintegro del Jorge Omar Flórez Goyes, a la Policía Nacional sin solución de continuidad.

QUINTO: Que se pague por parte de la Policía Nacional el siguiente perjuicio:

*PERJUICIOS MORALES (Extrapatrimoniales-)
(...)*

I. Para el señor JORGE OMAR FLOREZ GOYES, en su calidad víctima, cien (100) SMLMV a la fecha de la ejecutoria de la solicitud.

PERJUICIOS MATERIALES.

Daño Emergente Consolidado.

*Gastos de estadía y curso de ascenso Gastos de honorarios de abogados:
40% concepto cuota Litis.*

SEXTO: Que a consecuencia de la misma conciliación la parte convocada, debe pagar todos los valores demandados por conceptos de perjuicios materiales y morales, actualizados con la respectiva acta de conciliación con forme al cambio en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de estadística (DANE) desde el momento de su causación hasta el momento en que quede firme la orden de pago, y a partir de esa fecha, junto con los intereses moratorios liquidados a la máxima tasa autorizada por la ley colombiana y por la superintendencia Financiera de Colombia, hasta cuando dicho pago se haga de manera efectiva a los solicitantes, conforme a derecho.”

2. Hechos.

Los hechos de la demanda pueden resumirse en los siguientes:

- Que el señor Jorge Omar Flórez Goyes ingresó como alumno para la carrera del nivel Ejecutivo a la escuela de Carabineros Alejandro Gutiérrez mediante resolución 001 de 20 de febrero de 1995; en vigencia del Decreto 001 de 20 de febrero de 1995, y que, una vez aprobados sus estudios, mediante resolución 00214 de 26 de enero de 1996, obtuvo el grado de “carabiniere y/o patrullero” de la Policía Nacional.

- Que el demandante ascendió al grado de subintendente mediante resolución 0828 de 1 de marzo de 2000, y luego al grado de intendente por la resolución 02630 de 1 de septiembre de 2009, siendo llamado luego a hacer el curso de ascenso y diplomado en seguridad ciudadana y política pública, en la Escuela

de Suboficiales y Nivel Ejecutivo “Gonzalo Jiménez de Quesada” desde el día 1 de febrero de 2015 hasta el 23 de marzo de 2016.

- Que con el fin de acreditar el llamado a calificar servicios envió petición a la Policía Nacional para la expedición de los actos correspondientes, quien le responde negando su expedición.

- Que en el mes de marzo de 2016 se ascendieron al grado de intendente jefe, a los policías que por tiempo de antigüedad les correspondía ello, quedando pendiente otros por el ascenso, incluido el demandante.

- Que mediante resolución 02659 de 13 de mayo de 2016 el demandante señor, Jorge Omar Flórez Goyes fue llamado a calificar servicio, argumentando que contaba con 20 años de servicio y podía acceder a la asignación de retiro, teniendo dicho acto como mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica de la institución, y para el relevo permitiendo el ascenso a los más sobresalientes; argumentos que dice el demandante ser falsos, pues hay otras causales.

- Que el acto administrativo de retiro fue notificado el 18 de mayo de 2016, y afirma que adolece de falsa motivación porque, previstas las vacantes de grado de Intendente Jefe por parte de la Policía Nacional para el año 2016, el señor Jorge Omar Flórez Goyez fue llamado a realizar curso de ascenso para el mes de septiembre de 2016, al igual que sus compañeros de curso.

- Que el llamado a realizar curso de ascenso impone al convocado incurrir en una serie de gastos de matrícula, alojamiento, alimentación, consignación de un salario mínimo mensual al centro educativo entre otros; y que, para la fecha de expedición del acto que llamó a calificar servicios al demandante, fueron llamados otros sub comisarios, que se encuentran pendientes para el ascenso a comisarios, siendo éste, el último grado en la carrera del nivel ejecutivo, y quienes cuentan con más de 25 años de servicios; pero pese a contar con un tiempo superior en la Policía, no se les hizo efectiva la notificación de los actos administrativos, y les fue revocado el acto para permitir los ascensos a comisarios.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Refiere el apoderado del demandante como normas vulneradas las siguientes:

- Artículos 1, 2, 13, 25, 29 y 53 Constitucionales.
- Artículo 8 de la declaración universal de derechos humanos.
- Artículo 25 de la Convención de derechos humanos.
- Ley 446 de 1998

Manifiesta el demandante que el acto demandado carece de congruencia, por no tener como fundamento argumentos reales, pues se le había ofrecido al señor Jorge Omar Flórez Goyes ascender hasta el grado de comisario, siempre que superara los requisitos del Decreto 1791 de 2000, y pese a que el mentado señor había adelantado el curso de ascenso para Intendente Jefe fue retirado abruptamente del servicio, impidiendo su ascenso al citado cargo, y rompiendo así su carrera; siendo contrario su llamado a calificar servicios con la convocatoria al ascenso de grado de Intendente Jefe.

Sostiene que el demandante debió haber sido ascendido, por haber cumplido los requisitos, y haber superado satisfactoriamente el curso, pero que fue retirado del servicio con argumentos, as su juicio, caprichosos.

4. Contestación de la demanda. (Fls. 70 a 86 C.1)

La demandada Policía Nacional contesta la demanda pronunciándose frente a los hechos de la misma, y oponiéndose a sus pretensiones, refiriendo que, el buen desempeño de un uniformado resulta insuficiente para ser elegido para ascenso, cuando varios tienen hojas de vida similares; de manera que, la escogencia de quienes deben seguir, obedece a una decisión de la junta que determina quienes tienen mayor perfil para el nuevo grado.

Seguidamente cita las normas relacionadas con las causales de retiro del servicio, el llamado a calificar servicios y los requisitos de ascenso; y afirma que el demandante fue llamado a calificar servicios lo que indica que es acreedor de una asignación de retiro por cumplir más de 20 años en sus funciones como policía, cumpliendo los requisitos para ello, y siendo necesario para la

renovación de la línea jerárquica institucional, sin que ello implique desviación de poder.

Hace un paralelo entre el llamamiento a calificar servicios y al retiro por voluntad del gobierno nacional, concluyendo de ello que, no hubo un llamado incorrecto o erróneo a la calificación de servicios del demandante y hace extensas citas jurisprudenciales relacionadas con ello y afirma que, el ejercicio de una atribución que conlleve al cese de funciones del servicio activo de un uniformado, no significa una sanción, ni despido o exclusión; y que, los uniformados pasan a disfrutar de su asignación de retiro por derecho análogo a la pensión de vejez; de manera que, por ese retiro, cesa su obligación de prestar servicio sin perder el grado adquirido en actividad.

Finaliza diciendo que el acto demandado fue proferido por el ministro de Defensa Nacional en uso de sus facultades legales, y sin violación a la constitución ni a la ley.

5. Sentencia de primera instancia. (Fls. 154 a 159 C.1)

Mediante sentencia de 18 de septiembre de 2019 el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales resolvió:

***“PRIMERO. NEGAR** las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO:** Costas a cargo de la parte demandante, señor Jorge Omar Flórez Goyes cuya liquidación y ejecución se harán de la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso.*

Se fijan agencias en derecho por valor de \$1.500.000 de conformidad con el artículo 6 numeral 3.1.2. del acuerdo 1887 de 2003.

***TERCERO: Notifíquese** conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.*

***CUARTO:** En firme la sentencia, archívese el expediente previa anotación en el aplicativo “Justicia Siglo XXI”. Desde ahora se ordena la expedición de las copias que soliciten las partes, conforme lo previsto en el artículo 114 del Código General del Proceso. La Secretaría liquidará los gastos del proceso; si quedaren remanentes efectúese su devolución.”*

Empieza la Juez con el estudio de lo que se encuentra probado dentro del proceso, y continúa con el desarrollo del marco normativo y jurisprudencial y del

caso en concreto considera que, el demandante no aportó prueba alguna que demostrara la desviación de poder, ni se acreditó en este caso la falsa motivación, afirmando que el acto demandado no exige motivación adicional a la expuesta, por ser un acto de retiro por llamamiento a calificar servicios, como lo ha previsto el Consejo de Estado; pues se presume que la causa de retiro es el relevo de las líneas de mando de la Policía Nacional y la garantía de prestación de buen servicio.

Expone la Juez que, en este caso, el ejercicio de la facultad discrecional a través del llamamiento a calificar servicios solo requería el cumplimiento de 20 años de servicios del demandante; y en cuanto a que éste realizó el curso de ascenso, obra prueba que en la resolución que se llamó a calificar sus servicios, se hizo en el cargo de Intendente, por lo que hay lugar a negar las pretensiones de la demanda.

Finalmente, con relación a la condena en costas, cita el artículo 188 del CPACA, hace alusión al criterio objetivo dispuesto para ello en el Consejo de Estado, y resalta que, a folio 62 del cuaderno principal, obra el poder otorgado a apoderados judiciales de la parte demandada, quienes ejercieron plenas facultades en virtud de ellos; de manera que, se cuenta con gastos generados en el trámite procesal, por lo que condena en costas a la parte demandante; y, fija agencias en derecho por valor de \$1.500.000.

6. Recurso de apelación (Fls. 137 a 141 C. 1).

La parte demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en la demanda y, afirmando que, la resolución mediante la cual se llama a calificar servicios al demandante señor Jorge Omar Flórez Goyes se produjo de manera arbitraria y con desviación de poder; sin ser el objetivo de renovación jerárquica en este caso, por haber sido llamado a realizar el curso de ascenso, el cual superó de manera satisfactoria, lo cual, le daba la idoneidad y capacidad para relevar a los sub comisarios; de quienes afirma, fueron llamados a calificar servicios, siendo luego reintegrados y favoreciendo sus intereses, citando los nombres y las resoluciones que dice, respaldan lo afirmado.

Reitera que la falsa motivación se originó debido a que el argumento del llamado era realizar la renovación jerárquica, pero que, como quienes habían sido llamados a su vez a calificar servicios, fueron reincorporados, ello desvirtúa ese fundamento del acto demandado.

Luego dice que, no fue tenido en cuenta que, el demandante se llamó a concursar para ascenso, para lo cual debían existir vacantes, por ello fue llamado.

Sostiene el apelante que, es falsa la afirmación de la Juez de primera instancia que dice que el demandante fue retirado del servicio ostentando el cargo de Intendente.

Finalmente se refiere a la condena en costas, solicitando que, en caso de resolverse desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto, no sea condenado en costas, por no haber actuado con temeridad o mala fe; y refuta la condena de primera instancia, por considerar que no es cierto que se haya demostrado que la demandada haya incurrido en gastos económicos para la defensa de sus intereses.

Y, solicita que sean valoradas unos documentos aportados en los alegatos de conclusión, relacionadas con unas resoluciones de retiro de subcomisarios y la certificación de que, ellos continuaban laborando para la demandada; porque la entidad no las expidió oportunamente.

7. Alegatos de conclusión.

- Parte demandada (FIs. 6 a 9 C. 4)

La demandada Policía Nacional presentó escrito de alegatos en segunda instancia, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de ésta, relacionados con que, el llamamiento a calificar servicios es una atribución legal que conduce a la cesación del servicio activo del uniformado, el cual hace acreedor al mismo de la asignación de retiro.

Hace alusión a la carrera piramidal de la demandada, y que, el retiro del servicio por llamado a calificar tiene como fin el relevo dentro de la línea jerárquica y

hace citas jurisprudenciales; exponiendo que, la disposición de llamar a calificar servicios al demandante, señor Jorge Omar Flórez Goyes no tuvo razones injustificadas, sino argumentos legales, por contar con el tiempo de servicios necesarios para ello, por lo que debe confirmarse a su juicio, la sentencia proferida en primera instancia.

6. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto como dice la constancia secretarial del 23 de septiembre de 2020, que se encuentra a folio 19 del cuaderno 4.

II. Consideraciones de la Sala

1. Problemas jurídicos a resolver:

Los problemas jurídicos a resolver en este asunto se centran en las discusiones planteadas en el recurso de apelación.

¿Se encuentran acreditados los presupuestos necesarios para declarar la nulidad de la resolución 02659 de 13 de mayo de 2016 por la cual se retira del servicio activo al señor Jorge Omar Flórez Goyes?

¿Hay o no lugar a la condena en costas realizada en primera instancia?

2. Análisis normativo.

De conformidad con el artículo 218 de la Constitución Política, los miembros de la Policía Nacional tienen un régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, con base en el cual se regula expresamente el ingreso, los ascensos, así como su retiro.

Con el Decreto 1791 de 2000, “*Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional*”, el Gobierno Nacional definió el retiro como aquella “(...) *situación por la cual el personal uniformado, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio. (...)*”, y el artículo 55 vigente al momento de proferirse el acto demandado dispone como causales de retiro:

“Artículo 55. Causales de retiro. El retiro se produce por las siguientes causales:

1. Por solicitud propia.
2. Por llamamiento a calificar servicios.
3. Por disminución de la capacidad sicofísica.
4. Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez.
5. Por destitución.
6. Por voluntad del Ministro de Defensa Nacional, o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación, para el nivel ejecutivo, y los agentes.
7. Por no superar la escala de medición del Decreto de Evaluación del Desempeño Policial.
8. Por incapacidad académica.
9. Por desaparecimiento.
10. Por muerte.

Y, el artículo 62 reguló el retiro por voluntad del ministro de Defensa Nacional o de la Dirección General de la Policía Nacional para el nivel ejecutivo y los agentes en los siguientes términos:

“Artículo 62. Retiro por voluntad del gobierno, o de la dirección general de la policía nacional. Por razones del servicio y en forma discrecional, la Dirección General de la Policía Nacional por delegación del Ministro de Defensa Nacional, para el nivel ejecutivo, y agentes podrán disponer el retiro del personal con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva.

El artículo 5 define la jerarquía en el nivel ejecutivo de la siguiente manera:

Artículo 5. La jerarquía de los Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, para efectos de mando, régimen disciplinario, Justicia Penal Militar, lo mismo que para todos los derechos y obligaciones consagrados en este decreto, comprende los siguientes grados:

- 2. Nivel Ejecutivo**
- a) Comisario
 - b) Subcomisario
 - c) Intendente Jefe
 - d) Intendente
 - e) Subintendente
 - f) Patrullero

El artículo 54 define como retiro “La situación por la cual el personal uniformado, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio”

Por su parte, el artículo 3 de la Ley 857 de 2003 precisa que *“El personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, sólo cuando cumpla los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro.*

Y, el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004 *“Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.”*, precisa:

“Artículo 24. *Asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en actividad. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así: (...)*” (Subraya la Sala)

3. Análisis jurisprudencial.

Frente a la naturaleza del acto administrativo de llamamiento a calificar servicios del personal de la Policía Nacional, el Consejo de Estado¹ se pronunciado reiteradamente en el siguiente sentido:

“(...) De lo anterior se puede afirmar que el llamamiento a calificar servicios es una figura jurídica con la que cuenta el Estado como facultad discrecional, que permite a la autoridad administrativa, adoptar la decisión de retirar del servicio activo a uno de sus miembros por motivos del servicio, atiende al concepto de evolución institucional, que permite el relevo y oxigenación dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción de su personal, lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos, conduciendo al cese de las funciones de un agente en servicio activo, sin embargo, esa facultad discrecional no configura una sanción, despido ni exclusión infame o denigrante de la institución. En efecto, el llamamiento a calificar servicios no puede constituir una sanción porque existe en favor del personal retirado, entre otras medidas, el reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades familiares personales. (...)”

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sub Sección A. Sentencia de 12 de octubre de 2017. CP. Dra. Gabriel Valbuena Hernández. Rad. 25000-23-25-000-2010-01134-01(0866-14).

De igual manera, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la motivación de los actos de retiro discrecional de los miembros de la Policía Nacional y en sentencia de unificación SU-053 de 2015, precisó:

“(...) la Sala Plena de esta Corporación, en ejercicio de tal función unificadora, pasa a proponer el estándar mínimo de motivación para que, en todo caso, prevalezca la interpretación que más se acompasa con los postulados del Estado Social de Derecho, el principio de legalidad y el respeto por los derechos fundamentales de los policías:

- i. Se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente deben motivarse en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal. Pero, en todo caso, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos. En este sentido, el estándar de motivación justificante es plenamente exigible.*
- ii. La motivación se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación, el cual debe ser suficiente y razonado.*
- iii. El acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que se expresan en la concordancia y coherencia entre acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es, el mejoramiento del servicio.*
- iv. El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional². No obstante lo anterior, la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad. (...)”*

Nuevamente, la Corte Constitucional, unificó su jurisprudencia en sentencia SU-91 de 25 de febrero de 2016, con relación a la motivación de los actos administrativos a través de los cuales la Administración dispone el retiro de servidores de la fuerza pública por llamamiento a calificar servicios en el siguiente sentido:

“(...) al aplicarse el llamamiento a calificar servicios como mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica institucional que busca garantizar la dinámica de la carrera de los uniformados, se constituye en una herramienta de relevo natural dentro del esquema piramidal de mando que tiene la fuerza pública, atendiendo razones de conveniencia institucional y necesidades del servicio no sujetas exclusivamente a las condiciones personales o profesionales del funcionario. De igual forma,

² Cita de cita: Según se explicó en los fundamentos 29 a 42 de esta providencia, la Policía Nacional cumple, entre otras, las funciones constitucionales de servir a la comunidad, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo y proteger a todas las personas residentes en Colombia.

su proyección al nuevo grado, en todo caso estará sujeto a las vacantes que establezca el Gobierno Nacional. De esta manera, exigir una motivación expresa por parte de las instituciones de la fuerza pública, al acto de retiro de un funcionario por llamamiento a calificar servicios desnaturaliza la finalidad de la figura y abre la puerta al ascenso automático de todos los miembros de las fuerzas armadas hasta sus máximas posiciones, lo que contraría la estructura jerarquizada de dichas instituciones y su facultad discrecional de ascender a sus miembros atendiendo los particulares y específicos principios que rigen esta carrera administrativa especial. Así, esta causal se constituye, como ya se mencionó, como una facultad legítima para permitir la renovación del personal uniformado, razón por la cual no puede ser ejercida con otra finalidad, por ejemplo, pretender que sea una sanción encubierta para soslayar el derecho fundamental a la igualdad, el debido proceso o cualquier otro. (...)”

Finalmente, el Consejo de Estado el 7 de abril de 2022³, unificó su jurisprudencia por importancia jurídica respecto de las controversias relacionadas con el retiro tanto del personal uniformado de la Policía Nacional como de las Fuerzas Militares por voluntad del Gobierno en ejercicio de la facultad discrecional, fijando precisando con relación a la motivación y discrecionalidad de esos actos:

(...)

En aplicación de los criterios de interpretación legal señalados en la Ley 57 de 1887, se tiene que el artículo 3.º de la Ley 857 de 2003 no impone a la Administración el deber de motivar o justificar expresamente las razones por las cuales determina el retiro del servicio de un policial por llamamiento a calificar servicios, en todo caso dicha decisión no comporta un acto de arbitrariedad o abuso en la medida en que su expedición está reglada y, por contera, promover cuestionamientos basados en opiniones subjetivas o personales derivadas del malestar que genera la orden de desacuartelamiento, no tienen la virtud de generar fuero de estabilidad laboral o limitar la potestad discrecional que el legislador otorgó al ejecutivo en procura de mejorar el servicio público o incluso controlar el ascenso de los uniformados a grados superiores, a los que evidentemente no pueden acceder todos los miembros de la Policía Nacional o de cualquier fuerza armada por su esquema piramidal y las exigencias excepcionales requeridas, las cuales sin lugar a dudas deben ser valoradas según los criterios (discrecionales y autónomos) de sus mandos (...)

(...) Por lo tanto, esta causal de desvinculación de los miembros de la fuerza pública comporta un instrumento mediante el cual se remueve al personal uniformado, en la medida en que cumplan las condiciones para acceder a la asignación de retiro, cuyo propósito es su adaptación a las nuevas necesidades de la sociedad y la promoción de sus miembros, sin que implique una sanción o trato degradante, por lo que el ordenamiento jurídico no impone la obligación de motivar el acto administrativo que dispone el retiro por llamamiento a calificar servicios, ya que se presume expedido con la finalidad de mejorar el servicio

(...)

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de unificación jurisprudencial por importancia jurídica CE-SUJ-SII-26-2022 del 7 de abril de 2022. Radicado número: 52001-23-31-000-2009-00349-01 (4288-2016).

Dicho en otras palabras, el llamamiento a calificar servicios si bien se efectúa en ejercicio de una facultad discrecional y, para la emisión del respectivo acto administrativo debe observarse el principio de proporcionalidad (en armonía con el mandato contenido en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, hoy 44 de la Ley 1437 de 201128), tiene como propósito la renovación del personal uniformado, por lo cual se presume expedido por razones de conveniencia institucional, mas no de carácter subjetivo, y en tal sentido no es dable exigir una motivación expresa o un soporte documental de esta, ni de la correspondiente recomendación de la junta asesora.

(...)

En este orden de ideas, la motivación expresa de un acto administrativo permite la protección del derecho constitucional fundamental al debido proceso, hoy contemplado legalmente como principio de las actuaciones administrativas en el artículo 3.º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), en armonía con el 29 superior, que comprende, entre otras, la garantía que tiene el interesado de controvertir la decisión administrativa a través de los correspondientes medios legales, también dispuesto en el artículo 3.º del Código Contencioso Administrativo (CCA). Empero, los actos de carácter discrecional no necesitan que esa motivación se plasme en su texto, sin que ello implique que carezcan de ella, pues el mismo legislador los condicionó a que la decisión «[...] debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa» (artículos 36 del CCA y 44 del CPACA), ya que es «[...] ante todo un problema de la realidad fáctica o jurídica del acto administrativo: los motivos están allí, presentes, en sus componentes fácticos y jurídicos, aunque no se mencionen [...]

(...)

No obstante, en cabeza del interesado está demostrar ante la justicia contencioso-administrativa que el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración tuvo una finalidad y/o motivo distinto al constitucional y legalmente permitidos, pues recuérdese que el límite de esa facultad es el interés público (razones de buen servicio), como propósito del acto administrativo, pero igualmente debe tener una correspondencia la medida jurídica (retiro) con la realidad fáctica y colmar las condiciones de adecuación, necesidad y proporcionalidad.

Y fija las siguientes reglas de unificación:

“(...) Reglas de unificación. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionadas con el retiro tanto del personal uniformado de la Policía Nacional como de las fuerzas militares (cuya normativa resulta materialmente igual para efectos de esta situación administrativa) por voluntad del Gobierno en ejercicio de la facultad discrecional, la Sala fija las siguientes reglas jurisprudenciales:

i) La recomendación de retiro del servicio de la respectiva junta asesora o de evaluación y clasificación, que sirve de sustento al acto administrativo definitivo, deberá estar respaldada en razones objetivas (sin visos de arbitrariedad o capricho), dejando plasmado el estudio pertinente y completo que fundamente la sugerencia de desvinculación,

de acuerdo con los documentos que permitan entrever su correlación con los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

ii) En la diligencia de notificación del acto de retiro del servicio al interesado, la correspondiente institución deberá entregarle copia de la referida recomendación y sus soportes; y de comportar carácter reservado, de igual modo, se deberá garantizar su acceso a ellos, con la obligación de preservar tal condición. Lo anterior no habilita al retirado para recurrir la decisión en sede administrativa.

iii) En caso de incumplimiento de los parámetros enunciados, el juez administrativo en el respectivo proceso deberá determinar si se satisfacen las condiciones de proporcionalidad y razonabilidad de la decisión administrativa, que le permitan conservar su presunción de legalidad, en armonía con las reglas de la sana crítica en la valoración probatoria de los documentos relevantes que despejen cualquier duda de arbitrariedad”

En el ordinal tercero de la sentencia en mención, se advierte que, dicho fallo constituye precedente vinculante en los términos del artículo 10 del CPACA, en armonía con los artículos 270 y 271 ibidem, y que debe acatarse para decidir controversias pendientes de solución, tanto en sede administrativa como de competencia de esta Jurisdicción; precisando que no se aplica a casos que hubieran hecho tránsito a cosa juzgada, por ser inmodificables.

4. Análisis fáctico.

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

- Contrato de prestación de servicios profesionales suscrito entre el señor Jorge Omar Flórez Goyes y la abogada Natalia Hernández Chica, para la representación judicial del demandante, no solo en el presente asunto, sino todas las gestiones previas de actuación administrativa y conciliación prejudicial (Fls. 4 y 5 C.1).
- Certificaciones proferidas por la Policía Nacional, Dirección Nacional de Escuelas, Escuela de Suboficiales y nivel ejecutivo Gonzalo Jiménez de Quesada, de fecha septiembre 15 de 2016, que da cuenta que el señor Jorge Omar Flórez Goyes cursa el programa de Diplomado en seguridad ciudadana y política pública (Fls. 39 y 40 C. 1)
- Extracto de la hoja de vida del demandante (Fls. 41 a 44 C1).
- Copia de la resolución No. 02659 del 13 de mayo de 2016, mediante la cual se retira del servicio activo por llamamiento a calificar servicios al intendente de la

Policía Nacional, señor Jorge Omar Flórez Goyes (Fls. 45 a 47 C.1), en la cual se consigna que tiene un tiempo de servicios de 22 años, 7 meses y 2 días cumplidos.

- Copia del acto de notificación de retiro de 18 de mayo de 2016 (Fl. 47 C. 1)
- Respuesta petición oficio del 16 de septiembre de 2017 (Fl. 48 C1), en el cual se informa al demandante que, el Director General de la Policía Nacional durante el año 2016, en uso de sus facultades, ha retirado del servicio activo de la Policía Nacional por la causal de llamamiento a calificar servicios en los grados de SI, IT, SC, CM, SV, SP y Sm a un total de 419 funcionarios; así como derogó 69 resoluciones de retiro del servicio por necesidad del mismo.

4.1. Del caso concreto.

Dentro del proceso se encuentra probado que, el demandante señor Jorge Omar Flórez Goyes cursó el programa de Diplomado en seguridad ciudadana y política pública, pero sin precisarse en qué fecha se realizó el mismo, o si obtuvo algún título por ello.

También se encuentra en su hoja de vida, algunas condecoraciones y una cantidad de felicitaciones otorgadas por buen desempeño y excelente servicio.

Al revisar el acto de retiro del servicio activo del demandante, resolución número 02659 de 13 de mayo de 2016, el fundamento de esta es por el cumplimiento de 20 años de servicio, que constituye una causal de terminación normal de la situación administrativa laboral del uniformado, siendo éste el único requisito para ser acreedor de una asignación de retiro.

También hace mención a que el llamamiento a calificar servicios se aplica como mecanismo de renovación dentro de la línea institucional, en aras de garantizar la carrera de los uniformados, constituyendo ello una herramienta de relevo que permita además, el ascenso a los más sobresalientes; y, hace unas citas jurisprudenciales de la Corte Constitucional exponiendo que para llamar a calificar servicios no se requiere concepto previo de la junta de evaluación y clasificación; resaltando que allí, se hace alusión al señor Jorge Omar Flórez Goyes como Intendente.

Ahora, el recurso de apelación se centra en cuestionar el acto acusado por cuanto a su juicio se expidió de manera arbitraria y con falsa motivación, porque

contempla que no es cierto que el llamado sea para la renovación de la línea institucional, pues se habían generado unos ascensos que, posteriormente fueron revocados, de manera que, pudo llamarse a otro personal a calificar servicios, pues el demandante había superado el curso de ascenso y podía ocupar una vacante en grado superior.

De las normas citadas en el numeral 2 de esta sentencia queda claro que, dentro de las causales de retiro están el llamamiento a calificar servicios y, la voluntad del ministro de Defensa Nacional, o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación, para el nivel ejecutivo, y los agentes; y que, cuando dicho retiro es por voluntad de alguno de los últimos mencionados, se puede dar por razones del servicio y en forma discrecional.

Así como que, el personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, sólo cuando cumpla los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro; y pueden ser retirados quienes hayan cumplido 18 años de servicio por llamamiento a calificar servicios y, los que sean retirados con más de 20 años de servicio.

En este caso, se retira del servicio al demandante por llamamiento a calificar servicios, quien contaba con 22 años, 7 meses y 2 días, según la entidad demandada, y el cual se encuentra consignado de manera expresa en el acto acusado; tiempo que jamás estuvo en discusión por la parte demandante; de manera que, supera con creces los dos eventos contemplados en la norma, demostrándose que efectivamente, cumplía con el tiempo necesario para ser retirado del servicios y tener una asignación de retiro.

Ahora bien, discute el demandante que el acto se expidió de manera irregular, y en procura de intereses de terceros, afirmando tener derecho a un ascenso; no obstante, no se encuentra probado en el asunto ni su derecho preferente para el ascenso que menciona, ni las gestiones adelantadas ni el cumplimiento de requisitos para ello, y solo hay prueba que él, en calidad intendente cursó el periodo académico del programa de Diplomado en Seguridad Ciudadana y Política Pública.

También sostiene el demandante que, el acto pretendía favorecer a terceros, pero ello tampoco logró demostrarse en el presente asunto, pues así se hubiera mostrado que hubo unos llamamientos a calificar servicios, y que, ello fue

posteriormente revocado; esa mera situación no resulta ser prueba de su afirmación, máxime cuando dentro del proceso se acreditó que en el año 2016 se retiraron del servicio por ser llamados a calificar servicios a 419 funcionarios del servicio activo de la Policía Nacional, en todos los grados; y, si bien se dice por la Policía Nacional que, fueron derogadas 69 resoluciones de retiro del servicio, ello tampoco resulta ser prueba que el acto de retiro del servicio del demandante se profirió para favorecer a terceras personas.

Por otra parte, con relación a la hoja de vida intachable que dice tener el demandante, para esta Sala ese mero hecho no desvirtúa la decisión de llamamiento a calificar servicios como una facultad discrecional de la demandada, así como tampoco que el acto se expidió para el relevo institucional, ni el hecho de que tenga una hoja de vida con felicitaciones y condecoraciones, implica que no pudiera ser llamado a calificar servicio, y a su vez, debiera haber sido ascendido para continuar prestando sus servicios en la institución, pues la misma Corte con relación a ello ha sostenido que: *“(...) «[...] no da certeza sobre condiciones y calidades por fuera de lo esperado [...]» (f. 449), toda vez que dada la pertenencia del actor a la fuerza pública y su rango dentro de la escala de oficiales de la Policía Nacional, su comportamiento debía tender hacia un grado de excelencia, y aquellas felicitaciones y anotaciones positivas no evidencian que estuviera muy por encima del nivel de exigencia que se requiere del personal de oficiales⁴”.*

Por lo considerado, el llamamiento a calificar servicios constituye efectivamente un mecanismo de renovación dentro de la línea jerárquica institucional; y respecto de las posibilidades de ascenso a un nuevo grado, esto no se da por el transcurso del tiempo, sino por el cumplimiento de requisitos para ello, y dependiendo de las vacantes establecidas para el grado al que alega tener derecho; situación que no se encuentra desvirtuada en este caso.

⁴ Cita de cita: En similar sentido, se pronunció esta sección (subsección B), en sentencia de 18 de noviembre de 2010, expediente 25000232500020021034201 (0948-2009), C. P. Gerardo Arenas Monsalve: «En el caso concreto, revisada la sección de anotaciones de la hoja de vida del actor, se observa que, no obstante describir su rendimiento laboral con proximidad al retiro el último período evaluado, [...] en el que se registra en términos generales un buen desempeño en sus fusiones [sic] debe decirse, de una parte, que dichas consideraciones no otorga per se, inamovilidad en el cargo público, y de otra, que no se observan anotaciones sobre la realización de actos de excepcional mérito y reconocimiento, que por su inmediatez con la decisión de retiro del servicio, eventualmente permitieran inferir a la Sala que la administración obró con desviación del poder en la expedición del acto con detrimento del mejoramiento del servicio».

Así mismo, la jurisprudencia ha dejado claro que, no se exige respecto del acto de retiro de un funcionario por llamamiento a calificar servicios una motivación expresa, pues ello podría conllevar un ascenso automático; sumado a la facultad discrecional para proferir el acto en mención, por lo que no encuentra esta Sala acreditadas las causales de nulidad invocadas por el demandante respecto del acto acusado.

Por otra parte, en el recurso de apelación se hace alusión a la imposibilidad de allegar pruebas en el momento correspondiente, solicitando la valoración de unos documentos aportados con los alegatos de conclusión presentados en primera instancia, mencionando que son resoluciones en las cuales retiran del servicio a un personal, que luego aparece como activo en la institución, pretendiendo demostrar con ello, que el llamado a calificar servicios del demandante no obedece al relevo de líneas jerárquicas.

Basta con afirmarse que, para que sean apreciadas por el Juez, las pruebas deben solicitarse y practicarse en las oportunidades previstas en el artículo 212 del CPACA, y los documentos que menciona fueron aportados en los alegatos de conclusión, pese a que las oportunidades eran la demanda y su contestación; la reforma y su respuesta; la demanda de reconvención y su contestación; las excepciones; y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritas a la cuestión planteada; de manera que éstas no pueden valorarse en este instante, así como tampoco lo hizo la Juez de primera instancia.

Por lo considerado, para esta Sala de decisión el retiro del servicio del demandante por llamamiento a calificar servicios del demandante, señor Jorge Omar Flórez Goyes se dio con el cumplimiento de los requisitos legales, teniendo en cuenta el tiempo de servicios por el cumplimiento de 22 años, 7 meses y 2 días de servicio en la institución, para garantizar el acceso a la asignación de retiro correspondiente; y en este caso el demandante no logró acreditar que éste se hubiera expedido para favorecer a terceras personas ni con falsa motivación; pues, el acto se encuentra motivado con normas vigentes al momento de la expedición y sentencias de la Corte Constitucional; acto que para esta Sala cumple los criterios de razonabilidad y proporcionalidad de la decisión, por señalar el por qué era necesario y el para qué se ejercía el retiro.

Así pues, al no encontrar prósperos los argumentos del apelante, hay lugar a confirmar la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, el 18 de septiembre de 2019.

5. Costas

5.1. De la condena en costas en primera instancia.

Discute el apelante la condena en costas realizada en primera instancia, por considerar que no es cierto que se haya demostrado que la demandada haya incurrido en gastos económicos para la defensa de sus intereses.

Para decidir sobre este reparo a la sentencia, es preciso para la Sala poner de presente el alcance que sobre la condena en costas ha precisado el Consejo de Estado⁵ a partir de la regulación contenida en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011:

“El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

- a. *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.*
- b. *Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c. *Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
- d. *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e. *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f. *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP,*

⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sub Sección. A. Sentencia de 21 de enero de 2021. CP. Dr. William Hernández Gómez. Rad. 25000-23-42-000-2013-04941-01 (3806-2016)

previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
g. *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia”.*

En concordancia con la aplicación del criterio objetivo valorativo para la imposición de costas previsto por el Consejo de Estado, puede decirse que hay lugar a las mismas cuando éstas se hubieren causado y en la medida de su comprobación como lo dice el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

No le asiste razón al apelante cuando afirma no estar probado dentro del proceso los gastos en que incurrió la demandada, pues aparece memorial poder conferido por el Comandante del Departamento de Policía de Caldas a dos abogados para la defensa de los intereses de la demanda, como consta a folio 62 del cuaderno principal; poder en virtud del cual, efectivamente se contestó la demanda, se encuentra demostrada su asistencia y participación en la audiencia inicial llevada a cabo el 10 de julio de 2018 (Fl.97 C. 1), y, se presentaron alegatos de conclusión en primera instancia (Fls. 106 a 109 C. 1); ello sumado a que, la parte demandante fue vencida dentro del proceso, lo cual se encuentra previsto en el numeral 1 del artículo 365 del CGP, considerando esta Sala que si había lugar a su imposición en primera instancia.

5.2. Condena en costas en segunda instancia

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado⁵ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

De igual manera, el numeral 1º del artículo en mención, establece que: “Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, **o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.**” (Negrilla de la Sala)

En este caso, la Sala advierte que el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante no prosperó, y, hay alegatos en segunda instancia presentados por la parte demandada; de manera que, hay lugar en este caso a condena en costas por concepto de agencias en derecho, en favor de la demandada y a cargo del demandante, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el juez de Primera Instancia conforme al artículo 366 del CGP.

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

III. Falla

Primero: Confirmar la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 18 de septiembre de 2019.

Segundo: Condenar en costas en esta instancia al demandante y en favor de la demandada Policía Nacional a título de agencias en derecho; las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el juez de Primera Instancia conforme al artículo 366 del CGP.

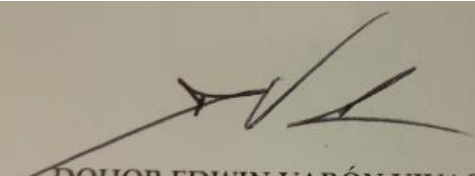
Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia XXI”.

Notifíquese y cúmplase

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, siete (7) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001 33 39 004 2016 00088 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Héctor de Jesús Ramírez Ocampo
Demandado:	Departamento de Caldas
Providencia:	Sentencia No. 115

Asunto

La Sala Segunda Oral de Decisión desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 31 de marzo de 2022, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

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

Primera.- Se declare la nulidad del Oficio U.P.S 2050 del 22 de diciembre de 2015, por medio del cual se desconoció y negó la inclusión de la prima técnica en la base de liquidación de la cesantías, negando con ésta sus derechos adquiridos

Segunda.- Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 0223 del 22 de julio de 2014 por medio de la cual se reliquidó parcialmente las cesantías desconociendo y negando la inclusión de la prima técnica en la base de

liquidación, negando con ésta sus derechos adquiridos.

Tercera.- Se declare la nulidad de la Resolución No. 7425-1 del 27 de octubre de 2014, notificada el día 20 de noviembre de 2014 por medio de la cual se resolvió un recurso de apelación y se confirmó la Resolución No 0223 del 22 de julio de 2014 desconociendo y negando la inclusión de la prima técnica en la base de liquidación, negando con ésta sus derechos adquiridos.

Cuarta.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, igualmente se declare que el actor tiene pleno derecho a que se le reconozca y ordene incluir la prima técnica como factor salarial en la base de liquidación para el cálculo de las cesantías.

Quinta.- Se condene a El DEPARTAMENTO DE CALDAS- a liquidar y pagar a favor del actor la suma de \$ 6.047.657,20 ML/Cte.. como diferencia entre lo ya reconocido y cancelado con la Resolución No. 0223 del 22 de julio de 2014.

Sexta. Se condene a El DEPARTAMENTO DE CALDAS-, pagar a la parte demandante las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al Índice de precios al consumidor o al por mayor (Indexación de la condena)'.

Séptima. Se ordene a El DEPARTAMENTO DE CALDAS-, dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el inciso segundo del artículo 192 del C.C.A., igualmente que en virtud de la voluntad contemplada en el poder conferido se haga entrega de los dineros al apoderado.

Octava.- Se condene a El DEPARTAMENTO DE CALDAS- pagar a favor de mi mandante, los intereses moratorios, conforme lo ordena el inciso 3era. del artículo 192 del CCA en concordancia con lo establecido en el artículo 195.

Novena.- En el fallo que acceda a las pretensiones de la demanda, se ordene expedir al suscrito apoderado, primera copia que preste merito ejecutivo, así como copia auténtica con constancia de ejecutoria.

Décima.- Una vez quede en firme el fallo que acceda a las pretensiones de la demanda, solicito muy comedidamente, que al momento de comunicar a El DEPARTAMENTO DE CALDAS-se le remita copia auténtica con la fecha exacta de la constancia de ejecutoria.”

1. Hechos.

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

1. El señor Héctor de Jesús Ramírez Ocampo prestó sus servicios al Estado como celador.
2. Mediante Resolución N° 0012 del 2 de febrero de 2000 y Resolución N° 01307 del 19 de diciembre de 2002, el Departamento de Caldas liquidó y reconoció cesantías a favor de la parte actora.
3. Por Decreto 0337 del 2 de diciembre de 2010, el Departamento de Caldas modificó el Decreto 0399 del 20 de mayo de 2007 que había aprobado la homologación y nivelación salarial de los cargos administrativos de la planta de personal de la entidad territorial financiados con recursos del Sistema General de Participaciones.
4. Con Decreto 0353 del 15 de diciembre de 2010 se incorporó por homologación y nivelación salarial al personal administrativo del Departamento de Caldas, y se reconoció que existía una deuda por retroactivos originados desde 1997.
5. Dado que la parte demandante laboró hasta el 31 de diciembre de 1999, con Resolución N° 1998-6 del 22 de marzo de 2013, aclarada con la Resolución n° 4274-6 del 26 de junio de 2013, se reconoció a favor de la parte actora el pago del retroactivo por homologación y nivelación salarial.
6. El 2 de julio de 2014, la parte actora solicitó la reliquidación de las cesantías para que se tuvieran en cuenta todos los nuevos factores salariales cancelados con ocasión de la homologación.
7. Con Resolución N° 0223 del 22 de julio de 2014, el Departamento de Caldas reliquidó parcialmente las cesantías, pues no se incluyó la prima técnica por evaluación de desempeño, pese a que fue un factor devengado durante el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio oficial, y certificado por la entidad competente.
8. Contra el anterior acto administrativo se interpuso recurso de apelación, solicitando la inclusión de la prima técnica por evaluación de desempeño.

9. Por Resolución N° 7425-1 del 27 de octubre de 2014, se decidió desfavorablemente el recurso interpuesto.

10. El 2 de diciembre de 2015 se solicitó nuevamente la inclusión de la prima técnica en la base de liquidación de las cesantías. La entidad negó lo deprecado mediante Oficio UPS 2050 del 22 de diciembre de 2015.

2. Normas violadas y concepto de la violación.

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política: artículos 5, 13, 25 y 53; Código Sustantivo del Trabajo: artículo 127; Decreto 1042 de 1975; Decreto 1160 de 1974; Ley 5ª de 1969; y Decreto 1045 de 1978.

Explicó que de conformidad con el artículo 7 del Decreto 1661 de 1991¹, la prima técnica constituye factor salarial cuando se otorga por formación avanzada y experiencia altamente calificada y no cuando se asigna con base en la evaluación de desempeño.

Sin perjuicio de lo anterior, manifestó que lo devengado por prima técnica hace parte del concepto de salario y, en tal sentido, constituye un factor salarial que debe incluirse en la liquidación de las cesantías.

3. Contestación de la demanda.

El Departamento de Caldas contestó la demanda para oponerse a las pretensiones de la parte accionante, con fundamento en lo siguiente:

Sostuvo que conforme al Decreto 1661 de 1991, la prima técnica otorgada por estudio y experiencia es la única que se considera como factor salarial para liquidación de las prestaciones.

¹ “Por el cual se modifica el régimen de la prima técnica, se establece un sistema para otorgar estímulos especiales a los mejores empleados oficiales y se dictan otras disposiciones”.

Con base en lo anterior, indicó que a la parte actora no le asiste derecho a la reliquidación de cesantías solicitada, en tanto la prima técnica por evaluación de desempeño no constituye factor salarial.

Adicional a lo anterior, expuso que la parte actora no acreditó haber percibido la prima técnica o tener derecho de causación de la misma, pues no demostró que la consecución de un título profesional de formación avanzada en áreas relacionadas o afines con el cargo.

Propuso como excepciones las que denominó: “**COBRO DE LO NO DEBIDO**”, con fundamento en que la prima técnica por evaluación de desempeño no constituye factor salarial para incluir en la liquidación de las cesantías.

4. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 31 de marzo de 2022, negó las pretensiones de la parte demandante en los términos que pasan a compendiarse.

El *a quo* hizo referencia a la normativa que reguló la prima técnica, para concluir que, pese a que tiene naturaleza salarial, el Legislador la excluyó como factor salarial para liquidar prestaciones sociales cuando se reconoce por evaluación de desempeño.

Adujo que como la parte demandante había percibido prima técnica por evaluación de desempeño y no por formación profesional avanzada o experiencia altamente calificada, no le asistía derecho a que las cesantías le fueran reliquidadas incluyendo la prima técnica como factor salarial.

Consideró causadas las costas, por lo menos en lo que tiene que ver con las agencias en derecho, en la medida en que se encuentra acreditado que la entidad ha acudido al presente proceso a través de apoderados judiciales; por lo tanto, las impuso a cargo de la parte demandante y en favor de la entidad, liquidables conforme a las normas del C.G. del P.

5. Recurso de apelación.

La parte accionante interpuso apelación contra la sentencia dictada en primera instancia, reiterando que la prima técnica por evaluación de desempeño debe ser tomada en cuenta para la *“reliquidación pensional por cuanto fue devengado por mi asistido durante el último año de servicio y se encuentra debidamente certificado por la Entidad pagadora”*

Indicó que en varios pronunciamientos del Consejo de Estado se ha aceptado que la prima técnica por evaluación de desempeño constituya factor salarial para efectos pensionales.

En relación con la condena en costas indicó que para ello *“no basta entonces que la parte sea vencida, por el contrario, se requiere una valoración por parte del Juez de la conducta observada por ella en el proceso, y en el presente caso, tanto el demandante como su apoderado no realizaron conductas tendientes a dilatar el proceso, ni actuaron de mala fe, así como tampoco se tiene probado dentro del expediente, los gastos y/o agencias en derecho en que pudo haber incurrido la parte demandada y menos, que los mismos estuvieran acreditados en el proceso; razones por las cuales no habría lugar a la imposición de la suma económica aquí discutida.”*

6. Alegatos de segunda instancia.

Las partes no intervinieron en esta etapa procesal.

El Ministerio Público no rindió concepto.

II. Consideraciones de la Sala

Pretende la parte actora que se declare la nulidad de los actos administrativos con los cuales el departamento de Caldas le negó la reliquidación de sus cesantías con inclusión de la prima técnica por evaluación de desempeño.

1. Problema Jurídico

De acuerdo con el recurso de apelación interpuesto por el demandante, corresponde a la Sala Segunda de decisión resolver lo siguiente:

¿Le asiste derecho al señor Héctor de Jesús Ramírez Ocampo a que la prima técnica por evaluación de desempeño se tenga en cuenta como factor salarial para la reliquidación de las cesantías?

Para despejar el problema planteado la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** generalidades de la prima técnica; **ii)** la prima técnica por evaluación de desempeño no constituye factor salarial; y **iii)** examen del caso concreto.

2. Generalidades de la prima técnica

Con la expedición de la Ley 60 de 1990, el Congreso de la República confirió facultades extraordinarias al Presidente para modificar, entre otros aspectos, el régimen de prima técnica en las distintas ramas y organismos del sector público, a fin de que además de los criterios existentes, se permitiera su pago ligado a la evaluación de desempeño; facultades que se extendían a la definición del campo de aplicación de dicho reconocimiento, al procedimiento y requisitos para su asignación a los empleados del sector público del orden nacional².

En ejercicio de las citadas facultades, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 1661 de 1991, con el cual modificó el régimen de prima técnica existente y definió el campo de aplicación de dicho beneficio económico, incluyendo como factor para su reconocimiento “*el desempeño en el cargo*”, lo que quedó consignado en los siguientes términos:

La Prima Técnica es un reconocimiento económico para atraer o mantener en

² “**Artículo 2.** De conformidad con el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de seis (6) meses, contados a partir de la vigencia de la presente ley, para adoptar las siguientes medidas en relación con los empleos de las distintas ramas y organismos del poder público.

(...)

3o. Modificar el régimen de la prima técnica, para que además de los criterios existentes en la legislación actual, se permita su pago ligado a la evaluación del desempeño y sin que constituya factor salarial. Para el efecto, se determinará el campo y la temporalidad de su aplicación, y el procedimiento, requisitos y criterios para su asignación”.

el servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados que se requieran para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad, de acuerdo (sic) con las necesidades específicas de cada organismo. Asimismo será un reconocimiento al desempeño en el cargo, en los términos que se establecen en este Decreto.

Tendrán derecho a gozar de este estímulo, según se determina más adelante, los funcionarios o empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

El aludido Decreto Ley fijó los criterios para conferir la citada prima (artículo 2) y los niveles en los que se otorga la prima técnica (artículo 3):

Artículo 2o. *Para tener derecho a Prima Técnica serán tenidos en cuenta alternativamente uno de los siguientes criterios, siempre y cuando, en el primer caso, excedan de los requisitos establecidos para el cargo que desempeñe el funcionario o empleado:*

a). *Título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de tres (3) años, o*

b). *Evaluación del desempeño.*

Parágrafo 1o. *Los requisitos contemplados en el literal a) podrán ser reemplazados por experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de seis (6) años.*

Parágrafo 2o. *La experiencia a que se refiere este artículo será calificada por el jefe de la entidad con base en la documentación que el funcionario acredite.*

Artículo 3o. *Para tener derecho al disfrute de Prima Técnica con base en los requisitos de que trata el literal a) del artículo anterior, se requiere estar desempeñando un cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo. La Prima Técnica con base en la evaluación del desempeño podrá asignarse en todos los niveles.*

Parágrafo. *En ningún caso podrá un funcionario o empleado disfrutar de más de una Prima Técnica.*

El Decreto Ley 1661 de 1991 fue reglamentado por el Decreto 2164 de 1991, que conservó la definición de la prima técnica, pero complementó los servidores que tendrían derecho a gozar de dicho beneficio económico, así: "(...) los empleados de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Empresas

Industriales y Comerciales del Estado y Unidades Administrativas Especiales, en el orden nacional. También tendrán derecho los empleados de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados”.

El aludido Decreto reglamentario mantuvo la excepción a la aplicación de la prima técnica para el personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva, salvo cuando se trata del relativo a las universidades (numeral b) del artículo 2); al tiempo que modificó lo relativo a los criterios para conferir el beneficio económico, conservando la posibilidad de que éste pudiera ser reconocido “*por evaluación del desempeño*”, así:

Artículo 3º.- *La prima técnica podrá otorgarse alternativamente por:*

- a) Título de estudios de formación avanzada y tres (3) años de experiencia altamente calificada; o*
- b) Terminación de estudios de formación avanzada y seis (6) años de experiencia altamente calificada; o*
- c) Por evaluación del desempeño.*

Tratándose del reconocimiento de la prima técnica por evaluación de desempeño, el artículo 5 del Decreto 2164 de 1991 previó que:

Por este criterio tendrán derecho a prima técnica los empleados que desempeñen, en propiedad, cargos que sean susceptibles de asignación de prima técnica, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 del presente Decreto, de los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, o sus equivalentes en los sistemas especiales, y que obtuvieren un porcentaje correspondiente al noventa por ciento (90%), como mínimo, del total de puntos de cada una de las calificaciones de servicios realizadas en el año inmediatamente anterior a la solicitud de otorgamiento.

Parágrafo.- *Para el caso de los empleados que ocupen cargos de los niveles directivo, asesor y ejecutivo, a excepción de quienes ocupen empleos de jefes de sección, o asimilables a estos últimos, el desempeño se evaluará según el sistema que adopte cada entidad.*

Su cuantía será determinada por el jefe del organismo y en las entidades descentralizadas por las Juntas o Consejos Directivos o Superiores, según el caso.

3. La prima técnica por evaluación de desempeño no constituye factor salarial

El artículo 7 del Decreto Ley 1661 de 1991 previó de manera expresa que cuando la prima técnica es reconocida por evaluación de desempeño y no por formación avanzada o experiencia altamente calificada, aquella no constituye factor salarial. La norma es del siguiente tenor literal:

Artículo 7o. *La Prima Técnica asignada se pagará mensualmente, y es compatible con el derecho a percibir gastos de representación. La Prima Técnica constituirá factor de salario cuando se otorgue con base en los criterios de que trata el literal a) del artículo 2o del presente Decreto; y no constituirá factor salarial cuando se asigne con base en la evaluación del desempeño a que se refiere el literal b) del mismo artículo.*

Al examinar la constitucionalidad de las expresiones “y sin que constituya factor salarial” contenida en el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 60 de 1990 y “sin carácter salarial” prevista en los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, en sentencia C-279 de 1996, la Corte Constitucional sostuvo:

(...) aún cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter³ (el subrayado es de esta Corte).

Igualmente, la Corte Constitucional, ha sostenido que "el legislador conserva una cierta libertad para establecer que componentes constituyen o no salario, así como la de definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución.

Las definiciones de convenios internacionales que transcribe la actora no significan que el legislador nacional haya perdido la facultad de tomar o no en cuenta una parte de la remuneración que perciben los trabajadores para definir las bases sobre las cuales han de hacerse otros pagos.

Así pues, el considerar que los pagos por primas técnicas y especiales no sean factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido ante la comunidad internacional.

³ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, ponente Hugo Suescún Pujols, “Sentencia del 12 de febrero de 1993”, exp. No. 5481, Jurisprudencia y Doctrina, T. XXII, No. 256, abril de 1993, P. 294.

(...) la Corte Constitucional afirma que no se exige igualdad cuando hay razones objetivas, no arbitrarias, para establecer regímenes diferentes entre los sujetos de las normas que imperan en la República. Ciertamente, las calidades que se exigen a las personas en cuyo favor se crearon las primas a las que se refieren las demandas, y sus responsabilidades, son factores que justifican, de suyo, la creación de tales primas para estos funcionarios; y las mismas razones por las cuales se justifica la creación de primas que no son comunes a toda la administración pública (sic), justifican también que no produzcan los mismos efectos económicos que otras remuneraciones que se conceden a un número mayor de servidores públicos. (Líneas son del texto).

Con fundamento en los argumentos expuestos en la sentencia C-279 de 1996, en sentencia C-424 de 2006 la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 7 del Decreto 1661 de 1991.

4. Caso concreto.

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

- Según Certificado nº 1256 del 1 de abril de 2014 expedido por la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, el señor Héctor de Jesús Ramírez Ocampo laboró en el cargo de Celador de locales comerciales en el municipio de Manizales desde el 1 de febrero de 1979 hasta el 31 de diciembre de 1999. (fl. 19, C. 1)
- De conformidad con el mismo certificado señalado, la parte demandante fue homologada y nivelada a la planta de personal del departamento de Caldas desde el año 1997.
- Conforme al referido certificado, el aquí demandante devengó mensualmente la prima técnica desde el año 1992 por evaluación de desempeño.
- Con Resolución Resolución N° 01307 del 19 de diciembre de 2002, el Departamento de Caldas le reconoció por concepto de cesantías definitivas la suma de \$1'254.501 (fls. 6-9, C. 1)
- Para la liquidación de dicha prestación social, la entidad territorial tuvo en cuenta

además del sueldo, la prima de alimentación, el auxilio de transporte, la bonificación por servicios prestados, la prima de navidad, la prima de servicios, la prima de vacaciones, los recargos nocturnos, los festivos y las horas extras.

- Con Resolución N° 1998-6 del 22 de marzo de 2013, aclarada con Resolución N° 4274-6 del 26 de junio de 2013, se reconoció a favor de la parte actora el pago del retroactivo por homologación y nivelación salarial, incluyendo el ajuste de las cesantías por valor de \$ 1'012.743 (fls. 16-18, C. 1)

- El 2 de julio de 2014, el señor Ramírez Ocampo solicitó al Departamento de Caldas la revisión y reliquidación de sus cesantías definitivas teniendo en cuenta la totalidad de factores salariales con los nuevos valores generados por la homologación y nivelación salarial, incluyendo la prima técnica. (fls. 22-24, C.1).

- Por Resolución n° 000223 del 22 de julio de 2014, el Departamento de Caldas reliquidó las cesantías definitivas reconocidas al señor Ramírez Ocampo en cuantía de \$9'965.072 (fl. 28, C. 1)

- Para la liquidación respectiva, la entidad tuvo en cuenta además del sueldo, la prima de alimentación, la bonificación por servicios prestados, la prima de navidad, la prima de servicios, la prima de vacaciones, los recargos dominicales y las horas extras.

- Contra el anterior acto administrativo, la parte actora interpuso recurso de apelación el 20 de agosto de 2014, aduciendo que para la reliquidación de las cesantías debía tenerse en cuenta la prima técnica mensual y que las sumas reconocidas debían indexarse. (fls. 29-32, C. 1)

- Por Resolución N° 7425-1 del 27 de octubre de 2014, el Gobernador del Departamento de Caldas confirmó el acto recurrido, con fundamento en que la prima técnica por evaluación de desempeño no constituye factor salarial para liquidar prestaciones sociales. (fls. 34 a 37, C. 1)

- El demandante reclamó nuevamente la reliquidación de sus cesantías definitivas con

inclusión de la prima técnica por evaluación de desempeño (fls. 39-42, C. 1), la cual fue despachada desfavorablemente por medio del oficio U.P.S. 2050 del 22 de diciembre de 2015. (fl. 44, C. 1)

Descendiendo al caso que convoca la atención de esta Sala, se recuerda que, no obstante que en el recurso de apelación interpuesto se solicitó la reliquidación de una pensión de jubilación para incluir la prima técnica por evaluación de desempeño, lo cierto es que la pretensión de este proceso y que se ventiló en vía administrativa fue la de reliquidar las cesantías reconocidas teniendo en cuenta la citada prima técnica.

De conformidad con las pruebas allegadas al expediente se encuentra acreditado que el señor Héctor de Jesús Ramírez Ocampo devengó durante su último año de servicio (31 de diciembre de 1998 a 31 de diciembre de 1999) la prima técnica por evaluación de desempeño. (fl. 22, C. 2)

Atendiendo lo previsto por el artículo 7 del Decreto 1661 de 1991, así como lo expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias referidas, concuerda este Tribunal con la conclusión a la cual llegó el Juez de primera instancia, en el sentido que la reliquidación de las cesantías de la parte accionante no debía incluir la prima técnica devengada, pues la misma no había sido reconocida por formación avanzada o experiencia altamente calificada sino por evaluación de desempeño.

Conclusión

De conformidad con el marco legal y jurisprudencial expuesto en esta providencia, así como con el material probatorio allegado al plenario, estima esta Corporación que la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, amerita ser confirmada.

5. Costas en primera instancia.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado⁴ ha desarrollado una línea

⁴ *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-*

jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Siguiendo esta misma línea de intelección, el Consejo de Estado⁵ ha indicado que “(...) En esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe). Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365”, y, ha proferido número de sentencias⁶ sin condena en costas, al considerar que no se encuentra demostrada su causación.

Pues bien, teniendo en cuenta que la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), dispone en el numeral ocho del artículo 365, entre otras que: “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”, una vez revisado el expediente, se advierte que en primera instancia la entidad demandada actuó a través de apoderado desplegando actuaciones útiles para la defensa de los intereses de su representada, razón por la cual se halla justificada la condena en costas (agencias en derecho) impuestas por el a quo.

6. Costas en segunda instancia.

No se impone condena en costas en esta instancia comoquiera que no se observa actuación de la parte demandada.

33- 000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2016, radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14 Actor: José Francisco Guerrero Bardi)

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, providencia del 17 de octubre de 2018. Radicación: 66001-23-31-003-2012-00140-01, Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Héctor Alexander Zamora Perea. Demandado: Municipio de Pereira; providencia del 19 de abril de 2018, Radicación: 66001-23-33-000-2013-0334-01, Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Luz Nelly Meza Ocampo. Demandado: Departamento de Risaralda; providencia del 26 de abril de 2018. Radicación: 66001-23-33-000-2013-00203-01. Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Esmeralda García Carvajal. Demandado: Departamento de Risaralda; providencia del 21 de junio de 2018. Radicación: 66001-23-33-000-2013-00427-01. Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Ligia Stella López Restrepo. Demandado: Departamento de Risaralda, entre otras.

Por lo discurrido, el **Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de decisión oral**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, con la cual se negaron las pretensiones formuladas por el señor Héctor de Jesús Ramírez Ocampo dentro del proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el departamento de Caldas.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

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

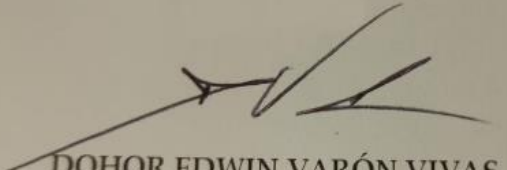
Cuarto: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda Oral de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, siete (7) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Radicación	17001-33-39-004-2017-00388-02
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	María Aminta Ortiz Ramírez
Accionado	UGPP
Providencia	Sentencia No. 113

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 31 de marzo de 2022, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes

1. Pretensiones.

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

Primera.- Se declare la nulidad de la Resolución No RDP 014384 del 15 de Abril de 2015 por medio de la cual desconocieron y negaron los factores salariales correspondientes a la Pensión de Jubilación de mi representada, negando con ésta sus derechos adquiridos.

Segunda.- Se declare la nulidad de la Resolución No RDP 027933 del 08 de Julio de 2015, notificada el día, 15 de julio de 2015 por medio de la cual resolviendo un recurso de apelación confirmó la Resolución No RDP 014384 del 15 de Abril de 2015, desconociendo y negando los factores salariales correspondientes a la Pensión de Jubilación de mi representada, negando con ésta sus derechos adquiridos.

Tercera.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, igualmente se declare que la actora tiene pleno derecho a que La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE

GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP-, le reconozca y ordene pagar su pensión de Jubilación, en cuantía de \$1.113.756,03 ML/Cte, efectiva a partir del 20 de diciembre de 2003, fecha de retiro del servicio oficial, asimismo, proceda a liquidar los reajustes pensionales de ley.

Cuarta.- Se condene a La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL- UGPP-, a pagar a la actora una pensión Mensual Vitalicia de Jubilación, equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento de la totalidad de los factores de salario devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio oficial, o sea, \$1.113.756.03, M/Cte., conforme al régimen ordinario aplicable a los empleados del sector oficial según la Ley 33/85, 62/85, 71/88 y las demás normas concordantes, recurriendo a éstas para la forma de liquidación por principio de favorabilidad para el trabajador habiendo cuenta, adicionalmente, de haber consolidado más de 15 años de servicio con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100, por lo que en efecto se había generado en su favor un beneficio conforme al régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Quinta.- Se ordene liquidar y pagar, a expensas de La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP-, a favor de la actora, la totalidad de las diferencias entre lo que se le ha venido pagando en virtud de la Resolución No. 4551 del 05 de Septiembre de 1989, reliquidada mediante la Resolución No. 7795 del 24 de Abril de 2002, Resolución No. 48095 del 30 de Diciembre de 2005 y Resolución RDP 011428 del 21 de marzo de 2017 y la sentencia que de fin a este proceso, a partir de la fecha de retiro del servicio oficial hasta el momento de inclusión en nómina con la totalidad de factores salariales demandados, teniendo en cuenta para efectos de la cuantía definitiva, los siguientes factores salariales: Prima de vacaciones, Prima de Navidad, Prima de Servicios y Prima Técnica, además de aquellos que se tuvieron en cuenta en las Resoluciones mencionadas.

Sexta.- Se condene a que La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL- UGPP-, pagar a la parte demandante, sobre las mesadas ya reconocidas y canceladas en virtud de la Resolución No. 4551 del 05 de Septiembre de 1989, reliquidada mediante la Resolución No. 7795 del 24 de Abril de 2002, Resolución No. 48095 del 30 de Diciembre de 2005 y Resolución RDP 011428 del 21 de marzo de 2017, las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, (Indexación de la condena)".

Séptima.- Se ordene a La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL- UGPP-, dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el inciso segundo del artículo 192 del CPACA., Igualmente que en virtud de la voluntad contemplada en el poder conferido se haga entrega de los dineros al apoderado.

Octava.-Se condene a La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL- UGPP-, pagar a favor de mi mandante, los intereses moratorios, conforme lo ordena el inciso 3ero, del artículo 192 del CPACA.

[...]

2. Hechos.

Como sustento fáctico de la demanda se expone lo siguiente:

- La señora María Aminta Ortiz Ramírez prestó sus servicios por más de 20 años, siendo el último cargo el de Pagadora en la Secretaría de Educación Municipal de Manizales.

- Para la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985 y de la Ley 100 de 1993, la accionante contaba con más de 15 años de servicio, por lo que conforme al parágrafo 2º del art. 10 y 36, respectivamente, le deben respetar las garantías y beneficios adquiridos establecidos en disposiciones anteriores a éstas.

- El estatus pensional de la demandante fue adquirido el 26 de abril de 1987, momento en el que cumplió 50 años de edad.

- La demandante perteneció a la planta del departamento de Caldas hasta el 31 de diciembre de 2002 y a partir del 1 de enero de 2003 fue trasladada a la planta del municipio de Manizales.

- Mediante Resolución N°4551 del 5 de septiembre de 1989, se reconoció pensión de vejez a la accionante a partir del 26 de abril de 1987, fecha en la cual adquirió el estatus pensional **al llegar a la edad de 50 años, de conformidad con el artículo 1º Parágrafo 2º de la Ley 33 de 1985**. El goce de dicha prestación quedó condicionada al retiro definitivo del servicio.

- Mediante la Resolución No. 7795 del 24 de abril de 2002 se reliquidó la pensión de vejez de la demandante fijando la cuantía por valor de \$322,383.56 M/CTE, efectiva a partir del 01 de enero de 2001 condicionada a demostrar retiro definitivo del servicio.

- Mediante la Resolución No. 48095 del 30 de diciembre de 2005 se reliquidó la pensión de vejez de la actora, elevando la cuantía de la misma a la suma de \$394.716.64 M/CTE, efectiva a partir del 20 de diciembre de 2003.

- La demandante se retiró del servicio mediante Resolución No. 811 de 24 de noviembre de 2003, a partir del 18 de diciembre de 2003.

- Mediante Decreto Departamental No. 0337 del 2 de diciembre de 2010 se modificó el Decreto Departamental No. 0399 de 2007 mediante el cual se homologan y nivelan salarialmente los empleados administrativos pertenecientes a la planta de personal del Departamento de Caldas – Sector Educación, financiada con recursos del Sistema General de Participaciones

- Teniendo en cuenta que la accionante hizo parte de la planta del departamento de Caldas hasta el 31 de diciembre de 2002, mediante Resolución No. 2212- 6 del 22 de marzo de 2013, aclarada por Resolución No. 4672-6 del 4 de julio de 2013, se ordenó cancelar los retroactivos por la homologación y nivelación salarial correspondiente.

- El municipio de Manizales modificó el Decreto No. 083 de 2012 por medio del cual se homologan y nivelan salarialmente los empleados administrativos pertenecientes a la planta de personal del Sector Educación, a través del Decreto No. 0338 del 12 de octubre de 2012; con el cual se reconoció que existía una deuda por retroactivos originados desde 2003, los cuales le fueron cancelados a la accionante mediante la Resolución No. 9105-6 del 11 de diciembre de 2014.

- En oficio radicado el 17 de diciembre de 2014 ante la UGPP y a través del recurso de apelación radicado el 5 de mayo de 2015, se solicitó la revisión de la pensión para que se tuvieran en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, interrumpiendo cualquier prescripción de conformidad con el artículo 102, numeral 2 del Decreto 1848 de 1969, **negados por la UGPP mediante los actos administrativos demandados.**

- Cajanal EICE en Liquidación – hoy UGPP, al reliquidar la pensión de la accionante, solo tuvo en cuenta la asignación básica, prima de antigüedad, bonificación por servicios, excluyendo la prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios y prima técnica, los cuales fueron devengados y certificados por la entidad competente durante el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio oficial.

- La UGPP debió liquidar la pensión de jubilación de la demandante conforme al régimen ordinario aplicable a los empleados del sector oficial según el artículo 3° de la Ley 33 de 1985; artículo 1° numeral 3° de la Ley 62 de 1985 y las demás normas concordantes conforme a los factores devengados entre el 20 de diciembre de 2002 y el 19 de diciembre de 2003.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Constitución Política: artículos 2, 6, 25 y 58; Art. 10 del Código Civil, Ley 57 de 1987, Ley 1437 de 2011, artículo 36 inc. 2 de la Ley 100 de 1993, Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, Art. 4 de la Ley 4 de 1966, Decretos 1743 de 1966, 3135 de 1968, Ley 5 de 1969

y Ley 71 de 1988.

Expone que la demandante es beneficiaria del régimen de transición y por lo tanto le asiste derecho a la liquidación de la pensión de conformidad con el régimen anterior a la Ley 100 de 1993. Asegura que el acto administrativo de reconocimiento pensional no tuvo en cuenta los factores homologados ni el promedio de lo devengado durante el último año de servicios.

4. Contestación de la demandada.

La UGPP contestó la demanda aceptando unos hechos y negando otros; también se opuso a todas las pretensiones de la parte demandante.

Propuso las excepciones que denominó:

“Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, con fundamento en el precedente jurisprudencial en torno a la norma aplicable para determinar el monto de las pensiones amparadas por el régimen de transición de la ley 100 de 1993; considera que a la entidad no le asiste la obligación de reconocer la reliquidación en la forma solicitada en la demanda, comoquiera que la pensión se liquida con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años y no en el último año de servicio como lo pretende la parte actora. Cita sendas sentencias tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, en las cuales se aborda el tema en cuestión. Agrega que el Decreto 1158 de 1994 dispone taxativamente aquellos factores que deben ser tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión y precisa en cuanto a la prima técnica, que ésta no se tiene en cuenta como factor para la liquidación en tanto no fue devengada bajo el presupuesto descrito en la norma; *“irretroactividad”*, pues en la demanda se solicita aplicar retroactivamente un acto en el que la UGPP no tuvo incidencia; *“Prescripción”* y *“Genérica”*.

5. Fallo de primera instancia.

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 31 de marzo de 2022 resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de las resoluciones Nos 014384 del 15 de abril de 2015 y la RDP 027933 del 8 de julio de 2015, expedidas por la UGPP que negaron la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora MARÍA AMINTA ORTIZ RAMÍREZ, con la inclusión de las primas de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad y los nuevos valores

reconocidos por homologación y nivelación salarial, conforme a las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a título de restablecimiento del derecho, a la UGPP que reliquide la pensión de jubilación de la señora MARÍA AMINTA ORTIZ RAMÍREZ atendiendo los valores reconocidos con ocasión de la homologación y nivelación salarial reconocida incluyendo la prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad, con efectos a partir del 20 de diciembre de 2003, fecha de retiro definitivo del servicio.

TERCERO: CANCELAR las sumas resultantes, de acuerdo con lo antes expresado, y hasta que se haga efectiva la reliquidación dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA, debidamente indexadas mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, se tendrá en cuenta la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: La entidad deberá al momento de realizar el reajuste pensional, efectuar el descuento de los aportes sobre los factores salariales a incluir en la pensión de jubilación de la demandante y respecto a los cuales no se hizo deducción alguna, aportes que en todo caso han de ser asumidos por la pensionada en la proporción de ley.

QUINTO: La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS en la forma dispuesta en la parte motiva de esta providencia.

[...]"

El a quo consideró procedente acceder a la reliquidación pensional solicitada, no sólo por los factores salariales que le fueran reconocidos en la homologación sino también por los valores que allí se ponderaron. Negó la inclusión de la Prima Técnica por evaluación del desempeño certificada, pues no puede incluirse como factor salarial en virtud de lo dispuesto por el Decreto 1661 de 1991, el cual creó el emolumento y determinó bajo qué condiciones constituiría factor salarial. En consecuencia, ordenó la inclusión de los factores devengados en el último año de servicios y que corresponden a la prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad.

6. Recurso de apelación.

Se aduce por la parte demandada que Cajanal E.I.C.E liquidada, hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, al reliquidar la pensión de jubilación de la señora María Aminta Ortiz Ramírez, obró de acuerdo con la Ley. Se estima que los actos administrativos demandados no son violatorios de ninguna norma Constitucional o Legal y por el contrario se ajustan plenamente al régimen jurídico que le era aplicable a la referida ciudadana.

Explica que, para liquidar la pensión de la señora Aminta Ortiz, se tuvo en cuenta el Decreto 1158 de 1994, el cual contempla en su artículo 1° los factores base de cotización y por ende, sustento para liquidar la prestación vitalicia; dentro de los cuales, recalca, no se encuentran la prima de vacaciones, la prima de navidad y la prima de servicios.

Reconoce que la accionante se encuentra cobijada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, toda vez que al momento de entrar en vigencia el nuevo sistema general de pensiones contaba con más de 35 años de edad; no obstante, la determinación del IBL debe atender los criterios jurisprudenciales sobre el alcance del beneficio de la transición, específicamente a las sentencias SU -230 del 29 de abril de 2015, SU 395/17 del 22 de junio y sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018 Expediente: 52001-23-33-000-2012-0014301 del Consejo de Estado.

Solicita se revoque también la condena en costas y para el efecto, citando al Consejo de Estado, dice que *“hay algo que debe precisarse, y es que aunque el criterio para la condena en costas acogido sea el objetivo, éste también debe ser valorativo, lo que impone al operador judicial el deber de precisar los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas, es decir, por qué aduce que se causaron las mismas, análisis que sí se echa de menos en la providencia de primera instancia, pues en esta simplemente se plasmó que con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 se condenaba en costas a la UGPP, fijando como agencias en derecho el 3% del valor de las pretensiones reconocidas, e indicando que las mismas se liquidarían de acuerdo al estatuto procesal civil.*

Para esta Sala una imposición de costas así le impide a la parte condenada ejercer el derecho de defensa, pues no sabría por qué razón o circunstancia se determinaron, y por ende no puede esgrimir argumentos en contra de la decisión, y en tal sentido en este aspecto la sentencia de primera instancia deberá ser revocada”. (Sección Segunda – Subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez del 7 de abril de 2016, radicación 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14)

7. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

Las partes guardaron silencio y el Ministerio Público no emitió concepto.

II. Consideraciones de la Sala

Solicita la parte demandante en este proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido contra la UGPP, que por esta Corporación se declare la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales dicha entidad negó la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de todos y cada uno de los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios, incluyendo los factores de salario homologados.

1. Problemas Jurídicos.

Teniendo en cuenta que la parte demandada defiende la actuación administrativa por ella adelantada, la cual culminó con la expedición de la Resolución RDP 011428 del 21 de marzo de 2017, por medio de la cual se resolvió un recurso de apelación frente a la Resolución 46185 del 7 de diciembre de 2016 que negó la reliquidación pensional a la accionante, surge como problema jurídico a resolver, el siguiente:

1.1. ¿La actuación administrativa cuya nulidad se pretende por la parte demandante, fue la última adelantada ante la UGPP con el fin de obtener la reliquidación de la pensión de vejez sub examine?

1.2. ¿En caso negativo, es procedente decidir de fondo sobre la nulidad de actos administrativos anteriores a aquellos que definieron la situación pensional de la parte actora?

1.3. ¿Cuál es el régimen legal aplicable para determinar el Ingreso Base de Liquidación de la demandante?

2. Actos administrativos enjuiciables a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Los actos administrativos susceptibles de control judicial son aquellos que ponen fin a una actuación administrativa. Según el artículo 43 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo *“Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación.”*

A su vez, el artículo 87 ibidem establece los eventos en los cuales el acto administrativo cobra firmeza y finiquita la actuación administrativa:

Artículo 87. *Los actos administrativos quedarán en firme:*

1. *Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.*
2. *Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.*
3. *Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.*
4. *Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.*
5. *Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.*

El consejo de Estado¹, refiriéndose a los actos administrativos susceptibles de control jurisdiccional, ha indicado lo siguiente:

“Actos administrativos susceptibles de control judicial

Los actos administrativos han sido definidos por esta corporación como la expresión de la voluntad de la administración, capaces de producir efectos jurídicos que creen, modifiquen o extingan una situación particular o general; entre sus características la sección⁴ ha referido las siguientes:

i) Constituyen una declaración unilateral de la voluntad; ii) Se expiden en ejercicio de la función administrativa, ya sea en cabeza de una autoridad estatal o de particulares; iii) Se encaminan a producir efectos jurídicos de manera directa sobre el asunto o la situación jurídica de que se trate y, por ende, vinculante y iv) sus efectos crean, modifican o extinguen una situación jurídica general o particular, impactando los derechos u obligaciones de los asociados, «sean subjetivos, personales, reales o de crédito».

Estos actos, a su vez, se distinguen como aquellos de trámite, ejecución y definitivos, en cuanto a los primeros, se ha precisado que son los que dicta la administración para decidir posteriormente el fondo del asunto,

¹ Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda-Subsección "A". Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020). Radicación número: 25000-23-42-000-2017-00817-01(4518-17)

los cuales en principio no son objeto de control judicial, salvo que hagan imposible la continuación del procedimiento administrativo⁵.

Los de ejecución se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa, sin que pueda afirmarse que de ellos surjan situaciones jurídicas diferentes a las de la sentencia o acto ejecutado. Empero, sobre este punto es importante señalar que la jurisprudencia ha dicho que es procedente el estudio de los actos de ejecución de sentencias de forma excepcional cuando: i) la decisión de la administración va más allá de lo ordenado por el juez, y ii) crea, modifica o extingue una determinada relación jurídica entre el Estado y el particular que no fue objeto de debate judicial⁶.

Los definitivos se profieren para culminar las actuaciones administrativas iniciadas bien sea, a través del derecho de petición, de manera oficiosa o en cumplimiento de un deber legal⁷.

Conforme con lo anterior, esta corporación ha precisado que son los actos administrativos definitivos, aquellos susceptibles de control jurisdiccional, por cuanto, tiene la vocación de crear, modificar o extinguir una situación jurídica particular o general, los cuales pueden ser expresos o fictos.

A tono con lo anterior, la misma Corporación² señaló:

2.2. Los actos administrativos pasibles de ser enjuiciados a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

El Consejo de Estado ha precisado que el acto administrativo es toda manifestación de voluntad de una entidad pública, o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos.⁵ En consonancia con esta definición, se han identificado las siguientes características del acto administrativo:⁶

- i) Constituye una declaración unilateral de voluntad.
- ii) Se expide en ejercicio de la función administrativa, por parte de una autoridad estatal o de particulares.
- iii) Se encamina a producir efectos jurídicos «por sí misma, de manera directa sobre el asunto o la situación jurídica de que se trate y, por ende, vinculante».⁷
- iv) Los efectos del acto administrativo consisten en la creación, modificación o extinción de una situación jurídica general o particular,

² Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda-Subsección A. Consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Bogotá, D. C., catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020). Radicación número: 25000-23-42-000-2017-06031-01(5554-18)

que impacta los derechos u obligaciones de los asociados, «sean subjetivos, personales, reales o de crédito».⁸

Igualmente, esta corporación ha precisado que los actos administrativos pasibles de control jurisdiccional son aquellos catalogados como definitivos, esto es, «los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación».⁹

Bajo este marco conceptual, es válido sostener que la jurisdicción de lo contencioso administrativo únicamente se ocupa del estudio de los actos definitivos, expresos o fictos, que culminen un proceso administrativo, en la medida en que se presumen legales, gozan de los atributos de ejecutividad y ejecutoriedad e impactan en las relaciones de las personas naturales y jurídicas, sus derechos y obligaciones. En consecuencia, el control judicial de las decisiones administrativas definitivas se torna obligatorio dentro de un Estado Social de Derecho, en aras de garantizar su validez, así como los valores constitucionales, el imperio del principio de legalidad y los derechos subjetivos de los asociados.» /rft/

Cuando en la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho se excluye el acto administrativo definitivo proferido dentro de la última actuación adelantada ante la Administración, con la cual se decide la situación jurídica del administrado, se está ante una proposición jurídica incompleta que, en principio, le impide al juez proferir una decisión de fondo.

En efecto, la proposición jurídica incompleta “[...] como requisito de validez de la demanda impide el ejercicio de la capacidad decisoria del juez frente al litigio propuesto, pues el acto demandado no es autónomo, por encontrarse en una inseparable relación de dependencia con otros no impugnados que determinan su contenido, validez o su eficacia [...]”³

Para ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ciertamente, resulta necesario acreditar, entre otros, los requisitos establecidos en el artículo 163 del CPACA, particularmente el que hace referencia al deber que le asiste a la parte demandante de individualizar, con toda precisión, el acto administrativo a enjuiciar; además porque dicha norma expresamente dispone que “si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron”. En términos del artículo 163 del CPACA, la individualización con precisión del acto que contempla la norma, significa que el acto a demandar debe ser aquel que crea, modifica o extingue una situación jurídica particular del actor, de manera que si no se demanda dicho acto, el Juez administrativo no tiene más opción que proferir una sentencia inhibitoria, sin que ello implique, en manera alguna, la vulneración de los

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 17 de abril de 2013, C. P. Gustavo Gómez Aranguren, número interno 1247-2012, demandante: Martha Soraya Barbosa

derechos fundamentales del demandante, pues, al haberse acreditado que hubo una incorrecta individualización del acto acusado, no otra podría ser la decisión, pues la ineptitud de la demanda constituye un impedimento para la decisión de fondo.

En varios pronunciamientos del Órgano de cierre de esta jurisdicción, se ha señalado que la proposición jurídica incompleta se configura en dos casos: i) cuando el acto demandado torna lógicamente imposible la decisión de fondo debido a una irreparable ruptura de su relación con la causa petendi y ii) cuando el acto acusado no es autónomo porque se encuentra directamente relacionado con otro u otros no impugnados que determinan su contenido, validez o eficacia, eventos en los que le resultaría imposible emitir una decisión de fondo al operador judicial⁴.

Al respecto, en decisión reciente, el H. Consejo de Estado⁵ refiriéndose a la ineptitud sustantiva de la demanda, por falta de proposición jurídica completa, señaló lo siguiente:

*“33. Conforme a lo anterior, se tiene que la proposición jurídica incompleta ocurre en aquellos casos en los cuales no se individualiza con toda precisión los actos acusados, de acuerdo con los lineamientos que están señalados en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011. Significa, entonces, que **es requisito indispensable demandar el acto que contiene la manifestación de la voluntad de la administración respecto de la situación jurídica particular y concreta; y, además, las decisiones que en el procedimiento administrativo constituyan la unidad jurídica, pues, en tal sentido gira la decisión que se deba adoptar en la sentencia, en lo relacionado con las pretensiones de la demanda.** /rft/*

34. En síntesis de lo anterior, de acuerdo con la ley y la jurisprudencia, se debe tener en cuenta que el acto o los actos administrativos que contienen íntegramente la manifestación de voluntad de la administración, frente a una situación jurídica particular, son los que deben ser objeto de impugnación, junto con aquellos que en la vía gubernativa o administrativa constituyan una unidad jurídica con el mismo, esto es, aquellos que resuelven los recursos interpuestos, de conformidad con el artículo 163 de la ley 1437 de 2011, toda vez que ellos determinan la órbita que delimita la decisión del juzgador, en lo relacionado con la pretensión de anulación de los mismos. Por ende, si no se observan tales aspectos, esto es, la proposición jurídica o individualización de la actuación administrativa acusada, de forma completa, se vicia de manera sustancial el contenido de la pretensión del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; y con ello se impide un pronunciamiento de fondo frente a lo pretendido por el actor”

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, expediente: 05001-23-33-000-2017-01570-01 (4866-18). Demandante: Colpensiones. M. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez (2 de mayo de 2019), entre otros.

⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “B”, Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez (05 de diciembre de 2019). Radicación número: 11001-03- 25-000-2014-00044-00(0096-14)

3. El caso concreto.

En el curso de proceso se ha podido establecer lo siguiente:

- La demandante fue pensionada mediante resolución No. 4551 del 5 de septiembre de 1989, en cuantía de \$ 28.855.31, efectiva a partir del 26 de abril de 1987, fecha en la cual adquirió el estatus pensional a la edad de 50 años de conformidad con la transición prevista en el artículo primero Parágrafo 2° de la ley 33 de 1985.

- Mediante la Resolución No. 07795 del 24 de abril de 2002, se le reliquidó la pensión de jubilación incluyéndole la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y la prima de antigüedad. Dicho reajuste se ordenó a partir del 1 de enero de 2001, supeditado a la acreditación del retiro definitivo del servicio.

- A través de la Resolución No. 043095 del 30 de diciembre de 2005, se reliquidó la pensión reconocida a la señora María Aminta Ortiz Ramírez por la acreditación de nuevos tiempos de servicios, anunciándose en dicho acto administrativo, que la demandante se retiró del servicio a partir del 18 de diciembre de 2003. Se le calculó el reajuste con la inclusión de la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y la prima de antigüedad devengados en la anualidad 2002-2003.

- En lo que respecta a la homologación de la cual fue objeto, fueron aportados los siguientes actos administrativos:

• Resolución No. 3060 del 10 de agosto de 2007, mediante la cual la Secretaría de Educación de Caldas ordena la liquidación de una deuda por Homologación y Nivelación Salarial y se ordena su pago. En la parte resolutive de dicho acto administrativo se observa la liquidación del retroactivo por dicho concepto, por el período comprendido entre el 1 de enero de 2002 hasta el 31 de julio de 2006. Se tiene como factores liquidados los siguientes: Asignación básica, Bonificación Especial por Recreación, Bonificación por Servicios, Prima de Navidad, Prima de Servicios, Prima de Vacaciones, Pago Prima Técnica – (no factor salario), Cesantías.

• Mediante la Resolución No. 2212-6 del 22 de marzo de 2013, el Departamento de Caldas le reconoció y ordenó el pago de una homologación y nivelación salarial, por el período comprendido entre el 10 de febrero de 1997 al 31 de diciembre de 2009, teniendo en cuenta los siguientes conceptos. Sueldo, incremento por antigüedad, Prima Técnica, Bonificación por Servicios Prestados, Prima de Servicios, Prima de Vacaciones, Bonificación Especial por Recreación, Indemnización por Vacaciones, Prima de Navidad, Cesantías, reintegros por concepto de Auxilio de Transporte y Subsidio de Alimentación.

Dicho acto administrativo fue aclarado mediante la resolución No. 2212-6 del 22 de marzo de 2013.

- Fue aportada la solicitud que se hiciera ante la UGPP con fecha de radicación 17/12/2014, pidiendo la reliquidación de la pensión.

- Mediante la Resolución No. RDP 014384 del 15 de abril de 2015, la UGPP negó la reliquidación de la pensión de jubilación; y con la Resolución No. 027933 del 8 de julio de 2015, la UGPP confirmó la decisión contenida en la resolución No. RDP 014384.

- A través de la Resolución RDP 011428 del 21 de marzo de 2017 se resolvió recurso de apelación frente a la Resolución 46185 del 7 de diciembre de 2016 que negó la reliquidación pensional a la accionante; en suma, se resolvió revocar la Resolución No. 46185 del 7 de diciembre de 2016, ordenando la reliquidación de la pensión con una tasa de reemplazo del 85% calculada sobre un IBL integrado por el salario básico, la prima de antigüedad y la bonificación por servicios de los últimos diez años anteriores al retiro definitivo del servicio, cuya efectividad sería a partir del 20 de diciembre de 2003 a cargo del Municipio de Dolores Tolima y del FOPEP. /folios 36 a 41 del Cuaderno C101/ La anterior reliquidación se hizo aplicando, por favorabilidad, la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, se observa en el texto de la demanda que la pretensión de nulidad recae sobre los siguientes actos administrativos: Resolución No. RDP 014384 del 15 de abril de 2015, mediante la cual la UGPP negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante; y Resolución No. 027933 del 8 de julio de 2015, con la cual la UGPP confirmó la anterior decisión.

La parte demandante acepta la existencia de una actuación administrativa posterior, definida mediante la Resolución RDP 011428 del 21 de marzo de 2017, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación frente a la Resolución 46185 del 7 de diciembre de 2016; y señala que en dicha oportunidad la UGPP sólo reliquidó la pensión con el salario básico, la prima de antigüedad y la bonificación por servicios prestados, dejando de lado otros factores como la prima de servicios, la prima de vacaciones y la prima de navidad. No obstante, decide únicamente solicitar la nulidad de la actuación surtida en el año 2015 (Resolución No. RDP 014384 del 15 de abril de 2015 y Resolución No. 027933 del 8 de julio de 2015), pasando por alto la actuación administrativa que posteriormente quedó definida mediante la Resolución RDP 011428 del 21 de marzo de 2017, con la cual la UGPP resolvió aspectos cruciales como la tasa de reemplazo, el IBL y el régimen legal a aplicar en torno a los mismos.

Nótese que en la actuación administrativa que dio lugar a la expedición de la Resolución No. RDP 014384 del 15 de abril de 2015, se negó una solicitud de reliquidación de pensión de vejez con todos los factores devengados en el último año de servicio.

En el año 2016, la parte demandante nuevamente solicitó la reliquidación de la pensión para que le fuera aumentada la tasa de reemplazo hasta el 85%. Esta actuación

administrativa fue definida mediante la Resolución RDP 011428 del 21 de marzo de 2017, en la cual no solamente se accedió a aumentar la tasa de reemplazo hasta el 85% dando aplicación al artículo 34 de la Ley 100 de 1993 sino que, además, se fijó el IBL con el promedio de los factores devengados en los últimos 10 años anteriores a la fecha de retiro del servicio e incluyendo aquellos previstos en el Decreto 1158 de 1994, esto es, el salario básico, la prima de antigüedad y la bonificación por servicios prestados.

Con la presente demanda, la parte actora busca la declaratoria de nulidad de las Resoluciones No. RDP 014384 del 15 de abril de 2015 y No. 027933 del 8 de julio de 2015 y en consecuencia, solicita la reliquidación de la pensión con inclusión de la Prima de vacaciones, Prima de Navidad, Prima de Servicios y Prima Técnica, además de los otros factores ya reconocidos por la UGPP debidamente homologados. Tal petitum lo hace con sustento en el régimen de transición de la Ley 33 de 1985 y sin consideración al IBL previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, dado que se trata de normas que no permite tener en cuenta todo lo devengado en el último año de servicio.

Como puede verse, la parte demandante eligió a conveniencia demandar la nulidad de las Resoluciones No. RDP 014384 del 15 de abril de 2015 y No. 027933 del 8 de julio de 2015 para obtener una reliquidación de la pensión con factores adicionales y amparándose en el beneficio de la transición de la ley 33 de 1985. Al mismo tiempo, busca dejar incólume la Resolución RDP 011428 del 21 de marzo de 2017 en la cual se dio aplicación al régimen general para la fijación de la tasa de reemplazo, el IBL y los factores base de liquidación.

Pasó por alto la parte actora y también el a quo, que un pronunciamiento en punto a la reliquidación pensional en este caso no puede darse sin que también se efectúe un estudio de legalidad de la última actuación administrativa definida mediante la ya mencionada Resolución RDP 011428, pues se itera, en ésta se definieron aspectos centrales como el régimen jurídico a aplicar, dentro del cual hace parte el IBL y los factores de salario a incluir en la liquidación de la pensión.

Como puede verse, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el sub examine debió dirigirse contra el último acto administrativo definitivo (Resolución RDP 011428 del 21 de marzo de 2017) que contiene la manifestación de voluntad de la administración frente a la situación jurídica particular de la demandante en torno a su solicitud de reliquidación de la pensión de vejez, junto con los demás actos que en la actuación administrativa constituyen unidad jurídica con aquel, toda vez que ello compone el marco de decisión judicial frente a una pretensión de nulidad, precisamente

por la identidad y unidad de su contenido y sus efectos jurídicos, con el fin de evitar decisiones inhibitorias. Ello, en garantía del principio de tutela judicial efectiva y para lograr una decisión de mérito.

En suma, comoquiera que dentro del presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no se demandaron la totalidad de los actos administrativos que tienen relación directa entre sí por su contenido y efectos, se configura la proposición jurídica incompleta, situación que en principio podría impedir a este juez colegiado adelantar un análisis integral de la controversia para proferir una decisión de fondo; sin embargo, abstenerse de resolver de fondo la controversia planteada por el demandante con la entidad accionada, emitiendo una sentencia de carácter inhibitoria, iría contra la prohibición legal instituida en el numeral 5 del artículo 180 del CPACA, ante las facultades y oportunidades previstas en el citado cuerpo normativo para adoptar las medidas de saneamiento necesarias.

Por lo tanto, será revocada la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 31 de marzo de 2022, mediante la cual se accedió a las pretensiones de reliquidación de la pensión reconocida a la demandante; ello, teniendo en cuenta que la pensión fue reliquidada en el año 2017 al amparo de la Ley 100 de 1993, lo cual conlleva la improcedencia de incluir factores salariales respecto de los cuales no era obligatorio efectuar aportes a la seguridad social - a pesar de haberse dispuesto los descuentos que por dicho concepto corresponda por parte de la entidad demandada.

A la demandante le fue aplicado el IBL previsto en la Ley 100 de 1993 por resultarle más favorable que el IBL previsto en el régimen anterior; esto condujo a que su pensión fuera reliquidada con una tasa de reemplazo del 85% y el promedio de los factores devengados en los últimos 10 años anteriores a la fecha de retiro del servicio, vale decir, aquellos previstos en el Decreto 1158 de 1994, tales como el salario básico, la prima de antigüedad y la bonificación por servicios prestados. En tal escenario resulta incompatible retomar la aplicación del régimen anterior para ordenar una reliquidación de pensión con base en todos los factores devengados en el último año de servicio; máxime, cuando no ha sido cuestionada ni desvirtuada la legalidad de la última actuación administrativa que le generó un reconocimiento pensional en virtud del régimen general de pensiones.

En respaldo de lo anunciado, este Juez colegiado trae a cita las siguientes pautas jurisprudenciales, que aun cuando aluden al beneficio del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 – no siendo ese el caso de la demandante-, resultan

suficientemente esclarecedoras en relación con la delimitación del contenido y alcance del Ingreso Base de Liquidación Pensional que se buscó lograr a partir de la vigencia de la referida Ley y el Decreto 1158 de 1994.

Al respecto, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia SU-395 de 2017⁶, de la cual el tribunal extracta lo pertinente:

*“(...) 10.2.2.1. **Este caso se refiere al reconocimiento de la pensión de jubilación a un beneficiario del régimen de transición de la Ley 33 de 1985 con un monto del 75% liquidado con el IBL de la Ley 100 de 1993 que, al pretender la reliquidación de su mesada pensional con base en el último año de servicios -Ley 33 de 1985 y factores salariales de la Ley 62 de 1985- inició proceso** de nulidad y restablecimiento del derecho que conoció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual ordenó la reliquidación de la mesada con base en el 75% de lo devengado por el demandante en el último año de servicio oficial con la inclusión de todos los elementos salariales percibidos. En segunda instancia, el Consejo de Estado revocó parcialmente lo decidido al incluirse la prima de bonificación -por no ser elemento salarial- y haberse compensado los aportes de los demás elementos salariales incluidos en la liquidación. (...)”*

10.2.2.2. Sobre las anteriores consideraciones, la Sala Plena estima que se configuran los defectos endilgados en la demanda de tutela por las siguientes razones:

*“(...) Conforme con ello, se ha entendido en sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional, que cuando el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se refiere a “monto de pensión” como una de las prerrogativas que se mantienen del régimen anterior, **está refiriéndose al porcentaje aplicable al Ingreso Base de Liquidación.** Lo anterior, tiene sentido no sólo desde el punto de vista del lenguaje sino también con fundamento en el alcance, finalidad y concepto del régimen de transición.*

En la medida en que si el inciso tercero de la norma bajo análisis expresamente establece cuál debe ser el Ingreso Base de Liquidación para los beneficiarios del régimen de transición, entonces el monto se refiere al porcentaje aplicable a esa base que será el señalado por la normativa anterior que rija el caso concreto. En igual sentido, los factores salariales, al no determinar el monto de la pensión sino parte de la base de liquidación de la misma, serán los señalados por la normativa actual, en este caso, por el Decreto 1158 de 1994.

A través de las Sentencias C-168 de 1995 y C-258 de 2013, a la Corte Constitucional le correspondió estudiar la constitucionalidad de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin dejar lugar a dudas sobre el alcance del inciso tercero, en cuanto a que el mismo determina el ingreso base de liquidación aplicable a los beneficiarios del régimen de transición en los términos de los incisos primero y segundo.

Sin embargo, el decreto citado reiteró que hay un régimen de transición, que por lo tanto se torna inalterable: "Artículo 4º. Los servidores públicos que seleccionen el régimen de prima media con prestación definida, estarán sujetos al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y demás disposiciones que lo reglamentan". De manera que las consideraciones esbozadas sobre la interpretación de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, son aplicables al caso concreto y, en general, a quienes se regían por la Ley 33 de 1985. No obstante todo lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia impugnada, interpretó dichas disposiciones de manera evidentemente contraria a como ha sido esbozado, desconociendo lo establecido expresamente por el legislador, así como lo dispuesto en la Sentencia C-168 de 1995.

⁶ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

A este respecto, la sentencia impugnada concluyó que el inciso tercero sólo se habilita cuando el régimen anterior aplicable en el caso concreto no establece una norma expresa que determine el ingreso base de liquidación. Así las cosas, encontró también que el monto de la pensión incluía no sólo la tasa de reemplazo, sino también el Ingreso Base de Liquidación, los factores salariales y los demás elementos constitutivos de la liquidación. Perspectiva bajo la cual se advierte un defecto sustantivo por desconocimiento del texto legal al otorgarle un alcance no previsto por el legislador, acompañado además de una violación directa de la Constitución.

Y aun cuando en sentencias de tutela posteriores a la Sentencia C-168 de 1995 se haya ordenado la reliquidación de pensiones al entender que la expresión “monto de la pensión” incluía ingreso base de liquidación, éstas simplemente ostentan un efecto inter-partes que no tiene la virtualidad de subsanar el defecto advertido en la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

El Acto Legislativo 01 de 2005, en su inciso 6, introdujo la regla ya consagrada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con la cual, Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Y, en cuanto al régimen de transición, hizo remisión a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

(...) En este orden de ideas, es posible concluir que de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el Constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del Sistema de Seguridad Social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, **la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993.**

Por último, cabe recordar que la Sentencia C-258 de 2013, al estudiar la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 sobre régimen especial de Congresistas y Magistrados de Altas Cortes, sostuvo que, no obstante que el Acto Legislativo 01 de 2005 haya respetado la existencia de un régimen de transición en materia pensional, “impuso límites temporales y materiales. En cuanto a los beneficios y condiciones, la reforma constitucional remitió a lo consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, disposición que establece que los beneficiarios del régimen de transición tendrán derecho a que se les apliquen las normas pensionales anteriores, en relación con la edad, el tiempo de cotización o servicios prestados, **y el monto de la pensión, entendido como tasa de reemplazo.** Las demás condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez, se sujetan a las disposiciones contenidas en el sistema general de pensiones”.

10.2.2.3. Por lo anterior, habrá de ser revocada la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta- el 11 de agosto de 2011, dentro de la acción de tutela instaurada en contra de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante la cual denegó por improcedente la acción de tutela. En su lugar, se concederá la protección del derecho fundamental al debido proceso” /Líneas y resaltados son de la Sala/.

En igual sentido, el Consejo de Estado unificó su postura en la sentencia de veintiocho (28) de agosto de 2018⁷, en la cual indicó el Ingreso Base de Liquidación que debe tenerse en cuenta para las personas beneficiarias del régimen de transición:

“91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. **El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones**

⁷ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P.: César Palomino Cortés. Expediente: 52001-23-33-000-2012-0143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro. Demandado: UGPP.

para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables.

(...)

94. La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”

Asimismo, en la misma providencia esa Alta Corporación señaló que los factores salariales a incluir en la liquidación pensional de los servidores públicos beneficiarios de la transición, deben ser únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes al sistema pensional.

Tanto la sentencia SU-395 de 2017 y la de unificación del veintiocho (28) de agosto de 2018, marcan un precedente de especial incidencia en la interpretación del tema que ocupa la atención de esta Sala. A diferencia de las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, la primera providencia sí se refiere puntualmente al contenido del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aludiendo en especial a los servidores públicos, a tal punto que la decisión allí contenida revocó varias sentencias proferidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado que hacían parte de la línea de entendimiento tradicionalmente asumida por esta jurisdicción especializada.

En el nuevo pronunciamiento, la Corte Constitucional hace énfasis de manera contundente en que la interpretación constitucionalmente válida frente al citado régimen transicional en materia pensional involucra componentes esenciales que pueden sintetizarse así: **(i)** el régimen de beneficios consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contiene la edad, el número de semanas cotizadas o tiempo de servicios y el monto de la pensión, entendido exclusivamente como tasa de reemplazo o porcentaje; **(ii)** por el contrario, el Ingreso Base de Liquidación (IBL) se rige por las normas del

sistema pensional general (Ley 100/93), pues no integra el ámbito de la transición; **(iii)** los factores salariales hacen parte de la base pensional o IBL y no del “monto” de la prestación, por lo que serán los señalados en los Decretos 691 y 1158 de 1994; y **(iv)** se ratifica el mandato de correspondencia entre las cotizaciones y el reconocimiento pensional, por lo que los factores que no sean objeto de aportes al sistema no se verán reflejados en la liquidación del derecho reconocido.

Como se anotó líneas atrás, el contenido de la transición ha atravesado por diversas posibilidades hermenéuticas, dentro de las cuales este Tribunal había adoptado de manera uniforme la que señalaba al IBL como parte integrante del catálogo de beneficios, y con ello, la posibilidad de reconocer todos los factores salariales y la base de liquidación de las normas anteriores a la Ley 100 de 1993. Sin embargo, el hecho de que el último precedente constitucional aluda de manera directa a la situación de ex servidores públicos beneficiarios de la transición y cobijados por decisiones del máximo órgano de esta jurisdicción, revela sin lugar a equívocos que el marco de aplicación de la hermenéutica introducida por el Tribunal Constitucional se extiende a aquellos litigios que involucran la generalidad de los regímenes pensionales anteriores a 1994 y no solo aquellos especiales inicialmente abordados en las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Todo ello teniendo en cuenta además la postura adoptada por el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción, pues la sentencia de unificación del veintiocho (28) de agosto de 2018 determinó las reglas aplicables en los casos de aquellos beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100/93, estableciendo claramente que el IBL a tener en cuenta es aquel contenido en el inciso 3º del mencionado precepto y que los factores salariales a incluir en la liquidación pensional son sólo aquellos sobre los cuales se hayan realizado los respectivos aportes.

Con base en ello, y atendiendo a que en los términos de la guardiana de la Carta esta es la interpretación constitucionalmente admisible del beneficio de la transición y a la posición del H. Consejo de Estado fuerza que el Tribunal rectifique la postura hasta ahora esbozada y en consecuencia, acoja en adelante el precedente constitucional desarrollado con amplitud en la Sentencia SU-395 de 2017 y el precedente vertical obligatorio de la sentencia emanada del H. Consejo de Estado el veintiocho (28) de agosto de 2018; precedente que se aplica a todas aquellas situaciones que se encontraban en discusión tanto en sede administrativa como en sede judicial, tal y como ocurre en el sub iudice.

Conclusión de lo dilucidado, y habida consideración de que las pretensiones de la demanda se contraen a la aplicación del IBL y demás factores salariales de la Ley 33 de 1985 respecto de la liquidación de la pensión de la parte demandante, dable es concluir que le asiste razón a la UGPP cuando afirma que no procede la reliquidación de la pensión de la parte actora con la totalidad de los factores devengados en el último año de servicio sino con los expresamente establecidos en el Decreto 1158 de 1994, que hubieren sido devengados y tomados como base de cotización durante los últimos diez años de servicio.

Por ende, la entidad de previsión se sujetó a los mandatos del Decreto 1158 de 1994, compilado en el artículo 2.2.3.1.3 del Decreto 1833 de 2016, para determinar los factores salariales a incluir en la base de liquidación, norma que consagra lo siguiente:

“ART. 1º—El artículo 6º del Decreto 691 de 1994 quedará así: “Base de cotización.

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) **La asignación básica mensual;***
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario;*
- e) **La remuneración por trabajo dominical o festivo;***
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en **jornada nocturna**, y*
- g) La bonificación por servicios prestados”.*

Atendiendo a la postura adoptada por este Tribunal, en razón del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le es aplicable el IBL previsto en la Ley 100 de 1993 y los factores que deben tenerse en cuenta para la liquidación de su pensión son los contemplados en el Decreto 1158 de 1994.

Ahora bien, teniendo claro que no procede la liquidación de la pensión en los términos solicitados por la parte demandante, la conclusión a la que se arriba en esta instancia es aquella según la cual, la pensión tal y como fue reconocida por la entidad accionada se ajusta a derecho, pues ciertamente, no resultaba procedente incluir en la liquidación factores tales como prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones y en general todos aquellos no contenidos en el Decreto ya referenciado.

En conclusión, como se anunció, se revocará la sentencia de primera instancia, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la parte demandante. En su lugar, se negará la pretensión de nulidad de los actos enjuiciados, esto es, la Resolución No. RDP 014384 del 15 de abril de 2015, mediante la cual la UGPP negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante; y Resolución No. 027933 del 8 de julio de 2015, con la cual la UGPP confirmó la anterior decisión.

4. Costas y agencias en derecho de segunda instancia.

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

No se impondrá condena en costas a cargo de la parte demandante comoquiera que no se observa actuación de la parte demandada en esta instancia.

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

III. Falla

Primero: Se revoca la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 31 de marzo de 2022, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la parte demandante. En su lugar,

Segundo: Se niegan las pretensiones de la parte demandante dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la UGPP.

Tercero: Sin condena en costas.

Cuarto: Notifíquese conforme lo dispone el CPACA.

Quinto: En firme la sentencia, archívese el expediente previa anotación en el programa informático “Justicia XXI”.

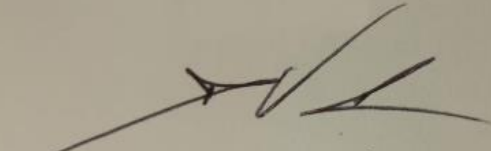
⁸ *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez*

Notifíquese

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, siete (7) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001 23 33 000 2017 00841 00
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Beatriz Ochoa de Padilla
Demandado:	Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP
Llamado en garantía:	Inpec
Providencia:	Sentencia No. 114

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Decisión Oral, integrada por el Magistrado Fernando Alberto Álvarez Beltrán, quien la preside, y por los Magistrados Dohor Edwin Varón Vivas y Augusto Morales Valencia, de conformidad con lo previsto en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), procede a dictar sentencia dentro del proceso de **nulidad y restablecimiento del derecho** promovido por la señora Beatriz Ochoa de Padilla contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

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

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La entidad demandante, actuando a través de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en la que solicita lo siguiente:

“1- Se declare la nulidad absoluta de las Resoluciones N. 18637 de fecha 5 de Mayo del 2017, que negó la Reliquidación de la pensión de jubilación de la actora con todos los factores salariales y la RDP 026085 de fecha 23 de Junio del 2017, que resolvió el recurso de reposición Interpuesto contra la primera, negando las dos (2) el derecho pretendido.

2.- Declarar que mi mandante tiene derecho a que la UNIDAD DE GESTION MISIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP- le

reconozca y pague el reajuste o Re liquidación, de la pensión de jubilación, por nuevos factores salariales a partir de la fecha de retiro del servicio, esto es a partir del 16 de Diciembre de 2008.

3-Que como consecuencia de la declaración de nulidad, se ordene el restablecimiento del derecho, ordenando la Re liquidación de la pensión de mi mandante, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, es decir entre el 15 de Diciembre 2007 al 15 Diciembre de 2008. Teniendo en cuenta además de los factores salariales ya reconocidos los denominados PRIMA DE RIESGO PRIMA DE SERVICIOS, PRIMA DE VACACIONES, PRIMA DE NAVIDAD, BONIFICACIÓN ESPECIAL DE RECREACIÓN Y BONIFICACION POR SERVICIOS, SUBSIDIO DE UNIDAD FAMILIAR.

4.-Que se ordene el pago de los intereses moratorios y la indexación a que haya lugar.

5.- Se condene a que los valores adeudados sean ajustados en los términos del artículo 178 del CCA dando aplicación a la siguiente formula [...]"

2. Hechos.

Como sustento fáctico de la demanda se expone lo siguiente:

La Señora Beatriz Ochoa de Padilla laboró al servicio del Ministerio de Justicia y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC del 28-05-1984 al 15-12-2008, para un total de 8.817 días.

La Señora Beatriz Ochoa de Padilla tuvo como último lugar de prestación de servicios la Reclusión de Mujeres de Manizales, donde se desempeñó en el cargo de Directora de Establecimiento Carcelario 0195-08.

La demandante cumplió el status jurídico de pensionada el día 17 de febrero de 2007, siendo pensionada por Cajanal mediante Resolución No. 45839 del 13 de septiembre de 2007, en cuantía de \$ 1.285.830.19 M/CTE, con efectividad a partir del 1 de mayo de 2007, condicionada a demostrar el retiro definitivo del servicio.

Mediante Resolución N°. PAP 037578 de fecha 31 de enero de 2011 se reliquidó la pensión de vejez por nuevos tiempos, elevando la cuantía de la misma a la suma \$ 1.360.069.84 M / CTE. efectiva a partir del 16 de diciembre del 2008. Posteriormente y mediante Resolución N° RDP003737 de fecha 13 de junio del 2012 la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social-UGPP negó la reliquidación de la pensión de vejez solicitada.

La Resolución N° RDP 026085 de fecha 23 de junio del 2017 confirmó en todas y cada una de sus partes la Resolución Nro. 18637 del 5 de mayo del 2017 que negó la reliquidación a la demandante.

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

Constitución Política: artículos 1, 2, 6, 13, 25, 53, 58 y 336.

Ley 4 de 1966: artículo 4°.

Decreto 1045 de 1978: artículo 45.

Ley 33 de 1985: inciso 3 del artículo 3.

Ley 100 de 1993: inciso 6 del artículo 36.

Expone que la normatividad aplicable a todos los funcionarios públicos que se encontraban en régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, es el previsto en la ley 33 de 1985.

Por cuanto el régimen especial de los funcionarios del INPEC no contempló los factores salariales a tener en cuenta en la pensión de jubilación, pero sí señaló que en los aspectos no previstos se aplicarían normas de los servidores públicos nacionales, la demandada debió dar aplicación a lo previsto en el artículo 4 de la Ley 4 de 1996, en cuanto hace referencia a la liquidación con todo lo devengado en el último año de servicios.

Por su parte, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 señala los factores salariales que constituyen base de liquidación.

De conformidad con el artículo 36 de la ley 100 de 1993, la demandante tiene derecho a que se le reliquide la pensión con todos los factores salariales, toda vez que se encontraba en el régimen de transición pues contaba con más de 35 años para el 1° de abril de 1994, hecho éste que la habilita en aplicación de los derechos adquiridos a ser pensionada conforme a las normas más favorables existentes antes de la vigencia de la ley general de seguridad social.

4. Contestación de la demanda.

4.1. UGPP.

La UGPP contestó la demanda aceptando algunos hechos y oponiéndose a todas las pretensiones de la parte demandante.

Propuso las excepciones que denominó:

- *"Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido"* pues la prima de riesgo no es factor salarial para ningún efecto legal conforme lo establece el Decreto 611 de 2007 en su artículo 10. Lo propio de predica del subsidio familiar por unidad familiar de acuerdo con el artículo 15 del Decreto 446 de 1994. En cuanto a la bonificación por recreación, dice que por vía de la

jurisprudencia se determinó que tampoco constituye factor de salario para efectos pensionales. Agrega que el Decreto 1045 de 1976 no contempla la prima de riesgo y el subsidio familiar por unidad familiar como factores de liquidación de la pensión y por lo tanto, cualquier descuento que se hubiese efectuado sobre los mismos se reputa ilegal.

Indica que el IBL y los factores para la liquidación de la pensión de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 se determinan con base en esta última norma conforme se encuentra decantado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado a través de su jurisprudencia.

- *“Irretroactividad”*, pues a la demandante le fue aplicada la normatividad vigente para la época, por lo tanto, no puede solicitar hoy que le sean aplicadas con retroactividad las normas o jurisprudencias que no estaban vigentes para ese entonces; tal es el caso de la jurisprudencia que hoy interpreta que la Prima de Riesgo constituye factor salarial para liquidar las pensiones de los empleados públicos beneficiarios del régimen especial del INPEC.

- *“Prescripción”* Sin que implique aceptación de las pretensiones de la demanda, solicita se declare la prescripción prevista para las acciones laborales y prestaciones periódicas contemplada en el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135/68 y en los artículos 488 del C.S. del T., y el 151 del C.P. del T.

- *“Genérica”*.

4.2. Inpec.

Aceptó algunos hechos y otros no le constan. Se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía.

Aduce que dicha institución en ningún momento incumplió con sus obligaciones en lo relacionado con el pago de los aportes pensión sobre cada uno de los factores salariales a que tenía derecho la actora; prueba de ello el reconocimiento realizado en un momento determinado a la señora Beatriz Ochoa de Padilla, quien cumpliendo con los requisitos exigidos y encontrándose a cabalidad con los aportes requeridos, le fue reconocido precisamente por la Caja Nacional de previsión Social CAJANAL su estatus pensional y por ende reconocida en su favor pensión de Jubilación, todo ello mediante Resolución N°. 45839.

Planteó las siguientes excepciones:

- *“Inexistencia de la relación de garantía entre el INPEC y la UGPP – Falta de Legitimación material en la causa por pasiva”* puesto que el encargado de reconocer y conceder esos derechos pensionales al trabajador que ha logrado o alcanzado su status pensional es

precisamente el fondo de pensiones al cual se encuentre afiliado y al cual ha aportado durante toda su vida laboral. Expone que, como empleador y al tenor de lo descrito en el artículo 22 de la ley 100 de 1993, corresponde a esa entidad llamada en garantía única y exclusivamente el pago oportuno y en los términos debidos, de los aportes tanto de él como empleador como de los que de manera legal le corresponden a los trabajadores, descontando del correspondiente salario el monto de las cotizaciones obligatorias, situación frente a la cual no existe prueba de incumplimiento alguno.

- *“Genérica”*.

5. Audiencia inicial.

Mediante auto del 8 de octubre de 2021, se prescindió de la audiencia inicial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 182A de la Ley 2080 de 2021 que adicionó el CPACA.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. Guardó silencio.

6.2. Parte demandada.

6.2.1. UGPP.

Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

6.2.2. Inpec.

Concluye que, tras verificar el soporte documental aportado con la demanda y el aportado con el llamamiento en garantía, no se logra determinar incumplimiento alguno por parte de las autoridades penitenciarias frente a lo que en realidad y legalmente le correspondía a la hoy actora, contrario a ello, se evidencia, tal como ya se ha señalado, cumplimiento total de las obligaciones que como empleador le correspondían al INPEC. Agrega que, en el presente proceso, no se encuentran estructurados los elementos de responsabilidad necesarios al momento de pretender señalar responsabilidad al INPEC; lo anterior, por cuanto el llamamiento en garantía presentado por la UGPP no cuenta con el soporte probatorio suficiente para declarar esos niveles de responsabilidad. A la par con lo anterior, se permite insistir en el hecho de que efectivamente en el presente proceso, existió, una falta de legitimación material en la causa por pasiva, por considerarse que entre la U.G.P.P y el INPEC, no existió relación de garantía de orden real o personal, que obligara al INPEC a responder por sumas económicas (monto pensional) ante la eventual condena o revocatoria de fallo.

7. Concepto del Ministerio Público.

No hubo pronunciamiento.

II. Consideraciones de la Sala

Solicita la parte demandante en este proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido contra la UGPP, que por esta Corporación se declare la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se le negó la reliquidación de la pensión de vejez con todos los factores devengados en el último año de servicios, entre ellos, la prima de riesgo, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación especial de recreación, bonificación por servicios y subsidio de unidad familiar.

1. Problemas Jurídicos.

- 1.1. ¿Cuál es el Ingreso Base de Liquidación aplicable a la situación pensional de la demandante?
- 1.2. ¿La demandante tiene derecho a que por la UGPP se disponga la liquidación de su pensión de vejez con inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de prestación de servicios?
- 1.3. ¿En caso de accederse a las pretensiones de la demandante, cuál sería la responsabilidad del INPEC frente a la UGPP?

2. Del Ingreso Base de Liquidación – IBL aplicable en el sub iudice.

A la demandante le fue reconocida una pensión de vejez de conformidad con el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En la Resolución de reconocimiento se estableció como fecha de adquisición del status pensional, el 17 de febrero de 2007, esto es, momento en el que la demandante cumplió 55 años de edad. El IBL fue determinado con base en el régimen general de pensiones.

Debe decirse que la parte demandante solamente cuestiona lo relacionado con el IBL aplicado para liquidar su pensión, pues considera que no debe ser el establecido en el régimen general de la Ley 100 de 1993 sino aquel previsto en las normas anteriores, como lo son el artículo 4 de la Ley 4 de 1996, - en cuanto hace referencia a la liquidación con todo lo devengado en el último año de servicios – y los factores del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Ahora bien, un aspecto que se depende de la aplicación del régimen de transición es el referido al alcance de los beneficios de dicho régimen y los factores salariales a tener en cuenta en el cómputo pensional.

En cuanto al ingreso base de liquidación, el Consejo de Estado unificó su postura en la sentencia de veintiocho (28) de agosto de 2018, en la cual indicó el IBL que debe tenerse en cuenta para las personas beneficiarias del régimen de transición:

*“91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. **El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de reemplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36. inciso 3. y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.** La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables.*

(...)

94. La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”

Asimismo, en la misma providencia esa Alta Corporación señaló que los factores salariales a incluir en la liquidación pensional de los servidores públicos beneficiarios de la transición, deben ser únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes al sistema pensional de conformidad con lo previsto en el Decreto 1158 de 1994.

Los regímenes anteriores, aplicables a los servidores públicos en virtud al beneficio de la transición susodicho, también quedan sujetos a las subreglas fijadas por el Consejo de Estado para la determinación del Ingreso Base de Liquidación de las pensiones de vejez, entendiéndose que el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley, es decir, el promedio de lo devengado en el último año de servicios.

Resta decir que no son normas aplicables al sub examine para efectos de la reliquidación de la pensión, las citas por la parte demandante, esto es, el artículo 4 de la Ley 4 de 1996 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

3. El caso concreto.

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente se ha podido establecer que la señora Beatriz Ochoa de Padilla laboró como funcionaria del INPEC por más de 20 años, desde el 28 de mayo de 1984 hasta el 16 de diciembre de 2008, fecha de retiro definitivo del servicio.

A la aquí demandante le fue reconocida una pensión de vejez mediante la Resolución No. 45839 del 27 de septiembre de 2007, liquidada con el 75% de lo devengado en los últimos diez años (salario básico y bonificación por servicios prestados). El disfrute de dicha prestación quedó condicionada al retiro definitivo del servicio.

Mediante Resolución No. PAP 037578 del 31 de enero de 2011, la UGPP reliquidó la pensión de la demandante con el 75% de lo devengado en los últimos diez años (16 de diciembre de 1998 hasta el 16 de diciembre de 2008), incluyendo como factores el salario básico y bonificación por servicios prestados.

La parte demandante considera que tiene derecho a que la pensión le sea reliquidada con todos los factores devengados en el último año de servicio, esto es, la prima de riesgo, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación especial de recreación, bonificación por servicios y subsidio de unidad familiar.

Entre tanto, la parte demandada se remite a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre el contenido y alcance del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

El debate jurídico sobre el particular ha quedado zanjado con la postura jurídica adoptada por la Corte Constitucional a través de providencias hito como la C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, en las que se separó de la hermenéutica que el Consejo de Estado —y *el mismo Tribunal*

Constitucional- venían otorgando al alcance del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El Consejo de Estado, por su parte, replanteó la posición que por años venía sosteniendo sobre el alcance de tal norma, plegándose así a lo dicho por la Corte mediante la sentencia del 28 de agosto de 2018, citada en precedencia.

Así pues, le asiste razón a la parte demandada cuando afirma que el monto de la pensión, entendido como el ingreso base de liquidación y factores de salario que conforman el mismo, debe ser aquel establecido en la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los últimos diez años y los factores consagrados en el Decreto 1158 de 1994; ello, en atención al criterio fijado por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado.

En punto a los factores de salario a incluir en la base de liquidación, ciertamente, se debe acudir al mandato del Decreto 1158 de 1994, compilado en el artículo 2.2.3.1.3 del Decreto 1833 de 2016, norma que consagra lo siguiente:

“ART. 1º—El artículo 6º del Decreto 691 de 1994 quedará así: “Base de cotización. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

La asignación básica mensual;

Los gastos de representación;

La prima técnica cuando sea factor de salario;

Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario;

La remuneración por trabajo dominical o festivo;

La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, y

La bonificación por servicios prestados”.

Significa lo anterior, que los actos administrativos expedidos por la demandada para el reconocimiento de la pensión de la demandante se encuentran ajustados a derecho, incluyendo aquellos cuya nulidad se deprecia en esta oportunidad, vale decir, la Resolución N. 18637 de fecha 5 de Mayo del 2017, por medio de la cual se negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la actora con todos los factores salariales y la RDP 026085 de fecha 23 de Junio del 2017, que resolvió el recurso de reposición Interpuesto contra la primera, negando lo petitionado. Lo anterior, comoquiera que el IBL aplicado por la entidad fue conformado por los factores devengados en los diez años anteriores al retiro del servicio, pero solamente aquellos consagrados en el Decreto 1158 de 1994, dentro de los cuales únicamente se cuentan el salario básico y la bonificación por servicios prestados.

Baste lo anterior para concluir que las pretensiones de la parte actora no están llamadas a prosperar y de ahí que resulte viable declarar fundada la excepción de Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuesta por la UGPP.

En consonancia con lo anterior, resulta innecesario estudiar la relación de garantía entre el INPEC y la UGPP.

4. Condena en costas

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado¹ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

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

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

III. Falla

Primero: Se declara fundada la excepción de *Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido* propuesta por la UGPP.

Segundo: Se niegan las pretensiones de la parte demandante.

Tercero: Se condena en costas por concepto de agencias en derecho a la parte demandante y en favor de la entidad demandada. La liquidación del monto de las mismas se hará en los términos y oportunidad señalados en el inciso primero y numeral 4 del artículo 366 del CGP.

Cuarto: Se reconoce personería para actuar como apoderado de la UGPP, a la abogada Ángela María Rodríguez Caicedo, portadora de la Tarjeta Profesional N° 144.857 del Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad y en los términos del poder general visible en el Archivo 015 de la Carpeta Digital.

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

Sexto: Ejecutoriada esta providencia, **Archívense** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el Programa Justicia XXI.

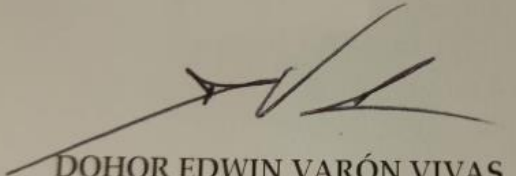
¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.

Notifíquese y Cúmplase

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, siete (7) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación	17 001 33 33 003 2018 00023 02
Demandante	Nixson Arley Granada Grisales
Demandado	Nación- Ministerio de Defensa-Policía Nacional.
Providencia	Sentencia No. 118

Procede la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó las pretensiones del demandante, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 12 de julio de 2019.

I. Antecedentes

1. Declaraciones y condenas.

El accionante solicita que se hagan las siguientes declaraciones:

“PRIMERO: se declare la Nulidad del oficio No. S-2017- 024432 ADEHU - GRUAS-1.10 del 06 de Julio de 2017, suscrito por el señor mayor FABIO WILLIAM ACEVEDO FLOREZ, Jefe Área Desarrollo Humano (e) de la Policía nacional, por medio del cual se niega el ascenso al grado de Subcomisario al señor Intendente NIXON ARLEY GRANADA.

SEGUNDO se declare la Nulidad parcial de la Resolución nro 04087 Del 30 de agosto de 2017, suscrita por el General JORGE HERNANDO NIETO ROJAS, director general de la Policía nacional, por medio de la cual se asciende al grado de Intendente jefe y no al de subcomisario al señor Intendente NIXON ARLEY GRANADA

TERCERO: Consecuente con lo anterior, se restablezcan los derechos como funcionario de la Policía nacional en el grado de Subcomisario, desde el día 30 de agosto de 2017, en que fue ascendido al grado de Intendente Jefe y que se materializan con el pago del salario como Subcomisario y de

todas sus acreencias laborales como primas ordinarias y extraordinarias, cesantías, y demás emolumentos que se conforman en esa relación laboral.

CUARTA: Que se liquiden y cancelen los valores dejados de percibir por concepto de SALARIO, PRIMAS LEGALES Y EXTRALEGALES, ORDINARIAS Y ESPECIALES, VACACIONES, CESANTIAS Y DEMÁS EMOLUMENTOS que debía percibir el señor NIXON ARLEY GRANADA GRISALES, COMO MIEMBRO ACTIVO DE LA POLICIA NACIONAL, en el grado de Subcomisario, desde el momento en que se generó su Resolución de ascenso o sea el 30 de agosto de 2017.

QUINTA: Que se condene a la entidad demandada a cancelar los intereses moratorios, desde el momento en que se realizó el pago de la indemnización parcial y hasta el momento en que se haga efectivo el pago.”

2. Hechos.

Los hechos de la demanda pueden resumirse en los siguientes:

- Que el señor Nixon Arley Granada Grisales ingresó a la Policía Nacional como alumno, antes de la expedición del decreto 1791 de 2000; y que, desde el inicio de su carrera se estableció que ingresaría a realizar el curso de patrullero, debiendo ascender a Subintendente pasados 4 años, y de allí a intendente, una vez superados los 5 años, y luego de 7 años de haber ascendido a intendente ascender a sub comisario, pasados 5 años de los cuales ascendería a comisario.
- Sostiene que a la fecha de presentación de la demanda han pasado casi 22 años, en los cuales debía ostentar el cargo de comisario por el tiempo de servicio en la Policía Nacional, y que ello, tiene su origen en el Decreto 132 de 1995, norma a él aplicable.
- Relata que, pese a lo expuesto, el demandante mantuvo el grado de subintendente por más de 10 años, contrariando la norma en comento y dificultando su escalafón; y que, pese a que no solo pasó 10 años en un grado sin ascenso, ahora, se le pretende ascender al grado de intendente jefe, el cual no existía al momento de inicio de su carrera, cambiando las expectativas de carrera y de jubilación; pues ese grado de intendente jefe surge con el decreto 1791 de 2000.

- Afirma que al demandante no se le debe ascender al grado de intendente jefe, y que, fue citado al curso de ascenso a inicios del año 2017, para realizar el curso de ascenso a dicho grado, el cual aprobó satisfactoriamente, pese no ser ese el grado al cual debía pasar; por lo que, se elevó petición que fue contestada negativamente para el ascenso al grado de sub comisario por parte de la Policía Nacional.

- En el hecho cuarto de la demanda se hace referencia al artículo 3 del decreto 132 de 1995; y, en el hecho séptimo cita el artículo 5 del Decreto 1791 de 2000.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Refiere el apoderado del demandante como normas vulneradas las siguientes:

- Ley 62 de 1993.
- Decreto 132 de 1995.
- Decreto 1791 de 2000.

Manifiesta el demandante que se le vulneraron los derechos al demandante por cuanto no recibió el ascenso al grado de sub comisario, siendo una medida discriminatoria, pues tenía el derecho por el tiempo en el que ingresó a la institución y el transcurrido; afirmando que el ascenso al grado de intendente jefe es el resultado de una errada interpretación normativa, pues al momento del ingreso sabía que los grados determinados eran patrullero, intendente, sub comisario y comisario; y al no existir en ese entonces el grado de intendente jefe, no debió ser ascendido al mismo, empeorando sus condiciones de carrera, pues debe permanecer en éste durante 5 años.

Refiere que el acto demandado adolece de falsa motivación al fundarse en el Decreto 1791 de 2000, norma que no le es aplicable al demandante, pues la aplicable es el decreto 132 de 1995, por lo que también contiene una falsa motivación.

4. Contestación de la demanda. (Fls. 137 a 142 C.1)

La demandada Policía Nacional contesta la demanda pronunciándose frente a los hechos de la misma, y oponiéndose a sus pretensiones, refiriendo que, el ascenso a carrera en estos casos es piramidal, por lo que exige que, el mejor sea el ascendido, impidiendo que no todos los aspirantes puedan llegar a la cúpula de la carrera y que, el Decreto Ley 1791 de 2000, mediante el cual se establece el régimen de carrera del personal uniformado de la Policía Nacional, es un procedimiento que se genera como consecuencia del lleno total de las condiciones y requisitos establecidos, lo que implica que, dicho ascenso al grado inmediatamente superior en la institución, no es automático, ni se otorga por el solo transcurso del tiempo, pues se deben cumplir todas las exigencias previstas en la norma para que se causen, y los tiempos establecidos son mínimos y no máximos.

Finalmente propone las excepciones de *“Presunción de legalidad del acto administrativo”*, *“Inexistencia del Derecho y obligación reclamada”*, *“Cobro de lo no debido”*, *“Legalidad de los actos administrativos”*, *“Meras expectativas y libre configuración legislativa”*, y *“Escalafón y grado del demandante”*.

5. Sentencia de primera instancia. (Fls. 154 a 159 C.1)

Mediante sentencia de 12 de julio de 2019 el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales resolvió:

“PRIMERO. -DECLARAR FUNDADA la excepción de "Inexistencia del derecho y la obligación reclamada", propuesta por la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA. POLICIA NACIONAL.

SEGUNDO. -NEGAR las pretensiones de la demanda dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaurado por el señor NIXON ARLEY GRANADA GRISALES en contra de la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL.

TERCERO. CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, 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 \$40.000, de

CUARTO. NOTIFIQUESE esta sentencia conforme lo CPACA me lo dispone el artículo 203 del CPACA.

QUINTO. - 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.

SEXO. - EJECUTORIADA esta providencia, LIQUIDENSE los gastos del proceso, DEVUELVANSE los remanentes si los hubiere. ARCHÍVESE el expediente, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI.”

Empieza el Juez con la relación de las pruebas que reposan dentro del proceso, y sigue con el estudio normativo de la Ley 180 de 13 de enero 1995, 132 de 1995, y Decreto 1791 de 2000.

En desarrollo del sustento de las decisiones frente a la solución del caso en concreto, hace un comparativo de las normas referidas como violadas que regulan el ingreso y ascenso en la carrera policial, y el tiempo mínimo de servicios en cada una de ellas, exponiendo que, el decreto 132 de 1995 no contempló el grado de intendente jefe; no obstante, con la entrada en vigencia del decreto 1791 de 2000, se adicionó un grado más, correspondiente al de intendente jefe, el cual requiere una permanencia en el cargo de 5 años para ascender al grado de subcomisario.

Considera el Juez de instancia que, para llegar a la posibilidad de ascender al cargo de subcomisario según el Decreto 132 de 1995, le faltaba al demandante permanecer en los cargos de subintendente e intendente por un periodo de 12 años, por lo que, para ascender al cargo de subcomisario, el actor no cumplía con los requisitos correspondientes en el nuevo Decreto 1791 de 2000, hallándose el demandante frente a una mera expectativa legítima y hace una cita jurisprudencial relacionada con ello.

Expone el Juez que, “*hay una diferencia entre derechos adquiridos y las meras expectativas, y las expectativas legítimas*”; siendo las primeras intangibles, lo que el legislador no los puede lesionar o desconocer; que, las meras expectativas son solo probabilidades de obtener un derecho; y, que, las expectativas legítimas son merecedoras de una protección intermedia, atendiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Concluye que, en el caso de estudio, no se está frente a una expectativa legítima, pues a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 1791 de 2000 el demandante no había cumplido los requisitos para ascender al grado de subcomisario, de conformidad con el Decreto 1791 de 2000, no siéndole

aplicable en este caso el decreto 132 de 1995, y por ello niega las pretensiones deprecadas en la demanda.

Frente a la condena en costas, sin más consideraciones dice que, con fundamento en el artículo 188 del CPACA condenará en costas a la parte demandante.

6. Recurso de apelación (FIs. 162 a 164 C. 1).

La parte demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia, exponiendo que en ésta no se hizo un buen desarrollo de lo que constituían las expectativas legítimas y reitera en su totalidad los hechos de la demanda, en los que relaciona el ingreso del demandante a nivel ejecutivo de la Policía Nacional en el año de 1995 cuando no habían requisitos para ascender más que el tiempo en cada grado, pues al ser dados de alta, asumirán el cargo sobre los agentes que en ese momento existieran.

Relata que el ascenso del demandante se dio en el año 2000 mediante la resolución 03271 de 1 de septiembre de 2000, de manera que, continuó con la carrera sin contratiempos, cumpliendo las expectativas legítimas para los ascensos a los grados que podía ostentar en un futuro; y que, al entrar en vigencia el Decreto 1791 de 2000 el 14 de septiembre de 2000, no podía cobijar al demandante; quien además, permaneció en el grado de subintendente por 10 años, siendo ascendido al grado de intendente bajo la resolución 02746 de 31 de agosto de 2010, una carga que no estaba en la obligación de soportar, pues su asenso debió darse en el año 2005.

Reitera que la norma aplicable al demandante es el Decreto 132 de 1995, por lo que, debe otorgarse la expectativa legítima al demandante, quien ya había ostentado dos grados cuando se expidió el decreto 1791 de 2000, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones del demandante; y que, en caso de no acceder a las súplicas de la demanda, se abstenga de imponer condena en costas en primera y segunda instancia.

Finalmente se pronuncia sobre la condena en costas, exponiendo que éstas no deben proceder por no advertirse temeridad o mala fe del demandante.

7. Alegatos de conclusión.

- Parte demandada (Fls. 7 a 9 C. 3)

La demandada Policía Nacional presentó escrito de alegatos de conclusión manifestando que, como lo consideró el a quo en la sentencia, los derechos adquiridos en materia laboral solo pueden invocarse respecto de aquellos que el funcionario ha consolidado durante su relación laboral, no sobre expectativas que dependan del mantenimiento de una legislación de derecho público.

Reitera en lo manifestado en la contestación de la demanda, y sostiene que, de acuerdo al decreto 1791 de 2000, para que un miembro del nivel ejecutivo de la Policía Nacional clasificara para ascenso, debía llenar el total de requisitos establecidos, pues el ascenso no ocurre solo por el transcurso del tiempo.

Sostiene que el demandante no puede hacer alusión a derechos adquiridos por no haberse consolidado ningún derecho a su favor, pues el Decreto 1791 de 2000 ha estado vigente durante toda su estadía en la institución; y que, la resolución 04087 de 30 de agosto de 2017, por la cual se asciende al demandante, se ajusta a las normas aplicables; sumado a que, el artículo 23 del Decreto en mención, fue modificado mediante la Ley 1405 y el decreto 1792 de 2016, por lo que, el señor Intendente jefe para ser ascendido directamente al grado de sub comisario, debió haber superado la antigüedad exigida, pero al revisar los antecedentes administrativos, para el mes de septiembre de 2001, no cumplía con dichos requisitos, porque apenas ostentaba el cargo de sub intendente, de manera que, su ascenso al grado de Intendente Jefe, se causó por mandamiento expreso de la norma que regula los ascensos; por ello no es viable acceder a las pretensiones de la demanda

- Parte demandante (Fls. 10 y 11 C. 3)

La parte demandante, reitera en su totalidad los argumentos planteados en la demanda y el recurso de apelación; y, afirma que, si en este caso los ascensos se hubieran dado de manera sistemática, aun contando el tiempo de Intendente Jefe, el demandante hubiera podido llegar al mayor de los grados y se hubiera podido jubilar con una excelente asignación; y que, al no haber podido llegar a

ser subcomisario o comisario, se quedó detenido, además asumiendo un grado que no existía cuando ingresó a la carrera. Y, reitera su solicitud de revocar la sentencia proferida en primera instancia, y no se condene en costas.

6. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto como dice la constancia secretarial del 07 de septiembre de 2020, que se encuentra a folio 12 del cuaderno 3.

II. Consideraciones de la Sala

1. Problemas jurídicos a resolver

El problema jurídico a resolver en este asunto se centra en las discusiones planteadas en el recurso de apelación.

¿En este caso se vulneraron expectativas legítimas al demandante por la aplicación de normas diferentes a las vigentes al ingreso a su carrera en el nivel ejecutivo de la Policía Nacional?

2. Análisis normativo.

Los artículos 216, 217 y 218 de la Constitución Política regulan lo relacionado con la Fuerza Pública y Policía, y contempla que la ley determinará el régimen de carrera, prestacional y disciplinario.

Los artículos 1 y 3 del Decreto 132 de 13 de enero de 1995, por el cual se desarrolla la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional dispuso:

*“Artículo 1o. **Ámbito.** Por medio del presente Decreto se regula la carrera profesional del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.*

***Artículo 3o. Jerarquía.** La Jerarquía del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, para efectos de mando, régimen disciplinario, Justicia Penal Militar, lo mismo que para todos los derechos y obligaciones consagrados en este estatuto, comprende los siguientes grados:*

- 1. Comisario*
- 2. Subcomisario*
- 3. Intendente*
- 4. Subintendente*
- 5. Patrullero, carabinero, investigador según su especialidad.”*

El Decreto 132 de 13 de enero de 1995 fue derogado por el Decreto 1791 de 2000, por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, publicado el 14 de septiembre del mismo año; y en sus artículos 1, 5, 12, 20, 21 y 95 disponen:

“Artículo 10. *Ámbito de aplicación.* *Por medio del presente Decreto se regula la carrera profesional de oficiales, nivel ejecutivo, suboficiales y agentes de la Policía Nacional.*

Artículo 5. *La jerarquía de los oficiales, nivel ejecutivo, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, para efectos de mando, régimen disciplinario, Justicia Penal Militar, lo mismo que para todos los derechos y obligaciones consagrados en este Decreto, comprende los siguientes grados:*

2. Nivel ejecutivo
 - a. Comisario
 - b. Subcomisario
 - c. Intendente Jefe
 - d. Intendente
 - e. Subintendente
 - f. Patrullero

Artículo 12. *Promoción de nivel ejecutivo, suboficiales y agentes a oficial. El Director General de la Policía Nacional podrá seleccionar aspirantes a Oficiales dentro del personal del Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes que acredite título profesional de formación universitaria no inferior a cinco (5) años, previa solicitud del interesado y el cumplimiento de los demás requisitos que para el efecto exija la Dirección General de la Policía Nacional.*

Artículo 20. *Condiciones para los ascensos.* *Los ascensos se conferirán a los oficiales, nivel ejecutivo y suboficiales en servicio activo que cumplan los requisitos establecidos, dentro del orden jerárquico, de acuerdo con las vacantes existentes, conforme al Decreto de planta y con sujeción a las precedencias de la clasificación que establece el Decreto de Evaluación del Desempeño.*

Artículo 21. *Los oficiales, nivel ejecutivo a partir del grado de subintendente y suboficiales de la Policía Nacional, podrán ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior cuando cumplan los siguientes requisitos:*

1. Tener el tiempo mínimo de servicio establecido para cada grado.
2. Ser llamado a curso.
3. Adelantar y aprobar los cursos de capacitación establecidos por el Consejo Superior de Educación Policial.
4. Tener aptitud psicofísica de acuerdo con lo contemplado en las normas sobre Incapacidades e Invalideces.
5. Obtener la clasificación exigida para ascenso.
6. Para oficiales, concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional; para nivel ejecutivo y suboficiales, concepto favorable de la Junta de Evaluación y Clasificación.
7. Hasta el grado de Coronel, acreditar un tiempo mínimo de dos (2) años en el respectivo grado, en labores operativas, de investigación, docencia, desempeño de funciones en la Gestión General del Ministerio de Defensa Nacional, de acuerdo con las disposiciones que para tal efecto presente a consideración del Ministro de Defensa Nacional el Director General de la Policía Nacional.

8. Para el personal que permanezca en el Cuerpo Administrativo, acreditar un curso de actualización profesional en su especialidad, con una duración no inferior a ciento veinte (120) horas.

(...)

Parágrafo 2. Los cursos para ascenso del nivel ejecutivo y suboficiales se realizarán por convocatoria, según las vacantes existentes en cada grado, de conformidad con las disposiciones que expida la Dirección General de la Policía Nacional.

Se exceptúa de lo dispuesto en este parágrafo al personal del nivel ejecutivo y suboficiales que cumpla antigüedad para ascenso hasta el mes de septiembre del año 2001.

Artículo 95. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga los Decretos 041 de 1994, con excepción de lo dispuesto en el artículo 115, relacionado con los Títulos IV, VI y IX y los artículos 204, 205, 206, 210,211, 213, 214, 215, 220, 221 y 227 del Decreto 1212 de 1990; 262 de 1994 con excepción de lo dispuesto en el artículo 47, relacionado con los Títulos III, V, y VII y los artículos 162, 163, 164, 168, 169, 171, 172, 173 y 174 del Decreto 1213 de 1990, 132, 573 y 574 de 1995 y

Por su parte, los artículos 2, 23 y 11 de la Ley 1405 de 28 de julio de 2010 por medio de la cual se modifican algunos artículos del Decreto-ley 1790 de 2000 modificado por la Ley 1104 de 2006, Decreto-ley 1791 de 2000 y se dictan otras disposiciones contemplan:

“Artículo 20. El artículo 50 del Decreto-ley 1791 de 2000, quedará así:

Artículo 50. Jerarquía. La jerarquía de los Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, para efectos de mando, régimen disciplinario, Justicia Penal Militar, lo mismo que para todos los derechos y obligaciones consagrados en este decreto, comprende los siguientes grados:

2. Nivel Ejecutivo

- a) Comisario
- b) Subcomisario
- c) Intendente Jefe
- d) Intendente
- e) Subintendente
- f) Patrullero

Artículo 23. Tiempo mínimo de servicio en cada Grado. Fíjense los siguientes tiempos mínimos, como requisito para ascender al Grado inmediatamente superior:

2. Nivel Ejecutivo

- Subintendente cinco (5) años
- Intendente siete (7) años
- Intendente Jefe cinco (5) años
- Subcomisario cinco (5) años

ARTÍCULO 11. Esta ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las normas que le sean contrarias.

3. Análisis fáctico.

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

- Copia de nombramiento e ingreso al nivel ejecutivo de la Policía Nacional (Fls. 30 a 32 c. 1), en el cual aparece el señor Granada Grisales Nixon Arley c.c. 15960715 de Salamina, Caldas, de fecha 11.07.95.

- Copia de la resolución número 03271 de 1 septiembre de 2000, mediante la cual asciende a subintendente al señor Granada Grisales Nixon Arley c.c. 15960715 con fecha 1 de septiembre de 2000 (Fls. 33 a 37 C. 1); en la que se dice que, por reunir los requisitos establecidos en los artículos 29, 30, 31 y 32 del Decreto 132 de 13 de enero de 1995.

- Copia de la resolución 02746 de 31 de agosto de 2010 por la cual se asciende al grado de Intendente al señor Granada Grisales Nixon Arley c.c. 15960715 con fecha 2 de septiembre de 2010 (Fls. 38 a 41 C. 1), exponiendo que ello, por reunir los requisitos establecidos en los artículos 20 y 21 del Decreto ley 1791 de 14 de septiembre de 2000.

- Resolución número 04087 de 30 de agosto de 2017, por la cual se asciende a un personal del nivel ejecutivo y suboficiales de la Policía Nacional y se modifican unos actos administrativos (Fls. 19 a 22 C. 1), en el cual se resuelve:

“Artículo 1°. Por reunir los requisitos establecidos en los artículos 20 y 21 del decreto Ley 1791 de 14 de septiembre de 2000, en la fecha que en cada caso se indica, ascender al personal del Nivel Ejecutivo y Suboficiales de la Policía Nacional así:

(...)

778 IT Granada Grisales Nixon Arley (...)

Artículo 8°. La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición. 30 de agosto de 2017”

- Copia de la resolución número 04087 de 30 de agosto de 2017, por la que se asciende a un personal del nivel ejecutivo y suboficiales de la Policía Nacional y se modifican unos actos administrativos (Fls. 19 a 22 C. 1), en el cual se resuelve: ascender al señor Granada Grisales Nixon Arley al grado de Intendente Jefe con fecha de 1 de septiembre de 2017.

4. Del caso concreto.

En el presente asunto el recurrente afirma tener derecho a la aplicación del régimen de carrera previsto al momento de su ingreso, y considera que, aplicar normas diferentes vulnera sus derechos; y que tenía una expectativa legítima del ascenso en tales condiciones, lo cual da lugar a la aplicación de la Ley 132 de 1995.

Dentro del proceso se encuentra acreditado que, efectivamente el señor Nixon Arley Granada Grisales ingresó el 11/07/95 al nivel ejecutivo de la Policía Nacional en calidad de alumno, y el Decreto 132 fue expedido el 13 de enero de 1995, el cual, según el artículo 83 regía a partir de la fecha de su publicación.

El Decreto en mención, dispuso en la jerarquía del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional los grados de: 1. Comisario, 2. Subcomisario, 3. Intendente, 4. Subintendente y, 5. Patrullero, carabinero, investigador según especialidad.

No obstante ser este el decreto vigente al momento de ingreso del demandante al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, el Decreto 132 de 1995 fue derogado por el Decreto 1791 de 2000, que, adicionó en el nivel ejecutivo el grado de Intendente Jefe; y posterior a ello, se profirió la Ley 1405 de 28 de julio de 2010 por medio de la cual se modificó entre otros, el artículo 5 del Decreto 1791 de 2000, mantiene igualmente en el nivel ejecutivo el grado de intendente jefe y establece los años de permanencia en cada grado.

Ahora, de los Decretos mencionados, solo el 132 de 1995 dispuso los siguientes artículos transitorios para el nivel ejecutivo de la Policía Nacional:

“Artículo transitorio. 1. El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que se encontraba incorporado a la Policía Nacional, en el momento en que se declaró inexecutable parcialmente el Decreto 41 de 1994, quedará automáticamente incorporado a la carrera que regula el presente Decreto, en el mismo grado, con la misma antigüedad que ostentaba, sin que para ello sea necesario ningún otro requisito y sin que se produzca solución de continuidad en la prestación del servicio policial para todos los efectos legales.

Artículo transitorio 2. A partir de la vigencia del presente Decreto, el personal de alumnos que en el momento de entrar en vigencia el Decreto 41 de 1994, se encontraba adelantando curso de formación para agente o cabo segundo, ingresará al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en el

grado de Patrullero, de conformidad con la reglamentación que expida la Dirección General de la Policía Nacional.

Artículo transitorio 3. *El personal de alumnos que se encuentren adelantando curso de formación al entrar en vigencia el presente Decreto, ingresarán al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, en el Grado de Patrullero.”*

Ahora, ninguno de los Decretos 1791 de 2000, 1405 de 2010 y 1792 de 2016 contempla artículos transitorios que precisen algo relacionado con el personal del nivel ejecutivo que se encuentra en carrera, y a qué grado ascenderían a la entrada en vigencia de los mismos, de manera que, se entiende que cada Decreto fue entrando en vigencia cronológicamente, aplicándose al que estaba vigente al momento de cada ascenso.

En el caso en concreto, se tiene que el señor Nixon Arley Granada Grisales ascendió como subintendente el 1° de septiembre de 2000, momento en que estaba aún vigente el Decreto 132 de 13 de enero de 1995, pues el Decreto 1791 de 2000, según su artículo 95 entró a regir a partir del 14 de septiembre de 2000, el cual ya contenía el grado de Intendente Jefe en el nivel ejecutivo.

Sumado a lo anterior, el demandante también ascendió al grado de intendente el 2 de septiembre de 2010, por lo que estaba vigente a ese momento la Ley 1405 de 28 de julio 2010, el cual mantiene el grado de Intendente Jefe del nivel ejecutivo, y, dispuso los años en cada grado así: *“Subintendente cinco (5) años, Intendente siete (7) años, Intendente Jefe cinco (5) años y, Subcomisario cinco (5) años”.*

El último ascenso que se encuentra acreditado dentro de este asunto, es el 30 de agosto de 2017 al grado de Intendente Jefe, y en esa fecha, se encontraba vigente la Ley 1792 de 7 de julio de 2016, que mantiene en el nivel ejecutivo el grado de Intendente Jefe, y, el mismo tiempo de permanencia en cada grado.

De lo expuesto se concluye que:

1. El Decreto 132 de 1995 era aplicable al momento del ingreso del demandante al nivel ejecutivo de la Policía Nacional; no obstante, este no fijó criterios de estabilidad en los grados correspondientes al nivel ejecutivo.
2. Los Decretos y Leyes que se expidieron posteriormente, no contenían ningún régimen de transición para el nivel ejecutivo de la Policía Nacional,

y eran los vigentes al momento de cada ascenso del demandante, hasta el último registrado, en el grado de Intendente Jefe.

3. Para el ascenso en cada grado, no sólo era necesario el cumplimiento del tiempo, sino los requisitos que en cada una de las normas se previa para el caso.

Por lo anterior, esta Sala no advierte que al señor Nixon Arley Granada Grisales se le hubiera aplicado una normativa que no le era aplicable, pues de lo expuesto se evidencia que en cada ascenso se tuvo en cuenta la norma vigente al momento de éste.

Ahora, el recurrente aduce que no debía ascender al grado de Intendente Jefe por cuanto éste no estaba en los grados contemplados con el Decreto vigente al momento de ingreso, esto es en el 132 de 1995, por lo que, tenía una expectativa legítima sobre el derecho de ascenso sin incluir ese grado, por lo que pasa la Sala a estudiar ese punto de discusión.

5. De la favorabilidad y las expectativas legítimas.

El Consejo de Estado¹ se ha pronunciado sobre el principio de favorabilidad en el siguiente sentido:

“(…) Sobre este postulado, la Corte Constitucional ha señalado que se manifiesta a través de dos principios hermenéuticos relacionados entre sí, a saber: (i) favorabilidad en sentido estricto; y (ii) «in dubio pro operario» o también denominado favorabilidad en sentido amplio. A su vez, ha sostenido que, derivado de la prohibición de menoscabo de los derechos de los trabajadores (Artículos 53 y 215 Superiores), se desprende (iii) la salvaguarda de las expectativas legítimas mediante la aplicación del criterio de la condición más beneficiosa al trabajador o beneficiario de la seguridad social.⁶⁹

La Corte Constitucional², ha unificado mediante sentencia, los criterios necesarios para definir el alcance de la figura contenida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997 en el siguiente sentido:

(…)

El principio de favorabilidad se aplica en los casos en que existe duda sobre la disposición jurídica aplicable, cuando se encuentran dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho. En tales eventos, «los cánones protectores de los derechos del trabajador y la

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sub Sección B. Sentencia de 13 de febrero de 2020. CP. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad. 11001-03-25-000-2016-00177-00(0881-16).

² Corte Constitucional. Sala Plena. SU – 987 de 9 de marzo de 2022. MP. Dr. José Fernando Reyes Cuartas. Expediente T-8.334.269.

seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social», respetando, eso sí, el principio de inescindibilidad de la norma, esto es, la aplicación de manera íntegra en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece.⁷⁰

El principio «in dubio pro operario» o favorabilidad en sentido amplio, por otro lado, implica que una o varias disposiciones jurídicas aplicables a un caso admiten diversas interpretaciones razonables dentro de su contenido normativo, hipótesis bajo la cual el juez debe escoger aquella que brinde mayor amparo o sea más favorable al trabajador. En consecuencia, el principio de favorabilidad en sentido estricto recae sobre la selección de una determinada disposición jurídica, en tanto el principio «in dubio pro operario» lo hace respecto del ejercicio interpretativo efectuado por el juzgador al identificar el contenido normativo de una disposición jurídica.”.

De igual manera, el Consejo de Estado³ ha considerado respecto de los derechos adquiridos, la mera expectativa y la expectativa legítima lo siguiente:

“(…) 2.3.1. Derechos adquiridos, meras expectativas y expectativas legítimas

(…)

*En contraste, existen casos en los que los derechos, aunque se originaron en vigencia de determinada normativa, no se alcanzaron a consolidar de forma definitiva antes del cambio de legislación. En estos eventos no se está en presencia de derechos adquiridos, sino de «**meras expectativas**» de obtenerlo, esto es, ante simples probabilidades de una adquisición futura del derecho de no darse un cambio en el ordenamiento jurídico.*

De ser así, la protección que se otorga por parte de la Constitución y la ley es precaria, en la medida que la ley nueva puede modificar las situaciones jurídicas que no se consolidaron. En efecto, en tales situaciones «... las autoridades competentes disponen de una competencia más amplia que les permite afectar las situaciones en curso. Ello es así dado que las meras expectativas, si bien pueden ser objeto de amparo en algunos eventos, no se encuentran comprendidas por el ámbito de protección del artículo 58 de la Carta».¹⁴

*Existen también las llamadas «**expectativas legítimas**» como otra categoría intermedia entre los derechos adquiridos y las meras expectativas. Estas se refieren a aquellas situaciones en las que la persona en el instante del cambio normativo no ha adquirido el derecho de manera definitiva; empero, está cerca de cumplir todos los requisitos para lograrlo.¹⁵*

Aunque el ordenamiento jurídico no otorga a las expectativas legítimas las garantías de seguridad que da a los derechos adquiridos, sí se protegen del cambio de normativa en un grado mayor al de las meras expectativas, pues debe protegerse el principio de buena fe y la

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sub Sección A. Sentencia de 12 de marzo de 2020. CP. Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad. 25000-23-25-000-2011-00849-01(3592-16).

*confianza legítima que tenía el ciudadano de que su derecho estaba a punto de materializarse con la regulación que estaba vigente.*¹⁶

*En estos casos, lo que normalmente se hace es fijar un régimen de transición que, por un lado, permita el cambio regulación y, por el otro, se proteja la expectativa válida que tiene la persona de adquirir pronto su derecho, se trata entonces de señalar «...la necesaria previsión de los efectos de ese tránsito respecto de situaciones jurídicas concretas que, aunque no estén consolidadas ni hayan generado derechos adquiridos, sí han determinado cierta expectativa válida, respecto de la permanencia de la regulación».*¹⁷

*En resumen, existe un derecho adquirido cuando se cumplieron todos los requisitos que exige la normativa vigente que lo regula, lo que implica que ingresa de manera definitiva al patrimonio de su titular y no puede ser desconocido por el cambio de regulación. Hay expectativa legítima cuando la persona no cumplió con tales presupuestos y la norma deja de estar vigente; empero, estaba próximo a lograrlo, caso en el cual se le protege del cambio brusco de legislación a través de normas de transición que garanticen que pueda obtener su derecho. Y las meras expectativas no son sujetos de protección inmediata, en la medida que son situaciones en curso que no pueden impedir el cambio de regulación.
(...)"*

De la jurisprudencia en mención queda claro que, el principio de favorabilidad aplica en los casos de duda sobre una norma aplicable, por encontrarse ante dos normas vigentes al momento de causarse el derecho; solo en tales casos, debe aplicarse la disposición más favorable al trabajador, respetando en todo caso el principio de inescindibilidad de la norma.

Ahora, frente a la expectativa legítima a que hace alusión el recurrente, cuando un derecho no se alcanzó a consolidar de manera definitiva previa a la vigencia de una norma, lo que se tiene en ese caso es una “*mera expectativa*” de poder adquirir o no un derecho o beneficio, ello sin que se encuentre en la categoría de derechos adquiridos; y, la “*expectativa legítima*” se considera un intermedio entre derechos adquiridos y la mera expectativa, siendo las situaciones que, en el cambio de normas no se han adquirido de manera definitiva, protegiendo el derecho que según la jurisprudencia, “*está a punto de materializarse*”, y ante dicha situación es ante la cual se fija un régimen de transición.

Así pues, al revisar el caso concreto, donde lo que pretende el demandante es la aplicación de una disposición jurídica que fue revocada, por no tratarse en este caso, de una interpretación entre varias normas vigentes aplicables, resulta impreciso hablar en este caso del principio de favorabilidad.

De igual manera, el demandante tampoco tenía un derecho adquirido, y no es cierto que estuviera a punto de alcanzarlo, pues el ascenso a los diferentes

grados del nivel ejecutivo de la Policía Nacional debe reunir varios requisitos, que no implican solamente el paso del tiempo; pues entre uno y otro grado debían transcurrir entre 5 y 7 años; en este caso el señor Nixon Arley Granada Grisales al momento de cambio normativo, no acreditó que cumplía los requisitos necesarios para el ascenso que pretende; y, se encuentra demostrado que, apenas estaba iniciando su ascenso al grado de intendente el 2 de septiembre de 2010, siendo éste apenas el segundo ascenso una vez iniciada su carrera,

Por lo anterior, no resulta posible hablar en este caso de una expectativa legítima, sino de una mera expectativa; pues el demandante consideraba tener derecho al ascenso deprecado teniendo en cuenta la vigencia la norma al momento de su ingreso a la carrera en nivel ejecutivo de la Policía Nacional, no obstante, al variar los grados, incrementando uno más dentro del escalafón, como lo es el de intendente jefe, no le fue posible ascender en el tiempo que tenía inicialmente previsto, constituyendo ello sólo factor, pues no depende exclusivamente del transcurso del tiempo, sino del cumplimiento de todos los requisitos necesarios para hacer efectivo su ascenso.

Al no encontrar prósperos los argumentos del apelante, debido a lo expuesto, hay lugar a confirmar la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, el 12 de julio de 2019.

6. Costas

6.1. De la condena en costas en primera instancia.

Discute el recurrente que no debió haberse condenado en costas en primera instancia por no haberse advertido temeridad o mala fe de las partes.

Se advierte que, el Juez de Primera Instancia condena en costas a la parte demandante, sin ninguna consideración adicional a la mención del artículo 188 de la ley 1437 de 2011.

Para decidir sobre este reparo a la sentencia, es preciso para la Sala poner de presente el alcance que sobre la condena en costas ha precisado el Consejo de

Estado⁴ a partir de la regulación contenida en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011:

“El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

- a. *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.*
- b. *Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c. *Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
- d. *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e. *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f. *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁴¹, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g. *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia”.*

Aplicado el criterio expuesto por el Consejo de Estado, es claro que en vigencia de la ley 1437 de 2011 para efectos de la condena en costas no aplica la valoración de la conducta de las partes, contrario a lo argumentado por el recurrente; sin embargo, observa la Sala la ausencia de la valoración objetiva del Juez en el sentido de precisar si las costas se causaron a partir de la valoración de las pruebas que obran en el expediente, o por haberse negado las pretensiones del demandante. Por ende, hay lugar a revocar la condena en costas porque la falta de motivación sobre la razón para imponerlas le supone a la parte la imposibilidad de controvertirla.

6.2. Condena en costas en segunda instancia

⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sub Sección. A. Sentencia de 21 de enero de 2021. CP. Dr. William Hernández Gómez. Rad. 25000-23-42-000-2013-04941-01 (3806-2016)

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado⁵ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

De igual manera, el numeral 1º del artículo en mención, establece que: “*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*” (Negrilla de la Sala)

Una vez revisado el expediente, se advierte que, la parte demandante intervino en segunda instancia con la interposición del recurso de apelación, y, tanto el demandante como la demandada presentaron escrito de alegatos de conclusión. No obstante, el recurso de apelación interpuesto no prosperó; de manera que, hay lugar en este caso a condena en costas por concepto de agencias en derecho, en favor de la demandada y a cargo del demandante, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el juez de Primera Instancia conforme al artículo 366 del CGP.

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

III. Falla

Primero: Confirmar la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 12 de julio de 2019.

Segundo: Revocar el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 12 de julio de 2019, y en su lugar no condenar en costas en primera instancia.

Tercero: Condenar en costas en esta instancia al demandante y en favor de la demandada Policía Nacional a título de agencias en derecho; las cuales serán

liquidadas de manera concentrada por el juez de Primera Instancia conforme al artículo 366 del CGP.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia XXI”.

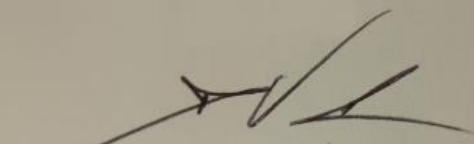
Notifíquese y cúmplase

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

Magistrados



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 138

Asunto: Recurso de Apelación
Radicado: 1723330002019-000347-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Beatriz Villada Agudelo.
Demandado: SENA

ASUNTO

Procede el Despacho a resolver sobre la concesión del recurso de apelación impetrado por las partes en contra de la sentencia proferida el día veintinueve (29) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

CONSIDERACIONES

El veintinueve (29) de mayo de dos mil veintitrés (2023), se profirió sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia, decisión que fuera notificada de manera electrónica conforme se observa a (Exp. Esc. 14), atendiendo a la disposición contenida en el artículo 203 del CPACA.

a. El recurso formulado por la parte demandante:

De manera oportuna, los apoderados judiciales presentaron recurso de apelación en contra de la decisión anterior, según se observa en escrito de (Exp Esc 15 y Exp Esc 17).

El artículo 243 del CPACA consagra la procedencia del recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia; por su parte el art. 247 de la misma normativa, regula la oportunidad para su interposición, así como el trámite que se le dará al mismo.

El artículo 243 del C.P.A.C.A, consagra lo siguiente: “... *Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces...*”

Observado entonces que el recurso de apelación impetrado por las partes contra la sentencia de primera instancia es procedente, fue presentado en su debida

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

oportunidad y además fue sustentado conforme se observa en el escrito (Exp Esc 15 y Exp Esc 17), se concederá el mismo en el efecto suspensivo para ante el Honorable Consejo de Estado.

Por lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: En el efecto **SUSPENSIVO** conceder el **RECURSO DE APELACIÓN** impetrado por las partes, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el veintinueve (29) de mayo de dos mil veintitrés (2023). dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** instauró la señora **BEATRIZ VILLADA AGUDELO** en contra del **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA**

SEGUNDO: **EJECUTORIADA** esta providencia, remítase el proceso al **HONORABLE CONSEJO DE ESTADO**, para los efectos del recurso concedido.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

17-001-33-33-003-2022-00020-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: **AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Manizales, siete (07) de JULIO de dos mil veintitrés (2023)

S. 112

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados **AUGUSTO MORALES VALENCIA**, quien la preside, **AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN** y **PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 3º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **ELIZABETH VIRAMA BOLAÑOS** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por ella promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante FNPSM) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del Oficio NOM 220 de 8 de septiembre de 2021.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la parte demandada al reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, como consecuencia de la consignación tardía de los intereses a las cesantías, así mismo, se reconozca y pague un día de salario por cada día de retardo, por la consignación inoportuna del auxilio de cesantías, se paguen los ajustes de valor sobre las sumas reconocidas así como los intereses de mora y se condene en costas al extremo pasivo de esta controversia.

CAUSA PETENDI

Expone en síntesis que de acuerdo con lo establecido en la Ley 91 de 1989 y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, es responsabilidad de la entidad territorial respectiva reconocer las cesantías de los docentes oficiales, además de cancelar directamente al educador los intereses sobre este rubro a más tardar el 31 de enero de cada año. Por su parte, se impone a la NACIÓN consignar el auxilio de cesantías en la cuenta individual de cada profesor a más tardar el 15 de febrero de cada año.

Anota que ambos términos fueron desentendidos en su caso, dando lugar al pago de las indemnizaciones de ley, que fueron denegadas con el acto demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocan: Constitución Política, arts. 13 y 53; Ley 91 de 1989, art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, art. 99; Ley 1955 de 2019, art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, art. 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, art. 3; Decreto 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Como juicio de la infracción normativa, argumenta que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han establecido el derecho que les asiste a los docentes de disponer de sus cesantías de manera oportuna en igualdad de condiciones que los demás empleados, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario. Explica que la teleología de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el fondo de prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60/93 y 12955/19.

De otro lado, insiste en que al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una hermenéutica menos restrictiva de la Ley 344/96, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la Sentencia SU-098/18. Además, afirma que si a los docentes

les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** contestó la demanda con el documento digital N°11 del expediente, oponiéndose a las pretensiones formuladas por la parte accionante, para lo cual, luego de efectuar un recuento de las principales características del régimen de cesantías docentes y diferenciarlos con los demás servidores públicos, concluye que en el caso de los educadores no existe la consignación en una cuenta individual, sino el traslado de los recursos desde el primer mes de cada vigencia fiscal. Por ende, considera que no resulta aplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, en tanto esta penalidad aplica para la consignación tardía de cesantías, operación financiera inexistente en el caso de los profesores afiliados al FNPSM. Así mismo, plantea que en caso de acceder a las súplicas de la parte demandante se desatendería el principio de inescindibilidad de los regímenes de cesantías.

Finalmente, planteó como excepciones las denominadas ‘INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES’, por la inadecuada individualización del acto administrativo demandado; e ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN’, reiterando la imposibilidad jurídica de aplicar las sanciones deprecadas, por cuanto al ramo docente no se aplica el sistema de cuentas individuales para la consignación de cesantías.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** hizo lo propio con el escrito que reposa en el documento PDF N°9, en el que planteó que la sanción por mora deprecada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989, además, dicha sanción tampoco es de su responsabilidad, pues cumplió a cabalidad con todo el trámite que por ley le compete tratándose del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

Como excepciones, formuló las de ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, porque la entidad a cargo del reconocimiento de las prestaciones

docentes es el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y su pago corresponde a la FIDUCIARIA LA PREVISORA, contra quienes debió dirigirse la demanda; 'BUENA FE', atendiendo a que en lo que es de su competencia, siempre ha diligenciado de manera correcta los actos administrativos para el posterior pago de las prestaciones docentes; e 'INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY', reiterando que no tiene obligaciones relacionadas con el pago de las prestaciones de los educadores.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 3° Administrativo de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 20 del expediente electrónico.

Argumentó que los docentes tienen un régimen de cesantías propio, consagrado en la Ley 91 de 1989, que difiere en grado sumo de aquel retroactivo establecido para los demás servidores públicos y trabajadores del sector privado, por ende, las normas que regulan las cesantías de otros servidores no se aplican a los educadores, sin que por ello pueda predicarse vulneración del derecho a la igualdad, tesis que ya expuso la Corte Constitucional en la Sentencia C-928 de 2006, por lo que el asunto se halla arropado por el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Así mismo, aclaró que los docentes sí tienen derecho al pago oportuno de las cesantías, no obstante, la forma de liquidar las sanciones difiere de la establecida en la Ley 50 de 1990.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **parte demandante** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 22, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en

virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

Sobre la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los profesores, indica que la Corte Constitucional en la Sentencia SU-098 de 2018, así como la jurisprudencia en lo contencioso administrativo, se orientan a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por las entidades públicas a las que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva, conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda. De igual forma, controvierte que el régimen docente sea más favorable que el general tratándose de los intereses a las cesantías, pues lo que reciben sigue siendo inferior a la tasa del 12% que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Afirma que en el sub lite no es necesario estudiar cuál es la entidad competente para reconocer y pagar el auxilio de cesantías, sino determinar la competencia para efectuar su consignación en el FNPSM, precisando que dicha carga atañe a la NACIÓN. Insiste en que se acuda a la interpretación unificada de la Corte Constitucional acerca de la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al FNPSM, y que la indemnización contenida en la Ley 52 de 1975 hace parte integral del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

De lo anterior, concluye que los educadores que tengan un régimen de cesantías anualizadas, tienen derecho a que estas sean consignadas oportunamente en el fondo el 15 de febrero de cada año, como también al pago oportuno de sus intereses máximo el 31 de enero de cada anualidad. Añade que estos plazos han sido incumplidos desde hace 30 años, pero aclara que pretende el restablecimiento únicamente de las sumas correspondientes al 2021, y que el plazo para esta consignación no se halla contenido en la Ley 91 de 1989, por lo que es aplicable el término determinado en la Ley 50 de 1990, conforme lo ha definido la jurisprudencia constitucional.

De otro lado, considera que la sentencia apelada acudió a varias premisas erróneas, como las referidas a la inexistencia de obligación de consignar las

cesantías en el régimen docente y de pagar la sanción por pago tardío de intereses, la inaplicabilidad de las Leyes 344/96 y 50/90 al estamento profesoral, la no vulneración de los principios de igualdad y favorabilidad, la falta de identidad fáctica de los supuestos abordados en la Sentencia SU-098 de 2018, y la inexistencia de una postura unificada del máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

Finalmente, acota que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar dictar sentencia que acoja sus pretensiones, por cuanto las entidades competentes para consignar los recursos de las cesantías de 2020 excedieron los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Con el memorial que milita en el documento N° 4 del cuaderno digital N° 2, la parte demandada se pronunció sobre el recurso de apelación interpuesto por la accionante contra la sentencia de primera instancia, reiterando que de acuerdo con el marco aplicable a los docentes oficiales, no es posible la apertura de cuentas individuales para la consignación de cesantías, por lo que resulta inaplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990. Así mismo, indica que el acuerdo expedido por el Consejo Directivo del FNPSM que regula el pago de los intereses a las cesantías se halla vigente, por lo que es la normativa aplicable a los educadores. Por lo anterior, impetra se confirme el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Persigue por modo la parte demandante se declare la nulidad del acto con el cual la parte demandada negó el reconocimiento de la indemnización moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, producto de la consignación extemporánea del auxilio de cesantías, así como aquella consagrada en la Ley 52 de 1975, por la cancelación tardía de los intereses a las cesantías.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Con fundamento en lo consignado por modo previo, para esta Sala de Decisión, el fondo del asunto se contrae a la dilucidación de los siguientes problemas jurídicos:

- *¿Procede la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, por la consignación extemporánea del auxilio de cesantías?*
- *¿Tiene derecho la parte actora al pago de la indemnización consagrada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses a las cesantías?*

En caso afirmativo,

- *¿Qué entidad debe asumir el pago de dichas sanciones?*

(I)

RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

La Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se refirió por primera vez de forma expresa a las cesantías del ramo docente, estableciendo en su artículo 15, ordinal 3°:

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

...

...

...

3. Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses,

o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1°. de enero de 1990, **el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad,** equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.” /Resaltado de la Sala/.

A su turno, el Decreto 3752 de 2003 reglamentó el canon 81 de la Ley 812 la misma anualidad, que establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

En su artículo 1°, dispone la norma decretal en cita que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al FNPSM, a tal punto que la falta de afiliación acarrea para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores, así mismo, establece que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al multicitado fondo (art. 2).

En lo que es materia de litigio, la norma referida dispone lo siguiente:

“Artículo 7°. Transferencia de recursos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

Magisterio. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8° del presente decreto.

Artículo 8°. **Reporte de información de las entidades territoriales.** Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior.

Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 1°. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.

Artículo 9° . Monto total de aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año.

El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.

Parágrafo 1° . La entidad territorial, en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de recibo del valor proyectado, deberá presentar las observaciones a que haya lugar, ante la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, reportando la información que sustente esta situación. En los eventos en que el ente territorial no dé respuesta dentro del plazo estipulado, se dará aplicación a lo previsto en el artículo siguiente.

Parágrafo 2° . Hasta tanto se disponga de la información reportada por los entes territoriales, el cálculo para determinar el valor a girar por concepto de aportes de ley se realizará con base en la información que de cada ente territorial reposa en la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y las novedades reportadas. En el caso de los denominados docentes Nacionales y Nacionalizados se tomará como base de cálculo la información reportada al Ministerio de

Educación Nacional y a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo.

Artículo 10. Giro de los aportes. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

Artículo 11. Ajuste de cuantías. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes.

Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes” /Destacados son de la Sala/.

Por otra parte, la Ley 1955 de 2019 estipula en el canon 57:

“EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

...

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros (...) /Destacado del Tribunal/”.

Finalmente, se anota que el Consejo Directivo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO profirió el Acuerdo N° 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, en el cual establece lo siguiente:

“ARTICULO CUATRO: El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos de Fondo a más tardar el cinco (5) de febrero de cada año y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria en el periodo comprendido entre el seis (6) de febrero y hasta el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la entidad territorial reporte la información con posterioridad a esta fecha la entidad fiduciaria, programará pagos posteriores, de lo cual informará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En virtud de lo expuesto, los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo N° 038 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del FNPSM, conglomerado que establece unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores. Para tal efecto, la normativa parcialmente reproducida establece la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada profesor, como sí ocurre en el canon 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

(II)

SANCIÓN MORATORIA POR CONSIGNACIÓN EXTEMPORÁNEA DE CESANTÍAS E INDEMNIZACIÓN POR PAGO TARDÍO DE INTERESES

El artículo 99 de la Ley 50 de 1990 introdujo una sanción por la consignación inoportuna de las cesantías en el régimen anualizado que prevé el mismo esquema disposicional:

“El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo

elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...)” /Resaltado fuera del texto original/.

Por su parte, la Ley 244 de 1995¹ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006², que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado³ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006⁴, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

Más recientemente, en la Sentencia SU-098 de 2018, el tribunal constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el

¹ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

² “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁴ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero⁵, 3 de marzo⁶ y 19 de mayo de 2022⁷, sin embargo, anota esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicable en el *sub lite*.

Por el contrario, en armonía con lo expuesto en el primer apartado en este fallo, resulta menester concluir que los docentes afiliados al FNPSM tienen su propio régimen de cesantías e intereses, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003 así como el Decreto 3752 de 2003, por lo que la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990 únicamente se torna aplicable a los docentes pertenecientes al fondo ante la omisión de afiliación por el ente territorial, o la tardanza de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar como pasivo de cesantías, eventos que se distancian en grado sumo de la situación planteada a esta colegiatura, y por lo mismo, las providencias mencionadas por la parte actora como fundamento de sus pretensiones carecen de aplicación en el presente asunto.

Y en cuanto a los interés a las cesantías, los docentes afiliados al FNPSM, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses se realice con base en el saldo acumulado de cesantías, fórmula más favorable que la liquidación con el valor de cada año individualmente considerado, además, la tasa aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no circunscrita siempre al 12%.

Sobre este punto, el Consejo de Estado se pronunció en sentencia del 24 de enero de 2019 (M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14):

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

“62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del

*ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989⁸.*

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia.» /Negrillas fuera de texto/.

CASO CONCRETO

Como se anotó, la parte actora impetra el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, toda vez que el auxilio de cesantías de 2020 no fue consignado en el respectivo fondo prestacional de forma oportuna, así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías consagrada en la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto estos fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

Analizados los pormenores del caso, se tiene que la demandante es docente afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 23 del documento PDF N° 3 , por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

En virtud de lo expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Teniendo en cuenta que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, se condenará en costas a la parte demandante, en atención a lo establecido en el canon 365 numeral 3 del C.G.P. Las agencias en derecho en esta instancia, se fijan en 1 s.m.m.l.v, a cargo de la parte actora y a favor de la demandada, atendiendo lo dispuesto en el artículo 5° numeral 1 del Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016.

Es por lo discurrido que el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 3° Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **ELIZABETH VIRAMA BOLAÑOS** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por ella promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Las agencias en derecho en esta instancia, se fijan en 1 s.m.m.l.v, a cargo de la parte actora y a favor de la demandada, atendiendo lo dispuesto en el artículo 5° numeral 1 del Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016.

RECONÓCESE personería a la abogada ISOLINA GENTIL MANTILLA (C.C. N° 1091'660.314 y T.P. N°293.773) como apoderada sustituta de la parte demandada, en los términos del memorial que milita a folio 5 del cuaderno digital N°2.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N°034 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-33-003-2022-00100-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: **AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Manizales, siete (07) de JULIO de dos mil veintitrés (2023)

S. 113

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados **AUGUSTO MORALES VALENCIA**, quien la preside, **AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN** y **PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 3º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor **OSCAR FERNANDO BARRENECHE BEDOYA** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante FNPSM) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del Oficio NOM 536 de 22 de septiembre de 2021.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la parte demandada al reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, como consecuencia de la consignación tardía de los intereses a las cesantías, así mismo, se reconozca y pague un día de salario por cada día de retardo, por la consignación inoportuna del auxilio de cesantías, se paguen los ajustes de valor sobre las sumas reconocidas así como los intereses de mora y se condene en costas al extremo pasivo de esta controversia.

CAUSA PETENDI

Expone en síntesis que de acuerdo con lo establecido en la Ley 91 de 1989 y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, es responsabilidad de la entidad territorial respectiva reconocer las cesantías de los docentes oficiales, además de cancelar directamente al educador los intereses sobre este rubro a más tardar el 31 de enero de cada año. Por su parte, se impone a la NACIÓN consignar el auxilio de cesantías en la cuenta individual de cada profesor a más tardar el 15 de febrero de cada año.

Anota que ambos términos fueron desentendidos en su caso, dando lugar al pago de las indemnizaciones de ley, que fueron denegadas con el acto demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocan: Constitución Política, arts. 13 y 53; Ley 91 de 1989, art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, art. 99; Ley 1955 de 2019, art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, art. 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, art. 3; Decreto 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Como juicio de la infracción normativa, argumenta que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han establecido el derecho que les asiste a los docentes de disponer de sus cesantías de manera oportuna en igualdad de condiciones que los demás empleados, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario. Explica que la teleología de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el fondo de prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60/93 y 12955/19.

De otro lado, insiste en que al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una hermenéutica menos restrictiva de la Ley 344/96, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la Sentencia SU-098/18. Además, afirma que si a los docentes

les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** contestó la demanda con el documento digital N°10 del expediente, oponiéndose a las pretensiones formuladas por la parte accionante, para lo cual, luego de efectuar un recuento de las principales características del régimen de cesantías docentes y diferenciarlos con los demás servidores públicos, concluye que en el caso de los educadores no existe la consignación en una cuenta individual, sino el traslado de los recursos desde el primer mes de cada vigencia fiscal. Por ende, considera que no resulta aplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, en tanto esta penalidad aplica para la consignación tardía de cesantías, operación financiera inexistente en el caso de los profesores afiliados al FNPSM. Así mismo, plantea que en caso de acceder a las súplicas de la parte demandante se desatendería el principio de inescindibilidad de los regímenes de cesantías.

Finalmente, planteó como excepciones las denominadas ‘INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES’, por la inadecuada individualización del acto administrativo demandado; e ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN’, reiterando la imposibilidad jurídica de aplicar las sanciones deprecadas, por cuanto al ramo docente no se aplica el sistema de cuentas individuales para la consignación de cesantías.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** hizo lo propio con el escrito que reposa en el documento PDF N°8, en el que planteó que la sanción por mora deprecada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989, además, dicha sanción tampoco es de su responsabilidad, pues cumplió a cabalidad con todo el trámite que por ley le compete tratándose del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

Como excepciones, formuló las de ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, porque la entidad a cargo del reconocimiento de las prestaciones

docentes es el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y su pago corresponde a la FIDUCIARIA LA PREVISORA, contra quienes debió dirigirse la demanda; 'BUENA FE', atendiendo a que en lo que es de su competencia, siempre ha diligenciado de manera correcta los actos administrativos para el posterior pago de las prestaciones docentes; e 'INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY', reiterando que no tiene obligaciones relacionadas con el pago de las prestaciones de los educadores.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 3° Administrativo de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 20 del expediente electrónico.

Argumentó que los docentes tienen un régimen de cesantías propio, consagrado en la Ley 91 de 1989, que difiere en grado sumo de aquel retroactivo establecido para los demás servidores públicos y trabajadores del sector privado, por ende, las normas que regulan las cesantías de otros servidores no se aplican a los educadores, sin que por ello pueda predicarse vulneración del derecho a la igualdad, tesis que ya expuso la Corte Constitucional en la Sentencia C-928 de 2006, por lo que el asunto se halla arropado por el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Así mismo, aclaró que los docentes sí tienen derecho al pago oportuno de las cesantías, no obstante, la forma de liquidar las sanciones difiere de la establecida en la Ley 50 de 1990.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **parte demandante** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 22, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en

virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

Sobre la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los profesores, indica que la Corte Constitucional en la Sentencia SU-098 de 2018, así como la jurisprudencia en lo contencioso administrativo, se orientan a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por las entidades públicas a las que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva, conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda. De igual forma, controvierte que el régimen docente sea más favorable que el general tratándose de los intereses a las cesantías, pues lo que reciben sigue siendo inferior a la tasa del 12% que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Afirma que en el sub lite no es necesario estudiar cuál es la entidad competente para reconocer y pagar el auxilio de cesantías, sino determinar la competencia para efectuar su consignación en el FNPSM, precisando que dicha carga atañe a la NACIÓN. Insiste en que se acuda a la interpretación unificada de la Corte Constitucional acerca de la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al FNPSM, y que la indemnización contenida en la Ley 52 de 1975 hace parte integral del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

De lo anterior, concluye que los educadores que tengan un régimen de cesantías anualizadas, tienen derecho a que estas sean consignadas oportunamente en el fondo el 15 de febrero de cada año, como también al pago oportuno de sus intereses máximo el 31 de enero de cada anualidad. Añade que estos plazos han sido incumplidos desde hace 30 años, pero aclara que pretende el restablecimiento únicamente de las sumas correspondientes al 2021, y que el plazo para esta consignación no se halla contenido en la Ley 91 de 1989, por lo que es aplicable el término determinado en la Ley 50 de 1990, conforme lo ha definido la jurisprudencia constitucional.

De otro lado, considera que la sentencia apelada acudió a varias premisas erróneas, como las referidas a la inexistencia de obligación de consignar las

cesantías en el régimen docente y de pagar la sanción por pago tardío de intereses, la inaplicabilidad de las Leyes 344/96 y 50/90 al estamento profesoral, la no vulneración de los principios de igualdad y favorabilidad, la falta de identidad fáctica de los supuestos abordados en la Sentencia SU-098 de 2018, y la inexistencia de una postura unificada del máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

Finalmente, acota que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar dictar sentencia que acoja sus pretensiones, por cuanto las entidades competentes para consignar los recursos de las cesantías de 2020 excedieron los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Persigue por modo la parte demandante se declare la nulidad del acto con el cual la parte demandada negó el reconocimiento de la indemnización moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, producto de la consignación extemporánea del auxilio de cesantías, así como aquella consagrada en la Ley 52 de 1975, por la cancelación tardía de los intereses a las cesantías.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Con fundamento en lo consignado por modo previo, para esta Sala de Decisión, el fondo del asunto se contrae a la dilucidación de los siguientes problemas jurídicos:

- *¿Procede la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, por la consignación extemporánea del auxilio de cesantías?*

- *¿Tiene derecho la parte actora al pago de la indemnización consagrada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses a las cesantías?*

En caso afirmativo,

- *¿Qué entidad debe asumir el pago de dichas sanciones?*

(I)

RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

La Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se refirió por primera vez de forma expresa a las cesantías del ramo docente, estableciendo en su artículo 15, ordinal 3°:

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

...

...

...

3. Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1°. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la

tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.” /Resaltado de la Sala/.

A su turno, el Decreto 3752 de 2003 reglamentó el canon 81 de la Ley 812 la misma anualidad, que establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

En su artículo 1°, dispone la norma decretal en cita que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al FNPSM, a tal punto que la falta de afiliación acarrea para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores, así mismo, establece que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al multicitado fondo (art. 2).

En lo que es materia de litigio, la norma referida dispone lo siguiente:

“Artículo 7°. Transferencia de recursos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8° del presente decreto.

Artículo 8° . Reporte de información de las entidades territoriales. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior.

Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 1°. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.

Artículo 9° . Monto total de aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año.

El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.

Parágrafo 1°. La entidad territorial, en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de recibo del valor proyectado, deberá presentar las observaciones a que haya lugar, ante la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, reportando la información que sustente esta situación. En los eventos en que el ente territorial no dé respuesta dentro del plazo estipulado, se dará aplicación a lo previsto en el artículo siguiente.

Parágrafo 2°. Hasta tanto se disponga de la información reportada por los entes territoriales, el cálculo para determinar el valor a girar por concepto de aportes de ley se realizará con base en la información que de cada ente territorial reposa en la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y las novedades reportadas. En el caso de los denominados docentes Nacionales y Nacionalizados se tomará como base de cálculo la información reportada al Ministerio de Educación Nacional y a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo.

Artículo 10. Giro de los aportes. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el

presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

Artículo 11. Ajuste de cuantías. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes.

Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes” /Destacados son de la Sala/.

Por otra parte, la Ley 1955 de 2019 estipula en el canon 57:

“EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

...

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, **el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley,** con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros (...) /Destacado del Tribunal/”.

Finalmente, se anota que el Consejo Directivo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO profirió el Acuerdo N° 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, en el cual establece lo siguiente:

“ARTICULO CUATRO: El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos de Fondo a más tardar el cinco (5) de febrero de cada año y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria en el periodo comprendido entre el seis (6) de febrero y hasta el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la entidad territorial reporte la información con posterioridad a esta fecha la entidad fiduciaria, programará pagos posteriores, de lo cual informará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En virtud de lo expuesto, los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo N° 038 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del FNPSM, conglomerado que establece unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores. Para tal efecto, la normativa parcialmente reproducida establece la transferencia de recursos a una caja

común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada profesor, como sí ocurre en el canon 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

(II)

SANCIÓN MORATORIA POR CONSIGNACIÓN EXTEMPORÁNEA DE CESANTÍAS E INDEMNIZACIÓN POR PAGO TARDÍO DE INTERESES

El artículo 99 de la Ley 50 de 1990 introdujo una sanción por la consignación inoportuna de las cesantías en el régimen anualizado que prevé el mismo esquema disposicional:

“El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...)” /Resaltado fuera del texto original/.

Por su parte, la Ley 244 de 1995¹ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006², que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado³ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006⁴, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

Más recientemente, en la Sentencia SU-098 de 2018, el tribunal constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero⁵, 3 de

¹ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

² “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁴ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

marzo⁶ y 19 de mayo de 2022⁷, sin embargo, anota esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicable en el *sub lite*.

Por el contrario, en armonía con lo expuesto en el primer apartado en este fallo, resulta menester concluir que los docentes afiliados al FNPSM tienen su propio régimen de cesantías e intereses, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003 así como el Decreto 3752 de 2003, por lo que la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990 únicamente se torna aplicable a los docentes pertenecientes al fondo ante la omisión de afiliación por el ente territorial, o la tardanza de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar como pasivo de cesantías, eventos que se distancian en grado sumo de la situación planteada a esta colegiatura, y por lo mismo, las providencias mencionadas por la parte actora como fundamento de sus pretensiones carecen de aplicación en el presente asunto.

Y en cuanto a los interés a las cesantías, los docentes afiliados al FNPSM, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses se realice con base en el saldo acumulado de cesantías, fórmula más favorable que la liquidación con el valor de cada año individualmente considerado, además, la tasa aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no circunscrita siempre al 12%.

Sobre este punto, el Consejo de Estado se pronunció en sentencia del 24 de enero de 2019 (M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14):

“62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como

contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989⁸.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia.» /Negrillas fuera de texto/.

CASO CONCRETO

Como se anotó, la parte actora impetra el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, toda vez que el auxilio de cesantías de 2020 no fue consignado en el respectivo fondo prestacional de forma oportuna, así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías consagrada en la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto estos fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

Analizados los pormenores del caso, se tiene que el demandante es docente afiliado al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 27 del documento PDF N° 4 , por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

En virtud de lo expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Teniendo en cuenta que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, se condenará en costas a la parte demandante, en atención a lo establecido en el canon 365 numeral 3 del C.G.P. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Es por lo discurrido que el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 3º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor **OSCAR FERNANDO BARRENECHE BEDOYA** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Sin agencias en derecho en esta instancia.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 034 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Maqistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-33-003-2022-00108-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: **AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Manizales, siete (07) de JULIO de dos mil veintitrés (2023)

S. 114

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados **AUGUSTO MORALES VALENCIA**, quien la preside, **AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN** y **PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 3º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor **JAIME HUMBERTO RODRÍGUEZ CASTELLANOS** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante FNPSM) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del Oficio NOM 572 de 22 de septiembre de 2021.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la parte demandada al reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, como consecuencia de la consignación tardía de los intereses a las cesantías, así mismo, se reconozca y pague un día de salario por cada día de retardo, por la consignación inoportuna del auxilio de cesantías, se paguen los ajustes de valor sobre las sumas reconocidas así como los intereses de mora y se condene en costas al extremo pasivo de esta controversia.

CAUSA PETENDI

Expone en síntesis que de acuerdo con lo establecido en la Ley 91 de 1989 y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, es responsabilidad de la entidad territorial respectiva reconocer las cesantías de los docentes oficiales, además de cancelar directamente al educador los intereses sobre este rubro a más tardar el 31 de enero de cada año. Por su parte, se impone a la NACIÓN consignar el auxilio de cesantías en la cuenta individual de cada profesor a más tardar el 15 de febrero de cada año.

Anota que ambos términos fueron desentendidos en su caso, dando lugar al pago de las indemnizaciones de ley, que fueron denegadas con el acto demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocan: Constitución Política, arts. 13 y 53; Ley 91 de 1989, art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, art. 99; Ley 1955 de 2019, art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, art. 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, art. 3; Decreto 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Como juicio de la infracción normativa, argumenta que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han establecido el derecho que les asiste a los docentes de disponer de sus cesantías de manera oportuna en igualdad de condiciones que los demás empleados, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario. Explica que la teleología de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el fondo de prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60/93 y 12955/19.

De otro lado, insiste en que al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una hermenéutica menos restrictiva de la Ley 344/96, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la Sentencia SU-098/18. Además, afirma que si a los docentes

les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** contestó la demanda con el documento digital N°10 del expediente, oponiéndose a las pretensiones formuladas por la parte accionante, para lo cual, luego de efectuar un recuento de las principales características del régimen de cesantías docentes y diferenciarlos con los demás servidores públicos, concluye que en el caso de los educadores no existe la consignación en una cuenta individual, sino el traslado de los recursos desde el primer mes de cada vigencia fiscal. Por ende, considera que no resulta aplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, en tanto esta penalidad aplica para la consignación tardía de cesantías, operación financiera inexistente en el caso de los profesores afiliados al FNPSM. Así mismo, plantea que en caso de acceder a las súplicas de la parte demandante se desatendería el principio de inescindibilidad de los regímenes de cesantías.

Finalmente, planteó como excepciones las denominadas ‘INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES’, por la inadecuada individualización del acto administrativo demandado; e ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN’, reiterando la imposibilidad jurídica de aplicar las sanciones deprecadas, por cuanto al ramo docente no se aplica el sistema de cuentas individuales para la consignación de cesantías.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** hizo lo propio con el escrito que reposa en el documento PDF N°8, en el que planteó que la sanción por mora deprecada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989, además, dicha sanción tampoco es de su responsabilidad, pues cumplió a cabalidad con todo el trámite que por ley le compete tratándose del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

Como excepciones, formuló las de ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, porque la entidad a cargo del reconocimiento de las prestaciones

docentes es el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y su pago corresponde a la FIDUCIARIA LA PREVISORA, contra quienes debió dirigirse la demanda; 'BUENA FE', atendiendo a que en lo que es de su competencia, siempre ha diligenciado de manera correcta los actos administrativos para el posterior pago de las prestaciones docentes; e 'INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY', reiterando que no tiene obligaciones relacionadas con el pago de las prestaciones de los educadores.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 3° Administrativo de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 20 del expediente electrónico.

Argumentó que los docentes tienen un régimen de cesantías propio, consagrado en la Ley 91 de 1989, que difiere en grado sumo de aquel retroactivo establecido para los demás servidores públicos y trabajadores del sector privado, por ende, las normas que regulan las cesantías de otros servidores no se aplican a los educadores, sin que por ello pueda predicarse vulneración del derecho a la igualdad, tesis que ya expuso la Corte Constitucional en la Sentencia C-928 de 2006, por lo que el asunto se halla arropado por el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Así mismo, aclaró que los docentes sí tienen derecho al pago oportuno de las cesantías, no obstante, la forma de liquidar las sanciones difiere de la establecida en la Ley 50 de 1990.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **parte demandante** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 22, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en

virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

Sobre la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los profesores, indica que la Corte Constitucional en la Sentencia SU-098 de 2018, así como la jurisprudencia en lo contencioso administrativo, se orientan a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por las entidades públicas a las que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva, conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda. De igual forma, controvierte que el régimen docente sea más favorable que el general tratándose de los intereses a las cesantías, pues lo que reciben sigue siendo inferior a la tasa del 12% que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Afirma que en el sub lite no es necesario estudiar cuál es la entidad competente para reconocer y pagar el auxilio de cesantías, sino determinar la competencia para efectuar su consignación en el FNPSM, precisando que dicha carga atañe a la NACIÓN. Insiste en que se acuda a la interpretación unificada de la Corte Constitucional acerca de la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al FNPSM, y que la indemnización contenida en la Ley 52 de 1975 hace parte integral del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

De lo anterior, concluye que los educadores que tengan un régimen de cesantías anualizadas, tienen derecho a que estas sean consignadas oportunamente en el fondo el 15 de febrero de cada año, como también al pago oportuno de sus intereses máximo el 31 de enero de cada anualidad. Añade que estos plazos han sido incumplidos desde hace 30 años, pero aclara que pretende el restablecimiento únicamente de las sumas correspondientes al 2021, y que el plazo para esta consignación no se halla contenido en la Ley 91 de 1989, por lo que es aplicable el término determinado en la Ley 50 de 1990, conforme lo ha definido la jurisprudencia constitucional.

De otro lado, considera que la sentencia apelada acudió a varias premisas erróneas, como las referidas a la inexistencia de obligación de consignar las

cesantías en el régimen docente y de pagar la sanción por pago tardío de intereses, la inaplicabilidad de las Leyes 344/96 y 50/90 al estamento profesoral, la no vulneración de los principios de igualdad y favorabilidad, la falta de identidad fáctica de los supuestos abordados en la Sentencia SU-098 de 2018, y la inexistencia de una postura unificada del máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

Finalmente, acota que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar dictar sentencia que acoja sus pretensiones, por cuanto las entidades competentes para consignar los recursos de las cesantías de 2020 excedieron los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Persigue por modo la parte demandante se declare la nulidad del acto con el cual la parte demandada negó el reconocimiento de la indemnización moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, producto de la consignación extemporánea del auxilio de cesantías, así como aquella consagrada en la Ley 52 de 1975, por la cancelación tardía de los intereses a las cesantías.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Con fundamento en lo consignado por modo previo, para esta Sala de Decisión, el fondo del asunto se contrae a la dilucidación de los siguientes problemas jurídicos:

- *¿Procede la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, por la consignación extemporánea del auxilio de cesantías?*

- *¿Tiene derecho la parte actora al pago de la indemnización consagrada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses a las cesantías?*

En caso afirmativo,

- *¿Qué entidad debe asumir el pago de dichas sanciones?*

(I)

RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

La Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se refirió por primera vez de forma expresa a las cesantías del ramo docente, estableciendo en su artículo 15, ordinal 3°:

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

...

...

...

3. Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1°. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la

tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.” /Resaltado de la Sala/.

A su turno, el Decreto 3752 de 2003 reglamentó el canon 81 de la Ley 812 la misma anualidad, que establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

En su artículo 1°, dispone la norma decretal en cita que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al FNPSM, a tal punto que la falta de afiliación acarrea para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores, así mismo, establece que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al multicitado fondo (art. 2).

En lo que es materia de litigio, la norma referida dispone lo siguiente:

“Artículo 7°. Transferencia de recursos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8° del presente decreto.

Artículo 8°. **Reporte de información de las entidades territoriales.** Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior.

Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 1°. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.

Artículo 9°. **Monto total de aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.** La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año.

El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.

Parágrafo 1°. La entidad territorial, en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de recibo del valor proyectado, deberá presentar las observaciones a que haya lugar, ante la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, reportando la información que sustente esta situación. En los eventos en que el ente territorial no dé respuesta dentro del plazo estipulado, se dará aplicación a lo previsto en el artículo siguiente.

Parágrafo 2°. Hasta tanto se disponga de la información reportada por los entes territoriales, el cálculo para determinar el valor a girar por concepto de aportes de ley se realizará con base en la información que de cada ente territorial reposa en la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y las novedades reportadas. En el caso de los denominados docentes Nacionales y Nacionalizados se tomará como base de cálculo la información reportada al Ministerio de Educación Nacional y a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo.

Artículo 10. Giro de los aportes. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el

presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

Artículo 11. Ajuste de cuantías. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes.

Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes” /Destacados son de la Sala/.

Por otra parte, la Ley 1955 de 2019 estipula en el canon 57:

“EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

...

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, **el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley,** con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros (...) /Destacado del Tribunal/”.

Finalmente, se anota que el Consejo Directivo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO profirió el Acuerdo N° 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, en el cual establece lo siguiente:

“ARTICULO CUATRO: El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos de Fondo a más tardar el cinco (5) de febrero de cada año y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria en el periodo comprendido entre el seis (6) de febrero y hasta el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la entidad territorial reporte la información con posterioridad a esta fecha la entidad fiduciaria, programará pagos posteriores, de lo cual informará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En virtud de lo expuesto, los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo N° 038 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del FNPSM, conglomerado que establece unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores. Para tal efecto, la normativa parcialmente reproducida establece la transferencia de recursos a una caja

común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada profesor, como sí ocurre en el canon 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

(II)

SANCIÓN MORATORIA POR CONSIGNACIÓN EXTEMPORÁNEA DE CESANTÍAS E INDEMNIZACIÓN POR PAGO TARDÍO DE INTERESES

El artículo 99 de la Ley 50 de 1990 introdujo una sanción por la consignación inoportuna de las cesantías en el régimen anualizado que prevé el mismo esquema disposicional:

“El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...)” /Resaltado fuera del texto original/.

Por su parte, la Ley 244 de 1995¹ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006², que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado³ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006⁴, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

Más recientemente, en la Sentencia SU-098 de 2018, el tribunal constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero⁵, 3 de

¹ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

² “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁴ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

marzo⁶ y 19 de mayo de 2022⁷, sin embargo, anota esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicable en el *sub lite*.

Por el contrario, en armonía con lo expuesto en el primer apartado en este fallo, resulta menester concluir que los docentes afiliados al FNPSM tienen su propio régimen de cesantías e intereses, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003 así como el Decreto 3752 de 2003, por lo que la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990 únicamente se torna aplicable a los docentes pertenecientes al fondo ante la omisión de afiliación por el ente territorial, o la tardanza de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar como pasivo de cesantías, eventos que se distancian en grado sumo de la situación planteada a esta colegiatura, y por lo mismo, las providencias mencionadas por la parte actora como fundamento de sus pretensiones carecen de aplicación en el presente asunto.

Y en cuanto a los interés a las cesantías, los docentes afiliados al FNPSM, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses se realice con base en el saldo acumulado de cesantías, fórmula más favorable que la liquidación con el valor de cada año individualmente considerado, además, la tasa aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no circunscrita siempre al 12%.

Sobre este punto, el Consejo de Estado se pronunció en sentencia del 24 de enero de 2019 (M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14):

“62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como

contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989⁸.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia.» /Negrillas fuera de texto/.

CASO CONCRETO

Como se anotó, la parte actora impetra el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, toda vez que el auxilio de cesantías de 2020 no fue consignado en el respectivo fondo prestacional de forma oportuna, así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías consagrada en la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto estos fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

Analizados los pormenores del caso, se tiene que el demandante es docente afiliado al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 30 del documento PDF N° 4 , por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

En virtud de lo expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Teniendo en cuenta que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, se condenará en costas a la parte demandante, en atención a lo establecido en el canon 365 numeral 3 del C.G.P. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Es por lo discurrido que el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 3º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor **JAIME HUMBERTO RODRÍGUEZ CASTELLANOS** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Sin agencias en derecho en esta instancia.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 034 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-33-003-2022-00111-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, siete (07) de JULIO de dos mil veintitrés (2023)

S. 115

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 3º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **CLAUDIA PATRICIA BAÑOL LARGO** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante FNPSM) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del Oficio NOM 569 de 22 de septiembre de 2021.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la parte demandada al reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, como consecuencia de la consignación tardía de los intereses a las cesantías, así mismo, se reconozca y pague un día de salario por cada día de retardo, por la consignación inoportuna del auxilio de cesantías, se paguen los ajustes de valor sobre las sumas reconocidas así como los intereses de mora y se condene en costas al extremo pasivo de esta controversia.

CAUSA PETENDI

Expone en síntesis que de acuerdo con lo establecido en la Ley 91 de 1989 y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, es responsabilidad de la entidad territorial respectiva reconocer las cesantías de los docentes oficiales, además de cancelar directamente al educador los intereses sobre este rubro a más tardar el 31 de enero de cada año. Por su parte, se impone a la NACIÓN consignar el auxilio de cesantías en la cuenta individual de cada profesor a más tardar el 15 de febrero de cada año.

Anota que ambos términos fueron desentendidos en su caso, dando lugar al pago de las indemnizaciones de ley, que fueron denegadas con el acto demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocan: Constitución Política, arts. 13 y 53; Ley 91 de 1989, art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, art. 99; Ley 1955 de 2019, art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, art. 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, art. 3; Decreto 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Como juicio de la infracción normativa, argumenta que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han establecido el derecho que les asiste a los docentes de disponer de sus cesantías de manera oportuna en igualdad de condiciones que los demás empleados, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario. Explica que la teleología de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el fondo de prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60/93 y 12955/19.

De otro lado, insiste en que al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una hermenéutica menos restrictiva de la Ley 344/96, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la Sentencia SU-098/18. Además, afirma que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** contestó la demanda con el documento digital N° 12 del expediente, oponiéndose a las pretensiones formuladas por la parte accionante, para lo cual, luego de efectuar un recuento de las principales características del régimen de cesantías docentes y diferenciarlos con los demás servidores públicos, concluye que en el caso de los educadores no existe la consignación en una cuenta individual, sino el traslado de los recursos desde el primer mes de cada vigencia fiscal. Por ende, considera que no resulta aplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, en tanto esta penalidad aplica para la consignación tardía de cesantías, operación financiera inexistente en el caso de los profesores afiliados al FNPSM. Así mismo, plantea que en caso de acceder a las súplicas de la parte demandante se desatendería el principio de inescindibilidad de los regímenes de cesantías.

Finalmente, planteó como excepciones las denominadas ‘**FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**’, por cuanto el fondo carece de la calidad de empleador que se predica de quien incurre en la mora, según las normas citadas por la parte demandante; ‘**INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN**’, reiterando la imposibilidad jurídica de aplicar las sanciones deprecadas, por cuanto al ramo docente no se aplica el sistema de cuentas individuales para la consignación de cesantías; ‘**IMPOSIBILIDAD FÁCTICA DE CONFIGURARSE LA CONSIGNACIÓN EXTEMPORANEA DE LAS CESANTIAS EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DEL FOMAG**’, frente a la cual alude que en el régimen profesoral no existe consignación de cesantías en cuentas individuales sino un giro de recursos directamente del Ministerio de Hacienda.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** no contestó la demanda, según la constancia secretarial de folio 16 del expediente electrónico.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 3° Administrativo de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 20 del expediente electrónico.

Argumentó que los docentes tienen un régimen de cesantías propio, consagrado en la Ley 91 de 1989, que difiere en grado sumo de aquel retroactivo establecido para

los demás servidores públicos y trabajadores del sector privado, por ende, las normas que regulan las cesantías de otros servidores no se aplican a los educadores, sin que por ello pueda predicarse vulneración del derecho a la igualdad, tesis que ya expuso la Corte Constitucional en la Sentencia C-928 de 2006, por lo que el asunto se halla arropado por el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Así mismo, aclaró que los docentes sí tienen derecho al pago oportuno de las cesantías, no obstante, la forma de liquidar las sanciones difiere de la establecida en la Ley 50 de 1990.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **parte demandante** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 22, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

Sobre la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los profesores, indica que la Corte Constitucional en la Sentencia SU-098 de 2018, así como la jurisprudencia en lo contencioso administrativo, se orientan a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por las entidades públicas a las que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva, conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda. De igual forma, controvierte que el régimen docente sea más favorable que el general tratándose de los intereses a las cesantías, pues lo que reciben sigue siendo inferior a la tasa del 12% que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Afirma que en el sub lite no es necesario estudiar cuál es la entidad competente para reconocer y pagar el auxilio de cesantías, sino determinar la competencia para efectuar su consignación en el FNPSM, precisando que dicha carga atañe a la NACIÓN. Insiste en que se acuda a la interpretación unificada de la Corte Constitucional acerca de la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los

docentes afiliados al FNPSM, y que la indemnización contenida en la Ley 52 de 1975 hace parte integral del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

De lo anterior, concluye que los educadores que tengan un régimen de cesantías anualizadas, tienen derecho a que estas sean consignadas oportunamente en el fondo el 15 de febrero de cada año, como también al pago oportuno de sus intereses máximo el 31 de enero de cada anualidad. Añade que estos plazos han sido incumplidos desde hace 30 años, pero aclara que pretende el restablecimiento únicamente de las sumas correspondientes al 2021, y que el plazo para esta consignación no se halla contenido en la Ley 91 de 1989, por lo que es aplicable el término determinado en la Ley 50 de 1990, conforme lo ha definido la jurisprudencia constitucional.

De otro lado, considera que la sentencia apelada acudió a varias premisas erróneas, como las referidas a la inexistencia de obligación de consignar las cesantías en el régimen docente y de pagar la sanción por pago tardío de intereses, la inaplicabilidad de las Leyes 344/96 y 50/90 al estamento profesoral, la no vulneración de los principios de igualdad y favorabilidad, la falta de identidad fáctica de los supuestos abordados en la Sentencia SU-098 de 2018, y la inexistencia de una postura unificada del máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

Finalmente, acota que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar dictar sentencia que acoja sus pretensiones, por cuanto las entidades competentes para consignar los recursos de las cesantías de 2020 excedieron los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los Docentes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Persigue por modo la parte demandante se declare la nulidad del acto con el cual la parte demandada negó el reconocimiento de la indemnización moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, producto de la consignación extemporánea del auxilio de cesantías, así como aquella consagrada en la Ley 52 de 1975, por la cancelación tardía de los intereses a las cesantías.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Con fundamento en lo consignado por modo previo, para esta Sala de Decisión, el fondo del asunto se contrae a la dilucidación de los siguientes problemas jurídicos:

- *¿Procede la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, por la consignación extemporánea del auxilio de cesantías?*
- *¿Tiene derecho la parte actora al pago de la indemnización consagrada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses a las cesantías?*

En caso afirmativo,

- *¿Qué entidad debe asumir el pago de dichas sanciones?*

(I)

RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

La Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se refirió por primera vez de forma expresa a las cesantías del ramo docente, estableciendo en su artículo 15, ordinal 3°:

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

...
...
...

3. Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías

generadas a partir del 1°. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.” /Resaltado de la Sala/.

A su turno, el Decreto 3752 de 2003 reglamentó el canon 81 de la Ley 812 la misma anualidad, que establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

En su artículo 1°, dispone la norma decretal en cita que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al FNPSM, a tal punto que la falta de afiliación acarrea para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores, así mismo, establece que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al multicitado fondo (art. 2).

En lo que es materia de litigio, la norma referida dispone lo siguiente:

“Artículo 7°. Transferencia de recursos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del

Fondo, la información indicada en el artículo 8° del presente decreto.

Artículo 8°. **Reporte de información de las entidades territoriales.** Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior.

Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 1°. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.

Artículo 9°. **Monto total de aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.** La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año.

El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el

que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.

Parágrafo 1°. La entidad territorial, en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de recibo del valor proyectado, deberá presentar las observaciones a que haya lugar, ante la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, reportando la información que sustente esta situación. En los eventos en que el ente territorial no dé respuesta dentro del plazo estipulado, se dará aplicación a lo previsto en el artículo siguiente.

Parágrafo 2°. Hasta tanto se disponga de la información reportada por los entes territoriales, el cálculo para determinar el valor a girar por concepto de aportes de ley se realizará con base en la información que de cada ente territorial reposa en la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y las novedades reportadas. En el caso de los denominados docentes Nacionales y Nacionalizados se tomará como base de cálculo la información reportada al Ministerio de Educación Nacional y a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo.

Artículo 10. Giro de los aportes. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

Artículo 11. Ajuste de cuantías. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes.

Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes” /Destacados son de la Sala/.

Por otra parte, la Ley 1955 de 2019 estipula en el canon 57:

“EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

...

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, **el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley,** con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros (...) /Destacado del Tribunal/”.

Finalmente, se anota que el Consejo Directivo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO profirió el Acuerdo N° 39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses*

a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, en el cual establece lo siguiente:

“ARTICULO CUATRO: El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos de Fondo a más tardar el cinco (5) de febrero de cada año y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria en el periodo comprendido entre el seis (6) de febrero y hasta el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la entidad territorial reporte la información con posterioridad a esta fecha la entidad fiduciaria, programará pagos posteriores, de lo cual informará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En virtud de lo expuesto, los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo N°038 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del FNPSM, conglomerado que establece unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores. Para tal efecto, la normativa parcialmente reproducida establece la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada profesor, como sí ocurre en el canon 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

(II)

SANCIÓN MORATORIA POR CONSIGNACIÓN EXTEMPORÁNEA DE CESANTÍAS E INDEMNIZACIÓN POR PAGO TARDÍO DE INTERESES

El artículo 99 de la Ley 50 de 1990 introdujo una sanción por la consignación inoportuna de las cesantías en el régimen anualizado que prevé el mismo esquema disposicional:

“El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...)” /Resaltado fuera del texto original/.

Por su parte, la Ley 244 de 1995¹ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006², que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado³ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones

¹ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

² “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006⁴, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

Más recientemente, en la Sentencia SU-098 de 2018, el tribunal constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero⁵, 3 de marzo⁶ y 19 de mayo de 2022⁷, sin embargo, anota esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicable en el *sub lite*.

Por el contrario, en armonía con lo expuesto en el primer apartado en este fallo, resulta menester concluir que los docentes afiliados al FNPSM tienen su propio régimen de cesantías e intereses, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003 así como el Decreto 3752 de 2003, por lo que la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990 únicamente se torna aplicable a los docentes pertenecientes al fondo ante la omisión de afiliación por el ente territorial, o la tardanza de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar como pasivo de cesantías, eventos que se distancian en grado sumo de la situación planteada a esta colegiatura, y por lo mismo, las providencias mencionadas por la parte actora como fundamento de sus pretensiones carecen de aplicación en el presente asunto.

Y en cuanto a los interés a las cesantías, los docentes afiliados al FNPSM, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la

⁴ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

posibilidad de que la liquidación de los intereses se realice con base en el saldo acumulado de cesantías, fórmula más favorable que la liquidación con el valor de cada año individualmente considerado, además, la tasa aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no circunscrita siempre al 12%.

Sobre este punto, el Consejo de Estado se pronunció en sentencia del 24 de enero de 2019 (M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14):

“62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
<p>Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u></p>	<p>Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u></p>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente

*afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989⁸.*

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia.» /Negrillas fuera de texto/.

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

CASO CONCRETO

Como se anotó, la parte actora impetra el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, toda vez que el auxilio de cesantías de 2020 no fue consignado en el respectivo fondo prestacional de forma oportuna, así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías consagrada en la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto estos fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

Analizados los pormenores del caso, se tiene que la demandante es docente afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 30 del documento PDF N° 4 , por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

En virtud de lo expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Teniendo en cuenta que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, se condenará en costas a la parte demandante, en atención a lo establecido en el canon 365 numeral 3 del C.G.P. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Es por lo discurrido que el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 3º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **CLAUDIA PATRICIA**

BAÑOL LARGO dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Sin agencias en derecho en esta instancia.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 034 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

República de Colombia



Tribunal Administrativo de Caldas
Magistrado Sustanciador: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, siete (07) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Radicación	17001 23 33 000 2023 00119 00
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Central Hidroeléctrica de Caldas
Demandado:	Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

De conformidad con el artículo 170 del CPACA, se concede a la parte actora un término de diez (10) días para **corregir** la demanda de la referencia so pena de rechazo, en los siguientes aspectos:

1. Pese a que en la última hoja de la demanda se encuentra una imagen donde se muestran datos del aparente el envío de la demanda por correo electrónico a la demandada; esto no es una imagen de pantalla del correo efectivamente enviado, ni da cuenta del envío efectivo de la demanda a la demandada; pues mediante constancia secretarial del 30 de junio de 2023 (Documento 03 del expediente digital), se dice expresamente que, no se evidencia la constancia del envío por correo electrónico; por lo cual **debe acreditar el cumplimiento del requisito** contenido en el numeral 8 del artículo 162 de la ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 35 de la ley 2080 de 25 de enero de 2021, y el artículo 6 de la ley 2213 de 2022, en el sentido de que el demandante al presentar la demanda, simultáneamente deberá enviar por medio electrónico copia de ella y de sus anexos a los demandados **de igual manera deberá proceder cuando al inadmitirse la demanda se presente escrito de subsanación, so pena de inadmisión.**

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: **fb53ae30171c5e2fb6576b450db6d632b312912cb48b3605bf7a7fd3ec087d0c**

Documento generado en 07/07/2023 04:38:45 PM

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

17001-23-33-000-2022-00221-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diez (10) de JULIO de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 289

Atendiendo la solicitud presentada tanto por el **MUNICIPIO DE CHINCHINÁ** como por el señor **PERSONERO MUNICIPAL DE CHINCHINÁ**, visible en los PDF N° 17 y 20 del expediente digitalizado, se dispondrá el aplazamiento de la audiencia programada para el 18 de julio del año avante; por ende, se **FIJA** el día **MIÉRCOLES 2 DE AGOSTO DE 2023** a las **9:00 A.M.** para realizar la **AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO** de que trata el artículo 27 de la Ley 472/98, dentro del proceso promovido en **ACCIÓN POPULAR** contra el **MUNICIPIO DE CHINCHINÁ** y la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS - CORPOCALDAS**.

La audiencia se realizará a través de la plataforma ‘Teams’, y el ingreso a la misma será a través del siguiente enlace https://teams.microsoft.com/l/meetup-join/19%3ameeting_MjMxNTUxNzktMTliZS00Njk2LTk1MzYtNjA5MGU1NzFmNDQ2%40thread.v2/0?context=%7b%22Tid%22%3a%22622c8a98-80f8-41f3-8df5-8eb99901598b%22%2c%22Oid%22%3a%22bcffaeaa-c03a-4355-9a57-1fe91fd6713a%22%7d sin que sea necesaria la remisión de la invitación a los correos electrónicos suministrados por las partes.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que en caso de que requieran allegar sustituciones o renunciaciones de poderes u otros documentos para que sean tenidos en cuenta en la audiencia, se sirvan remitirlos a más tardar el día anterior a la celebración de la audiencia, únicamente al correo [“sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co”](mailto:sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co) Cualquier documento enviado a dirección distinta, se entenderá por no presentado.

REQUIÉRESE a las **autoridades accionadas**, para que se sirvan asistir a la Audiencia Especial de Pacto de Cumplimiento con la respectiva acta del comité de conciliación según los lineamientos establecidos en la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado Sección Primera del once (11) de octubre de 2018¹.

COMUNÍQUESE a través de las direcciones electrónicas indicadas en el expediente.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado Ponente

¹ Radicación: 17001-23-33-000-2016-00440-01, C. P.: Roberto Augusto Serrato Valdés.

CONSTANCIA SECRETARIAL: Informo al Señor Magistrado, que correspondió por reparto el presente proceso; está pendiente de admitir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia. Pasa a despacho el expediente para resolver.

JULIO 10 de 2023.

VILMA PATRICIA RODRIGUEZ CARDENAS
Secretaria

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 17001-33-39-006-2020-00125-02
Demandante: MARIA ARACELLY GRISALES AGUIRRE
Demandado: HOSPITAL SAN ANTONIO DE MANZANARES CALDAS



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Unitaria

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veintitrés (2023)

A.S. 126

De conformidad con lo estipulado en los numerales 3, 4 del artículo 247 del CPACA, (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 12 de abril de 2023 (Archivo PDF 29 Expediente digital), al haberse interpuesto de manera oportuna, toda vez que el recurso se recibió vía correo electrónico el 24 de abril de 2023 (Archivo 32 y 33 ED) es decir dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia (12-04-2023).

Vencido el término de ejecutoria del auto admisorio del recurso de apelación y en el caso de no allegarse por las partes solicitudes, práctica o decreto de pruebas, pasa el expediente a despacho para dictar sentencia, numeral 5 del artículo 247 del CPACA

Notifíquese personalmente al Señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, a las cuales se le enviará el mensaje de datos según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA y numeral 6º del art.247 CPACA.

Notifíquese y cúmplase

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS**

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 117

FECHA: 11/07/2023

República de Colombia



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

Sentencia de primera instancia

Acción: Nulidad Electoral
Demandante: Luís Eduardo Ríos Salazar
Demandado: Jorge Orbay Marín Ceballos alcalde del municipio de Villamaría Caldas y el Departamento de Caldas
Vinculados: Partido Liberal Colombiano y Registraduría del Estado Civil
Radicación: 17001-23-33-000-2022-00267-00
Acto judicial: Sentencia 084

Manizales, diez (10) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Proyecto discutido y aprobado en sala del dos (02) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

§01. **Síntesis:** La demanda pretende declarar la nulidad de la designación del alcalde de Villamaría, por vacancia permanente del alcalde elegido, porque: **(i)** no tenía la calidad de militante del partido que postuló la terna; y, **(ii)** no se solicitó la terna al directorio municipal según los estatutos del partido. La sala niega las pretensiones, porque: **(i)** el partido político presentó la terna extemporáneamente; **(ii)** así, el gobernador debía designar al alcalde solo respetando al partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el alcalde elegido; y, **(iii)** para la fecha de la designación hecha por el gobernador, el demandado era militante del partido y el se respetó al partido, pues el gobernador tuvo en cuenta los miembros de la terna que se le envió extemporáneamente.

1. Asunto

§02. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 286 del CPACA¹, esta Sala dicta sentencia en primera instancia, dentro del proceso de nulidad electoral promovido por el señor Luís Eduardo Ríos Salazar en contra del señor Jorge Orbay Marín Ceballos, alcalde designado del Municipio de Villamaría – Caldas.

2. Antecedentes

2.1. La demanda

§03. El ciudadano Luís Eduardo Ríos Salazar pretende la nulidad del Decreto 459 del 23 de septiembre de 2022, expedido por el Gobernador de Caldas, donde se designó al señor Jorge Orbay Marín Ceballos como alcalde del municipio de Villamaría – Caldas por el periodo constitucional 2020-2023. Así como la nulidad de la Resolución 7456 del 8 de septiembre de 2022 emitida por el secretario general y representante legal del Partido Liberal por medio de la cual se conformó la terna para la designación del alcalde de Villamaría.

§04. Como consecuencia de lo anterior, se ordene proveer la vacante de alcalde de municipio de Villamaría, Caldas, conforme a la terna integrada por el Partido Liberal Colombiano.

§05. La parte accionante sustentó sus pretensiones bajo los siguientes supuestos de hecho, que en resumen indica la Sala:

§06. El señor Andrés Felipe Parra quien fue electo para el periodo constitucional 2020-2023, presentó la renuncia al cargo de alcalde del municipio de Villamaría Caldas. Por consiguiente, el Partido Liberal Colombiano allegó ante el Gobernador de Caldas terna para proveer el cargo contenido en la Resolución 7456 del 8 de septiembre de 2022.

§07. El señor Jorge Orbay Marín Ceballos, es integrante de la terna sin tener la calidad de militante del Partido Liberal Colombiano, al desconocerse si se encuentra afiliado y carnetizado en dicho partido político. Así mismo, se desconoce su participación en actividades partidistas como elecciones internas, foros, congresos ideológicos, actos públicos entre otros del partido.

§08. A través del Decreto 459 del 23 de septiembre de 2022, el Gobernador del Departamento de Caldas, designó al señor Jorge Orbay Marín Ceballos como alcalde del municipio de Villamaría, Caldas.

§09. Consideró como normas violadas los artículos 314 de la Constitución Política; 106 de la Ley 136 de 1994; 29.3 de la Ley 1475 de 2011; y 6 de los Estatutos Partido Liberal Colombiano.

§10. La parte actora transcribió el texto de las citadas normas y apartes jurisprudenciales, sobre las causales de anulación electoral por el incumplimiento de los requisitos legales para nombrar el cargo de alcalde ante la ocurrencia de falta absoluta de este, teniendo en cuenta el partido político o movimiento que inscribió al candidato inicial.

§11. Con base en lo anterior, sostuvo que la designación del señor Jorge Orbay Marín Ceballos como alcalde del municipio de Villamaría Caldas, carece de los requisitos legales establecidos para proveer dicho cargo ante la falta absoluta de un alcalde para terminar su periodo constitucional.

§12. Señaló que se configura la causal de nulidad establecida en el numeral 5 del artículo 275 del CPACA referida a las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o incursos en causales de inhabilidad, así como al parágrafo 3 del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011.

§13. Afirmó que el Gobernador del Departamento de Caldas, designó como alcalde del municipio de Villamaría, Caldas, al señor Jorge Orbay Marín Ceballos conforme a la terna enviada por el Partido Liberal Colombiano, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos de elegibilidad, de acuerdo a los preceptos legales y los estatutos que rigen el partido político.

§14. Lo anterior, se apoya en que la terna se realizó de manera unilateral por la Dirección Nacional Liberal, sin que fuera sometida a la propuesta del Directorio Municipal de Villamaría Caldas. Y el elegido no cumplió con los requisitos de ser militante del partido político.

2.2. Contestaciones a la demanda

2.2.1. Señor Jorge Orbay Marín Ceballos Alcalde Municipio de Villamaría –¹

§15. Respecto a los hechos de la demanda, señaló como ciertos sobre: **(i)** la renuncia aceptada del señor Andrés Felipe Aristizábal Parra a través del Decreto 382 del 19 de agosto de 2022; **(ii)** la Resolución 7456 del 8 de septiembre de 2022 por el cual se conformó la terna por parte del Partido Liberal Colombiano; y, **(iii)** a través de la Resolución 459 del 23 de septiembre de 2022 se designó al señor Jorge Orbay Marín Ceballos como alcalde del municipio de Villamaría Caldas.

§16. Se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda. Referente a los cuestionamientos del accionante, señala que el elegido no se halla incurso en ninguna causal de inhabilidad o incompatibilidad que restrinja el ejercicio de sus derechos políticos, debido a que el cumplimiento de los requisitos de militancia para la postulación y acreditación fueron observados por los órganos competentes del Partido Liberal y el señor Gobernador del Departamento de Caldas.

§17. Por ello, el acto que le designó como alcalde, el Decreto 459 del 23 de septiembre de 2022, respetó el ordenamiento jurídico constitucional, legal y estatutario del Partido Liberal.

§18. **Propuso como medios exceptivos: (i) Legalidad del acto administrativo de nombramiento proferido por el gobernador de Caldas, decreto 459 del 23 de septiembre de 2022**, porque el demandado es militante del partido liberal, único requisito que debe exigirse a quienes integren la terna cuando se presenta la falta absoluta del alcalde; **(ii) El cargo de nulidad por supuesta falta de militancia o pertenencia con el Grupo o Movimiento Político del alcalde designado carece de sustento probatorio y por si mismo no configura una causal de Nulidad Electoral**, debido a que se allega certificado del partido liberal sobre la militancia del accionado; y, **(iii) Inepta Demanda**, pues la Resolución 7456 del 8 de septiembre de 2022 por la

¹ Expediente digital carpeta 026 contestacióndemandaalcaldevillamaría

cual se conformó la terna, fue emitida por el Partido Liberal Colombiano, el cual no es una entidad pública y sus actos no son administrativos .

2.2.2. Departamento de Caldas²

§19. Frente a los hechos consideró como ciertos los concernientes a: **(i)** la renuncia aceptada del señor Andrés Felipe Aristizábal Parra como alcalde del municipio de Villamaría, Caldas, para el periodo constitucional 2020-2023; **(ii)** a través de la Resolución 7456 del 8 de septiembre de 2022 se conformó la terna por parte del Partido Liberal Colombiano; y, **(iii)** a través de la Resolución 459 del 23 de septiembre de 2022 se designó al señor Jorge Orbay Marín Ceballos como alcalde del municipio de Villamaría Caldas.

§20. Se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que no se presenta ausencia de afiliación del demandado como militante del Partido Liberal Colombiano, conforme a las certificaciones aportadas al plenario que dan cuenta de la afiliación previa a su designación como alcalde.

§21. **Propuso como medios exceptivos: (i) Inexistencia de la causal de nulidad del numeral 5 del artículo 275 de la ley 1437 del 2011, y Cumplimiento de la constitución y la ley en el trámite administrativo que sustentan la expedición del decreto departamental 459 del 23 de septiembre del 2022**, ambas sustentadas en que “... el señor Gobernador en estricto apego a la Constitución y la Ley, decidió tener en cuenta los nombres relacionados en la terna extemporánea presentada por el partido Liberal, procediendo a designar al señor JORGE ORBAY MARIN CEBALLOS identificado con cédula de ciudadanía No. 9.970.935. Previa a la designación, se constató por medio del certificado emitido por el partido Liberal Colombiano del 19 de septiembre del 2019, que el ciudadano JORGE ORBAY MARIN CEBALLOS, se encontrara como afiliado militante...”; y, **(ii) Genérica.**

2.2.3. Registraduría Nacional del Estado Civil³

§22. Frente a los hechos consideró no constarle ninguno. En la contestación precisó sobre aspectos relacionados con el proceso de elección pública del alcalde de Villamaría, el apoyo de la Procuraduría en dicha contienda electoral, y anexó los formularios E-6AL y E-8AL, para la inscripción por una coalición del alcalde que fue electo, quien finalmente presentó renuncia, dando lugar a la vacancia con la cual se nombró al actual demandado.

§23. Propuso como excepción la **Falta de legitimación en la causa por pasiva**, por considerar que la Registraduría no tiene competencia para investigar las posibles inhabilidades y las investigaciones por doble militancia de los candidatos que fueron inscritos en la elección de autoridades locales.

² Expediente digitalarchivo12ContestacionDemandaDeptoCaldaspdf.

³ Expediente digital010Contestacióndemanda.Registraduría267

2.3. Trámite Procesal

§24. La demanda fue presentada el 4 de noviembre del 2022⁴. Se admitió en auto del 24 de noviembre de la referida anualidad⁵. El 30 de enero de 2023, se resolvió la nulidad propuesta por el apoderado judicial de la parte accionada, por lo que se ordenó que se volviera a notificar el auto admisorio al demandado.

§25. El 13 de marzo de 2023⁶, se resolvieron las excepciones previas y mixtas formuladas por las accionadas y vinculadas, de la siguiente manera: **(i)** se declaró demostrada la excepción de inepta demanda formulada por el accionado, porque la resolución del partido liberal que conformó la terna para reemplazar al alcalde, no es un acto administrativo, con apoyo en jurisprudencia del Consejo de Estado; y, **(ii)** se declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

§26. El 11 de abril de 2023⁷, se llevó a cabo la audiencia inicial prevista en el artículo 283 del CPACA⁸. En la sesión se decretaron las pruebas.

§27. El día 13 de abril del año avante⁹, se llevó a cabo la audiencia de práctica de pruebas, y se procedió a dar traslado de alegatos de conclusión, a las partes y al Ministerio Público.

2.4. Alegatos de Conclusión

§28. En la instancia de alegatos solo se pronunciaron el departamento de Caldas y la parte demandada.

§29. El departamento de Caldas alegó que se deben negar las pretensiones, ya que el partido liberal Colombiano presentó extemporáneamente la terna para designar el alcalde por falta absoluta del elegido, y por ello: (i) *“Bajo tal perspectiva, al señor Gobernador se le activó la competencia de designar a cualquier ciudadano (incluso a los que se encontraban en la terna entregada por el partido liberal) como alcalde del Municipio de Villamaría que cumpliera los requisitos para el cargo y respetando en todo caso el partido, movimiento o coalición que inscribió al candidato. (ii) El señor Gobernador en estricto apego a la Constitución y la Ley decidió tener en cuenta los nombres relacionados en la terna extemporánea, procediendo a designar al señor JORGE ORBAY MARIN CEBALLOS identificado con cédula de ciudadanía No. 9.970.935. 9. (iii) Previa a la designación, se constató por medio del certificado emitido por el partido Liberal Colombiano del 19 de septiembre del 2019, que el ciudadano JORGE ORBAY MARIN CEBALLOS, se encontrara como afiliado militante en dicho partido.”*

§30. El demandado, señor Jorge Orbay Marín Ceballos señaló que la demanda carece de fundamento y resaltó el desinterés del actor en el proceso. Adicionó que la prueba

4 Expediente digital archivo002acta de reparto

5 Expediente digital archivo007autoadmitedemandaelec

6 Expedientedigitalarchivo031Autodecideexcepciones

7 expediente digitalarchivo038actaaudienciainicial.pdf

8 expediente digital documento número 27.

9 expediente digital documento número 36.

testimonial y los documentos demostraron su pertenencia al Partido Liberal Colombiano, presupuesto exigido por el artículo 106 de la Ley 136 de 1994, para que el Gobernador del Departamento procediera a realizar la designación del alcalde ante la ausencia absoluta del burgomaestre elegido en su momento mediante elección popular. Frente a la omisión de la participación del directorio municipal en la postulación del actor, es un requisito que no está previsto en la ley. Por lo que el único requisito que debe exigirse al interno de los partidos políticos es que quienes integren la terna sean de la misma filiación política o hagan parte de la coalición de quien elegido por voto popular.

3. Consideraciones

3.1. Competencia

§31. Esta sala es competente para conocer en primera instancia de este medio de control, en virtud de lo dispuesto en el literal a) numeral 7 del artículo 152 del CPACA, modificada por la Ley 2080 de 2021.

3.2. Precisión inicial sobre el acto a demandarse

§32. En la presente acción se demanda la nulidad del Decreto 459 del 23 de septiembre de 2022, por el cual se designó al alcalde del municipio de Villamaría -Caldas.

3.3. Problema Jurídico

§33. *¿Es nula la designación del señor Jorge Orbay Marín Ceballos como alcalde del Municipio de Villamaría Caldas, a través del Decreto 459 de septiembre de 2022, por no tener las calidades ser designado como alcalde por el Gobernador del Departamento de Caldas, porque: (i) no tenía la calidad de militante; y, (ii) no fue postulado por el directorio municipal?*

§34. Para despejar los problemas planteados, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** requisitos legales y constitucionales para designación de alcaldes; **iii)** elementos de la causal invocada; y **iv)** acreditación de los elementos de la causal invocada.

3.4. Lo probado

§35. Para las elecciones de alcalde de Villamaría - Caldas celebradas el 27 de octubre de 2019, fue inscrito el señor Andrés Aristizábal Parra, por la coalición programática denominada “*Un Sueño Llamado Villamaría*”, integrada entre los Partidos Liberal Colombiano y Centro Democrático el candidato, siendo electo como alcalde para el periodo constitucional 2020-2023¹⁰, como se constata en el Acta parcial de escrutinio municipal para elección del alcalde del municipio de Villamaría -Caldas¹¹.

¹⁰ Expedientedigitalarchivo012contestacionpág. 28

¹¹ ExpedientedigitalcarpetacontestaciónRegistraduríaNacionaldelEstadoCivil.

§36. El 18 de agosto de 2022, el mencionado alcalde electo, señor Andrés Felipe Aristizábal Parra, presentó renuncia al cargo.

§37. El Gobernador del Departamento de Caldas, expidió el Decreto 382 del 19 de agosto de 2022 por el cual se aceptó la renuncia¹², y dispuso:

“ARTÍCULO PRIMERO: Aceptar la renuncia presentada por el señor ANDRÉS FELIPE ARISTIZABAL PARRA, identificado con la cédula de ciudadanía N°9.976.081, al cargo de Alcalde Municipal de Villamaría – Caldas, para el cual fue elegido popularmente.

ARTÍCULO SEGUNDO: Declarar la vacancia absoluta del cargo de Alcalde Municipal de Villamaría – Caldas, de conformidad con la parte considerativa del presente Decreto.

ARTÍCULO TERCERO: Encargar como Alcaldesa Municipal de Villamaría a la señora LINA PATRICIA LLANO DÍAZ, identificada con la cédula de ciudadanía N°30.387.492 actual Secretaria de Educación, hasta tanto se surta el trámite señalado en el parágrafo 3 del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011.

ARTÍCULO CUARTO: Ante la falta absoluta por renuncia aceptada al señor ANDRÉS FELIPE ARISTIZABAL PARRA, identificado con cédula de ciudadanía N°9.976.081, solicítese a la Coalición Un Sueño Llamado Villamaría conformada por los partidos Liberal Colombiano y Centro Democrático, para que en un término no mayor a diez (10) días hábiles remitan una terna integrada integrada (sic) de conformidad con lo señalado en la Cláusula Décima Segunda del “Acuerdo de Coalición Programática y Política entre el Partido Liberal Colombiano y el Partido Centro Democrático Para Apoyar la Candidatura del Doctor Andrés Felipe Aristizábal Parra como Candidato a la alcaldía municipal de Villamaría (Caldas) en las elecciones del 27 de octubre de 2019, periodo constitucional 2020-2023 con la finalidad de designar un nuevo alcalde por el resto del periodo institucional.”-sft-

§38. En virtud de dicho acto administrativo, comunicado por los oficios DG-0263 y 0266 del 19 de agosto de 2022, el Gobernador de Caldas solicitó a los representantes legales del Partido Liberal Colombiano y del Centro Democrático remitir una terna para la designación de nuevo alcalde del municipio de Villamaría Caldas.

§39. A través del oficio dirigido al Partido Liberal Colombiano, el partido Centro Democrático señaló “... *teniendo en cuenta el acuerdo de coalición suscrito entre el partido Liberal Colombiano y el Partido Centro Democrático, para el caso del asunto, el Partido Centro Democrático renuncia a presentar postulación para conformar la terna estipulada en la cláusula décimo segunda de dichos acuerdos*”.

§40. Mediante la Resolución 7456 del 8 de septiembre de 2022¹³, el secretario general y representante legal del Partido Liberal Colombiano, presentó terna para proveer el cargo del alcalde municipal de Villamaría - Caldas, postulando a los candidatos Jorge Orbay Marín Ceballos, Santiago Díaz Ocampo y Yuridia Montes Tamayo.

¹² Expedientedigitalarchivo012ContestacióndemandaDeptopág.19-21

¹³ Expedientedigitalarchivo012Contestacióndemanda pág.28

§41. A través del Decreto 459 del 23 de septiembre de 2022¹⁴, el Gobernador del Departamento de Caldas ordenó designar como alcalde del municipio de Villamaría-Caldas al señor Jorge Orbay Marín Ceballos hasta la finalización del periodo institucional 2020-2023¹⁵.

§42. El 19 de septiembre de 2022 el secretario general del Partido Liberal Colombiano expidió una certificación donde consta que el señor Jorge Orbay Marín Ceballos de acuerdo al sistema de identificación y registro de afiliados -SIRA, se encuentra afiliado como militante del Partido Liberal Colombiano desde el 19 de septiembre de 2022¹⁶.

§43. Se allegó una certificación expedida por el vicepresidente del Partido Liberal Colombiano en donde consta que el señor Jorge Orbay Marín Ceballos, ha ejercido actividad política en el Departamento de Caldas, en el municipio de Villamaría Caldas, especialmente en las veredas Bajo arroyo, Bajo Castillo Llanitos y la zona urbana del municipio desde el año 1989¹⁷.

§44. Se presentó una fotografía aportada por la parte accionada – alcalde del municipio de Villamaría Caldas¹⁸, la cual se atribuye a “... *se observa al señor JORGE ORBAY MARÍN CEBALLOS, en una reunión política para la -sic- campañas Alcaldías, Concejo Municipal y Gobernación de Caldas 2020-2023, se visualiza el precitado ciudadano sentado sin sombrero en la margen derecha de la imagen y camiseta vino tinto. Se visualizan banderas rojas alusivas al color característico del partido político liberal.*” Debido a que no es posible tener certeza sobre la persona que las realizó y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue tomada, no se valorará.¹⁹

§45. El 13 de abril de 2023, se llevó a cabo audiencia de declaración de los testigos Luís Fernando Marín Osorio y Juan Manuel Morales Tabares.

§45.1. El señor **Juan Manuel Morales Tabares**²⁰ declaró que le constaba acerca de la afiliación y calidad de militante del señor Jorge Orbay Marín Ceballos, alcalde de Villamaría Caldas, al afirmar que, en su calidad de veedor, lo conoció como líder social en la vereda llanitos. Así mismo, le consta que apoyó a los candidatos en escenarios como zonas veredales, apertura y cierres de campaña. Que acompañó las campañas electorales del Partido Liberal Colombiano desde las elecciones del año 2019 para el periodo 2020-2023, para la elección de alcalde del municipio de Villamaría-Caldas y Gobernación de Caldas, de candidatos militantes a dicho partido político. Indicó que estuvo de acuerdo con la postulación a las directivas del partido liberal del señor Jorge Orbay para la designación como alcalde de dicho municipio por parte del Gobernador del Departamento de Caldas, teniendo en cuenta su militancia y afiliación al partido.

§45.2. El señor **Luís Fernando Marín Osorio** indicó: Que conoció al señor Jorge Orbay desde el año 2021 dado que compartieron asuntos políticos y laborales, en el periodo que se desempeñó como alcalde por el Partido Liberal Colombiano. Que el

¹⁴ Expedientedigitalarchivo001demandaanexospág.9

¹⁵ Expedientedigitalarchivo001demandaanexospág.9

¹⁶ Expedientedigitalarchivo012ContestaciondemandaDeptopág.31

¹⁷ Expedientedigitalcarpetacontestaciónalcaldemunicipiodevillamaría

¹⁸ Expedientedigitalcarpetacontestaciónalcaldemunicipiodevillamaría-registrofotografico.

¹⁹ Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 05001233100020030399301 (44494), Feb.15/18.

²⁰ Expediente digitalarchivo045actaaudienciapruebas

señor Jorge Orbay para ese momento apoyó candidatura y afiliación por las ideas del partido liberal, al pertenecer como líder social de la vereda llanitos. Señaló que él apoyó con sus labores en su partido en el año 2007, realizó campañas y acompañó en apertura y cierre de la campaña en el parque principal. Que para las elecciones del año 2019 el señor Jorge Orbay apoyó al señor Andrés Aristizábal que se encontraba afiliado al Partido Liberal Colombiano. A su vez, apoyó al candidato Camilo Gaviria para la Gobernación del Departamento de Caldas por el Partido Centro Democrático con apoyo del Partido Liberal. Indicó que estuvo de acuerdo con la postulación ante las directivas del Partido Liberal del señor Jorge Orbay por parte del Gobernador, teniendo en cuenta su militancia y afiliación al partido.

§46. En este sentido, una vez verificado los elementos probatorios, se procederá a resolver los problemas jurídicos señalados, por ello se analizarán aspectos normativos, doctrinales y jurisprudenciales, que permitirán abordar el tema de la causal de nulidad invocada por la parte actora.

3.5. De la falta de calidades como causa de nulidad electoral

§47. Como se verá, la demanda tiene como cargo principal que el demandado no tenía las calidades de militante y postulado por el directorio municipal, que le impediría su designación como alcalde ante la vacancia absoluta del elegido.

§48. Las disposiciones que se encuentran estipuladas en el contencioso electoral se encuentran reguladas en el artículo 139 del CPACA²¹, el cual da alcance al medio de control de nulidad electoral. En la citada disposición establece que cualquier persona podrá pedir la nulidad de: **(i)** los actos de elección por voto popular; **(ii)** por cuerpos electorales; **(iii)** los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden; y, **(iv)** los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.

§49. Por su parte la doctrina²² ha considerado que la función electoral se realiza a través del acto electoral que, como instrumento definitivo declara la voluntad de los ciudadanos o cuerpos electorales en los que se refiere a la selección de determinada persona, ya sea en forma de participación directa o bien indirecta; por ejemplo, la elección del presidente en el primer caso, y del Fiscal General de la Nación en el segundo.

§50. En los términos del artículo 275 del CPACA, los actos de elección popular o de cuerpos colegiados, de nombramiento y llamamiento, son nulos en los mismos eventos previstos para el caso de simple nulidad, es esto, cuando quiera que hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberán fundarse o sin competencia o en forma irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia o defensa, o mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien las profirió.

²¹ https://leyes.co/codigo_de_procedimiento_administrativo_y_de_lo_contencioso_administrativo/139.htm

²² Calero, María Andrea. (2021). Derecho Contencioso Electoral. Centro de estudios de derecho procesal. legis

§51. Ahora bien, el legislador además de establecer las causales genéricas de nulidad, estableció 8 causales que, de llegar a materializarse, comprometen la legalidad del acto acusado deviniendo en su nulidad.

§52. Para el caso objeto de estudio la causal 5 de la citada disposición fue invocada, como causal de nulidad electoral, misma que dispone: “(...) 5. *Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad.* (...)”-sft-

§53. La doctrina ²³ ha considerado los conceptos de calidad, inhabilidad, incompatibilidad y conflictos de intereses, que pueden tener incidencia en el objeto de la acción electoral así: *“la calidad: es el estado de una persona y edad y demás circunstancias y condiciones que se requieren para un cargo, dignidad, empleo u oficio. Las inhabilidades electorales, se pueden definir como esas prohibiciones que imponen la Constitución y la ley, en consideración a ciertas situaciones negativas, de carácter personal en las que en algún momento incurra o haya incurrido el candidato y que puedan comprometer su desempeño en caso de resultar elegido. Se resalta que solo estas dos circunstancias, esto es, la falta de calidades y las inhabilidades dan lugar a la nulidad de la elección”*.

§54. Sobre el tema la Sección Quinta del Consejo de Estado²⁴ ha expuesto:

"Son distintas las inhabilidades para acceder a un cargo de las calidades que se requieren para ello, y también de las incompatibilidades a que encuentra sujeto quien lo ocupe, nociones estas que, aunque distintas, confunden con frecuencia.

Así, calidad es el estado de una persona, su edad y demás circunstancias, y condiciones que se requieren para un cargo, dignidad, empleo u oficio inhabilidad, defecto o impedimento para ser elegido o nombrado en cargo o para ocuparlo, e incompatibilidad, impedimento, prohibición tacha para ejercer una actividad determinada cuando se ocupa un cargo o por razón de haberlo ocupado.

(...)

La falta de calidades y las causas de inhabilidad, cuando son circunstancias anteriores, hacen nulo el nombramiento o la elección de que se trate y la nulidad que determinan es vicio de origen, no así las incompatibilidades, que son circunstancias posteriores, y sus consecuencias, entonces, son otras, generalmente de carácter disciplinario”.

3.6. Marco jurídico de la designación de alcalde ante la falta absoluta de mandatario elegido

§55. En este capítulo se encontrará que: **(i)** en caso presentarse una falta absoluta del alcalde electo, y para el cumplimiento del periodo falten menos de 18 meses, el gobernador designará el alcalde para el resto del periodo, del mismo movimiento y filiación política del titular; **(ii)** para lo cual solicitará al partido o coalición que dentro de los diez días siguientes presente una terna; **(iii)** si en dicho plazo no se presenta, el

²³ Ibidem, pág. 49

²⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Mario Alario Méndez, Sentencia del 6 de abril de 2000, radicado 2364

governador designará un alcalde para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el alcalde elegido.

§56. Además, “*Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá alcalde para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el gobernador designará un alcalde para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el alcalde elegido. (...)*”

§57. De otro lado, el numeral 28 del artículo 119 de la Ley 2200 de 2022²⁵ establece como atribuciones del gobernador “*Suspender y nombrar a los alcaldes de su departamento en los casos señalados en la ley*”.

§58. El artículo 7 del acto legislativo 2 de 2002 estipuló un artículo transitorio en la Constitución, cuya finalidad principal fue determinar con claridad la fecha a partir de la cual empezaría a regir el periodo de cuatro años tanto de los alcaldes como de los gobernadores.

§59. Respecto a las faltas de los mandatarios el literal b) artículo 98 de la Ley 136 de 1994²⁶, establece como una causa de falta absoluta del alcalde **la renuncia aceptada**.

§60. En cuanto a su designación el artículo 106 ibidem, señala:

“ARTÍCULO 106.- Designación. El presidente de la República, en relación con el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá y los gobernadores con respecto a los demás municipios, para los casos de falta absoluta o suspensión, designarán alcalde del mismo movimiento y filiación política del titular, de terna que para el efecto presente el movimiento al cual pertenezca en el momento de la elección.”

§61. El párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011²⁷, “*Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones*”, dispuso:

“Artículo 29. Candidatos de Coalición

(...)

En caso de faltas absolutas de gobernadores o alcaldes, el Presidente de la República o el gobernador, según el caso, dentro de los dos (2) días siguientes a la ocurrencia de la causal, solicitará al partido, movimiento o coalición que inscribió al candidato una terna integrada por ciudadanos pertenecientes al respectivo partido, movimiento o coalición. Si dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al de recibo de la solicitud no presentaren la terna, el nominador designará a un ciudadano respetando el partido, movimiento o coalición que inscribió al candidato. No podrán ser encargados o designados como gobernadores o alcaldes para proveer vacantes temporales o absolutas en tales cargos, quienes se encuentren en cualquiera de las inhabilidades a

²⁵ Ley 2200 de 2022 por el cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y funcionamiento de los Departamentos.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=177869#:~:text=Permite%20que%20los%20departamentos%2C%20teniendo,Participaci%C3%B3n>.

²⁶ <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=329>

²⁷ <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43332>

que se refieren los numerales 1, 2, 5 y 6 del artículo 30 y 1, 4 y 5 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000. Ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos de elección popular será superior al establecido para los congresistas en la Constitución Política.”

§62. La jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado²⁸, en sentencia del 27 de febrero de 2020, precisó que, en caso de vacancia absoluta del alcalde elegido, el gobernador solicitará al partido o coalición una terna. Y “... *Si dentro de los 10 días hábiles siguientes al de recibo de la solicitud no presentaren la terna, el nominador designará a un ciudadano respetando el partido, movimiento o coalición que inscribió al candidato...*”:

“[L]a regla general es la elección popular del alcalde correspondiente, esta pauta sólo halla excepción en los eventos establecidos en la propia Constitución y en las normas legales especiales. Algunos de esos sucesos corresponden a los establecidos en los incisos segundo y tercero del artículo 314 -suspensión- y -falta absoluta a menos de 18 meses de que finalice el período constitucional-, de la Carta. (...).

[L]a Ley 136 de 1994, definió cuáles son las faltas absolutas y cuáles las temporales del alcalde, a saber: Son faltas absolutas del alcalde: ... b) La renuncia aceptada... Es así como, para las faltas absolutas, la Constitución previó en el inciso 2 del artículo 314 que siempre que se presente a más de 18 meses de la terminación del período, se elegirá por voto popular un nuevo alcalde para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de 18 meses, el gobernador designará un alcalde para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el elegido.
(...).

[L]a Ley 1475 de 2011 en el parágrafo 3 del artículo 29 estableció que en caso de faltas absolutas el gobernador [para el caso de alcaldes municipales], dentro de los 2 días siguientes a la ocurrencia de la causal, solicitará al partido, movimiento o coalición que inscribió al candidato una terna integrada por ciudadanos pertenecientes al respectivo partido, movimiento o coalición. Si dentro de los 10 días hábiles siguientes al de recibo de la solicitud no presentaren la terna, el nominador designará a un ciudadano respetando el partido, movimiento o coalición que inscribió al candidato.”
Rft.

3.7. Estatutos del Partido Liberal Colombiano – calidad de militante – participación de los directorios en la terna para la designación de alcalde

§63. Como se analizará, según los Estatutos del Partido Liberal Colombiano, los integrantes de dicho partido tienen la calidad de *AFILIADOS* y simpatizantes, esto es que apoyen y se identifiquen con los ideas y principios ideológicos. Sin embargo, los *AFILIADOS* del partido que tienen la condición de *MILITANTES*, son quienes se afilian y pueden desempeñar cargos de elección popular en representación del partido. Y los directorios municipales postulan ante las directivas nacionales la terna para la designación del alcalde en caso de vacancia permanente, con el visto bueno de los directorios departamentales.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta MP. Rocio Araujo Oñate del 27 de febrero de 2020 radicado: 68001-23-33-000-2019-00512-01

§64. La Resolución 2247 del 2012²⁹, por la cual se expidieron los Estatutos del Partido Liberal Colombiano aprobados por la Segunda Constituyente Liberal Registrados ante el Consejo Nacional Electoral, ha estipulado en sus artículos 5 y 6 la calidad de miembros del partido conforme a la siguiente denominación:

“ARTÍCULO 5.- CONDICIÓN DE LIBERAL. Son liberales todos los colombianos por nacimiento o por adopción que se identifiquen con las ideas liberales socialdemócratas, sus principios ideológicos y los principios generales determinados en el preámbulo de estos Estatutos.

ARTÍCULO 6.- AFILIADOS. Son afiliados liberales los colombianos que se sientan interpretados por los principios doctrinarios del liberalismo, acaten los Estatutos y se afilien al Partido. Quienes hagan parte de los organismos del Partido, o desempeñen cargos públicos o de elección popular a nombre y representación del liberalismo, deberán afiliarse al Partido.

Los afiliados al Partido adquieren la condición de militantes.

SIMPATIZANTES. Adquiere el carácter de simpatizante, el colombiano liberal que se identifique con las ideas y tesis del Partido, las defienda y vote por los candidatos a cargos y corporaciones de elección popular que el Partido avale.”-rft.

§65. El artículo 37 señala que los directorios departamentales tienen la función de dar el visto bueno para la terna para reemplazar alcalde en caso de falta absoluta:

“ARTÍCULO 37.- FUNCIONES ADMINISTRATIVAS. Las funciones de los directorios departamentales, del Distrito Capital, municipales y locales, son las siguientes:

(...)

4. Proponer a la Dirección Nacional los nombres de la terna para reemplazar la falta absoluta del Alcalde Mayor del Distrito Capital, gobernador de departamento o alcalde municipal, según corresponda. En el caso de los directorios municipales, la terna deberá contar con el visto bueno del directorio departamental.” Rft

§66. En estos estatutos quedaron establecidas las reglas de selección de los candidatos a la Presidencia de la República, Gobernación y Alcaldías, mediante consulta popular o interna o por proceso de consenso, conforme a los reglamentos. De esta manera, los artículos 74 y 75 de dichos estatutos, señalaron los requisitos y autoridades encargadas de expedir los avales de los candidatos, del siguiente modo:

“ARTÍCULO 74.- CANDIDATOS. El Partido avalará un solo candidato a la Presidencia de la República, a cada gobernación y cada alcaldía.

Los avales los expedirá, única y exclusivamente, la Dirección Nacional Liberal para el candidato a la Presidencia de la República, los candidatos al Congreso de la República, los candidatos a gobernador y los candidatos a alcalde de ciudad capital.

Para los candidatos a los demás cargos, el representante legal del Partido elaborará las correspondientes listas y otorgará los avales. Esta función puede ser delegada, total o parcialmente, en los directorios departamentales, municipales y del Distrito Capital.

²⁹ <https://www.partidoliberal.org.co/assets/files/colombiaestatutopl2012-1581711575.pdf>

Las convenciones liberales podrán elegir candidatos cuando así lo requieran las autoridades del Partido, de acuerdo con la reglamentación de la Dirección Nacional Liberal.

PARÁGRAFO. Cuando la función de que trata este artículo sea delegada, quien la ejerce será responsable de las decisiones que tome en función de esta delegación.”

ARTÍCULO 75.- REQUISITOS PREVIOS PARA EL AVAL.- Los miembros de la Colectividad que deseen recibir aval del Partido Liberal Colombiano para aspirar a un cargo de elección popular o para optar por un nombramiento o elección estatal en nombre del mismo, deberán cumplir los siguientes requisitos:

(...)

1. Ser militante del Partido. (...)-sft-

§67. La Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 27 de febrero de 2020³⁰ concluyó sobre la forma de conformar la terna para designar al alcalde por falta absoluta del elegido, que “... *del tenor literal de la norma estatutaria, no se puede establecer la existencia de una regla que disponga el procedimiento que deben seguir las colectividades políticas para la selección de los candidatos a la terna de donde se escogerá al alcalde encargado. Quiere decir esto que, al no haberse regulado el tema a través de la correspondiente ley, les corresponde a las organizaciones políticas determinar a través de los mecanismos internos, la selección de los candidatos a ser ternados en caso de que así deban proceder, sin más requisito que quienes la conformen sean de la misma filiación política del titular. Corresponde al fuero interno de cada colectividad establecer las reglas para que de manera democrática se fijen las pautas de selección de los ternados ante las faltas de los mandatarios de elección popular titulares, lo cual encuentra soporte en el hecho que los ciudadanos que votan para elegir alcaldes, imponen como mandato al elegido el cumplimiento del programa de gobierno que haya presentado como parte integral en la inscripción de su candidatura ...”*

3.8. Caso concreto

§68. Conforme a los fundamentos fácticos y pretensiones señaladas en la demanda el actor pretende la nulidad del Decreto 549 del 23 de septiembre de 2022 por el cual se designó al señor Jorge Orbay Marín Ceballos como alcalde del municipio de Villamaría Caldas, por el periodo constitucional 2020-2023.

§69. El actor consideró que el alcalde designado carece de los requisitos legales y constitucionales, para proveer dicho cargo, basado en que el Burgomaestre no cuenta con la calidad de militante del Partido Liberal Colombiano, ni se ha desempeñado en actividades partidistas concernientes a foros, congresos, actos públicos entre otros. Por ello, consideró en virtud del artículo 275 del CPACA que se encuentra incurso en las causales de anulación electoral, lo que conllevaría a declarar la nulidad de la elección como alcalde del municipio de Villamaría Caldas.

³⁰ Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE- Bogotá, D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil veinte (2020)- Radicación número: 68001-23-33-000-2019-00512-01.

§70. Por su parte, el alcalde del municipio de Villamaría-Caldas, demandado, en su defensa argumenta que el señor Jorge Orbay Marín Ceballos sí cuenta con las calidades, los requisitos legales y constitucionales que lo acreditan como candidato militante afiliado del Partido Liberal Colombiano. En consecuencia, el partido expidió la Resolución 7456 del 8 de septiembre de 2022, por el cual se presentó terna para proveer dicho cargo, donde incluyó al accionado, y posteriormente fue designado por el Gobernador del Departamento de Caldas.

§71. Conforme a las pruebas debidamente allegadas, se encuentra acreditado:

§71.1. El señor Andrés Aristizábal Parra fue inscrito para las elecciones como candidato a la alcaldía de Villamaría para el periodo constitucional 2020-2023, avalado por la coalición programática denominada “*Un Sueño Llamado Villamaría*”, integrada entre los Partidos Liberal Colombiano y Centro Democrático³¹;

§71.2. El señor Aristizábal Parra fue electo para dicho cargo, como se constata en el Acta parcial de escrutinio municipal para elección del alcalde de Villamaría Caldas, en las elecciones del 27 de octubre de 2019³²;

§71.3. El 18 de agosto de 2022, el mencionado alcalde electo, señor Andrés Felipe Aristizábal Parra, presentó renuncia al cargo, faltando menos de 18 meses para la siguiente próxima elección a celebrarse en octubre de 2023;

§71.4. El gobernador aceptó la renuncia por el Decreto 382 del 19 de agosto de 2022 y dispuso requerir a la coalición para que en diez días allegara la terna para la designación del alcalde. Por los oficios DG-0263 y 0266 del 19 de agosto de 2022, se comunicó esta decisión a los partidos políticos;

§71.5. El 8 de septiembre de 2022 el Partido Centro Democrático renunció a presentar la postulación, según el acto demandado.

§71.6. El mismo 8 de septiembre de 2022, el Partido Liberal Colombiano presentó la terna para la designación del alcalde, donde incluyó al demandado, a través de la Resolución 7456.³³ En este acto se dejó constancia que el 19 de agosto de 2022, mediante del Decreto 382, el gobernador solicitó a los partidos políticos dicha terna.

§71.7. En el proceso no se demostró que la terna contara con la propuesta del directorio municipal ni el visto bueno del directorio departamental, conforme al artículo 37.4 de los estatutos del Partido Liberal Colombiano.

§71.8. Teniendo en cuenta la fecha de comunicación de la aceptación de renuncia del alcalde, 19 de agosto de 2022, se infiere que el partido liberal debió presentar la terna hasta el 2 de septiembre de 2022.

§71.9. El 19 de septiembre de 2022, el Secretario General de Partido Liberal, en ejercicio de sus competencias estatutarias, certificó que el accionado, señor Jorge

³¹ Expedientedigitalarchivo012contestacionpág. 28

³² ExpedientedigitalcarpetacontestaciónRegistraduríaNacionaldelEstadoCivil.

³³ Expedientedigitalarchivo012Contestacióndemandadpág.28

Orbay Marín Ceballos, es *MILITANTE* del partido, desde el **19 de septiembre de 2022**. Así, de las declaraciones allegadas al proceso se puede concluir que, desde antes de 2022 el demandado era al menos simpatizante del partido.

§71.10. Mediante el Decreto 459 del 23 de septiembre de 2022, el gobernador de Caldas designó al señor Jorge Orbay Marín Ceballos como alcalde de Villamaría. Para lo cual consideró: (i) el partido liberal remitió en forma extemporánea la terna para la designación; (ii) el gobernador consideró las hojas de vida de los ternados; y, (iii) observó que el señor Jorge Orbay Marín Ceballos cumplía con las calidades para la designación.

§72. Se observa que el Partido Liberal Colombiano por la Resolución 7456 del 8 de septiembre de 2022 hizo la postulación de la terna para la designación de alcalde de Villamaría. Pero, según la certificación del Secretario General del partido, el señor Jorge Orbay Marín Ceballos solo se encuentra afiliado como militante en una fecha posterior, desde el 19 de septiembre de 2022.

§73. Esta circunstancia, como también que no se haya demostrado que la terna fue propuesta por el directorio municipal con el visto bueno del directorio departamental, podrían controvertir la conformación de la terna presentada por el Partido Liberal Colombiano por la Resolución 7456 del 8 de septiembre de 2022³⁴.

§74. Sin embargo, dicha terna fue allegada extemporáneamente, por lo que “... *Si dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al de recibo de la solicitud no presentaren la terna, el nominador [gobernador] designará a un ciudadano respetando el partido, movimiento o coalición que inscribió al candidato.*”

§75. Y la designación que hizo el gobernador del alcalde fue en cabeza del demandado, a través del Decreto 459 del 23 de septiembre de 2022, fecha para la cual sí era militante del Partido Liberal Colombiano, basado en las personas incluidas en la terna presentada por el partido, o sea respetando el partido.

§76. En conclusión, la parte demandante no demostró que, para el 23 de septiembre de 2022, el señor Jorge Orbay Marín no reunía las calidades para ser designado por el Gobernador del Departamento de Caldas, pues en dicha fecha era militante y se respetó la voluntad del partido.

§77. En atención a lo expuesto, se declarará probada la excepción de “Legalidad del acto administrativo de nombramiento proferido por el gobernador de Caldas, decreto 459 del 23 de septiembre de 2022”, y se negarán las pretensiones de la demanda de nulidad electoral.

4. Costas

§78. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, no procede condena en costas en este asunto, por tratarse de un proceso en el que se ventila un interés público.

³⁴ Expedientedigitalarchivo012Contestacióndemandadpág.28

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

Sentencia

Primero. DECLARAR PROBADA la excepción de “Legalidad del acto administrativo de nombramiento proferido por el gobernador de Caldas, decreto 459 del 23 de septiembre de 2022”, propuesta por el demandado, señor Jorge Orbay Marín Ceballos

Segundo. NEGAR las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad electoral promovió el señor **Luís Eduardo Ríos Salazar** contra la designación del señor **Jorge Orbay Marín Ceballos** como alcalde Municipal de Villamaría.

Tercero. SIN COSTAS, por expresa disposición legal.

Cuarto. ADVIÉRTESE a los sujetos procesales que contra la presente decisión no procede los recursos previstos en el CPACA.

Quinto. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 289 del CPACA.

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

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN