

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, quince (15) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación	17 001 23 31 000 2000 00118 02
Clase:	Reparación Directa
Demandante:	Ana Cecilia López Daza y otros
Demandado:	Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

Procede el Despacho a resolver el recurso de reposición y en subsidio apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, contra los autos de fechas 17 y 25 de julio de 2023, mediante los cuales se efectúa y aprueba la liquidación de honorarios de curador Ad Litem realizada por la Secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas dentro del proceso de la referencia.

Antecedentes

En cumplimiento de lo dispuesto por el Consejo de Estado en providencia de 31 de mayo de 2018, mediante la cual se modificó el auto del 11 de octubre de 2017 de este Tribunal, fijando la suma de 500 SMLV, como honorarios a los cuales tiene derecho el abogado Luis Alirio Torres Barreto; la Secretaría de este Tribunal, el 17 de julio de 2023 procedió a liquidar los honorarios del abogado en mención con fundamento en la fijación realizada por el Consejo de Estado. Liquidación que fue aprobada por este Despacho el 25 de julio de 2023.

El abogado Luis Alirio Torres Barreto, presenta recurso de reposición y en subsidio apelación contra la providencia que aprobó la liquidación, considerando que, el Consejo de Estado reguló los honorarios profesionales en la suma de 500 salarios mínimos legales vigentes, así como que su nombre correcto es Luis Alirio Torres Barreto y no Luis Alberto; y refuta el hecho de no

haberse hecho ninguna consideración para tasar los honorarios en la suma de \$13.020.700; pues, a su juicio, la Secretaría del Tribunal toma como referencia 500 salarios mínimos diarios y no 500 salarios mensuales como indica el auto que fija los honorarios.

Aduce que tampoco está claro con qué fecha se están liquidando los honorarios; esto es, si con la fecha del auto que fijó los honorarios el 31 de mayo 2018, o con el salario mínimo de la fecha del auto que fija los honorarios por parte del Tribunal, o con el salario actualizado.

De igual manera refuta que, la Secretaría del Tribunal tomó como referencia el salario mínimo diario, entre tanto el Consejo de Estado, tomó el mensual; pues cuando modificó la suma de 400 salarios, pasando a 500, no solo varió el monto, sino que modificó en cuanto a que esta suma fuera mensual; lo cual resulta superior a lo liquidado por el Tribunal.

Finalmente aduce que, en el auto de 31 de mayo de 2018, mediante el cual se regularon los honorarios profesionales, el Consejo de Estado señala que no se ha limitado la gestión como Curador, sino que los honorarios se han fijado por la gestión global.

Solicita se sirva acceder a la solicitud realizada, debiendo liquidarse el crédito sumando el capital más los intereses generados en los 7 años en que no se ha dado cumplimiento al fallo judicial.

Consideraciones

1. Procedibilidad y oportunidad del recurso de reposición interpuesto.

El Artículo 242 de la ley 1437 de 2011 respecto del recurso de Reposición consagra *“El recurso de reposición procede contra todos los autos, salvo norma legal en contrario. En cuanto a su oportunidad y trámite, se aplicará lo dispuesto en el Código General del Proceso.”*

Y, el Artículo 318 del Código General del Proceso respecto de la oportunidad para interponer el recurso de reposición prescribe:

“Artículo 318. Procedencia y oportunidades. Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se reformen o revoquen.

El recurso de reposición no procede contra los autos que resuelvan un recurso de apelación, una súplica o una queja.

El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto.

El auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos no decididos en el anterior, caso en el cual podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de los puntos nuevos.

Los autos que dicten las salas de decisión no tienen reposición; podrá pedirse su aclaración o complementación, dentro del término de su ejecutoria.” (Subraya el Despacho).

Ahora, el recurso de reposición se presentó el 31 de julio de 2023, y la providencia que recurre, de la aprobación de liquidación de honorarios se notificó el 28 de julio del mismo año, por lo que, el recurrente se encontraba dentro del término para su interposición.

De igual manera, del artículo 242 del CPACA se desprende que, los autos mediante los cuales se liquidaron los honorarios y la aprobación de los mismos, son susceptibles del recurso de reposición, por lo que se resolverá el mismo.

2. Del recurso de apelación interpuesto.

El artículo 243 con la modificación introducida en la ley 2080 de 2021 consagra la procedencia del recurso de apelación frente al auto que niegue el decreto o la práctica de una prueba:

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

- 1. El que rechace la demanda o su reforma, y el que niegue total o parcialmente el mandamiento ejecutivo.*
 - 2. El que por cualquier causa le ponga fin al proceso.*
 - 3. El que apruebe o impruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales.*
- El auto que aprueba una conciliación solo podrá ser apelado por el Ministerio Público.*

4. El que resuelva el incidente de liquidación de la condena en abstracto o de los perjuicios.
5. El que decrete, deniegue o modifique una medida cautelar.
6. El que niegue la intervención de terceros.
7. El que niegue el decreto o la práctica de pruebas.
8. Los demás expresamente previstos como apelables en este código o en norma especial.

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

Basta con decir que, en este caso, los autos contra los cuales se interpone el recurso de apelación no se encuentran dentro del listado en mención, por lo que se rechazará por improcedente el recurso de apelación interpuesto.

3. Resolución del recurso de reposición.

Mediante auto número 417 de 11 de octubre de 2017 este Tribunal Administrativo resolvió entre otros reconocer a favor del abogado Luis Alirio Torres Barreto en calidad de Curador Ad Litem de la señora Ángela María Serna Cárdenas honorarios equivalentes a 400 salarios mínimos legales diarios vigentes que debían ser cancelados por la demandada Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional. Auto contra el cual el abogado Luis Alirio Torres Barreto interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, declarándose improcedente el de reposición, y concediendo en efecto suspensivo el recurso de apelación ante el Consejo de Estado.

Mediante auto del 31 de mayo de 2018, el Consejo de Estado resolvió modificar el auto del 11 de octubre de 2017, proferido por este Tribunal, fijando los honorarios a que tiene derecho el abogado Luis Alirio Torres Barreto, la suma equivalente a 500 salarios mínimos legales vigentes; ello en virtud de una tasación global. Y, mediante providencia del Consejo de Estado de 30 de mayo de 2023 remitió inmediatamente el expediente a este Tribunal con el fin de que se liquidaran los honorarios según lo establecido en el auto del 31 de mayo de 2018.

El 17 de julio de 2023, la Secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas liquidó los honorarios correspondientes en la suma de \$13.020.700; y el Despacho, el 25 de julio del mismo año, aprobó la liquidación efectuada.

Ahora, el recurrente discrepa principalmente respecto de que no se precisa si la suma se fija a la fecha de expedición de la providencia que liquida los honorarios, o a la fecha de 31 de mayo de 2018; y que, el auto del Consejo de Estado indica que son 500 Salarios Mínimos Legales Mensuales; y el Tribunal los fijó en Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes.

Sea lo primero precisar que, efectivamente, la liquidación de los honorarios se hace con la fecha en que se profirió el auto mediante el cual el Consejo de Estado modificó los honorarios fijados por este Tribunal, disponiendo la suma de 500 Salarios Mínimos Legales Vigentes; lo cual no tiene discusión, por ser la fecha de la fijación de éstos.

Ahora, con relación a la interpretación errada que hace el recurrente, respecto a que, en la providencia de este Tribunal se fijaron 400 Salarios Mínimos Diarios Vigentes, y que, el Consejo de Estado no solo modificó a 500, sino que dispuso que eran mensuales; debe decir este Despacho que, pese a que en la providencia de 31 de mayo de 2018 el Consejo de Estado fijó la suma de 500 Salarios Mínimos Legales Vigentes, en la parte considerativa del auto argumentó la modificación de la suma en la gestión realizada por el apoderado judicial en primera y segunda instancia, y refiere el reconocimiento del tope máximo previsto en el acuerdo 1518 de 2002, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Al revisar las partes considerativa y resolutive de la providencia del Consejo de Estado, no se advierte argumento alguno que indique un cambio del reconocimiento de salarios mínimos diarios a salarios mínimos mensuales; y, si bien es cierto en la resolutive se dice 500 Salarios Mínimos Legales Vigentes, ello no implica que sean Salarios Mensuales, porque así expresamente se hubiera dicho.

Sumado a lo expuesto, el Consejo de Estado tuvo como referente para la fijación de la suma de 500 Salarios Mínimos Legales Vigentes el acuerdo número 1518 de 2002, el cual previó en el título VII la remuneración de los auxiliares de la justicia, cuyo numeral 1 del artículo 37 dispuso:

“Artículo 37. Fijación de tarifas. Con base en los criterios señalados en el artículo anterior, la remuneración de los auxiliares de la justicia se regirá con sujeción a las siguientes reglas:

1. Curadores ad litem. Modificado por el art. 3, Acuerdo del CSJ 1852 de 2003. En los procesos de mínima cuantía los curadores ad litem recibirán como honorarios, al finalizar su labor, entre dos y treinta salarios mínimos legales diarios; en los procesos de menor cuantía entre diez y ciento cincuenta salarios mínimos legales diarios y en los de mayor cuantía entre veinte y quinientos salarios mínimos legales diarios.

En los procesos o asuntos sin cuantía, de única instancia, los curadores ad litem recibirán entre dos y cien salarios mínimos legales diarios, y en los de dos instancias entre dos y quinientos salarios mínimos legales diarios.

Cuando haya de señalarse previamente una suma para gastos, se limitará a lo estrictamente necesario.

En los procesos de mayor y menor cuantía, si la labor del curador ad litem se redujo a contestar la demanda, el juez podrá fijarle honorarios por debajo de la tarifa aquí establecida. (...) (Subraya el Despacho)”

El Acuerdo transcrito fue el aplicado por el Consejo de Estado para la fijación de honorarios del apoderado judicial, quien expone que, se fijaría el tope máximo allí contemplado; tope que, según el acuerdo, para los Curadores ad Litem en los procesos de mayor cuantía la remuneración estaría entre 20 y 500 Salarios Mínimos Legales Diarios.

Por lo expuesto, no hay duda alguna que la fijación de honorarios corresponde a salarios mínimos diarios legales vigentes, porque así expresamente se dispone en el acuerdo 1518 de 2002 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, con el cual fundamentó el Consejo de Estado los honorarios cuestionados.

Finalmente, para que no quede duda alguna sobre la liquidación realizada por la Secretaría de este Tribunal, y aprobada por parte de este Despacho, para el año 2018, fecha en la que se profirió el auto del Consejo de Estado fijando los honorarios en la suma de 500 salarios mínimos legales vigentes, el salario mínimo mensual vigente en Colombia equivalía a la suma de \$781.242, por lo que el salario diario mensual vigente del año 2018 era de \$26.041.4, valor que multiplicado por 500, da un total de \$13.020.700, suma idéntica a la liquidada por este Tribunal en la providencia de 17 de julio de 2023, y, aprobada por el Despacho el 23 de julio de 2023; por lo que, no hay lugar a reponer las providencias cuestionadas, como se dirá en la parte resolutive de esta

providencia.

Finalmente, y frente a la solicitud de corrección del nombre a que hace alusión el memorial presentado por el profesional del derecho, esta solicitud se resolverá de la siguiente manera:

La corrección de errores aritméticos y cambio de palabras se encuentra regida por el Código General del Proceso en su artículo 285, aplicable a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por expresa remisión del artículo 44 de la Ley 472 de 1998, el cual dispone:

“Artículo 286. Corrección de errores aritméticos y otros. Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.

Si la corrección se hiciera luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella.” (Subraya el Despacho)

De la norma en cita queda claro que la corrección de providencia procede cuando haya entre otros, cambio de palabras que estén contenidas o influyan en la parte resolutive de la providencia; y, si bien es cierto la liquidación de honorarios realizada por la Secretaría de este Tribunal no tiene la naturaleza de providencia judicial, si advierte este Despacho que, en la liquidación de los honorarios realizada por la secretaria de esta Corporación, calendada 17 de julio de 2023, se expresó en la parte final, que se debe pagar al abogado Luis Alberto Torres Barreto, cuando el nombre correcto es Luis Alirio Torres Barreto, el despacho impartió aprobación a dicha liquidación, por lo que a juicio del suscrito es procedente disponer la rectificación del nombre del togado en cuyo favor se dispuso la fijación de los honorarios profesionales.

Por lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Caldas,**

II. Resuelve

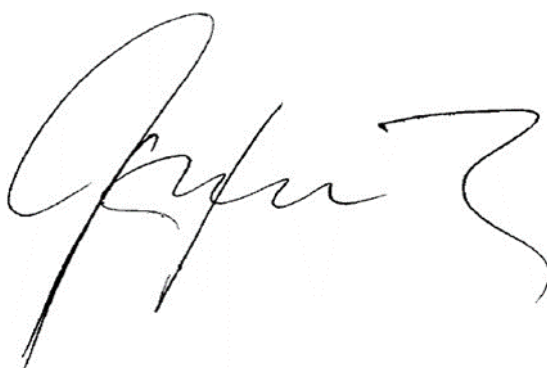
Primero: No reponer el auto de 23 de julio de 2023, mediante la cual el Despacho aprobó la liquidación realizada por la Secretaría de este Tribunal el

de 17 de julio de 2023.

Segundo: Rechazar por improcedente el recurso de apelación interpuesto por el abogado Luis Alirio Torres Barreto contra el auto de 23 de julio de 2023, mediante el cual se aprobó la liquidación realizada por la secretaria del Tribunal el 17 de julio de 2023.

Tercero: Corregir el nombre del abogado que obra en la parte final de la liquidación de honorarios realizada por la Secretaría de este Tribunal, de fecha 17 de julio de 2023, entendiendo para todos los efectos que éste corresponde a **Luis Alirio Torres Barreto**.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Fernando', with a stylized flourish at the end.

Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, quince (15) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001-33-39-005-2018-00038-03
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Vilma Ofelia Echeverry Atehortúa
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación - FNPSM
Providencia:	Sentencia No. 170

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el 18 de noviembre de 2019, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la parte actora.

I. Antecedentes

1. Pretensiones.

Solicita el apoderado de la parte demandante que por esta Corporación se hagan los siguientes pronunciamientos:

"1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución Nro. 9276-6 del 28 de noviembre de 2017 suscrita por el Doctor (a): FABIO HERNANDO ARIAS OROZCO, Secretario de educación, CARLOS EDUARDO ARREDONDO MOZO, profesional especializado en prestaciones sociales, en cuanto le reconoció una PENSIÓN VITALICA DE JUBILACIÓN a mi representado y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado y/o subsidiariamente los factores salariales percibidos en el último año de servicio al cumplimiento del status de pensionado y lo subsidiariamente (sic) los factores salariales percibidos durante el año inmediatamente anterior al momento del retiro definitivo del cargo.

"2. Declarar que mi mandante tiene derecho a que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del 05 de febrero de 2017, equivalente al 75% del promedio salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado (a) y/o subsidiariamente los factores salariales percibidos en el último año de servicio al momento del retiro definitivo del cargo, que son los que constituyen la base de reliquidación pensional de mi representado.

A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, SIRVASE:

1. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que le reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir 04 de febrero de 2017,

equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado (a) indicado y/o subsidiariamente los factores salariales percibidos en el último año de servicio al momento del retiro definitivo del cargo, que son los que constituyen la base de reliquidación pensional de mi representado.

2. Que del valor reconocido se le descuente lo que fue reconocido y cancelado en virtud de la resolución No. 9276-6 del 28 de noviembre de 2017, suscrita por el doctor (a): FABIO HERNANDO ARIAS OROZCO, Secretario de educación, CARLOS EDUARDO ARREDONDO MOZO, profesional especializado en prestaciones sociales, que le reconoció la PENSIÓN a mi representado.

3. Ordenar a LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que, sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia y la ley."

"4. Ordenar a LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga (sic) realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

[...]"

2. Hechos.

Se afirma en la demanda que el demandante laboró más de veinte años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos por la ley para que le fuera reconocida su pensión de jubilación por esa entidad.

La base de liquidación pensional, en su reconocimiento, incluyó sólo la asignación básica omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Considera vulnerados:

Ley 91 de 1989 Artículo 15 Ley 33 de 1985 Artículo 1°.

Ley 62 de 1985.

Decreto Nacional 1045 de 1978.

Indica que el régimen prestacional de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se establece tomando como referencia la fecha en la cual el docente fue vinculado al servicio educativo estatal, es decir, si su vinculación fue anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, su régimen pensional

corresponde al establecido en la ley 91 de 1989 y demás normas aplicables hasta esta fecha, pero si su vinculación laboral fue posterior a la entrada en vigencia de la Ley 812, estos docentes estarán bajo el régimen pensional regulado por la ley 100 de 1993. Señala que en el sub iudice es aplicable al demandante la ley 91 de 1989, razón por la cual se deben incluir en la liquidación de la pensión, todos los factores devengados en el último año de servicios.

4. Contestación de la demanda.

Guardó silencio.

5. Fallo de primera instancia.

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 18 de noviembre de 2019, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLÁRASE LA NULIDAD PARCIAL de la Resolución 9276-6 del 28 de noviembre de 2017, proferida por la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, SE CONDENA a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reliquidar y pagar los ajustes económicos de la pensión de jubilación que devenga la señora VILMA OFELIA ECHEVERRY ATEHORTUA, tomando en cuenta el 75% del promedio de la asignación básica, prima de vacaciones, prima de navidad y bonificación mensual, devengados durante el año anterior al retiro definitivo del servicio.

Las sumas que resulten a favor de la demandante, deberán indexarse conforme al artículo 187 del C.P.A.C.A, es decir, actualizarse mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer esos ajustes.

TERCERO: SE AUTORIZA a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, deberán realizarse las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes, aportes que en todo caso deberán ser asumidos por la demandante en la proporción de ley.

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

QUINTO: SIN COSTAS por lo brevemente considerado.

[...]

Para sustentar la decisión, el a quo indicó:

a.) Del contenido de la Resolución 9276-6 del 28 de noviembre de 2017, se advierte que para calcular el ingreso base de liquidación de la pensión de la señora VILMA OFELIA ECHEVERRY ATEHORTUA se tuvieron en cuenta los

siguientes factores: sueldo mensual, prima de vacaciones y bonificación mensual

b.) Se encuentra acreditado que la docente laboró por el periodo comprendido entre el 20 de enero de 1992 al 04 de febrero de 2017.

c.) Sobre el particular, cabe señalar que la demandante se encuentra vinculada al servicio docente desde el 20 de enero de 1992, por lo que su vinculación se produjo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, siendo cobijada por la Ley 91 de 1989.

d.) Así las cosas, en su condición de docente nacionalizado, vinculada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tiene derecho a una pensión ordinaria de jubilación bajo el régimen contenido en la Ley 33 de 1985.

e.) Como se observa en el Certificado No. 5604 del 03 de diciembre de 2018, durante el año anterior al retiro de servicio, a la señora VILMA OFELIA ECHEVERRY ATEHORTUA se le cancelaron los siguientes factores salariales asignación básica, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y bonificación mensual.

f.) De acuerdo con lo expuesto y la posición prevalente del Tribunal Administrativo de Caldas, la demandante tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con los factores respecto de los cuales se efectuó aportes al sistema de seguridad social, incluyendo la prima de navidad devengada por la docente durante el último año de servicios, la cual no fue incluida en la respectiva liquidación.”

6. Recurso de apelación.

La parte demandante afirma que la decisión del juez de primera instancia está basada en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 donde se estipuló la base de liquidación de las pensiones del personal docente; sin embargo, recalca que en virtud del principio de la confianza legítima, espera que su pretensión sea resuelta al amparo de la anterior postura fijada por el Consejo de Estado en sentencia del 26 de agosto de 2010, en virtud de la cual, la liquidación de la pensión debe efectuarse con la inclusión de todos y cada uno de los factores salariales devengados por el docente en el último año de servicios.

6. Alegatos de conclusión.

Las partes guardaron silencio.

7. Concepto del Ministerio Público.

No rindió concepto.

II. Consideraciones de la Sala

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

1. ¿Cuál es el marco legal y jurisprudencial aplicable para efectos de resolver sobre las pretensiones de la parte demandante?
2. ¿El a quo resolvió el caso concreto de conformidad con el marco legal aplicable? Y en caso contrario,
3. ¿Procede la modificación o revocatoria del fallo proferido en primera instancia en aquello que se aparte del precedente aplicable?

A efectos de resolver lo pertinente, lo primero que observa la Sala es que la sentencia de primera instancia fue favorable a las pretensiones de la parte demandante en tanto le ordenó a la demandada la reliquidación de la pensión de la demandante con inclusión de los factores respecto de los cuales se efectuó aportes al sistema de seguridad social, incluyendo la prima de navidad devengada por la docente durante el último año de servicios, la cual no fue incluida en la respectiva liquidación.

Con todo, es la misma parte demandante quien por vía de apelación controvierte la sentencia de primer grado al considerar que el precedente jurisprudencial que le debe ser aplicado, es el fijado por el Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante sentencia del 4 de agosto de 2010, con ponencia del Magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicado 25000-23-25-000-2006- 07509-01 (0112-09), en la cual se concluyó que el legislador previó un régimen amplio en relación con los factores salariales que conforman la base de la liquidación pensional, permitiendo entonces que las pensiones de jubilación se liquiden con todos aquellos factores que constituyen salario, sin ceñirse estrictamente a los taxativamente señalados en el artículo 12 de la Ley 62 de 1985. Considera que en virtud del principio de confianza legítima, ese es el precedente que se debe estudiar en su caso y no el que años más tarde se sentó por la misma Corporación con la sentencia de unificación emanada de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, CP: César Palomino Cortés, identificada como SUJ-014 -CE-S2 -2019, Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019), Expediente: 680012333000201500569-01, N.º Interno: 0935-2017, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Demandante: Abadía Reynel Toloza, Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag.

Teniendo en cuenta lo anterior, se procederá a establecer el precedente que resulta vinculante en el sub examine.

2. Precedente jurisprudencial vinculante.

Ciertamente, la jurisprudencia del Consejo de Estado fija unos parámetros para la interpretación y aplicación de la ley y por lo tanto, emerge como una fuente de derecho que propende por la garantía del principio de seguridad jurídica e igualdad ante la ley.

Así pues, el Consejo de Estado, como órgano de cierre de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, está llamado a proferir sentencias de unificación en determinadas materias que requieren de la fijación de un criterio de interpretación que resulte razonable y uniforme para resolver casos de perfiles fácticos y jurídicos análogos.

Desde luego, el efecto vinculante y la obligatoriedad del precedente jurisprudencial también se aplica a la misma Corte de donde emana y por ello, cuando la misma se va a apartar de aquel o cuando va a fijar un nuevo precedente sobre determinada materia, adquiere la carga de argumentar con suficiencia las razones que la mueven para proceder en tal forma; es decir, el precedente no es inmutable pero un cambio en este supone la exposición de unas razones sustentables jurídicamente a fin de no defraudar la confianza legítima de los usuarios de la administración de justicia.

Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado que “... ante ciertas circunstancias específicas y bajo una estricta exigencia argumentativa, es posible que se modifiquen las reglas fijadas en los precedentes jurisprudenciales. Así las cosas, tales exigencias permiten, a su vez, reforzar los mismos principios de igualdad, buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, en la medida en que impiden que el precedente judicial se convierta en una materia discrecional.”¹

En este caso, se observa que el Consejo de Estado en la sentencia de unificación proferida en el año 2019, expuso las razones por las cuales considera que el ingreso base de liquidación de la pensión de los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, está constituido por el salario devengado en el último año de servicio con inclusión de los factores sobre los cuales se hizo el respectivo aporte al sistema de pensiones, los cuales no pueden ser otros que los definidos en la Ley 62 de 1985. De la exposición normativa que hace en dicha providencia, colige que no es dado liquidar la pensión sobre “*todos y cada uno de los devengados en el último año de servicio*” como se reconocía anteriormente por la Alta Corporación. Al respecto dice:

“Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere

¹ SU-406/16.

efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.”

Aunado al anterior argumento, en cuanto a los efectos de dicha sentencia de unificación, dispuso lo siguiente:

73. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, “La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política². Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio”. 74. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables. /Líneas de la Sala/ 75. Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

Como puede verse, la sentencia de unificación debe aplicarse de manera inmediata, incluso en los casos que se encuentren en trámite administrativo o judicial porque frente a éstos no se predica el fenómeno de la cosa juzgada; luego, es un precedente que vincula a esta jurisdicción tanto en sentido horizontal como vertical.

Ha de colegirse entonces, que la sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado es la que orientará el análisis del caso concreto.

3. Del régimen pensional aplicable a los docentes oficiales.

El Decreto 3135 de 1968, por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y

²La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98. En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativos (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). [...]»

trabajadores oficiales, para los empleados del orden nacional, en su artículo 27 dispuso:

“Pensión de jubilación o vejez. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75 % del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.

No quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley determine expresamente.”

Este artículo fue reglamentado por el 68 del Decreto 1848 de 1969, así:

“Derecho a la pensión. Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señaladas en el artículo 1 de este decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer.”

La Ley 33 de 1985, por la cual se dictaron algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público, aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes, derogó, en forma expresa, los artículos 27 y 28 del Decreto 3135 de 1968 y, en forma tácita, el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945 que, a su vez, fue reformada por la Ley 62 de 1985. Al respecto, la primera de las normas aquí citadas, dispuso:

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

*No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
(...)*

Parágrafo 2. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3. En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley.”

Como puede observarse, ésta norma resulta aplicable a todos los empleados oficiales (del orden nacional, departamental o municipal) salvo, a quienes trabajen en actividades que, por su naturaleza, justifiquen la excepción que determine expresamente la ley ni a quienes disfruten de un régimen especial.

Posteriormente se expidió la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que en su artículo 15 estableció:

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

1. *Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.*

2. *Pensiones:*

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

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

En el año 1993 se expidió la Ley 100, por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, en cuyo artículo 279 consagró:

“Artículo 279. Excepciones. *El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.*

Así mismo, se exceptúan a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida...”

Los docentes fueron excluidos expresamente del Sistema Integral de Seguridad Social por ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de la pensión de vejez de éstos.

Por su parte, la Ley 115 del 8 de febrero de 1994 -Ley General de la Educación- dispuso:

“Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. *El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.”

De acuerdo con la parte final del inciso 1 del artículo 115, el régimen prestacional de los educadores es el contenido en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993, que remiten a las Leyes 33 y 62 de 1985 para los docentes nacionales, aplicables a los territoriales que no contaban con un régimen específico en sus respectivas circunscripciones.

Ahora bien, el Consejo de Estado³, mediante sentencia del 10 de octubre de 2018, consideró lo siguiente:

“{...} de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, en materia de pensión de vejez de los docentes, ni la Ley 91 de 1989 ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen especial. Tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994⁴, pues en el artículo 115 no estableció condiciones excepcionales.⁵ Por esta razón, fuerza concluir que la pensión de jubilación de los docentes sigue sometida al régimen general previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el cual continuaron adquiriendo su derecho a la pensión de jubilación ordinaria con 20 años de servicio y 55 de edad.

...

No obstante, la Ley 812 del 27 de junio de 2003⁶, por la cual se aprobó el plan de desarrollo, dispuso en el artículo 81 lo siguiente:

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

Luego, el Acto Legislativo 1 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, elevó a rango constitucional las reglas contenidas en la Ley 812 de 2003, sin introducir ninguna modificación en el tema pensional. En el párrafo transitorio dispuso:

“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficiales es el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del sistema general de pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”

En estos términos, reiteró el legislador que el régimen aplicable a los docentes vinculados al servicio público oficial es el consagrado en la Ley 91 de 1989. Sin embargo, a los docentes que se vinculen con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se les aplican las reglas contenidas en el artículo 81 de esta.”

De manera reciente, el Consejo de Estado⁷ se volvió a pronunciar mediante sentencia de

³ Rad. 2015-00871. C.P. Rafael Francisco Suarez Vargas. Actor. María Victoria Bustamante García. Demandado. FNPSM.

⁴ Ley general de la educación.

⁵ “Art. 115 Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.”

⁶ Rad. 2015-00871. M.P. Rafael Francisco Suarez Vargas. Actor. María Victoria Bustamante García. Demandado FNPSM.

⁷ consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, CP: César Palomino Cortés, Sentencia de unificación Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019, Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019), Expediente: 680012333000201500569-01, N.º Interno: 0935-2017, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Demandante: Abadía Reynel Toloza, Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag.

unificación del 25 de abril de 2019, estableciendo lo siguiente:

“{...} La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

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

Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.”

4. El caso concreto.

A la señora Vilma Ofelia Echeverry Atehortúa le fue reconocida la pensión de vejez mediante la Resolución N°. 9276-6 del 28 de noviembre de 2017, expedida por la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, con base en el sueldo mensual, prima de vacaciones y bonificación mensual, con efectos fiscales a partir del 5 de febrero de 2017. (Archivo 004)

La demandante reclama en su favor el derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio.

En el Certificado No. 5604 del 03 de diciembre de 2018 se consigna que, durante el año anterior al retiro de servicio, a la señora Vilma Ofelia Echeverry Atehortúa se le cancelaron, además de la asignación básica, prima de servicios, prima de vacaciones y bonificación mensual, la **prima de navidad**. /Archivo 011/

La demandante se encuentra vinculada al servicio docente desde el 20 de enero de 1992, por lo que su vinculación se produjo antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, siendo

cobijada por la Ley 91 de 1989. Así las cosas, en su condición de docente nacionalizada, vinculada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tiene derecho a una pensión ordinaria de jubilación bajo el régimen contenido en la Ley 33 de 1985.

Ahora bien, en atención al criterio fijado por el Consejo de Estado en las sentencias ya referidas, esta Sala de Decisión colige que la demandante no tiene derecho a que su pensión se reliquide con todos y cada uno de aquellos rubros constitutivos del salario devengado en el último año de servicios y las razones son las siguientes:

Como se señaló anteriormente, la norma que ampara la situación particular de la parte accionante es la contenida en las Leyes 91 de 1989, la Ley 33 y 62 de 1985.

El párrafo B. del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 establece:

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

El artículo 1 de la Ley 33 de 1985 establece:

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

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, dispone:

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

La Sección Segunda de la Alta Corporación, en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, consideró que el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y, por ende, para establecer la cuantía de las pensiones de los servidores públicos debían incluirse todos los factores percibidos de manera habitual, como contraprestación por sus servicios.

Sin embargo, esta posición como ya se dijo, fue revaluada por la Sala Plena de lo

Contencioso Administrativo en sentencia de unificación⁸, en la cual fijó la siguiente regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición:

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

El Consejo de Estado en esta nueva oportunidad consideró que la tesis adoptada en la referida sentencia de unificación de la Sección Segunda, proferida el 4 de agosto de 2010, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social: **“dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.”** (Subraya la sala).

Así, en la mencionada sentencia se precisó que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Fundó la nueva tesis en el artículo 1 de la Constitución Política que consagra la solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, en concordancia con el artículo 48 constitucional que define la Seguridad Social como *“un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”.*

Agregó que *“la interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, sólo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.”*

Y concluyó que el tomar en cuenta sólo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe garantizar el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

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

⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Expediente 2012-00143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro.

sistema.”

En consonancia con lo anterior, mediante la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la Alta Corporación retomó el tema para sentar la regla jurisprudencial según la cual *“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo. /Líneas de la Sala/*

En tal sentido, tomando en cuenta las consideraciones del Consejo de Estado, esta corporación advierte que no es procedente la reliquidación de la pensión de la parte demandante con inclusión de la prima de servicios y la prima de navidad, pues ciertamente, estos factores se encuentran por fuera de los establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985. De hecho, la entidad solamente estaba obligada a incluir los factores enlistados en la referida norma, que hubiesen sido devengados en el año anterior al retiro del servicio y sobre los cuales se hubiese realizado el respectivo aporte al sistema de pensiones, esto es, salario básico; y la bonificación mensual certificada y que fue devengada de conformidad con el Decreto No. 123 de 2016.

Así las cosas, contrario a lo dicho por el a quo, en este caso no resultaba procedente ordenar la reliquidación de la pensión con inclusión de la prima de navidad, pues ésta tampoco se encuentra consagrada en la norma al amparo de la cual se debe resolver la pretensión de la parte actora, tal y como quedó visto en precedencia.

No obstante lo anterior, comoquiera que la parte demandante es apelante única⁹, no resulta procedente adoptar una decisión que le resulte adversa; ello, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus*.

Al respecto ha dicho el Consejo de Estado¹⁰:

La prohibición para el fallador de hacer más gravosa la situación del apelante único, quien se entiende impugna la providencia solo en lo desfavorable, está prevista en la Constitución Política en el artículo 31 que indica “Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.”

⁹ Toda vez que el escrito presentado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado es extemporáneo /Archivo 26, Cuaderno 1/ y la única apelación concedida en primera instancia fue la presentada por la parte demandante.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de dos mil quince (2015) Radicación número: 11001-03-15-000-2015-01250-01(AC)

Sobre esta garantía procesal, la Corte Constitucional en la sentencia T-1186 de 2003 consideró que constituye un derecho fundamental así:

“3. La jurisprudencia ha dicho que la proscripción de la reforma en perjuicio del condenado que es apelante único es un derecho fundamental. Y lo es en múltiples dimensiones. Lo es formalmente en cuanto ha sido dotado por el constituyente, de manera expresa, de esa calidad. Lo es materialmente porque se trata de un derecho del individuo que se ha transformado en derecho constitucional positivado. Y lo es procesalmente en cuanto se trata de un derecho cuya formulación jurídica no está al alcance de los poderes jurídicos constituidos. (...) 4. De acuerdo con lo expuesto, entonces, se tiene lo siguiente: - La proscripción de la reforma en perjuicio del condenado es un derecho fundamental. - Como derecho fundamental, la proscripción de la reforma en perjuicio del condenado constituye un límite tanto a la competencia del superior que decide la apelación, como al poder punitivo del Estado. - Cuando ese derecho fundamental se desconoce, se desborda uno de los límites impuestos por el constituyente al ejercicio del poder penal del Estado, se configura una vía de hecho y hay lugar a su amparo constitucional.”

Ahora bien, en derecho contencioso administrativo, el inciso 4 del artículo 164 del CCA señala que si el superior al momento de fallar encuentra probada una excepción de fondo, la puede declarar aunque no haya sido propuesta “sin perjuicio de la reformatio in pejus”, en efecto indica la norma:
[...]

El citado artículo 164 del CCA –Dec 01 de 1984-, se aplica a los procesos que se iniciaron antes del 2 de julio de 2012¹², fecha en que entró a regir el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011, norma vigente, el cual en el artículo 187 trata el contenido de la sentencia y las facultades del juez en segunda instancia frente al principio de la no reformatio in pejus:

“Artículo 187. Contenido de la sentencia. La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen. En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus. Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas.

Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor.”

Sobre la prohibición de la reformatio in pejus la Sala Plena de lo Contencioso del Consejo de Estado, en sede del recurso extraordinario de revisión, a través de sentencia del 7 de octubre de 2014 consideró que el ejercicio de la impugnación para el apelante único, no le puede derivar efectos nocivos en lo atinente a las ventajas reconocidas por el juez de primera instancia, así:

“Por otra parte, si bien es cierto la competencia funcional del superior se delimita por aquello que fue objeto del recurso de apelación, cuando se trate de un “apelante único”, de esto no se sigue que el juez pierda competencia para valorar los medios

*probatorios que le permitan estimar o denegar lo que es objeto del recurso. La regla constitucional¹³ que proscribe la reformatio in peius, contenida en el inciso segundo del Artículo 31 de la Constitución, impone al juez el deber de abstenerse de agravar la situación definida en la sentencia primera instancia, cuando se esté en presencia de "un único interés o múltiples intereses no confrontados"¹⁴, esto es, de un "apelante único". **Su finalidad, por tanto, es permitir el libre ejercicio de los recursos, sin que por el hecho de la impugnación se deriven efectos nocivos para el apelante único, respecto de las situaciones ventajosas reconocidas por el juez de primera instancia.** /rft/*

(...) Lo anterior es consecuencia de lo dispuesto por el inciso primero del Artículo 357 del CPC, aplicable en virtud de la remisión contenida en el Artículo 267 del CCA, el cual dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 357. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones".¹⁵

La parte demandada no intervino en el proceso ni interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primer grado en aras de ejercer su derecho de defensa y contradicción; entre tanto, la única apelante fue la demandante y por lo tanto, conforme al principio referido, no es procedente modificar la sentencia que le fue favorable en el sentido de ordenar la reliquidación de la pensión.

Huelga decir entonces que dicha decisión será confirmada.

5. De las costas en segunda instancia.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado¹¹ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Con fundamento en lo anterior, no se condenará en costas comoquiera que no se observa actuación de la parte demandada en esta instancia.

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

¹¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.

III. Falla.

Primero: Se confirma la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el 18 de noviembre de 2019 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **Vilma Ofelia Echeverry Atehortúa** contra la **Nación – Ministerio de Educación – FNPSM**.

Segundo: Sin condena en costas.

Tercero: Notifíquese conforme lo dispone el CPACA.

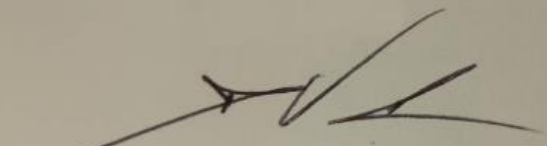
Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, háganse las anotaciones del caso en el Programa Justicia XXI y devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Notifíquese y Cúmplase

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada 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, quince (15) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Acción:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	17 001 33 33 000 2019 00194 00
Demandante:	Paula Andrea Serna Castrillón
Demandado:	Instituto de Cultura y Turismo
Providencia:	Sentencia No. 169

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

I. Antecedentes

1. Declaraciones y condenas.

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

“PRIMERO: Declarar la nulidad del acto administrativo con radicación 210.04-39 de 16 de enero de 2019, expedido por el INSTITUTO DE CULTURA Y TURISMO DE MANIZALES, por medio del cual se niega el reconocimiento de la existencia de la primacía de la realidad sobre los contratos de prestación de servicios y consecuentemente el pago de las acreencias laborales que se desprenden de un verdadero vínculo laboral.

SEGUNDO: Que se declare el reconocimiento de la relación laboral, regida por un contrato de trabajo a término indefinido, que existiese entre el INSTITUTO DE CULTURA Y TURISMO DE MANIZALES y la señora PAULA ANDERA SERNA CASTRILLÓN, en virtud de los sucesivos contratos de prestación de servicios suscritos desde el 11 de septiembre de 2006 hasta el 01 de junio de 2018; y en consecuencia ordenar el pago a título de indemnización de todas las prestaciones sociales, tales como prima de navidad, prima de vacaciones, vacaciones, cesantías, intereses sobre las cesantías, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, reliquidación de salarios y en general los factores salariales que contemplen las leyes y los decretos que rijan los servidores públicos de planta del INSTITUTO DE CULTURA Y TURISMO DE MANIZALES.

TERCERO: Que se declare el reconocimiento y pago de las cotizaciones que realizó el demandante al sistema integral de seguridad social en salud y pensión con ocasión al vínculo de prestación de servicios que sostuvo con la parte

demandada, teniendo en cuenta los valores mensuales percibidos en los respectivos contratos de prestación de servicios.

CUARTO: Que se declare el reconocimiento y pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no haber cumplido con la obligación legal de consignar en un Fondo de Pensiones y Cesantías, el valor del auxilio de la cesantía para el 14 de febrero de cada anualidad.

QUINTO: Que se declare el reconocimiento y pago a mi representada de la indemnización por despido indirecto.

SEXTO: Que se declare el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago de las prestaciones sociales a la señora PAULA ANDREA SERNA CASTRILLÓN, al momento de la terminación del contrato de trabajo.

SÉPTIMO: Que las sumas reconocidas deberán contener la actualización, los intereses y las indexaciones de acuerdo al IPC, así como el pago y reconocimiento de los ajustes de valores a que haya lugar por motivos de la disminución del poder adquisitivo de cada uno de los salarios y prestaciones adeudadas.

OCTAVO: Que se declare el reconocimiento y reintegro de los valores cancelados por la parte activa por concepto de pago de ESTAMPILLAS, RETE ICA y demás impuestos generados en la legalización de los contratos de prestación de servicios

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

2. Hechos.

Los hechos planteados en la demanda se resumen en los siguientes:

- Que la demandante señora Paula Andrea Serna Castrillón se vinculó al Instituto de Cultura y Turismo de Manizales, mediante la práctica de un convenio con el SENA como Técnica en Agencias de Viaje y Turismo desde el 1 de febrero de 2002 y el 7 de junio de 2003 como guía especializada en el monumento a los Colonizadores en el municipio de Manizales.
- Que la señora Paula Andrea Serna Castrillón se vinculó al Instituto de Cultura y Turismo de Manizales como guía profesional en la guianza especializada y orientación al turista mediante contratos de prestación de servicios suscritos entre el 11 de septiembre de 2006 y el 01 de junio de 2018.
- Afirma que la demandante tuvo una relación de carácter laboral con el demandado Instituto, por concurrir los requisitos necesarios para ello como el cumplimiento de un horario, salario, subordinación, órdenes de superiores, y cumplimiento de iguales funciones que otros empleados de la entidad.
- Que cumplía con turnos que eran asignados por el Instituto de Cultura y Turismo de Manizales, quien le asignaba los puestos de trabajo, como el Monumento a los Colonizadores y puntos de información en un horario de 10:00 a.m. a 7:00 p.m. Sin hora de almuerzo en el primero, y de 8:00 a.m. a 12 M y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m. en los demás puntos de información; de lunes a domingo incluidos días festivos, teniendo un domingo libre al mes a partir del año 2015.

- Sostiene que durante las jornadas laborales debía portar el uniforme y carnet distintivos de la demandada.
- Relata que el demandante se vio sometido a varios llamados de atención de manera personal, mediante correos electrónicos y mensajes de WhatsApp.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Refiere el demandante como normas vulneradas las siguientes:

Artículos 1, 2, 25, 48, 53, 83, 93, 94, 121, 125 y 209 Constitucionales

Ley 1437 de 2011

Ley 1071 de 2006

Ley 50 de 1990

Artículos 4 y 21 de la Ley 785 de 2005

Artículo 3 de la ley 4 de 1992

Convenios de la OIT números 95 y 100

Recomendaciones sobre la relación de trabajo R 198 de 2006

Expone como concepto de violación, que los contratos de prestación de servicios prestados se desvirtúan al evidenciarse subordinación, dependencia, cumplimiento de un horario, falta de autonomía e independencia, permanencia en la prestación de los servicios, prestación personal, y, retribución económica por la prestación de los servicios; pues se encuentran acreditados los elementos necesarios de una relación legal en este asunto.

4. Contestación de la demanda. (Documento 005 del expediente digital)

El demandado Instituto de Cultura y Turismo contesta la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, y aduciendo que no son ciertos los hechos allí expuestos y propone las siguientes excepciones de mérito:

“Inexistencia de vínculo laboral”, fundada en que la demandante suscribió diversos contratos con el Instituto de Cultura y turismo, pero que no fueron de manera continuada, ni para el desempeño de actividades que realizaran funcionarios de planta de dicha entidad; sumado a que, en la ejecución del objeto contractual no se materializaron los elementos propios de una relación laboral.

“Prescripción de posibles derechos laborales derivados del contrato realidad”, afirmando que, de los 33 contratos suscritos con la entidad, cada uno tuvo un tiempo delimitado, no continuado, con suspensiones que permiten la configuración de la prescripción de los derechos, específicamente de los contratos celebrados antes del 5 de mayo de 2016, por cuanto la reclamación administrativa se originó el 6 de mayo de 2019.

“Improcedencia de la indemnización por mora establecida en el artículo 65 de la Ley 50 de 1990”, afirmando que, a los trabajadores oficiales, incluso quienes laboran con entidades públicas, se les aplica el Código Sustantivo del Trabajo y su vinculación es a través del contrato de trabajo, en el cual concurren las voluntades de ambas partes para acordar las condiciones de la prestación del servicio; y que, contrario a ello, el empleado público tiene una vinculación legal y reglamentaria, en la cual no tiene la posibilidad legal de acordar con la administración la manera de prestar el servicio, es decir, el régimen al cual quedan sometidos está previamente determinado en la ley. Motivos por los cuales, cada régimen tiene sus características especiales que no pueden desconocerse y menos aún entrar reconocer los derechos consagrados en una norma que claramente no se debe aplicar.

“Improcedencia de la indemnización por mora en el pago de cesantías y sanción por el nopago de las prestaciones sociales por ausencia de la relación laboral y mala fe del empleador”, en virtud de la no acreditación de pago tardío de cesantías, a las cuales la demandante no tenía derecho, y que sólo hasta el año 2019 realizó la reclamación correspondiente; y, en este caso, la no consignación de las cesantías no obedece a la malafe del demandado, pues se tenían suscritos contratos de prestación de servicios que no implicaban dichos pagos.

5. Alegatos de conclusión.

- Parte demandada (Documento 46 expediente digital)

El demandado Instituto de cultura y turismo de Manizales presentó su escrito de alegatos de conclusión y manifiesta que el demandante no logró demostrar la existencia de subordinación; que no se puede confundir la supervisión de un contrato de prestación de servicios, con el concepto de subordinación; y que, contrario a ello, la señora Paula Andrea Serna Castrillón realizó sus actividades con autonomía técnica, y administrativa, sin subordinación.

Reitera que, frente a los testigos Marino Andrés Duque Morales y Yasser Nayit Abdala Mota, se planteó tacha conforme al Código General del Proceso, puesto que, los testigos tienen un interés puntual en los resultados de este proceso y en las situaciones de tiempo, modo y lugar que se pueda generar frente a la posición del

Instituto de Cultura y Turismo de Manizales; y dice que “*dichos testigos, en sus respectivos procesos (17001233300020190045400 y 17001233300020190032000) actuaron de forma indebida, con el espurio objetivo de poder establecer una subordinación*”.

- Parte demandante (Documento 49 expediente digital)

La parte demandante presentó escrito de alegatos de conclusión de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en la demanda, y hace referencia a los elementos propios de una relación legal y reglamentaria; así como a la continuidad de los contratos de prestación de servicios de manera ininterrumpida.

Hace una extensa cita jurisprudencial y sostiene que en este asunto se evidencia en la primacía de la realidad sobre las formas la existencia de una relación legal entre la parte demandante y demandada.

6. Concepto del Ministerio Público.

Sin pronunciamiento de la parte demandada ni del Ministerio Público según constanciasecretarial del 01 de julio de 2022 (Documento 50 del expediente digital).

II. Consideraciones de la Sala

1. Cuestión previa.

La presente sentencia se dicta a la luz de las excepciones de la prelación de fallos que permite decidir las *litis* que versan sobre un mismo asunto y sobre las cuales existe reiteración jurisprudencial, con antelación a otros procesos.

Al respecto se ha pronunciado el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

“En la actualidad, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado tiene a su conocimiento procesos que entraron para proferir fallo definitivo con anterioridad al presente asunto, situación que, en los términos del artículo 18 de la Ley 446 de 1998, exigiría su decisión en el orden cronológico en que pasaron los expedientes al Despacho. No obstante, la Ley 1285 de 2009, en el artículo 16, permite decidir, sin sujeción al orden cronológico de turno, los procesos en relación con los cuales su decisión definitiva “entrañe sólo la reiteración de la jurisprudencia”.

En el presente asunto, el tema objeto de debate se refiere a la privación injusta de la libertad de que fue víctima el señor Diego Ospina Rivas, quien fue sindicado de los delitos de estafa agravada, falsedad material de particular en documento público, agravada por el uso y falsedad en documento privado.

Respecto al tema antes referido, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en muchas ocasiones, en las cuales ha fijado

una jurisprudencia consolidada y reiterada, motivo por el cual, con fundamento en el artículo 16 de la Ley 1285, la Subsección se encuentra habilitada para resolver el presente asunto de manera anticipada”¹

En virtud de lo dispuesto en los artículos 18 de la Ley 446 de 1998 y 16 de la Ley 1285 de 2009, *mutatis mutandis* la Sala se encuentra habilitada para decidir el caso concreto; y por cuanto el pasado 18 de agosto de 2023 esta Sala de decisión profirió sentencia en un asunto de identidad fáctica y jurídica¹, donde obra el mismo demandado Instituto de Cultura y Turismo, se procede a proferir sentencia en este asunto.

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

2. Problemas jurídicos a resolver:

¿Debe, en el presente asunto, declararse la nulidad del acto administrativo número 210.04-39 de 16 de enero de 2019, expedido por el Instituto de Cultura y Turismo de Manizales, mediante el cual se negó el reconocimiento de una relación laboral encubierta por estar configurados los presupuestos fácticos y jurídicos para ello?

Para resolver lo anterior, es necesario establecer si ¿entre el Instituto de Cultura y Turismo y la señora Paula Andrea Sema Castrillón existió una relación laboral, que la hace acreedora del pago de salarios y prestaciones sociales, de acuerdo con la labor que desempeñaba, mediante contratos de prestación de servicios; con las consecuencias jurídicas que de ello se desprende?

3. Análisis normativo.

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

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

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

¹ Tribunal Administrativo de Caldas. Sala Segunda de decisión. Sentencia número 145 de 18 de agosto de 2023. Radicado. 17 001 33 33 000 2019 00454 00

principios mínimos fundamentales:

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

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

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

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

El artículo 122 inciso primero Constitucional precisa:

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

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

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

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

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

- a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
- b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al

país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

b. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen". (Subraya la Sala).

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

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

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

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

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

c. **Contrato de prestación de servicios** Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializados.

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

De lo anterior, se entiende que, la Constitución Política en sus artículos 122 a 125 permite inferir dos clases de vinculación con entidades del Estado, que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); y b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral).

No obstante, las entidades estatales han hecho uso de una tercera modalidad de vinculación de personal para el cumplimiento de sus fines: **c) De los contratistas de prestación de servicios** (relación contractual estatal), figura que ha sido de amplio desarrollo jurisprudencial y que es objeto de debate en el presente proceso, con miras a establecer si entraña una verdadera relación de carácter laboral.

4. Análisis jurisprudencial.

El Consejo de Estado¹, ha unificado recientemente mediante sentencia, los criterios necesarios para definir la existencia de una verdadera relación laboral, existente tras la modalidad de contratos de prestación de servicios en el siguiente sentido:

“(...) 101. En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcional. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente.

2.3.3.2. Subordinación continuada

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

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

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de unificación por importancia jurídica, del 9 de septiembre de 2021. Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

104. i) El lugar de trabajo. Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

105. ii) El horario de labores. Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.

106. iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar. Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del *ius variandi*, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

107. iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral. El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.

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

caso, puede servir de justificación para ejercer comportamientos propios de la subordinación laboral.

2.3.3.3. Prestación personal del servicio

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

pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas.

2.3.3.4. Remuneración

110. Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado.” (Subraya la Sala).

5. Análisis fáctico.

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

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

Contratos de prestación de servicios:

CONTRATO NRO.	DURACIÓN
0609421	Del 11 de septiembre al 28 de diciembre de 2006
0701098	Del 4 al 31 de enero de 2007
0702376	De 5 al 28 de febrero de 2007
0702031	Del 1 de marzo al 31 diciembre 2007
0801380	Del 9 al 31 de enero de 2008

0802439	Del 4 al 29 de febrero de 2008
0803528	Del 13 de marzo al 31 de diciembre de 2008
0901213	Del 2 al 31 de enero de 2009
0903470	Del 17 de marzo al 31 de diciembre de 2009
9121204	Del 1 de enero al 15 de septiembre de 2010
1009206	Del 17 de septiembre al 31 de diciembre de 2010
1102283	Del 01 de febrero al 15 de marzo de 2011
1103296	Del 16 de marzo al 31 de marzo de 2011
1103342	Del 01 de abril al 15 de mayo de 2011 Adicionado hasta 31 de diciembre 2011
1201017	Del 2 al 31 de enero de 2012 Adicionada hasta el 15 de febrero del 2012
1202243	Del 16 de febrero al 31 de julio del 2012
1208438	Del 01 de agosto al 31 de diciembre de 2012
1301012	Del 3 al 31 de enero de 2013
1302322	Del 12 de febrero al 13 de agosto de 2013 Adicionado hasta el 31 de octubre de 2013
1311627	Del 1 de noviembre de 2013 al 15 de julio de 2014
1407073	Del 17 de julio al 3 de noviembre de 2014
1411281	Del 6 de noviembre al 31 de diciembre de 2014
1501055	desde el 02 de enero de 2015 al 31 de enero de 2015
1503147	Del 13 de marzo al 31 de mayo de 2015
1506299	Del 5 de junio al 31 de octubre de 2015
1601080	Del 2 al 31 de enero de 2016
1602159	Del 5 al 29 de febrero de 2016
1606321	Del 1 de junio al 31 de octubre de 2016
1701072	Del 2 al 31 de enero de 2017
1702124	Del 2 de febrero al 30 de junio de 2017
1706321	Del 1 de julio al 30 de septiembre de 2017
1711500	Del 16 de diciembre de 2017 al 30 de junio de 2018

El objeto en los contratos mencionados es coincidente en prestar los servicios de guianza especializada y orientación al turista en los escenarios turísticos y Ecoparques atendidos y administrados por el Instituto de Cultura y Turismo de la ciudad de Manizales

- Copia de imágenes de impresiones de “pantallazos de WhatsApp”

5.1. De la prueba testimonial.

Dentro de este asunto se recibieron en total 3 testimonios y un interrogatorio, de los cuales se permite la Sala extraer los apartes de mayor relevancia:

Interrogatorio de parte señora Paula Andrea Serna Castrillón

- Afirma que tenía suscritos con el Instituto de Cultura y Turismo contratos de prestación de servicios que se fueron prolongando en el tiempo.
- Relata que en los puntos de información había cámaras de vigilancia, y que, si iba a faltar al trabajo debía pedir permisos para ello.
- Dice que terminó los contratos debido a una presión sobre ella, relacionada con la verificación constante de estar o no en los sitios de trabajo, por lo que se “aburrió de ello” y de los pagos; por lo que tomó la decisión de no continuar.
- Sostiene que no había quien estuviera de manera permanente en los sitios de trabajo verificando las labores y horarios, pero que llegaba de repente una persona del Instituto, y la regañaba en algunas oportunidades.
- Refiere que tenía que portar camiseta, carnet y chaqueta del instituto, quien definía los colores de las camisetas a utilizar en la semana.

Testimonio señor Marino Andrés Duque Morales

- Expone que conoce a la demandante al trabajar en el Instituto de Cultura y Turismo, que fueron compañeros como guías turísticos; y que, debían cumplir los horarios en los sitios de atención, pues tenían las mismas directrices.
- Dice que la demandante habría los sitios de atención a las 8:00 a.m. y hasta las 6:00 pm., donde coincidían.
- Refiere que tenía camisetas, chaquetas y gorras del Instituto de Cultura y Turismo y de los sitios de información turística.
- Sostiene que una vez vio que le llamaran la atención por haber incumplido con el horario
- Que en los sitios donde más hacía turnos la demandante era en el Parque Caldas, que es el Parque Benjamín López, Monumentos a los Colonizadores y, el Terminal de Transporte.
- Manifiesta haber estado vinculado en el Instituto entre los años 2014 y 2016.

El testigo es tachado de falso por parte del apoderado judicial de la parte demandada, por tener intereses particulares dentro del proceso por haber rendido testimonio en proceso 2019 00454 y porque se demostró que él y el señor Yasser se conectaron desde el mismo equipo, entonces conocen la dinámica de la audiencia de testimonios.

Testimonio Diana María Gutiérrez Patiño

- Manifestó conocer a la señora Paula Andrea Serna Castrillón desde hace como 20 años aproximadamente, y que trabajaron juntas en el instituto de Cultura y Turismo.
- Expone que cada ecoparque y puntos de información turística tenía asignado un guía.
- Refiere que a la demandante la citaban a capacitaciones de manera constante, y que le insistían en horarios de apertura, en la adecuada información, utilización de los distintivos y tener una buena cara para las personas.

- Que debía presentarse informes mensuales de sus actividades.
- Afirma que debía cumplir horarios.
- Refiere que temporalmente estaba contratada por el Instituto de Cultura y Turismo, que no era permanente.
- Que las funciones que cumplía la señora Paula Andrea Serna cambiaban.
- Sostiene que debía avisarse cuando se ausentaban del servicio
- Mencionó que los empleados del Instituto no portaban distintivos ni camisetas.
- Relata que el horario de prestación del servicio, era el horario en el cual deberían funcionar los puntos de atención.

Testimonio Yasser Nayit Abdalá Mtoa

- Expuso que conoció al demandante en el ámbito laboral porque trabajaba en puntos de información del Instituto de Cultura y Turismo de Manizales, y que él trabajó con el Instituto entre los años 2010 y 2016.
- Dice que él debía cubrir algunas vacantes cuando la demandante debía ausentarse del Instituto.
- Narra que debía utilizar unas prendas y distintivos del Instituto de Cultura y Turismo.
- Que debían rendir informes constantes sobre los servicios prestados.

Este testigo es tachado por el apoderado judicial de la parte demandada, porque en otro proceso similar, este testigo se conectó del mismo computador con otro, y conoce la dinámica de la audiencia, así como que sabe con exactitud lo que expone en esta audiencia.

6. De la tacha de los testimonios.

El artículo 211 del Código General del Proceso dispone con relación a la imparcialidad del testigo:

“Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.”

De acuerdo con el artículo en precedencia, pasa entonces la Sala a resolver sobre la tacha formulada en los siguientes términos:

Se resalta que la tacha de testigos que formula el apoderado judicial de la parte demandada la hace considerando que el testigo Marino Andrés Duque tiene intereses particulares dentro del proceso por haber rendido testimonio en proceso 2019 00454 y porque se demostró que él y el señor Yasser se conectaron desde el mismo equipo, entonces conocen la dinámica de la audiencia de testimonios; y, respecto del señor Yasser Nayit Abdalá Motoa por cuanto en otro proceso se conectó del mismo computador con otro testigo, y conoce la dinámica de la audiencia, así como que sabe con exactitud lo que expone en esta audiencia.

Respecto del tema de la conexión de los testigos del mismo equipo en otro proceso, debe decirse que, efectivamente dentro del proceso 2019 00454 se acreditó que los señores Yasser Abdalá Motoa y Marino Andrés Duque Morales se conectaron desde el mismo computador; no obstante, dicha situación ocurrió en un proceso diferente, de manera que lo allí actuado, no afecta el presente; y, sumado a ello, en ese proceso, se hizo el estudio respectivo, allegándose a la conclusión que, no se acreditó que ambas personas hubieran concurrido en el mismo espacio de tiempo, de manera que hubieran podido escuchar las versiones de los demás testigos; y se valoraron íntegramente las versiones allí rendidas.

Respecto del argumento que los testigos ya saben la dinámica de la audiencia y que tienen conocimiento del contenido de la misma por haber rendido su versión en proceso similar, para esta Sala, ello no afecta la credibilidad, ni coherencia del relato de sus testimonios; máxime cuando en este caso dicen haber desempeñado las mismas actividades de la demandante, al fungir como guías turísticos del Instituto de Cultura y Turismo de Manizales, asistiéndoles un conocimiento directo de la prestación del servicio.

Encuentra la Sala a su vez, coincidencia en los relatos, no se advierte que, por el hecho de haber rendido testimonio en otro proceso, donde se cuestionó el tema de su conexión se altere su credibilidad, independencia o relato, sin que prospere la tacha formulada en este caso, por lo que los testimonios serán valorados en concordancia con las demás pruebas que sean estudiadas en el presente asunto.

7. De las impresiones de “pantallazos de conversaciones de WhatsApp”

Se aportan con la demanda una cantidad de documentos consistentes en impresiones de pantallazos de conversaciones de WhatsApp, resultando necesario en este instante el estudio sobre su valoración en el presente asunto.

Por su parte, la Ley 527 de 1999, define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, establece las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones; en sus artículos 2 y 11 contempla:

“Artículo 2o. Definiciones. Para los efectos de la presente ley se entenderá por:
7.1. Mensaje de datos. La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;

Artículo 11. Criterio para valorar probatoriamente un mensaje de datos. Para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere esta ley, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Por consiguiente, habrán de tenerse en cuenta: la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.”

Frente a la valoración de los mensajes de datos el Código General del Proceso precisa en su artículo 247:

“Artículo 247. Valoración de mensajes de datos. Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud.

La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos.”

Frente a la prueba electrónica y el valor probatorio de las capturas de pantalla o pantallazos de la aplicación de WhatsApp, la Corte Constitucional² se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“(…) En este sentido, la doctrina especializada ha hecho referencia a las siguientes denominaciones: “prueba digital”, “prueba informática”, “prueba tecnológica” y “prueba electrónica”. Al efecto, un sector se ha decantado por la expresión “prueba electrónica” como la más adecuada, partiendo de un punto de vista lingüístico, de

² Corte Constitucional. Sala octava de revisión. Sentencia T – 043 de 10 de febrero de 2020. MP. Dr. José Fernando Reyes Cuartas. Exp. T – 7.461.559

tal forma que se obtenga una explicación que abarque la generalidad de los pormenores que se puedan presentar. Al respecto, valga traer a colación la siguiente cita:

“De esta manera vemos como el apelativo ‘electrónica’, según la RAE, sería todo lo pertinente a la electrónica, ofreciendo una acepción concreta cuando se conecta con algún dispositivo en la que ‘electrónica’ significaría máquina electrónica, analógica o digital, dotada de una memoria de gran capacidad y de métodos de tratamiento de la información, capaz de resolver problemas matemáticos y lógicos mediante la utilización automática de programas informáticos.

Con ello se consideraría prueba electrónica a cualquier prueba presentada informáticamente y que estaría compuesta por dos elementos: uno material, que depende de un hardware, es decir la parte física de la prueba y visible para cualquier usuario de a pie, por ejemplo la carcasa de un Smartphone o un USB; y por otro lado un elemento intangible que es representado por un software, consistente en metadatos y archivos electrónicos modulados a través de unas interfaces informáticas”³.

En este sentido, se ha aludido a los documentos electrónicos como una especie al interior del género “prueba electrónica”. Otras manifestaciones de esta última son el correo electrónico, SMS (Short Message Service), y los sistemas de video conferencia aplicados a las pruebas testimoniales. Acerca de los SMS, es fácilmente reconocible el influjo que han tenido en la actualidad como método de comunicación y su empleo habitual en teléfonos móviles. En este escenario es relevante hacer mención de la aplicación WhatsApp, la cual se constituye como “un software multiplataforma de mensajería instantánea pues, además del envío de texto, permite la transmisión de imágenes, video y audio, así como la localización del usuario”⁴.

(...)

A manera de colofón, los avances tecnológicos que a nivel global se han dado en distintos campos (ciencia, medicina, aplicativos digitales), también han influido en el entendimiento y el ejercicio del derecho. Al efecto, en el ámbito probatorio, por ejemplo, los operadores judiciales diariamente deben analizar elementos extraídos de aplicaciones de mensajería instantánea, ya sea que se cuente con metadatos que permitan realizar un mayor rastreo de la información o solo capturas de pantallas respecto de ciertas afirmaciones o negaciones realizadas por una de las partes en el litigio. Sobre estas últimas, la doctrina especializada les ha concedido el valor de prueba indiciaria ante la debilidad de dichos elementos frente a la posibilidad de realizar alteraciones en el contenido, por lo cual deben ser valoradas de forma conjunta con los demás medios de prueba (...)”

El Consejo de Estado⁵ también se ha pronunciado sobre el valor probatorio de las capturas de pantalla de la aplicación de WhatsApp en un asunto en el que discutía una relación laboral encubierta en el siguiente sentido:

“(...) 3.3.2 El valor probatorio de las capturas de pantalla o «pantallazos» extraídos de la aplicación «WhatsApp». La Ley 527 de 1999⁶ (artículos 6 a 8), frente a la

³ Federico Bueno de Mata, “Prueba electrónica y proceso 2.0”, editorial Tirant lo Blanch, primera edición, 2014, pg. 130.

⁴ Idem, pg. 165.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 2 de septiembre de 2021. CP. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Rad. 68001-23-33-000-2017-00626-01(5168-19). Tema: Contrato realidad.

⁶ «Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones».

aplicación de los requisitos jurídicos de los mensajes de datos, dispone:

(...)

En tales condiciones, de acuerdo con las reglas normativas y jurisprudenciales que preceden, para que una conversación extraída de la aplicación «WhatsApp» tenga valor probatorio se requiere satisfacer ciertas exigencias, dentro de las cuales se encuentra el hecho de tener certeza de quién la creó y que se trate de la conversación original, esto es, que no haya sido manipulada o alterada y que sea la definitiva, pues una vez se haya sustraído de tal aplicación, se torna vulnerable a cualquier tipo de modificación, máxime cuando su análisis se hará como si fuera un documento. En igual medida, debe existir total certidumbre sobre las personas que intervinieron en esa conversación, sus números de teléfono, fecha y hora, e incluso las direcciones IP de envío y, por supuesto, el texto del mensaje, del que, se itera, no haya sido variado (...).”

Ahora, como en el presente asunto lo que se aporta son impresiones de conversaciones de la aplicación WhatsApp; y respecto de éstas no se tiene certeza de quien creó la conversación, quiénes son las personas que participan en ésta; los números telefónicos y nombres de cada participante; fecha, hora y, en este caso particular, tampoco se encuentra acreditado cuáles son las conversaciones concretas en las que participó la demandante, señora Paula Andrea Serna Castrillón, y quién le envió los mensajes; de manera que, dicha prueba debe cumplir las reglas generales de los documentos; y, el artículo 244 del CGP precisa frente a ello que “ *Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.*”; y en este caso, aún de las impresiones de las conversaciones en mención, no existe certeza de la persona a la cual se atribuyen las mismas; motivos por los cuales dicha prueba no puede ser valorada en el presente asunto.

8. Caso concreto.

La Sala determinará con las pruebas documentales y testimoniales allegadas al plenario, si en el sub - lite concurrieron los elementos de la relación laboral; es decir, si se encuentra acreditada la subordinación, dependencia y prestación personal del servicio.

6.1. De la prestación personal del servicio.

No hay duda en este caso de la prestación personal del servicio por parte de la señora Paula Andrea Serna Castrillón, lo cual resulta coincidente con el objeto de los contratos, las pruebas documentales y testimoniales.

6.2. De la remuneración.

Tampoco hay duda de la remuneración recibida por la demandante por la prestación de sus servicios como guía turístico del Instituto de Cultura y Turismo, situación que no es discutida dentro del presente asunto.

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

El tema central en este punto de la discusión radica en determinar si con las pruebas que reposan dentro del proceso se logró acreditar el elemento de subordinación continuada, el lugar de trabajo, el cumplimiento de órdenes y de un horario de labores de la señora Paula Andrea Serna Castrillón en la prestación de sus servicios como guía turística del Instituto de Cultura y Turismo; por ser este elemento, determinante en la declaratoria de una relación laboral encubierta.

De las pruebas estudiadas, se evidencia que, la señora Paula Andrea Serna Castrillón prestó sus servicios de apoyo en la guianza especializada y orientación al turista en los escenarios turísticos y ecoparques atendidos y administrados por el Instituto de Cultura y Turismo de la ciudad de Manizales; sin que se hubiera podido precisar un sitio fijo y diario de prestación del servicio, pues éste se prestaba en diferentes espacios turísticos de la ciudad de Manizales; y, tampoco logró acreditarse el cumplimiento de un horario fijo, determinado e inamovible; y si bien es cierto en los testimonios rendidos se hace mención del cumplimiento de horarios, esto no se encuentra debidamente acreditado, pues los mismos testigos afirman coincidir solo algunas veces con la demandante, y que, dependiendo del escenario turístico o punto de atención, era el horario; y, tampoco se encuentra demostrado el cumplimiento de un horario exacto y cotidiano, de manera permanente y estable.

En el interrogatorio de parte de la señora Paula Andrea Serna Castrillón ésta afirma que estaba bajo órdenes de personal del Instituto de Cultura y Turismo, y que, tenía que solicitar permiso para ausentarse del sitio de trabajo, y que era objeto de llamados de atención de sus superiores; y a la vez deja presente que, no había personal del Instituto de manera permanente en los puntos de atención que controlara el ingreso o cumplimiento de labores, sino que llegaban en cualquier momento y le hacían llamadas para ello. No obstante, no precisa en su relato horas precisas y definidas de la prestación del servicio, un sitio específico de la prestación del mismo; y cuáles eran de manera concreta las órdenes que recibía por parte de los interventores del contrato; y en qué consistía la subordinación y dependencia de manera detallada y precisa en el cumplimiento de sus funciones.

Los demás testimonios, sostienen que fueron compañeros de trabajo, que debían cumplir horarios de atención, solicitar permisos, rendir informes sobre el cumplimiento de sus actividades, y que, recibían llamados de atención relacionadas con el horario y la atención al público.

Se resalta por esta Sala que los contratos de prestación de servicios que se aportan con la demanda se encuentran dentro de los extremos de años 2006 a 2018; no

obstante el testigo Marino Andrés Duque dice haber estado en el Instituto demandado entre los años 2014 y 2016; la testigo Diana María Gutiérrez no precisa un tiempo de concurrencia en la prestación de servicio con la demandante; y, el testigo Yasser Nayit Abdalá Mota sostiene haber estado vinculado en el Instituto de Cultura y Turismo entre los años 2010 y 2016; de manera que, tampoco hay precisión sobre las versiones rendidas durante todo el tiempo de prestación de los servicios de la demandante.

De la coordinación para prestación del servicio, es necesario precisar que, ésta es propia de los contratos de prestación de servicios, y que resulta necesaria para la eficiente ejecución del contrato suscrito; otra cosa es, la subordinación, que implica la sujeción del trabajador hacia el empleador quien, de manera constante, debe obediencia al empleador respecto de las condiciones de tiempo, modo y lugar de realización del trabajo asignado.

Tampoco se encuentra acreditado dentro del proceso que en la planta de cargos del demandado Instituto de Cultura y Turismo de Manizales existiera un cargo que ejerciera las funciones de guía turístico en los puntos descritos en los contratos suscritos entre las partes; ni en otros puntos, ni se acredita la existencia de personal que desempeñara labores similares.

Con relación a la prueba de la subordinación, el Consejo de Estado² ha precisado:

“(...) En ese sentido, no puede decirse que existe una prueba reina para demostrar el elemento de la subordinación y dependencia continuada, pero esta Sala sí ha considerado que para acreditar este elemento de la relación laboral deben aportarse aquellas que permitan demostrar fehacientemente que el contratista no ejercía su actividad para la cual fue contratado, en forma autónoma e independiente, sino que debía someterse ineludiblemente a las órdenes e instrucciones de funcionarios de la entidad, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que estos impusieran.

Lo anterior a través de, por ejemplo, los oficios, llamados de atención, memorandos de los cuales se advierta la imposición de órdenes e instrucciones sobre la forma de prestar el servicio más allá de lo que razonablemente debe realizar el contratista en virtud de la actividad, contratada; las que demuestren las sanciones o el uso del poder disciplinario del nominador por el incumplimiento de las funciones contratadas, el incumplimiento de un horario fijado exclusivamente por la entidad; las que acrediten el deber de disponibilidad permanente como los registros de llamadas y comunicaciones en ese sentido, y que superen lo contratado en caso de que por la actividad requerida así se necesitase; y en materia de testimonios, la asertividad, razonabilidad y completitud de los dichos de estos que permitan inferir la forma en que se exigía el cumplimiento de un horario no convenido con el contratista, la forma en que se daban las órdenes e instrucciones, las consecuencias de su incumplimiento, entre otras. (...)”

Una vez valoradas las pruebas mencionadas, para esta Sala la demandante no logró acreditar la existencia del elemento subordinación y dependencia respecto del Instituto de

² Sección Segunda – Subsección A, providencia del 25 de noviembre de 2021, radicado 20001-23-39-000-2015-00195-01(5186-16).

Cultura y Turismo de la ciudad de Manizales, no se acreditó que recibiera órdenes constantes y determinadas de algún empleado de dicho Instituto, ni se tenía definido un lugar preciso de prestación del servicio, ni horario de labores fijo, determinado e impuesto por el demandado; tampoco se demostró la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar; y menos aún, que éstas, correspondieran a empleados de planta del Instituto en mención; sin que sea viable en este caso la declaratoria de una relación laboral encubierta, debiéndose negar las pretensiones de la demanda como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

En virtud de lo expuesto, deben declararse prósperas las excepciones denominadas *“Inexistencia de vínculo laboral”, “Prescripción de posibles derechos laborales derivados del contrato realidad”, “Improcedencia de la indemnización por mora establecida en el artículo 65 de la Ley 50 de 1990”, e “Improcedencia de la indemnización por mora en el pago de cesantías y sanción por el nopago de las prestaciones sociales por ausencia de la relación laboral y mala fe del empleador”,*

Es necesario dejar presente que, en este sentido ya ha habido pronunciamiento por parte de este Tribunal³.

9. Costas

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.

Una vez revisado el expediente, se advierte que la parte demandada intervino a través de apoderado judicial desplegando actuaciones útiles para la defensa de sus intereses, como la contestación de la demanda, asistencia a la audiencia inicial y de pruebas; y, presentación de alegatos de conclusión. Y, en vista que la parte demandante resultó vencida en el presente asunto, se condenará en costas por concepto de agencias en derecho a cargo de la parte demandante y en favor de la parte demandada. La liquidación del monto de las mismas se hará en los términos y oportunidad señalados en el inciso primero y numeral 4 del artículo 366 del CGP.

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

³ Tribunal Administrativo de Caldas. Sala Segunda de decisión. Sentencia número 145 de 18 de agosto de 2023. Radicado. 17 001 33 33 000 2019 00454 00

III. Falla

Primero: Declarar prósperas las excepciones denominadas *“Inexistencia de vínculo laboral”, “Prescripción de posibles derechos laborales derivados del contrato realidad”, “Improcedencia de la indemnización por mora establecida en el artículo 65 de la Ley 50 de 1990”, e “Improcedencia de la indemnización por mora en el pago de cesantías y sanción por el nopago de las prestaciones sociales por ausencia de la relación laboral y mala fe del empleador”*, propuestas por el demandado Instituto de Cultura y Turismo de Manizales.

Segundo: Negar las pretensiones de la demanda que dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó la señora Paula Andrea Serna Castrillón contra el Instituto de Cultura y Turismo de Manizales.

Tercero: Se condena en costas en esta instancia a la parte demandante y en favor del demandado Instituto de Cultura y Turismo de Manizales a título de agencias en derecho.

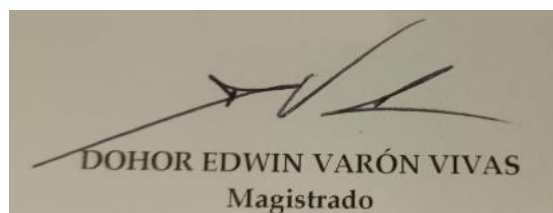
Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia XXI”.

Notifíquese y cúmplase

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, quince (15) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Radicado:	17001-23-33-000-2019-00343-00
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	UGPP
Accionado:	Fernando de Jesús Osorio Montoya
Providencia:	Sentencia Complementaria No. 171

Asunto

Procede la Sala a proferir sentencia complementaria en relación con la solicitud de adición y de aclaración de la sentencia proferida el día 9 de junio de 2023 dentro del asunto de la referencia.

I. Antecedentes

El día 9 de junio de 2023 se profirió sentencia de primera instancia dentro del proceso ya referido, la cual fue publicada por Estado Electrónico No. 099 del 13/06/2023 y notificada mediante mensaje de datos de la misma fecha. (Archivo055).

De manera oportuna, la parte demandada, señor Fernando de Jesús Osorio Montoya, presentó solicitud de adición y de aclaración de la sentencia aduciendo lo siguiente:

“

*[...] la solicitud de aclaración se fundamenta en la ambigüedad, duda o discordancia entre las consideraciones y lo dispuesto en la parte resolutive de la sentencia y su posible interpretación o alcance en lo que respecta al restablecimiento del derecho, **en cuanto se ordena realizar descuentos del pago retroactivo de las mesadas dejadas de pagar como consecuencia de la imposición de medidas cautelares por concepto de “mayores valores***

originados en la indebida aplicación del IBL”, este sentido se dispone:

“(…) **Segundo: A título de restablecimiento del derecho**, se ordena a la UGPP expedir un nuevo acto administrativo en el que reajuste la pensión de vejez ya reconocida en favor del señor Fernando de Jesús Osorio Montoya, pero esta vez, teniendo en cuenta un IBL conformado por el promedio de lo devengado en los últimos diez años anteriores al retiro definitivo del servicio, incluyendo solamente los factores base de cotización según lo previsto en el Decreto 1158 de 1994. **Así mismo, se ordena a la UGPP que devuelva al demandado las mesadas a él dejadas de pagar en virtud de la medida cautelar decretada en este proceso; eso sí, descontando de las mismas los mayores valores originados en la indebida aplicación del IBL que se hizo en la Resolución No. RDP 051921 del 12 de noviembre de 2013** (…)

3. No obstante lo anterior, en las consideraciones de la sentencia se dispuso frente al tema que genera ambigüedad y duda en la orden impartida, que:

“(…) No obstante, el reintegro de los mayores valores recibidos por el demandado como consecuencia de la indebida liquidación del IBL de su pensión, **no será ordenado por este juez colegiado toda vez que no se advierte mala fe por parte de aquel, ni maniobras fraudulentas o torticeras para obtener la aludida prestación vitalicia.**

(…)

Así las cosas, más allá de la ilegalidad parcial del acto administrativo acusado, no se encuentra demostrada la mala fe del demandado en torno al reconocimiento de su pensión; por lo tanto, **no resulta procedente ordenarle el reintegro de los valores percibidos por concepto de las mesadas pensionales pagadas por la UGPP, pues se insiste, no hay elementos de juicio para concluir que él actuó de mala fe y con la clara intención de defraudar el erario con documentación falsa, tergiversación de información o presiones indebidas.**

Con todo, cabe advertir que en este proceso se accedió a la medida de suspensión provisional de los efectos jurídicos de la Resolución cuya nulidad se depreca y allí mismo se dispuso que “Los valores dejados de pagar al demandado Osorio Montoya en virtud de esta decisión, deberán mantenerse por la UGPP en una cuenta especial hasta tanto haya pronunciamiento definitivo mediante sentencia debidamente ejecutoriada.” /Archivo 006/ Razón por la cual, también se ordenará como restablecimiento del derecho, la devolución al demandado de las mesadas a él dejadas de pagar en virtud de la medida cautelar, **eso sí, descontando de las mismas los mayores valores originados en la indebida aplicación del IBL que se hizo en la Resolución acusada**”.

4. Sin embargo y pese a que en principio pueda entenderse que mi representado no está obligado a compensar o devolver los mayores valores pagados como consecuencia del IBL., inicial. De la orden impartida pese a las consideraciones traídas a colación **parece entenderse** que de las mesadas suspendidas podría descontarse el valor mayor pagado lo cual no es del todo claro **o si lo que pretende el despacho es que se paguen las mesadas suspendidas pero tan solo con el ajuste del IBL., de los últimos diez años,** aspecto este que genera dudas y debe ser aclarado por el despacho delimitando con claridad su alcance.

5. Ahora atendiendo lo dispuesto en el precepto 287 del C.G.P. me permito solicitar **la adición de la sentencia** en el sentido de delimitar y demarcar un término estricto de cumplimiento de la orden impartida por el despacho como consecuencia de la nulidad parcial de la resolución demandada, esto es en lo que respecta a la expedición del acto administrativo que reajuste la pensión de vejez del señor Osorio Montoya, solicitamos al despacho que el mismo se efectúe en el **término máximo de quince (15) días hábiles contados a partir de la ejecutoria de la sentencia²** .

[...]" /Resaltado de la parte actora/ /Archivo 056/

II. Consideraciones de la Sala

Sea lo primero advertir que al no existir norma en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sobre aclaración y adición de providencias judiciales, debe acudir al Código General del Proceso; ello en virtud de la remisión que hace el artículo 306 del CPACA.

1. De la aclaración de sentencia.

Respecto de la solicitud de aclaración ha de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 285 del C.G.P. que a la letra dice:

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

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

ejecutoria de la providencia.

La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración.” (Subraya la Sala).

Dentro del trámite de este proceso, ciertamente, se decretó una medida cautelar consistente en lo siguiente:

1. DECRÉTASE la suspensión provisional de los efectos jurídicos de la Resolución RDP 051921 del 12 de noviembre de 2013 "Por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de vejez" expedida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP en relación con el señor Fernando de Jesús Osorio Montoya.

2. Los valores dejados de pagar al demandado Osorio Montoya en virtud de esta decisión, deberán mantenerse por la UGPP en una cuenta especial hasta tanto haya pronunciamiento definitivo mediante sentencia debidamente ejecutoriada.

Como bien lo hace ver la parte demandante, en la parte considerativa de la sentencia se dice por esta Corporación que “*el reintegro de los mayores valores recibidos por el demandado como consecuencia de la indebida liquidación del IBL de su pensión, no será ordenado por este juez colegiado...*”; entre tanto, en la parte resolutive se ordena a la UGPP “*que devuelva al demandado las mesadas a él dejadas de pagar en virtud de la medida cautelar decretada en este proceso; eso sí, descontando de las mismas los mayores valores originados en la indebida aplicación del IBL que se hizo en la Resolución No. RDP 051921 del 12 de noviembre de 2013.*”

En razón a la duda que puede suscitar lo anterior, conviene entonces aclarar que el demandado Fernando de Jesús Osorio Montoya no está obligado a reintegrar los mayores valores recibidos como consecuencia de la indebida liquidación del IBL de su pensión hasta la fecha de ejecutoria del Auto Interlocutorio No. 060 del 14 de mayo de 2021, mediante el cual se decretó la medida cautelar de suspensión provisional del acto acusado. A partir del momento en que quedó ejecutoriada la medida cautelar – la cual fue decretada con el fin de garantizar el objeto el proceso – los mayores valores recibidos como consecuencia de la

indebida liquidación del IBL de la pensión y retenidos en una cuenta especial hasta tanto hubiese pronunciamiento definitivo mediante sentencia debidamente ejecutoriada, deben ser entregados a la UGPP toda vez que fue dicha entidad la que demostró tener derecho sobre ellos.

Por lo anterior, se aclarará el ordinal segundo de la sentencia proferida el 9 de junio de 2023 dentro del asunto de la referencia, en el sentido de que, la orden impartida a la UGPP para que devuelva al demandado las mesadas a él dejadas de pagar en virtud de la medida cautelar decretada en este proceso, debe cumplirse previo descuento de los mayores valores originados en la indebida aplicación del IBL que se hizo en la Resolución No. RDP 051921 del 12 de noviembre de 2013, causados a partir de la ejecutoria del Auto Interlocutorio No. 060 del 14 de mayo de 2021, mediante el cual se decretó la medida cautelar de suspensión provisional del acto acusado.

Se aclarará, además, que el demandado Fernando de Jesús Osorio Montoya no está obligado a reintegrar los mayores valores recibidos como consecuencia de la indebida liquidación del IBL de su pensión hasta la fecha de ejecutoria del Auto Interlocutorio No. 060 del 14 de mayo de 2021, mediante el cual se decretó la medida cautelar de suspensión provisional del acto acusado.

2. De la adición de sentencia.

En relación con la adición de las providencias, dicho estatuto procesal dispone lo siguiente:

Artículo 287. *Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.*

El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.

Los autos solo podrán adicionarse de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término.

Dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación podrá recurrirse también la providencia principal.

Ciertamente, las sentencias judiciales deben *“contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir con arreglo a lo dispuesto en este código”*¹

En la parte resolutive de la sentencia sub examine se resolvió sobre la nulidad del acto administrativo y se ordenó el restablecimiento del derecho ordenando a la UGPP que expida un nuevo acto administrativo en el que reajuste la pensión de vejez ya reconocida en favor del señor Fernando de Jesús Osorio Montoya, pero esta vez, teniendo en cuenta un IBL conformado por el promedio de lo devengado en los últimos diez años anteriores al retiro definitivo del servicio, incluyendo solamente los factores base de cotización según lo previsto en el Decreto 1158 de 1994.

Indica la parte demandada que para la expedición del nuevo acto administrativo no se fijó en la sentencia un plazo y por tanto propone que el mismo sea de quince días hábiles contados a partir de la ejecutoria de la sentencia.

No obstante, tal como se encuentra previsto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, *“Cuando la sentencia imponga una condena que no implique el pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, la autoridad a quien corresponda su ejecución dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, adoptará las medidas necesarias para su cumplimiento.”*

La obligación de expedir el acto administrativo, entendida como una obligación de hacer y no de dar, debe entonces ser cumplida por la UGPP dentro del término legal previsto en dicha norma, esto es, *dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación*. Por lo tanto, comoquiera que dicha norma no se citó expresamente en la parte resolutive de la providencia, se procederá a adicionarla en tal sentido.

¹ Artículo 280 del C.G.P.

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

III. Falla

Primero: Se aclara el ordinal segundo de la sentencia proferida el 9 de junio de 2023 dentro del asunto de la referencia, en el sentido de que, la orden impartida a la UGPP para que devuelva al demandado las mesadas a él dejadas de pagar en virtud de la medida cautelar decretada en este proceso, debe cumplirse previo descuento de los mayores valores originados en la indebida aplicación del IBL que se hizo en la Resolución No. RDP 051921 del 12 de noviembre de 2013, causados a partir de la ejecutoria del Auto Interlocutorio No. 060 del 14 de mayo de 2021, mediante el cual se decretó la medida cautelar de suspensión provisional del acto acusado.

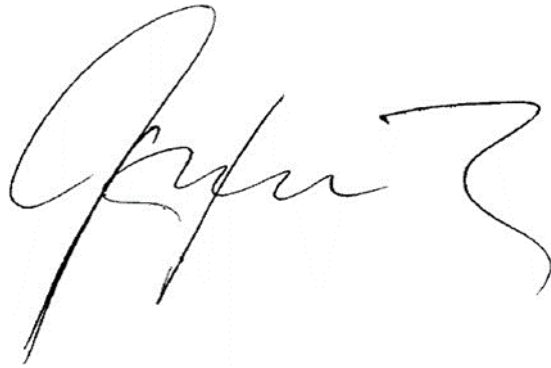
Se aclara, además, que el demandado Fernando de Jesús Osorio Montoya no está obligado a reintegrar los mayores valores recibidos como consecuencia de la indebida liquidación del IBL de su pensión hasta la fecha de ejecutoria del Auto Interlocutorio No. 060 del 14 de mayo de 2021, mediante el cual se decretó la medida cautelar de suspensión provisional del acto acusado.

Segundo: Se adiciona la sentencia proferida el 9 de junio de 2023, ordenando a la UGPP que dé cumplimiento a la referida sentencia dentro del término previsto en el artículo 192 del CPACA.

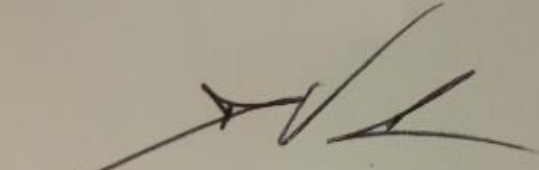
Tercero: En firme la sentencia, archívese el expediente previa anotación en el programa informático “Justicia XXI”.

Notifíquese y cúmplase,

Discutida y aprobada en 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, quince (15) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 241

Radicación	17001-33-33-002-2022-00249-02
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	UGPP
Accionado	Luis Eduardo Martínez

I. Asunto

Procede la Sala Segunda de Decisión a resolver el **recurso de apelación** interpuesto por la parte demandante contra el auto del 22 de noviembre de 2022, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se negó una medida cautelar de suspensión provisional.

Es competente esta Sala de Decisión para conocer del presente asunto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 125, numeral 2, literal h del CPACA, modificado por el artículo 20 de la Ley 2080 de 2021.

II. Antecedentes

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte actora pretende que se declare la nulidad de Resolución N° 26935 del 30 de noviembre de 2004, emitida por la extinta CAJANAL, por medio de la cual se reliquidó la pensión gracia incluyendo en la liquidación de la prestación el factor de prima clima, en favor de la señora Ana Bertilda Celeita Romero. Así mismo, se declare que es nula parcialmente la Resolución RDP 12507 del 18 de mayo de 2022 que reconoció la sustitución de dicha pensión al señor Luis Eduardo Martínez en calidad de cónyuge de la señora Ana Bertilda Celeita Romero.

También se solicitó la suspensión provisional de los actos acusados considerando que las normas vigentes no consagran la prima de clima en favor de los docentes territoriales, y por ende tal reliquidación desconoce el artículo 4 numeral 3 de la ley 114 de 1913 que consagró la prohibición de no recibir actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional, así como desconoce el artículo 128 de la Constitución. Menciona los Decretos 663 de 1974,

artículo 9, y 524 de 1975, artículo 9, para afirmar que la prima de clima se estableció a favor de los docentes del orden nacional y de los nombrados de acuerdo con el convenio de misiones, última disposición que fue derogada por la ley 4 de 1992. Alude al concepto de salario definido en la sentencia del 4 de agosto de 2010 de la sección segunda del Consejo de Estado, en tanto ello corresponde a las sumas que se reciben como contraprestación directa del servicio, no así las sumas que cubran riesgos; añade que según lo ha establecido la misma Corporación, la prima de clima corresponde a una prestación social y no a un factor salarial, y por ende, dice, no puede ser factor de reliquidación de la pensión gracia de la señora Celeita Romero. Además, fue creada para docentes del orden nacional, no territoriales, siendo la docente mencionada del orden nacionalizado.

Auto apelado.

Mediante auto interlocutorio del 22 de noviembre de 2022, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales negó la medida de suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos en cuestión.

Como fundamento de la decisión se sostuvo por el a quo que, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, en la liquidación de la pensión gracia se deben incluir todos los factores salariales percibidos por la beneficiaria durante el año inmediatamente anterior a aquél en que cumplió con los requisitos de tiempo y edad, vale decir, los que regían para el momento en que consolidó el derecho. En esa línea de intelección, sostuvo que para efectos de la liquidación de dicha pensión se deben computar todos los factores salariales devengados por el o la docente en el año anterior al cumplimiento de la totalidad de requisitos para consolidar tal derecho; esto es, lo importante es que haya devengado tales factores y estén debidamente certificados.

Sobre la procedencia de la prima de clima que acredita haber devengado un docente en el año anterior a la adquisición del derecho a la pensión gracia, acude a lo dicho por el Consejo de Estado, a saber¹: *“En el caso sub lite, el demandante estaba sometido a un régimen especial de pensiones, por ser beneficiario de la “Pensión Gracia” que se otorgaba a docentes, de conformidad con la Ley 114 de 1913, que no obstante estar a cargo del Tesoro Nacional se causa sin estar afiliada a la Caja Nacional de Previsión Social, o sea, sin que se requiera de aportes a esta entidad. En consecuencia, la pensión del actor no puede liquidarse con base en el valor de los aportes durante el último año de servicios, sino que su liquidación se hace con base en los factores salariales devengados por el educador durante el año anterior a la fecha en que se obtuvo el status pensional.*

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero ponente: Jaime Moreno García, veintitrés (23) de febrero de dos mil seis (2006).

Se precisa además que con la expedición de la Ley 62 de 1985 no se modificó el artículo 1º de la Ley 33 del mismo año, ya que dicha disposición sólo modificó el artículo 3º de esta ley. Así las cosas, Cajanal debía incluir en la liquidación de la pensión del demandante, los factores salariales acreditados, de acuerdo con lo expuesto, ya que no resulta procedente su exclusión con base en las Leyes 33 y 62 de 1985. Como consta en el proceso, no se liquidaron en la cuantía de la pensión gracia de jubilación reconocida al demandante la prima de alimentación, académica, de provincia, de clima, de vacaciones y de navidad certificadas (fl. 18 – 19 Cdo. 2) y que deben tenerse en cuenta para tal efecto, por lo que en tal sentido la decisión del a quo debe confirmarse”. -sft

Señala que, según el certificado expedido por la Secretaría de Educación de Caldas, la señora Celeita Romero para el día 23 de noviembre de 2000: → Ha servido en el sector oficial del departamento de Caldas → Tiempo laborado: desde el 4 de abril de 1974 al 22 de noviembre de 2000 → Docente de la escuela Jhon F Kennedy de La Dorada → Fue nombrada a través del decreto No. 0211 del 22 de marzo de 1974 → Plaza nacionalizada ley 43 de 1975 situado fiscal → En el año de 1999 devengó: sueldo mensual, prima de alimentación mensual, **prima de clima mensual**, prima de vacaciones, prima de navidad.

Advierte que, la prima de clima devengada por la docente, fue creada por el gobierno nacional a través de los decretos 663 de 1974 y 524 de 1975, los cuales fueron dictados por el presidente de la república con el propósito de establecer las asignaciones del personal de planteles nacionales dependientes del Ministerio de Educación Nacional, concibiéndose la mencionada prima con carácter mensual, lo que para el juzgado la determina como un factor salarial, más no prestacional, pues era clara la intención de remunerar el servicio docente con ese pago. Así pues, concluye que hasta este momento del proceso se ha probado que la docente percibió la prima de clima como factor salarial y en consecuencia debía ser incluida como factor para liquidar la pensión de gracia.

Recurso de apelación.

La parte demandante insiste en la medida cautelar teniendo en cuenta que la demanda está razonablemente fundada en derecho puesto que en ella se hizo referencia a las normas que regulan la pensión gracia esto es, las leyes ley 114 de 1913, Ley 116 de 1928, Ley 37 de 1933, Ley 91 de 1989, Ley 43 de 1975, Ley 224 de 1972 Decreto 1743 de 1966 – reglamentario de la Ley 4/66, y demás normas concordantes.

Expone que la normatividad vigente no consagra la prima del clima en favor de los docentes del orden territorial, motivo por el cual su inclusión en la reliquidación pensional objeto de análisis es contraria a lo consagrado en el artículo 4º, numeral 3º de la ley 114 de 1913 que

consagró la prohibición de no recibir actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional; además, por cuanto contraría el artículo 128 constitucional vigente. Agrega que, el Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A, mediante sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010, con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado, indicó que los factores que constituyen salario, son todas las sumas que percibe el trabajador como contraprestación directa del servicio, no así las sumas que cubren riesgos. También cita otra providencia de la misma Corporación en donde se explica que *“la prima de clima se observa que la misma se creó para los rectores, profesores y demás empleados del servicio de los planteles de enseñanza media, situados en climas reconocidamente insalubres del Departamento de Boyacá, de lo cual se infiere que no tiene relación directa ni con el cargo ni con las funciones o calidades profesionales del beneficiario de la prestación sino que pretende compensar las especiales circunstancias en que se presta el servicio, es decir que está encaminada a cubrir las contingencias o eventuales riesgos en que pueda encontrarse el empleado por laborar en climas con condiciones desfavorables para la salud, es decir que, a diferencia del sobresueldo y de la prima de grado, la prima de clima corresponde a una prestación social y no a un factor de salario.”*²

Itera que la prima de clima ostenta el carácter de prestación social, por cuanto con su pago no se remunera el trabajo en sí mismo, sino que busca amparar al trabajador de los riesgos que se originen por desempeñar su función en lugares donde los climas fueron a criterio del Gobierno, reconocidos como insalubres, de manera que no es factor salarial, y en consecuencia no puede hacer parte de la reliquidación de la pensión de gracia en favor de la señora Ana Bertilda Celeita Romero. Dice, que más allá de la naturaleza de dicha prestación, debe tenerse en cuenta que el acto de su creación fue expedido por el Gobierno Nacional para docentes del orden nacional, sin que sea dable aplicarlo a los del orden territorial pues esto estaría en franca contradicción con la Constitución.

Aduce, de igual manera, que no es posible el reclamo de prestaciones o salarios cuyo nacimiento no provenga de la Constitución o la ley y, si en algún momento se reconocieron, no por ello adquieren la entidad de derechos adquiridos.

II. Consideraciones de la Sala

² Cfr: Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A, Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Sentencia del 28 de junio de 2012. Radicación número: 15001-23-31-000-1999-01332-01(2517-07). Actor: NUBIA HERMOSA VALENCIA. Demandado: DEPARTAMENTO DE BOYACA; Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Sentencia del 30 de junio de 2011. Radicación número: 15001-23-31-000-2007-00902-01(2031-09) Actor: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL. Demandado: ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE BOYACA.

El artículo 238 Constitucional prevé la figura de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos susceptibles de impugnación judicial, “*por los motivos y con los requisitos que establezca la ley*”.

A su vez, los artículos 229, 230 y 232 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo³, regulan el tema así:

“Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el juez o magistrado ponente podrá decretar, una o varias de las siguientes medidas:

[...]

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

El artículo 231 Ibidem, dispone:

Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. *Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos. /Resalta el Despacho/*

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
- 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
- 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
- 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.*

El Consejo de Estado ha señalado en forma reiterada y constante el carácter excepcional de la **medida cautelar** de la Suspensión Provisional, que implica, nada menos, el desconocimiento “*ab initio*” de la presunción de legalidad del acto de la administración, con la consiguiente suspensión de sus efectos inmediatos y la postergación de su ejecución.

³ En adelante C.P.A.C.A.

La suspensión provisional se determina como una medida cautelar de carácter material que suspende el acto administrativo con la finalidad de proteger el ordenamiento jurídico, hasta tanto se determine la constitucionalidad o legalidad del acto estudiado.

Con el nuevo estatuto de lo Contencioso Administrativo cambiaron las exigencias que traía el artículo 152 del C.C.A para la procedencia de dicha medida. Es así como, el Consejo de Estado, en providencia del 12 de diciembre de 2012⁴, advierte dichos cambios:

*“De esta manera, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que antes era exigencia **sine qua non** que la oposición normativa apareciera manifiesta por confrontación directa con el acto o mediante los documentos públicos adicionales con la solicitud.*

Entonces (sic) ello excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudio pues la trasgresión debía aparecer prima facie. Ahora, la norma da la apertura (sic) de autorizar al juez administrativo para que desde este momento procesal, obtenga la percepción de si hay la violación normativa alegada, pudiendo al efecto: 1º) realizar análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2º) que también pueda estudiar las pruebas allegadas con la solicitud”⁶(negritas del original).

“El Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), (sic) establecía que esta medida estaba sujeta a que la contradicción con las disposiciones invocadas como fundamento de la solicitud de suspensión fuera manifiesta y apreciada por confrontación directa con el acto demandado, de esa manera, se impedía que el Juez pudiera realizar un estudio profundo del caso, pues la trasgresión debía ser ostensible y como tal, no podía implicar esfuerzo analítico alguno.”

Al respecto cabe resaltar que la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al juez administrativo para realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y estudiar las pruebas allegadas con la solicitud.

“Finalmente, el Despacho considera importante destacar que pese a que la nueva regulación le permite al Juez realizar un análisis de la sustentación de la medida y estudiar las pruebas pertinentes, la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento, lo que obliga al Juzgador a ser en extremo cauteloso al momento de resolver la solicitud de suspensión provisional”

Posición que encuentra respaldo en providencia del Consejo de Estado del 11 de mayo de 2015⁵.

“El artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece como requisitos para que proceda la suspensión provisional de los actos administrativos los siguientes:

“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos”.

⁴ Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección Primera, auto de 3 de diciembre de 2012, Exp. 11001-03-24-000-2009-00290-00; C.P Guillermo Vargas Ayala.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección Providencia del 11 de mayo de 2015; Exp. 11001-03-26-000-2014-00143-00 (52.149); C.P Olga Melina Valle de la Hoz.

En ese estado de cosas, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece una variación significativa en relación con aquella que contenía el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, en lo referente a la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos.

En primer lugar, en la actualidad –CPACA-, para la procedencia de la medida cautelar, la confrontación se hace respecto de las normas invocadas en la demanda o en la solicitud de suspensión, pues por su parte el C.C.A. establecía que la confrontación se hacía únicamente respecto de las normas invocadas en la petición de la medida cautelar. Así, el cambio de legislación le otorgó al Juez un campo de acción más amplio, en la medida que podrá hacer la confrontación no sólo con las normas invocadas en la solicitud, sino con las que se señalen en el libelo demandatorio”. (Subrayas de la Sala).

Al constatarse que la demanda se presentó en vigencia del CPACA, no está sujeto el análisis a que la contradicción entre las normas invocadas como infringidas sea ostensible o manifiesta, sino que se confronta el acto demandado con las normas que se señalan como violadas, tanto en la solicitud de suspensión como en la demanda, en concordancia con las pruebas allegadas a la actuación.

Conviene precisar que, en los demás casos, esto es, aquellos referidos a medidas cautelares diferentes a la suspensión provisional de actos administrativos, el análisis de Juez sí debe recaer en otros requisitos tales como: i) Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho; ii) Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados; iii) Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida que concederla; iv) Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones: a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

Pero en tratándose de la suspensión provisional de actos administrativos, se itera, no resulta necesario acreditar estos últimos requisitos para determinar la procedencia de la medida cautelar.

◆ **Caso Concreto.**

La medida provisional está dirigida a obtener la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos mediante los cuales se reliquidó una pensión gracia en favor de su titular y posteriormente se sustituyó al cónyuge supérstite, pues según dice la UGPP, en la misma se incluyó la prima de clima como factor de liquidación, lo cual desconoce lo dispuesto en la Ley 114 de 1913, artículo 4, numeral 3, norma que establece como condición para acceder a la pensión gracia, el que no se reciba otra pensión o recompensa de carácter nacional; y

teniendo en cuenta que dicha prima fue creada para los docentes nacionales, no puede ser factor para liquidar la pensión gracia; considerando, además, que esa prima es factor prestacional y no salarial.

Ahora bien, a efectos de resolver lo pertinente ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

- La pensión gracia sub examine fue liquidada incluyendo, entre otros factores, la prima de clima.

- La discusión en torno al derecho que le asistía a la señora Ana Bertilda Celeita Romero de recibir la prima de clima mientras permaneció en servicio activo, incluso en el año anterior a la consolidación del derecho a la pensión gracia, debió darse en su debido momento a través de las acciones previstas legalmente para esos efectos, en donde se planteara la inviabilidad de reconocer dicho emolumento en favor de docentes de plaza nacionalizada como lo era la referida señora.

- Para liquidar la pensión gracia se debe indagar sobre la remuneración que percibió el docente en el año estatus, sin que sea dable en esta instancia adentrarse en el análisis en punto a la legalidad de los factores reconocidos por la Administración durante la relación laboral; esa discusión, como ya se dijo, debió ser zanjada en otro escenario, pues en éste, es el certificado de salarios el insumo que se toma en cuenta para la respectiva liquidación. No sobra indicar que dicho certificado es antepuesto de buena fe por el docente para el reconocimiento de su pensión.

- En relación con la base de liquidación de la pensión gracia, el Consejo de Estado⁶ ha dicho:

*“En cuanto a la cuantía de la pensión gracia, se advierte que no se liquida con base en aportes, pues ésta es una pensión especial, y según el artículo 1º de la Ley 114 de 1913, inicialmente la cuantía de la prestación era la mitad del sueldo que hubiere devengado el empleado en los dos últimos años de servicio. Posteriormente, el artículo 3 de la ley 37 de 1933, señaló que “las pensiones de jubilación de los maestros de escuela, rebajadas por decreto de carácter legislativo, quedaran nuevamente en la cuantía señalada por las leyes.” Después, el artículo 4º de la Ley 4ª de 1966, reglamentado por el artículo 5º del Decreto 1743 de 1966, determinó que las pensiones de jubilación o de invalidez de los servidores de las entidades de derecho público se liquidarán y pagarán tomando como base el 75% del promedio mensual del salario devengado durante el último año de servicio. Las referidas normas no excluyeron la pensión especial graciosa.
[...]*

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 25000-23-42-000-2014-00890-01(4284-15)

En este orden de ideas, en materia liquidación y la forma de establecer la cuantía en relación con la pensión gracia, la tesis jurisprudencial consolidada radica en que la misma se liquida en el equivalente al 75% del promedio de todos los factores devengados durante el año anterior a la fecha de adquisición del estatus pensional.”

En posterior oportunidad, la Alta Corporación⁷ expuso:

En este sentido, el aspecto neurálgico que ha generado mayor controversia entre los beneficiarios de la pensión gracia, corresponde precisamente a la forma como se debe liquidar por parte de la Caja Nacional de Previsión, en virtud a que dicha Entidad ha adoptado para tal efecto las normas anteriormente mencionadas -Ley 33 y 62 de 1985- sin consultar su adecuada aplicación, procedimiento con el cual quedan excluidos de la liquidación de esta prestación especial, una serie de factores salariales que sin duda alguna afectan los intereses económicos y patrimoniales de los pensionados, quienes en forma injusta ven menguada su prestación, debido a una errónea interpretación y aplicación de la Ley.

*Al respecto, resulta claro que la excepción analizada anteriormente, consagrada en la Ley 33 de 1985, impide la aplicación de las disposiciones generales allí contenidas frente a la liquidación pensional de la pensión aludida, por lo que se habilita la observancia de lo dispuesto en éste sentido en el régimen anterior contenido en la **Ley 4ª de 1966 y en su Decreto Reglamentario -1743 de 1966- referenciados inicialmente**, ya que no discriminó ni excluyó de su aplicación pensión alguna de las percibidas por los servidores oficiales. **Así, la pensión gracia al tenor de estas disposiciones debe liquidarse en la forma allí señalada, esto es, tomando como base el promedio mensual de los salarios obtenidos en el último año de servicios; sin embargo debe precisarse que a diferencia de las pensiones ordinarias, ese último año de servicios refiere el año anterior a la adquisición o consolidación del derecho pues es el momento a partir del cual empieza efectivamente a devengarse en tanto su carácter especial admite su compatibilidad con el salario, de manera que para su percepción no es necesario el retiro definitivo del servicio, es decir, que el derecho se perfecciona con el cumplimiento de la totalidad de requisitos establecidos por el Legislador para su otorgamiento, lo que hace improcedente su reliquidación con base en los factores salariales devengados en el año anterior al retiro [negrilla de la Sala].***

De acuerdo con la jurisprudencia arriba transcrita la pensión gracia debe ser liquidada con el 75% de la totalidad de los factores salariales devengados por el docente en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, de conformidad con la Ley 4.ª de 1966 y el Decreto 1743 de ese año, por cuanto expresamente el artículo 1 (inciso 2) de la Ley 33 de 1985 excluyó las pensiones especiales del régimen ordinario allí previsto.”

Y en cuanto a los factores a tener en cuenta, dice la sentencia en cita:

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de octubre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 13001-23-33-000-2014-00286-01(0752-19)

Así las cosas, la Sala encuentra necesario determinar ahora, qué factores son los que vienen a integrar el concepto de salario, pues sobre él es que se entra a precisar la base líquida para el 75%, que corresponde al monto final de la pensión.

La remuneración o salario equivale a todo lo devengado por el empleado o trabajador como consecuencia directa o indirecta de su relación laboral; comprende entonces, los sueldos, primas, bonificaciones y demás reconocimientos que se hagan directa o indirectamente por causa o por razón del trabajo o empleo sin ninguna excepción.

En torno al tema, el Decreto 1160 de 1947, en su artículo 6 (parágrafo 1), prevé que salario es «[...] todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones [...]».

Y es que lo dispuesto en este Decreto también lo tiene previsto el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, que aunque aplicable al régimen laboral individual de carácter privado, bien merece traerlo a colación por tratarse de una consagración de derechos mínimos, pues prescribe que constituye salario «[...] todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones».

*En conclusión, el salario está constituido por **todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el trabajador** como contraprestación por su labor.
/rft/*

La anterior jurisprudencia da pie a la Sala para concluir de manera preliminar, que la prima de clima devengada mensualmente por el docente durante el año estatus, es factor computable para la liquidación de la pensión gracia.

Aunado a ello, está demostrado que la docente ocupaba una plaza nacionalizada y en tal calidad, recibió su remuneración. Luego, la prima de clima la recibió en calidad de docente nacionalizada, sin que sea dable inferir que esa clasificación se pierda por el argumento de que los recursos destinados para su sostenimiento tienen su origen o fuente en la Nación. De hecho, la remuneración de los servicios prestados por docentes nacionalizados, tuvieron gradualmente su fuente en recursos provenientes de la Nación y ello no muta o cambia su clasificación; por lo tanto, ocupar una plaza nacionalizada es lo que le permite acceder al derecho a la pensión gracia, a diferencia de quienes ocupan plazas nacionales, quienes no tienen derecho a la misma porque en tal calidad reciben salario y pensión al amparo de un régimen nacional. Así las cosas, no se advierte hasta ahora que la docente hubiese desconocido el requisito previsto en el numeral 3, artículo 4 de la Ley 114 de 1913.

Tal y como lo dijo el a quo en su momento, no se encuentra cumplido el presupuesto para la procedencia de la suspensión provisional de los actos acusados, cual es la constatación

conforme a lo hasta ahora aportado con la demanda, de una trasgresión de las disposiciones que establecen el ingreso base de liquidación de la pensión gracia.

Por lo anterior y sin necesidad de consideraciones adicionales, teniendo en cuenta que la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento, se procederá a confirmar el auto del 22 de noviembre de 2022, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se negó una medida cautelar de suspensión provisional.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión,

III. Resuelve

Primero: Se confirma el auto del 22 de noviembre de 2022, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se negó una medida cautelar de suspensión provisional dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia.

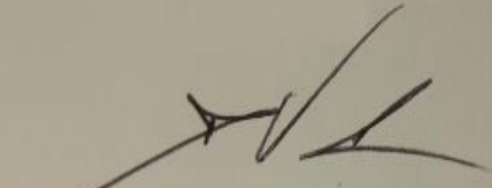
Segundo: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia XXI”.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, catorce (14) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO No.	17001-33-33-001-2022-00131-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	JOSÉ LINO SALAZAR GIRALDO
ACCIONADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO; DEPARTAMENTO DE CALDAS

Procede La Sala Primera del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia que accedió a las pretensiones, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 07 de diciembre de 2022.

PRETENSIONES

La parte accionante solicitó:

“DECLARACIONES:

PRIMERO: Declarar la nulidad del acto ficto o presunto originado en la petición presentada el día 12 de diciembre del 2020, en cuanto negó el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN POR MORA** a mi mandante establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante las demandadas y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

SEGUNDO: Declarar que mi representada tiene derecho a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE CALDAS**, le reconozca y pague la **SANCIÓN POR MORA** establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante las demandadas y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

PRIMERO: Condenar a la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL**

MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE CALDAS, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 1071 de 2006 a mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante las demandadas y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

SEGUNDO: *Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE CALDAS, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA referida en el numeral anterior, de conformidad con el artículo 187 de la ley 1437 del 2011 C.P.A.C.A. tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.*

TERCERO: *Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE CALDAS, que se dé cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 de la ley 1437 del 2011-CPACA en lo que corresponda.*

CUARTO: *Condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandada a favor de mi poderdante el señor JOSÉ LINO SALAZAR GIRALDO”.*

HECHOS

La demandante labora en los servicios educativos estatales en el municipio de Manizales, por lo que solicitó a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el día 28 de noviembre de 2019, el reconocimiento y pago de una cesantía parcial.

Mediante Resolución nro. 7740-6 del 11 de diciembre de 2019 le fue reconocida la cesantía reclamada, siendo notificada el 17 de diciembre de 2019. Dicha prestación fue efectivamente cancelada el 16 de junio de 2020.

Mediante petición del 12 de diciembre de 2020, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora a la entidad demandada, sin embargo, no se recibió respuesta alguna originando el silencio administrativo negativo.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Consideró que el acto administrativo cuya nulidad se pretende infringe los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995. Artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006. Artículos 4 y 5

Como concepto de la violación indicó que el pago de la cesantía de los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, siempre han estado menoscabando las disposiciones que regulan la materia, incurriendo en mora injustificada para el pago de la prestación, *contrario al pago de las cesantías de los demás servidores del estado, que al momento de solicitarlas, están siendo canceladas a más tardar dentro de los 30 días siguientes a su solicitud*, por tratarse de emolumentos salariales que retiene el patrono, pero que son del empleado, para cuando éste, quede cesante en su actividad. En virtud de estas circunstancias, fueron expedidas de manera progresiva la ley 244 de 1995 y la ley 1071 de 2006, mediante las cuales, se reguló la situación particular del pago de las cesantías Parciales y Definitivas de los servidores públicos, estableciendo un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, de los 15 días después de radicada la solicitud y 45 días para proceder al pago al servidor, después de expedido el acto administrativo de reconocimiento.

Sin embargo, esta circunstancia, y muy a pesar de que la jurisprudencia ha establecido que la disposición normativa ha de entenderse en que entre el reconocimiento y pago, no debe superar los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud, el Fondo Prestacional del Magisterio cancela por fuera de los términos establecidos en la ley dicha prestación, lo que genera una sanción para la entidad, equivalente a 1 día de salario del docente, con posterioridad a los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud, contado hasta cuando se efectúe el pago de estas cesantías.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: se opuso a las pretensiones de la demanda.

Como razones de defensa esgrimió que, si bien las sentencias de unificación SU-336 de 2017 de la Corte Constitucional y SUJ-012-S2 del Consejo de Estado, de los años 2017 y 2018, respectivamente, ha sido adversa a la posición inicialmente sostenida por la Nación - Ministerio de Educación Nacional, en los casos relacionados con la sanción moratoria en el pago de las cesantías que imponen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Al respecto, las Altas Cortes determinaron que la sanción por mora si es aplicable al pago de las cesantías del FNPSM, a pesar de que no esté provisto en la Ley 91 de 1989 ni en la Ley 962 de 2005, la presencia de problemas operativos en las Entidades Territoriales impide el cumplimiento de los términos para proyectar las respectivas

Resoluciones que reconocen las prestaciones sociales de los educadores nacionales afiliados al FNPSM.

Para el reconocimiento de cesantías, y con el fin de observar el termino de quince días previsto en la Ley 1071 de 2006, la entidad territorial tiene cinco días para elaborar un proyecto de acto administrativo y remitirlo a la sociedad Fiduciaria; a su vez, esta cuenta con cinco días para expedirlo y aprobarlo, u objetarlo; y la Entidad Territorial tiene otros cinco días para expedir el Acto Administrativo.

Lo planteado resume que, pueden surgir varias circunstancias por las cuales la moratoria resulta configurada a favor del accionante: i) En la expedición del acto administrativo, fruto de una demora de la entidad territorial en enviar el proyecto de acto administrativo o en expedirlo luego de recibida la aprobación por parte de la sociedad fiduciaria, ii) En la expedición del acto administrativo, producto de la demora de la sociedad fiduciaria en hacer la revisión respectiva; iii) Una vez expedido y notificado el acto administrativo, por demoras por causas de falta de disponibilidad presupuestal.

En tratándose de sanción moratoria derivada del pago extemporáneo de la cesantía parcial o definitiva docente, causadas hasta el 31 de diciembre de 2019; en cualquiera de estos casos, el pago de la sanción moratoria, corre a cargo del FNPSM a pesar de que la mora haya sido causada por la Entidad Territorial.

Situación diferente acontece en tratándose de sanción moratoria derivada del pago extemporáneo de la cesantía parcial o definitiva docente, causadas desde el 01 de enero de 2020 pues, en cualquiera de estos casos, el pago de la sanción moratoria corre a cargo del ente territorial, por expresa disposición legal.

Como excepciones propuso las que denominó:

El pago de las cesantías se entiende satisfecho en el momento en que se produce el abono en la cuenta, independientemente del momento en que esta el valor se retire por el titular del derecho: indicó que tal y como lo ha señalado la Sección Segunda, en sentencia del 22 de julio de 2021, Subsección B, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro del Expediente: 05001-23-33-000-2017-02996-01 (659-2020), la contabilización de la mora debe realizarse, hasta el momento en que la Entidad realiza el pago; puesto que el pago extingue la obligación, mas no, hasta el momento en que el titular del derecho retira las sumas dinerarias de su cuenta bancaria.

inexistencia actual de la obligación en cabeza de las entidades que represento, y a favor del demandante. // ausencia actual de objeto litigioso, frente a mis representadas, por pago de la obligación. // cobro de lo no debido, frente a mis representadas, porque la moratoria se generó en 2020: indicó que, realizado el cómputo de la moratoria solicitada por el demandante, es evidente que la totalidad de esta se causó en el año 2020; y como se ha señalado, la responsabilidad del FNPSM en el pago de sanción moratoria, se extiende únicamente al 31 de diciembre de 2019, por expresa disposición legal.

Falta de legitimación en la causa por pasiva de las entidades que represento, para asumir declaraciones y condenas por sanción mora, posteriores al 31 de diciembre de 2019: señaló que quienes están obligados a concurrir a un proceso en calidad de demandados son aquellas personas que participaron realmente en los hechos que dieron origen a la demanda. amparado en dicho presupuesto, ha de observarse que, en concordancia con las normas sustanciales que subsumen el caso *sub lite*, la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM– Fiduprevisora S.A, en aquellos eventos en que se declare la existencia de sanción moratoria por el pago tardío de cesantías parciales o definidas docentes, no es responsable del pago de la misma, por cuanto la moratoria se generó en vigencia del año 2020, periodo que debe ser asumido por el ente territorial.

Legitimación exclusiva en la causa por pasiva del ente territorial, para asumir declaraciones y condenas, derivadas de sanción moratoria generadas desde el 01 de enero de 2020: indicó que en razón a que el demandante presenta demanda pretendiendo el pago de presunta moratoria en el pago tardío de cesantías, generada en vigencia del año 2020, al amparo de la Ley 1955 de 2019, al ente territorial le asiste legitimación en causa por pasiva, Toda vez que con la expedición de la Ley 1955 de 2019 que derogó el artículo 562 de la Ley 962 de 2005;, reguló lo relacionado con la eficiencia en la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, prohibiendo que con cargo a los recursos de dicho Fondo se paguen las sanciones derivadas de la mora en el pago de las prestaciones, e imponiendo responsabilidad directa a la Secretaría de Educación del Ente Territorial por la mora en el pago de la cesantías.

Sanción moratoria causada en vigencia del año 2020 debe ser cancelada por el ente territorial: indicó que en concordancia con lo dispuesto en Artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, el extremo procesal legitimado, y que debe asumir el pago de la sanción mora generada en el año 2020, es el Departamento de Caldas / Secretaría de Educación Departamental. No se causó moratoria con corte al 31 de diciembre de año

2019, fecha limitante en el pago de este tipo de sanciones por parte del FNPSM, tal como lo expone el art. 57 de la ley 1955 de 2019.

DEPARTAMENTO DE CALDAS: esgrimió que se opone a todas y cada de las pretensiones de la parte demandante.

Como razones de defensa una vez de describir la gestión de la entidad territorial en cuanto a la solicitud de cesantías se refiere, afirmó que cumplió con los términos legales dentro del trámite que corresponde, e informó que una vez queda en firme el acto administrativo ya no tiene incidencia dentro en el pago de la prestación.

Así mismo realizó un recuento de las actuaciones realizadas para el caso específico para concluir que, no le asiste responsabilidad alguna a la entidad en la mora en el pago de las cesantías reclamada por la parte actora.

Como excepciones propone las que denominó:

Cumplimiento de términos por parte de la entidad territorial Departamento de Caldas: indicó que el Departamento de Caldas –Secretaría de Educación-, cumplió fehacientemente los términos legales dentro del trámite, para el pago de las cesantías, recayendo, *per se*, la responsabilidad en la demora en el pago en la entidad Fiduciaria, quien se encarga de verificar el cumplimiento de los requisitos y efectuar el correspondiente pago o desembolso de la prestación otorgada; aunado, a que textualmente el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 consagra: *“Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro”*; queda claro entonces, que en el momento en que queda en firme el acto administrativo, el ente territorial ya no tiene ningún tipo de incidencia dentro del trámite de la prestación, convirtiéndose simplemente en un espectador mientras el resto del trámite culmina.

Buena fe: la entidad ha actuado de buena fe en la expedición de los actos administrativos de reconocimiento de las cesantías a favor de la actora.

Prescripción: En caso de acceder a las suplicas de la demanda, solicito se aplique la prescripción trienal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 de 1965.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 07 de diciembre de 2022 el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, tras plantearse como problema jurídico, la procedencia de la sanción moratoria por concepto de no consignación oportuna de cesantías, contemplada en la Ley 244 de 1994 y modificada por la Ley 1071 de 2006, profirió fallo favorable a las pretensiones de la parte actora.

Explica que, si bien los docentes del sector público tienen una regulación en materia de cesantías prevista en la Ley 91 de 1989, esta norma no contempla dentro de su articulado la sanción que reclama la actora, y que las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, sí fijan los términos del pago oportuno de la prestación para los servidores públicos del artículo 123 de la Constitución Política, entre los que se encuentran los docentes.

Apoyada entonces en las anteriores normas, resalta que, a partir del momento de radicación de la solicitud, la entidad dispone de un término de 15 días hábiles para emitir el acto administrativo, más 10 días de ejecutoria, y una vez en firme el mismo, tiene un plazo de 45 días adicionales para realizar el pago, so pena de causar la sanción moratoria.

Concluyó el *A quo*, en el caso concreto que, el demandante José Lino Salazar Giraldo solicitó el pago de las cesantías el día 28/11/2019 y el Departamento de Caldas emitió el acto administrativo de reconocimiento el día 11/12/2019, es decir, al noveno día hábil siguiente a la presentación de la solicitud. El acto de reconocimiento de las cesantías fue notificado personalmente al cuarto día siguiente, esto es, el 17/12/2019. El acto quedó ejecutoriado el 02/01/2020.

El proyecto fue remitido por la Secretaría al Fondo para efectos de pago el día 08/01/2020, es decir, al tercer día hábil siguiente a su ejecutoria. Por lo tanto, de los días de mora que resulten en este caso, se condenará a la Secretaría de Educación Departamental de Caldas a pagar el valor de 5 días de sanción moratoria, habida cuenta que lo legalmente procedente es enviar el acto para su pago al día siguiente de su ejecutoria y los días de sanción moratoria corren en días calendario.

Los 45 días que tenía el Fondo para pagar, luego de estar notificado y ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento de cesantías, vencieron el día 06/03/2020 y según el certificado visible a folios 21 de los anexos de la demanda el dinero fue puesto a disposición para el pago el día 16/06/2020 por lo que se generaron 101 días de mora, de los cuales 5 días estarán a cargo del Departamento de Caldas, y los restantes 96 días de sanción moratoria a cargo del FNPSM.

Así las cosas, declaró la nulidad del acto ficto configurado el 12/03/2021 frente a la petición presentada el día 12/12/2020 Y a título de restablecimiento del derecho, ordenó al FNPSM que pague al demandante la sanción moratoria de que trata el párrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, en razón de 96 días de sanción mora, y al Departamento de Caldas en razón de 5 días de sanción moratoria, que se calcularán con la asignación básica devengada en el año 2020.

RECURSO DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

FNPSM: indicó que en el artículo 57 de la Ley 1955, no se señala de ninguna manera que, sea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el encargado de pagar la sanción moratoria en caso de que el ente territorial haya expedido o no el acto administrativo de reconocimiento de auxilio de cesantías en tiempo, como a mi consideración, erróneamente el fallador de primera instancia ha decidido en la sentencia.

Por ello, el artículo 57 en su párrafo transitorio indica que las sanciones por mora causadas a 31 de diciembre de 2019, en efecto si serán canceladas por el FNPSM con cargo a los recursos TES que contempla el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que fueron regulados por el Decreto 2020 del 6 de noviembre de 2019, pero cosa diferente es el pago de sanción por mora que se cause con posterioridad al 1 de enero de 2020, ya que solo será asumida por la entidad territorial.

Así las cosas, se solicita se revoque la decisión de primera instancia en lo que respecta a quien debe asumir el pago de la prestación, condenando a la entidad territorial al pago de la sanción moratoria, y exonerando al FNPSM.

Departamento de Caldas: señaló que si bien el A quo afirmó que: *“El acto de reconocimiento de las cesantías fue notificado personalmente al cuarto día siguiente, esto es, el 17/12/2019. El acto quedó ejecutoriado el 02/01/2020.”*; el acto administrativo nos indica que el mismo quedó ejecutoriado el día 08 de enero de 2020. Esto se debió a que el día 07

de noviembre de 2019 la Secretaría General de la Gobernación de Caldas comunicó la circular S.G. 033 donde informa que los días 23 y 24 de diciembre de 2019 no habría servicio; así las cosas, los días de ejecutoria se corrieron estos dos días, por lo que, el acto quedó ejecutoriado el día 07 de enero, tal como está expreso en el acto administrativo.

De igual forma aun en el evento de que la suspensión de actividades no sirviere de excusa, si el acto administrativo debió de quedar ejecutoriado el día 02 de enero de 2020, el mismo fue remitido para pago el día 08 de enero de 2020 (4, 5 y 6 de enero días inhábiles); es decir, dentro de un término prudencial, expedido, eficaz y eficiente para que el FNPSM disponga el pago de la misma, por lo que, la Secretaría de Educación demostró diligencia, responsabilidad y compromiso en el envío de la Resolución No. 7740-6 de 2019 para pago en un tiempo oportuno, cercano, sin dilaciones injustificadas.

Por lo expuesto, es evidente la ausencia de análisis jurídico del A quo para imponer una sanción al ente territorial y, por consiguiente, una condena en costas, cuando tampoco se evidenció, discutió o probó una mala fe en el actuar de la entidad para ser merecedora de tal condena.

Finalmente solicitó se revoque el fallo recurrido en cuanto a la condena impuesta a la entidad departamental.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a la constancia secretarial visible en PDF nro. 04 del expediente digital de segunda instancia las partes y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES.

Cuestión previa.

Para el Tribunal Administrativo de Caldas resulta importante indicar, que conforme a la sentencia de unificación **CE-SUJ-SII-012-2018¹**, relacionada con el pago tardío de cesantías parciales o definitivas, se tendrán en cuenta los siguientes parámetros para el análisis del caso sub – examine:

¹ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Segunda¹ ; Sentencia de unificación por Importancia jurídica; Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018; SUJ-012-S2; Bogotá D.C., 18 de julio de 2018; 73001-23-33-000-2014-00580-01-4961-2015

"193. En tal virtud, la Sala dicta las siguientes reglas jurisprudenciales:

3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley² para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

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

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

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

² Artículos 68 y 69 CPACA.

Problema jurídico.

Teniendo en cuenta el recurso de apelación el problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se resume en las siguientes preguntas:

1. ¿Le asiste derecho al demandante a que con fundamento en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 se le reconozca y pague la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales?

En caso positivo, se deberá establecer:

2. ¿A qué entidad le corresponde el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reconocidas a favor del demandante?

3. ¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte accionada en primera instancia?

LO PROBADO

En el cartulario se encuentra probado que:

- Mediante la Resolución nro. 7740-6 del 11 de diciembre de 2019 se reconoció a favor del actor de la cesantía parcial reclamada en virtud de la petición elevada el 28 de noviembre de 2019. Dicha resolución fue notificada el 17 de diciembre de 2019.
- Conforme a certificación expedida por el BBVA al señor Salazar Giraldo le fueron dispuestas las cesantías el 16 de junio de 2020.
- El 12 de diciembre de 2020 se solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías

Solución al problema jurídico planteado

Ahora, el Máximo Tribunal Administrativo, conforme a la sentencia de unificación antes descrita, condensó en un cuadro la siguiente explicación en torno a la manera de computar la sanción moratoria de acuerdo a unas hipótesis:

HIPÓTESIS	NOTIFICACIÓN	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal ³	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

En consonancia con la anterior providencia, debe esta Sala poner de presente que en este caso la solicitud de reconocimiento de las cesantías parciales se realizó el 28 de noviembre de 2019, emitiéndose la resolución el 11 de diciembre de 2019. El acto administrativo se notificó el 17 de diciembre de 2019, siendo remitido el 08 de enero de 2020 mediante oficio PS 0007. Y el pago se puso a disposición el 16 de junio de 2020.

De acuerdo a la anterior información, se tenían como fechas límites para realizar el trámite de cesantías los siguientes:

TÉRMINO	FECHA LÍMITE	CASO CONCRETO
---------	--------------	---------------

³ Se consideran los supuestos de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

Fecha de la reclamación de las cesantías parciales		28/11/2019
Vencimiento del término para el reconocimiento – 15 días (artículo 4 de la Ley 1071 de 2006)	19/12/2019	11/12/2019
Notificación del acto de reconocimiento		17/12/2019
Vencimiento del término de ejecutoria – 10 días (artículos 68 y 69 del CPACA)	02/01/2020	
Vencimiento del término para el pago – 45 días (artículo 5 de la Ley 1071 de 2006)	06/03/2020	16/06/2020

De acuerdo a lo anterior, se advierte que el acto administrativo fue emitido en tiempo por la entidad territorial, es decir, dentro de los 15 días hábiles siguientes a su radicación, quedando ejecutoriado el 02 de enero de 2020 teniendo en cuenta que fue notificado el 17 de diciembre de 2019, siendo remitido el 08 de enero de 2020; de igual forma se advierte que el pago se efectuó por fuera del plazo de 45 días hábiles siguientes a la ejecutoria. En tal sentido, la fecha límite para pagar era hasta el 06 de marzo de 2020 pero el dinero se puso a disposición el 16 de junio de 2020.

Bajo ese entendimiento, concluye la Sala que los 70 días hábiles posteriores a la fecha en que fue radicada la solicitud previstos para el reconocimiento y pago de la multicitada prestación social se cumplieron el 06 de marzo de 2020, mientras que el dinero se puso a disposición el 16 de junio del mismo año, de lo cual se infiere que, entre el 07 de marzo de 2020, inclusive, y el 15 de junio de 2020, inclusive, se hizo exigible la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, se insiste, corolario del pago tardío de la cesantía definitiva reclamada.

Por lo anterior, la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada en relación con las fechas dentro de las cuales se causó la sanción moratoria.

El FNPSM expuso en el recurso de apelación que la responsable de cancelar la sanción moratoria era la secretaría de Educación del departamento de Caldas, quien por su parte esgrime que el responsable es el FNPSM, toda vez que el envío de la resolución de reconocimiento se efectuó en tiempo.

Al respecto, debe indicarse que La Ley 91 de 1989 en su artículo 3º, creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con

independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados a dicho fondo (artículos 4 y 5).

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

Con fundamento en dichas disposiciones, el Consejo de Estado⁴ sostuvo que: "*será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo*".

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019⁵ y en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías y el responsable del pago de la sanción moratoria, dispuso:

ARTÍCULO 57º. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

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

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

⁵ Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad.

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.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

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

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

Así, a partir del 25 de mayo de 2019, las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 deben ser reconocidas y liquidadas por la secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo; en aquellos eventos en que el pago de las cesantías sea extemporáneo, como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fondo, la entidad territorial será la responsable del pago de la sanción por mora.

En este caso, está probado que, pese a que el acto administrativo se emitió dentro del término legal, el envío del mismo se dio cinco (5) días después de haber quedado ejecutoriado, siendo que de acuerdo a la jurisprudencia de unificación debe ser enviado al día siguiente de haber quedado ejecutoriado. Respecto de este punto si bien el Departamento alega que la demora

tuvo lugar por la decisión de la administración de no prestar servicio por los días 23 y 24 de diciembre de 2019, por lo que la ejecutoria se corrió 2 días, quedando ejecutoriada la resolución de reconocimiento el 08 de enero de 2020; respecto de esta afirmación debe la Sala indicar que, a pesar de no haberse demostrado la existencia de la Circular mediante la cual se dio dicha directriz, la misma no tendría la facultad de modificar o suspender normas de rango superior, por lo que no se puede aceptar este argumento por este Tribunal.

Por lo anterior, en relación con la entidad que debe responder por la sanción moratoria, la misma es imputable al Departamento de Caldas y a la nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, que señala, *“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”*; del parágrafo de la norma mencionada que dispuso: *“La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías”*.

En consecuencia, es claro que, en el presente asunto, la entidad responsable del pago de la sanción por mora causada le corresponde al Departamento de Caldas en cinco (5) días, y a la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en noventa y seis (96) días, por lo tanto, no prosperan los argumentos expuestos por la parte demandada.

Condena en costas

4. ¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte actora en primera instancia?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que en este caso la condena en costas no se ajustó a derecho, ya que la decisión no se fundamentó en el criterio objetivo valorativo.

Al revisar la argumentación que se plasmó en el fallo de primera instancia en relación con las costas, se evidencia que, la Juez de instancia solo indicó:

“En todos los casos se condenará en costas a cargo de la parte vencida y a favor de la parte victoriosa. Las agencias en derecho se tasan en todos los casos en el 3% del valor de las pretensiones de las demandas, a favor de la parte victoriosa y a cargo de la parte vencida”.

De acuerdo con lo anterior, y para efectos de determinar la procedencia de las costas, la Juez no indicó a que criterio obedecía la condena en costas.

En el recurso de apelación se argumentó, en síntesis, que en la condena en costas no se tuvieron en cuenta los criterios para imponerlas, tales como la conducta de las partes y que estas se hubieran causado y estuvieran acreditadas, ya que debía descartarse la apreciación objetiva, esto es, quien resultaba vencido en el proceso.

Sobre la condena en costas, ha dicho el Consejo de Estado lo siguiente:

Se deduce en primer lugar que el CPACA contempla un criterio objetivo para la condena en costas, es decir, no tiene en cuenta la conducta asumida por las partes para determinar la condena en costas, sentido en el cual ya se ha pronunciado el Consejo de Estado en múltiples ocasiones.

Aunado a lo expuesto, recientemente la Sección Segunda, subsección B, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de fecha 21 de junio de 2018 radicado número 73001-23-33-000-2015-00346-01(4323-16), con ponencia de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló:

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

De acuerdo con lo anterior y para efectos de determinar la procedencia de las costas, es menester indicar que se encuentra probado lo siguiente dentro del expediente:

- Obra en el expediente, poder debidamente otorgado por el Jefe de Oficina Jurídica del Ministerio de Educación al abogado Luis Alfredo Sanabria Ríos, quien posteriormente sustituyó el mandato a la abogada Jenny Alexandra Acosta Rodríguez togada que ejerció la representación judicial según el mandato a ella conferido, durante el trámite del presente proceso o y finalmente en los alegatos de conclusión se sustituye poder al abogado Diego Stivens Barreto Bejarano.

La prueba relacionada, da cuenta de los gastos generados en el trámite procesal, encontrando procedente la condena en costas contra la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por valor de \$536.067 de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

En consecuencia, el artículo 188 del CPACA determina que la condena en costas no es automática frente a quien resulte vencido en el litigio, que las mismas se rigen entonces por un criterio objetivo valorativo.

Debe advertirse que, aún con la adición del artículo 188 del CPACA, introducida por la Ley 2080 de 2021, se mantuvo la decisión de parte del Juez, sobre la labor de disponer sobre costas en la sentencia, pero adicionando que, con mayor razón la misma se deberá realizar si no hay fundamento legal en la demanda.

Por ello, para imponerlas, hay que apoyarse en un criterio objetivo valorativo el cual exige no solo verificar la parte vencida en juicio, sino, además, el deber de precisar los motivos por los cuales se considera procede la condena, es decir, por qué se aduce que se causaron las costas.

Cuando se revisa la motivación para la condena en costas de primera instancia se advierte que, la jueza en momento alguno indicó la razón para ello, por lo que echa de menos esta Sala la razón de su decisión con base en el criterio objetivo valorativo de las costas relativo a las agencias en derecho. Por lo anterior, se revocará la condena en costas.

Decisión de segunda instancia.

En el caso concreto el Tribunal considera que se debe revocar el fallo de primera instancia en cuanto a la condena en costas, confirmándose lo relacionado con el reconocimiento de la sanción moratoria.

Costas de segunda instancia

En el presente asunto de conformidad con el artículo 365 del CGP aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condenará en costas en esta instancia, toda vez que, la sentencia de primera instancia es confirmada parcialmente, acogiendo los parámetros del C. G del P. al respecto.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR EL ORDINAL NOVENO respecto a la condena en costas, de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 07 de diciembre de 2022 en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **JOSÉ LINO SALAZAR GIRALDO** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo de primera instancia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen. Háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 14 de septiembre de 2023 conforme acta nro. 054 de la misma fecha.


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente


FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 283

Asunto: Resuelve apelación contra auto – Confirma
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-33-003-2023-00062-02
Demandante: Jairo Alberto Gamez Flórez
Demandados: Nación – Ministerio de Educación Nacional –
Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del
Magisterio (FOMAG)
Departamento de Caldas
FIDUPREVISORA S.A.

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n°048 del 15 de septiembre de 2023.

Manizales, quince (15) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por el literal g) del numeral 2 del artículo 125 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, en concordancia con el numeral 1 del artículo 243 *ibidem*, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto del veintisiete (27) de junio de dos mil veintitrés (2023), proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, a través del cual rechazó la demanda por caducidad.

ANTECEDENTES

El 24 de febrero de 2023², en ejercicio del medio de control de la referencia, el señor Jairo Alberto Gamez Flórez presentó demanda³ contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), el Departamento de Caldas y la FIDUPREVISORA S.A., con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución n° 2022000038 de 2022 y del Oficio n° PS-1314 del 31 de agosto de 2022, con los

¹ En adelante, CPACA.

² Archivo n° 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

³ Archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

cuales, en su orden, se reconoció cesantía definitiva y se negó el ajuste de dicha prestación.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó que se declare que le asiste derecho al reconocimiento y pago indexado del ajuste de las cesantías definitivas, corrigiendo el valor adeudado por concepto de cesantías trasladadas por el Fondo Nacional del Ahorro al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El conocimiento del asunto correspondió por reparto al Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales⁴, el cual, a través de auto del 17 de abril de 2023⁵, ordenó corregir la demanda en el sentido de allegar constancia de notificación de la Resolución n° 2022000038 de 2022.

El 18 de abril de 2023, la parte actora presentó memorial de corrección de la demanda⁶, con el cual indicó la trazabilidad del trámite e informó que el acto administrativo quedó a disposición de la entidad territorial el 20 de abril de 2022, y que fue aprobado por el demandante el 26 de abril del mismo año.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Con auto del 27 de junio de 2023⁷, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales rechazó la demanda interpuesta, por advertir que la misma se había presentado por fuera del término de caducidad previsto por el CPACA.

En efecto, indicó que la Resolución n° 2022000038 de 2022 fue notificada personalmente el 26 de abril de 2022, de manera que el demandante tenía, en principio, hasta el 27 de agosto de 2022 para presentar la demanda.

Expuso que la solicitud de conciliación extrajudicial se radicó el 15 de diciembre de 2022, y que la constancia respectiva se expidió el 6 de febrero de 2023.

Manifestó que cuando se radicó la solicitud de conciliación ya había operado el término de caducidad en este medio de control, teniendo en cuenta que sólo hasta el 24 de febrero del 2023 se presentó la demanda, esto es, superados los cuatro meses que establece el literal d) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA.

⁴ Archivo n° 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵ Archivo n° 05 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶ Archivo n° 07 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷ Archivo n° 09 del cuaderno 1 del expediente digital.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión adoptada por el Juez *a quo*, la parte demandante interpuso recurso de apelación⁸, alegando que la demanda promovida también pretende la nulidad del Oficio n° PS-1314 del 31 de agosto de 2022, con el cual se negó el ajuste de las cesantías definitivas.

Explicó que la solicitud de ajuste de las cesantías definitivas se realizó el 11 de agosto de 2022, esto es, antes de que se cumplieran cuatro meses después de la notificación de la Resolución n° 2022000038 de 2022.

Manifestó que entre el 31 de agosto de 2022 que la Secretaría de Educación profirió el Oficio n° PS-1314 con el que negó el ajuste de las cesantías, y el 15 de diciembre de 2022 que se solicitó la conciliación, no habían transcurrido cuatro meses para estimar que operó el fenómeno de la caducidad.

DECISIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

No obstante que contra la decisión de rechazo de la demanda la parte actora no interpuso recurso de reposición, el Juez de primera instancia profirió auto el 22 de agosto de 2023⁹, con el cual resolvió la supuesta reposición, negándola con fundamento en lo siguiente.

Sostuvo que el acto administrativo sujeto de legalidad es la Resolución n° 2022000068 del 20 de abril de 2022, que reconoció la cesantía definitiva al señor Jairo Alberto Gómez Flórez, y no el Oficio n° PS-1314 del 31 de agosto del 2022, pues con éste se pretendió revivir términos.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 30 de agosto de 2023¹⁰, y allegado el 6 de septiembre del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia¹¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procedibilidad y oportunidad del recurso de apelación interpuesto

⁸ Archivo n° 11 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹ Archivo n° 13 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁰ Archivo n° 001 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹¹ Archivo n° 002 del cuaderno 2 del expediente digital.

Atendiendo lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 243 del CPACA, el auto que rechaza la demanda es susceptible del recurso de apelación y, en tal sentido, es procedente la impugnación aquí formulada contra la providencia del 27 de junio de 2023.

Adicionalmente, la alzada fue presentada en término oportuno, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 244 del CPACA.

Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en el *sub examine* se centra en dilucidar lo siguiente:

¿Se configuró en el caso concreto el fenómeno de la caducidad?

Hechos acreditados

1. Por Resolución nº CALDAD2022000038 sin fecha¹², la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, actuando en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó pagar a favor del señor Jairo Alberto Gamez Flórez, la suma de \$71'024.976 por concepto de cesantías definitivas, y el valor de \$6'098.364 por saldo e intereses del Fondo Nacional del Ahorro. Lo anterior, con ocasión del tiempo de servicios prestados como docente nacional.

Se aclaró en dicho acto que con anterioridad ya le habían sido reconocidas cesantías parciales al accionante por valor de \$67'221.484, las cuales debían descontarse de la suma a pagar.

Se dejó constancia que contra dicho acto procedía el recurso de reposición.

2. En agosto de 2022, el demandante elevó petición a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas¹³, tendiente a la reliquidación de las cesantías definitivas, en el sentido de tomar de manera correcta las cesantías e intereses a las cesantías devengados desde 1981 hasta 1989, y los intereses sobre ese acumulado generados durante toda la vida laboral. Adicionalmente pidió el reconocimiento y pago de las cesantías

¹² Páginas 9 a 12 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹³ Páginas 15 y 16 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

anuales de 1981 a 1989, con los intereses sobre ese acumulado generados durante toda la vida laboral.

3. Con Oficio n° PS-1314 del 31 de agosto de 2022¹⁴, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas le informó al accionante que el 17 de diciembre de 2020 dicha dependencia consultó al área de intereses de la Dirección de Prestaciones Económicas de la FIDUPREVISORA S.A. sobre el valor transferido por el Fondo Nacional del Ahorro por concepto de cesantías e intereses a las cesantías por el período comprendido entre 1981 y 1989, y con base en la respuesta obtenida expidió las Resoluciones n° 4284-6 del 28 de diciembre de 2020 y CALDAD2022000038, con las cuales, en su orden, se reconocieron cesantías parciales y definitivas.

Adicionalmente le expuso al actor que la solicitud hecha se remitiría a la Dirección de Prestaciones Económicas de la FIDUPREVISORA S.A., para que fuera resuelta por esta entidad.

Caducidad del medio de control promovido

Como lo ha expuesto el Consejo de Estado¹⁵, *“El fenómeno de la caducidad es un presupuesto procesal de carácter negativo que opera en algunas acciones contenciosas por el transcurso de un término establecido expresamente en la ley, término que una vez cumplido restringe la posibilidad de acceder a la administración de justicia a través del ejercicio de la acción sobre la cual operó el fenómeno de caducidad. De acuerdo con lo anterior, se puede concluir que el propósito esencial de la caducidad es evitar que las diversas situaciones generadoras de responsabilidad se extiendan de manera indefinida en el tiempo, brindando así seguridad jurídica al transformarlas en situaciones jurídicas consolidadas”*.

El literal d) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, establece que cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, *“(...) la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales”*, so pena de que opere el fenómeno de la caducidad.

Frente a dicho término, el literal c) del numeral 1 del artículo 164 del CPACA previó una excepción, consistente en que cuando la demanda se dirige contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas,

¹⁴ Páginas 17 y 18 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Auto del 14 de noviembre de 2019. Radicación número: 81001-23-39-000-2017-00116-01(62809).

el medio de control podrá interponerse en cualquier tiempo.

Para efectos de determinar si se está en presencia de un acto que versa sobre prestaciones periódicas, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado¹⁶:

La posibilidad de demandar en cualquier tiempo, apunta a los actos que tienen el carácter de prestación periódica, es decir, aquellos actos que reconocen emolumentos que habitualmente percibe el beneficiario.

En ese sentido, los actos que reconocen prestaciones periódicas, comprende no sólo decisiones que reconocen prestaciones sociales, sino también envuelve los actos que reconocen prestaciones salariales que periódicamente se sufragan al beneficiario, siempre y cuando la periodicidad en la retribución se encuentre vigente.

Para el asunto que convoca la atención de esta Sala, se observa que la parte demandante cuestiona la manera en la cual se liquidaron las cesantías definitivas reconocidas, producto de lo cual elevó petición ante el Departamento de Caldas, con posterioridad a la expedición del acto que resolvió sobre la liquidación de las cesantías.

Atendiendo jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁷, los actos que reconocen cesantías, sean parciales o definitivas, no constituyen una prestación periódica, “(...) sino unitaria, que, aun cuando su liquidación se realice de manera anual o, excepcionalmente, al retiro del empleado, se agota al momento de la expedición del respectivo acto que las reconozca¹⁸”.

Desde el año 2010¹⁹, el Alto Tribunal ha venido sosteniendo la referida posición, al explicar que:

(...)

“(...) La cesantía no es una prestación periódica a pesar de que su liquidación se haga anualmente; es prestación unitaria y cuando

¹⁶ Consejo de Estado. Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado. Sentencia del 24 de mayo de 2007. Radicación número: 25000-23-25-000-1999-05916-01(4926-05).

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “A”. Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Auto del 27 de abril de 2016. Radicación número: 27001-23-33-000-2013-00101-01(0488-14).

¹⁸ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, del 4 de septiembre de 2008, actor Francisco Antonio Méndez Lambraño contra Universidad de Cartagena, radicación 13001-23-31-000-1999-06585-01(6585-05), Mag. Pte. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del 10 de noviembre de 2010. Radicación número: 05001-23-31-000-1999-00774-02(9979-05).

como en este caso se obtiene en forma definitiva por retiro del servicio, el acto que la reconoce pone fin a la situación si queda en firme. La cesantía debe pagarse al empleado al momento de su desvinculación laboral y excepcionalmente antes de esta, cuando se den las causales específicas de pago parcial. El acto de liquidación por tanto es demandable ante lo contencioso administrativo, observando las normas que en materia de caducidad de la acción señalan un término de 4 meses contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso (inciso 2º. Artículo 136 del C.C.A.)”²⁰ (resaltado fuera del texto).

Para la Sala la cesantía no puede ser considerada como una prestación periódica indefinida inmune a la caducidad, porque su causación es por lapsos determinados, de manera que el derecho se agota al fenecer cada ciclo que da origen a ella.

Teniendo entonces en cuenta que la liquidación de cesantías no constituye una prestación periódica, la demanda que verse sobre dicho tema debe someterse a las reglas generales de caducidad de cuatro meses contados a partir del día siguiente a la notificación del acto demandado.

Este Tribunal considera que la manifestación de voluntad de la administración que debía demandarse en este asunto se encuentra contenida únicamente en la Resolución nº CALDAD2022000038 sin fecha, que fue finalmente el acto que resolvió de manera definitiva la liquidación de las cesantías reconocidas.

En efecto, del texto del oficio demandado se desprende que aquel no adoptó una decisión frente a la solicitud hecha por el actor, sino que simplemente le informó al peticionario que dicho tema había sido ya objeto de pronunciamiento a través de los actos con los cuales se reconocieron cesantías parciales y definitivas. En ese sentido, no se trata de un acto definitivo susceptible a demandarse ante esta Jurisdicción.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que al pretender con posterioridad a la liquidación de cesantías definitivas obtener un nuevo pronunciamiento de la administración, esto es, con la petición elevada en agosto de 2022, la parte actora buscó realmente revivir términos para discutir en sede judicial dicho tema, lo cual no es admisible al tenor de las normas que regulan el procedimiento²¹.

²⁰ Cita de cita: Auto de 18 de abril de 1995, expediente No. 11.043, actor Luis Aníbal Villada, M.P. Dra. Clara Forero de Castro.

²¹ Así lo ha entendido el Consejo de Estado en reciente providencia del 31 de marzo de 2016, con ponencia de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 15001-23-33-000-2015-00500-01(3960-15).

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado en varias oportunidades²² que la nueva solicitud a la que nos referimos, esto es, a aquella presentada con el fin de revivir términos, debe entenderse como una petición de revocatoria directa de las decisiones administrativas adoptadas anteriormente, por lo cual, ni la petición o la decisión que sobre ella recaiga, tienen la entidad para revivir el término legal que permita ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho²³.

En ese sentido, el análisis en torno a la caducidad del medio de control debe realizarse respecto de la Resolución n° CALDAD2022000038 sin fecha y no del Oficio n° PS-1314 del 31 de agosto de 2022.

Tal como se indicó en la corrección de la demanda, la citada resolución fue notificada a la parte actora el 26 de abril de 2022²⁴, y no hay prueba en el expediente de que la parte actora hubiese interpuesto el recurso de reposición que procedía contra dicha decisión.

De manera que para el ejercicio oportuno del presente medio de control, el interesado tenía un plazo de cuatro meses contado a partir del día siguiente a la notificación del acto que definió la actuación administrativa, esto es, desde el **27 de abril de 2022** hasta el **27 de agosto de 2022**.

Como se indicó en el acápite de antecedentes, la demanda fue presentada el **24 de febrero de 2023**.

Teniendo en cuenta la fecha en la que venció el plazo para promover este medio de control, la Sala observa que para cuando se instauró la demanda, el fenómeno de la caducidad ya había operado.

Conclusión

De conformidad con lo expuesto, esto es, al encontrarse acreditado que el fenómeno de la caducidad se configuró en este caso concreto, la Sala comparte la decisión de rechazo adoptada por el Juez de primera instancia y, en ese sentido, confirmará la providencia recurrida.

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del 6 de junio de 2012. Expediente n° 0800123310002007755 01, con n° interno 1132-11.

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-339 de 1996. Se declaró exequible el artículo 72 de Código Contencioso Administrativo, norma que actualmente tiene el mismo texto en la Ley 1437 de 2011 en el artículo 96.

²⁴ Archivo n° 07 del cuaderno 1 del expediente digital.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE

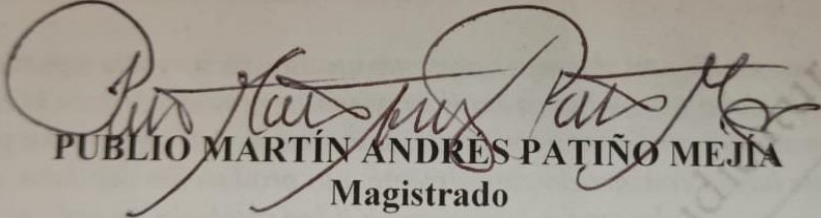
Primero. CONFÍRMASE el auto del veintisiete (27) de junio de dos mil veintitrés (2023), con el cual el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales rechazó por caducidad la demanda promovida por el señor Jairo Alberto Gamez Flórez contra la UGPP.

Segundo. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 163

FECHA: 18/09/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, catorce (14) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17001-33-39-006-2022-00236-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	JOSÉ GABRIEL GIRALDO MURILLO
DEMANDADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contra el fallo que accedió parcialmente a pretensiones, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el día 10 de marzo de 2023.

PRETENSIONES

1. Declarar la nulidad parcial del acto administrativo 565 del 27 de mayo de 2022, frente a petición presentada el 24 de marzo de 2022, que negó el derecho a la cancelación de la pensión de jubilación a la edad de 55 años, sin exigir el retiro definitivo del cargo docente para efectuar la inclusión en la nómina de pensionados.

2. Declarar que el demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague una pensión de jubilación equivalente al 75% de los salarios y primas recibidas, anteriores al cumplimiento del estatus jurídico de pensionado, es decir, a partir del 24 de julio de 2021.

A título de restablecimiento del derecho pidió:

1. Condenar a la entidad demandada que reconozca y pague una pensión de jubilación, equivalente al 75% del promedio de los salarios y primas recibidas anteriores al cumplimiento del estatus jurídico, es decir, del 24 de julio de 2022.
2. Que se ordene a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro del proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y 195 del CPACA.
3. Condenar a la demanda a los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las sumas adeudadas.
4. Condenar al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de los valores adeudados.
5. Ordenar la inclusión en la nómina de pensionados, una vez sea reconocido este derecho y el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho, hasta la inclusión en nómina.
6. Ordenar el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las mesadas pensionales, por tratarse de sumas de tracto sucesivo y demás emolumentos de conformidad con el artículo 192 del CPACA.
7. Condenar en costas de conformidad con lo establecido en el artículo 188 del CPACA.

HECHOS

- La demandante nació el 6 de febrero de 1963, por lo que en la actualidad tiene más de 55 años.
- El accionante fue vinculado como docente por órdenes de prestación de servicios desde el 21 de febrero de 2001 hasta el 30 de diciembre de 2001; del 1 de enero de 2002 hasta el 30 de diciembre de 2022; y del 1 de enero de 2003 al 30 de noviembre de 2003, tiempo que fue reconocido mediante sentencia del 26 de junio de 2015 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso con radicado 2011-00552.

- El demandante fue vinculado a la docencia oficial el 12 de abril de 2004, y hasta la fecha se desempeña como docente oficial.
- Al completar los de 55 años y los 20 años de servicios solicitó el reconocimiento de una pensión de jubilación a partir del 24 de julio de 2011, fecha de adquisición del estatus, la cual fue negada a través del acto administrativo demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Artículo 1 de la Ley 33 de 1985; numerales 1 y 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989; artículo 6 de la Ley 60 de 1993; artículo 115 de la Ley 115 de 1993; artículo 279 de la Ley 100 de 1993; artículo 81 de la Ley 812 de 2003; artículos 1 y 2 del Decreto 3752 de 2003.

Aseguró que le debe ser reconocida una pensión de jubilación, compatible con el salario que percibe como educador, porque los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 tienen derecho a que se les apliquen las normas anteriores a la expedición de esta disposición por mandato de la Ley 91 de 1989, es decir, la Ley 33 de 1985 como servidores públicos; y si se trataba de docentes con aportes al sector privado, la Ley 71 de 1988; tema que ya ha sido analizado por el Consejo de Estado.

Que el demandante se encuentra vinculado con anterioridad al 23 de junio de 2003, y a partir de ese momento se entiende que cumple con el requisito del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, ya que la norma al utilizar la expresión “docentes vinculados” lo que quiso fue proteger las situaciones de los educadores que tuvieran tiempo de servicio anterior al año 2003, como es el caso del accionante, así el mismo no fuera como docente, ya que la transición de la norma mencionada lo identifica como 20 años de servicios en el sector oficial.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: no contestó la demanda.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 10 de marzo de 2023 accedió parcialmente a pretensiones, tras plantearse como problema

jurídico determinar si el demandante tenía derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación a partir del 24 de julio de 2022, data en la que cumplió los 55 años de edad y 20 años de servicios, en aplicación de la Ley 33 de 1985, equivalente al 75% de los salarios y primas recibidas anteriores al cumplimiento del estatus jurídico de pensionado.

En primer momento relacionó el material probatorio, y seguidamente analizó el régimen pensional de los docentes vinculados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio antes de la Ley 812 de 2003, para lo cual se apoyó en la Ley 91 de 1989, la Ley 100 de 1993, la Ley 33 de 1985, y la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, para descender al caso concreto e indicar que el actor prestó sus servicios como docente mediante órdenes de prestación de servicios desde el 21 de febrero de 2001 al 30 de noviembre de 2003; y que mediante sentencia del 23 de mayo de 2013, emitida por esta Corporación, se ordenó pagarle al actor una indemnización por concepto de prestaciones sociales y demás emolumentos derivados de la relación laboral.

Que de acuerdo a lo anterior, el actor para el momento de entrar en vigencia la Ley 812 de 2003 ya había sido vinculado a la docencia, por lo que quedaba amparado por la transición establecida en esa disposición, lo que le daba derecho a reconocerle una pensión de jubilación a partir del 24 de julio de 2021, compatible con la remuneración por servicios docentes.

Que se encontraba acreditado que, en el año anterior a la adquisición del estatus, había devengado asignación básica, bonificación mensual docente, bonificación pedagógica, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y horas extras, factores frente a los cuales, con apoyo en la sentencia de unificación, la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 de 1985, sostuvo que era procedente incluir en el IBL únicamente la asignación básica, la bonificación por servicios prestados y las horas extras.

En cuanto a la prescripción, indicó que no había lugar a declararla si se tomaba en cuenta que entre la fecha de adquisición del derecho reclamado (24 de julio de 2021), la presentación de la reclamación el 24 de marzo de 2022, y la presentación de la demanda, el 5 de julio de 2022, no había transcurrido más de tres años.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad del acto administrativo Nro. 565 del 27 de mayo de 2022, por la cual se negó el reconocimiento de la pensión de jubilación, al momento de la adquisición del status pensional del demandante, es decir, el

24 de julio de 2021, de conformidad con razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, ORDÉNASE a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO reconocer y pagar la pensión vitalicia de jubilación del señor JOSE GABRIEL GIRALDO MURILLO, Para el cálculo del monto pensional, la tasa de reemplazo corresponderá al 75% del promedio de la asignación básica, bonificación mensual y horas extras devengada durante el año anterior a la fecha de la configuración del status de pensionado, conforme lo estableció el Consejo de Estado en la sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019 Con efectos fiscales desde el 24 de julio de 2021.

TERCERO: Se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer el derecho de la parte demandante a percibir en forma concomitante la pensión por aportes, y el salario devengado en servicio activo, por el período comprendido entre el 24 de julio de 2021, hasta cuando se produzca el retiro definitivo del demandante, en caso de no haberse producido.

CUARTO: ORDÉNASE a la entidad demandada INDEXAR las sumas que resulten a favor del demandante por concepto de la diferencia entre lo pagado por la pensión reconocida y la que se reconozca una vez efectuada la reliquidación ordenada con los factores salariales cuya inclusión se ordenó, dando aplicación a la fórmula inserta en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: NIÉGUESE las pretensiones de la demanda con relación a la inclusión del factor salarial denominado prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones docentes y la bonificación pedagógica. por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

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

SÉPTIMO: SIN COSTAS, por lo expuesto en la parte resolutive (...)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio presentó recurso de apelación en forma oportuna, mediante memorial visible en el archivo #16 del expediente digital.

Precisó que, para el caso de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, estableció que aquellos docentes vinculados o afiliados a partir de la entrada en vigencia de la norma en mención, 27 de junio de 2003, gozarían del régimen establecido en el Sistema General de Pensiones, mientras que los vinculados con antelación a dicha normatividad, el régimen aplicable es el consagrado en la Ley 91 de 1989, normatividad que a su vez permitió la aplicación de las leyes 33 de 1985, 62 de 1985 y Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, puesto que fueron excluidos de la aplicación del sistema general de pensiones.

Que, en el presente caso, la parte demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación por la Ley 33 de 1985, toda vez que su vinculación o afiliación al Fondo surgió con posterioridad al 27 de junio del año 2003, es decir, durante la vigencia de la Ley 812 del año 2003, por lo que no le asiste derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones económicas objeto del presente litigio, pensión de jubilación bajo la Ley 91 de 1989.

Solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, ya que el acto acusado no se encuentra viciado por causal alguna de nulidad y el mismo fue proferido conforme a la ley y al contexto factico propio del docente.

Así mismo, pidió no se condene en costas y agencias en derecho, teniendo en cuenta que la entidad ha obrado de buena fe, y que no se comprobó por parte del accionante que se hayan causado, como tampoco fueron probadas tal como lo establece el numeral 9 del artículo 365 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 de la ley 1437 de 2011.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 247 del CPACA, las partes no se pronunciaron sobre el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

Como no se observa alguna irregularidad que dé lugar a declarar la nulidad de lo actuado, se procederá a fallar de fondo la *litis*.

Problemas jurídicos

1. ¿Cuál es el régimen pensional aplicable al señor José Gabriel Giraldo Murillo?

2. ¿Tiene derecho José Gabriel Giraldo Murillo a que se le reconozca una pensión de jubilación?

Lo probado en el proceso

- Conforme a Registro Civil de Nacimiento, el señor José Gabriel Giraldo Murillo nació el 6 de febrero de 1963.
- Mediante Resolución nro. 7646-6 del 6 de diciembre de 2013 se dio cumplimiento a una sentencia por parte de la gobernación de Caldas, teniendo en cuenta fallo emitido por el Tribunal Administrativo de Caldas el 23 de mayo de 2013 en el cual se ordenó pagar una indemnización en suma igual a aquella que por concepto de prestaciones sociales percibieran los docentes departamentales, teniendo en cuenta los honorarios percibidos; así como pagar al sistema general de seguridad social los aportes de ley a la Fiduprevisora - FOMAG, por el periodo comprendido entre el 21 de febrero de 2001 al 30 de noviembre de 2003. Este acto administrativo fue modificado por la Resolución 5982-6 del 26 de junio de 2015.
- Según certificado de historia laboral expedido por la secretaría de Educación del municipio de Manizales, el demandante prestó sus servicios desde el 12 de abril de 2004 al 6 de marzo de 2017.
- Según certificado de historia laboral expedido por la secretaría de Educación del municipio de Manizales, el demandante prestó sus servicios desde el 18 de julio de 2005 sin que se estableciera fecha de finalización, al indicarse en el documento que aún estaba activo en el servicio. La fecha de la constancia es 18 de febrero de 2022.
- Acta de posesión 1077 del 12 de abril de 2004, que da cuenta que el accionante tomó posesión, en provisionalidad, del cargo de docente en el área de inglés en el Instituto Oficial Marmato.
- Acta de posesión 491 del 2 de mayo de 2006, que da cuenta que el accionante tomó posesión, en propiedad, del cargo de docente del área de inglés en el Instituto Oficial Marmato.

- A través de Resolución nro. 565 del 27 de mayo de 2022, proferida por la secretaria de Educación del municipio de Manizales, se negó el reconocimiento de una pensión de jubilación a la demandante.

Primer problema jurídico

¿Cuál es el régimen pensional aplicable al señor José Gabriel Giraldo Murillo?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que al reportar el demandante vinculaciones como docente con anterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, en virtud de la Ley 91 de 1989, gozaría del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación establecido para los servidores públicos del orden nacional.

En la sentencia de primera instancia se concluyó que el demandante quedaba inmerso en la transición de la Ley 812 de 2003 porque acreditaba vinculaciones como docente, anteriores a la entrada en vigencia de esta norma; situación que permitía analizar su reconocimiento pensional a la luz de lo consagrado en la Ley 33 de 1985.

Por su parte, la demandada en el recurso de apelación afirmó que, la vinculación como docente del actor data del año 2005, es decir, en fecha posterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que su situación pensional se rige por lo establecido en la Ley 100 de 1993.

Para resolver el meollo del asunto, la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, sentó jurisprudencia respecto del ingreso base de liquidación para determinar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio en aplicación de las reglas establecidas en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, relativa al IBL de acuerdo a los regímenes existentes para los educadores; y en esa misma medida desarrolló los parámetros a tener en cuenta para los docentes en atención a la fecha de vinculación al magisterio debido a la expedición de la Ley 812 de 2003.

De conformidad con esta providencia, para determinar cuál es el régimen pensional aplicable a los docentes debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹ que reguló dos eventos:

i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.

ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Además, en la mencionada sentencia se indicó que *“El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados², y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985³”.*

Por su parte, el Acto Legislativo nro. 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el párrafo transitorio 1º lo siguiente:

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

¹ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

² Cita de cita: Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

³ Cita de cita: “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

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

Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

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

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

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

2. Pensiones: [...]

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

En el presente asunto el demandante reporta un nombramiento como docente en provisionalidad en el año 2004. Ello significaría, en principio, que el régimen aplicable para resolver su caso sería la Ley 100 de 1993 y no las normas anteriores a esta (Ley 33 de 1985 o Ley 71 de 1988).

Pero al retomar lo probado en el proceso, se advierte que reposan unos actos administrativos que dieron cumplimiento a una sentencia emitida el 23 de mayo de 2013 por el Tribunal Administrativo de Caldas dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 2011-00552, en el cual se ordenó declarar la

nulidad de un oficio que había negado el reconocimiento de créditos laborales en favor del actor; y que ordenó pagar a título de indemnización una suma igual a aquella que por concepto de prestaciones sociales hubieran percibido los docentes departamentales, tomando como base de liquidación el valor de los honorarios percibidos durante el 21 de febrero de 2001 y el 30 de noviembre de 2003, conforme a las órdenes de prestación de servicios.

En estos actos administrativos también se ordenó a la Unidad de Tesorería del departamento pagar los aportes al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Frente a esas vinculaciones anteriores a la expedición de la Ley 812 de 2003, el Consejo de estado ha sido claro en sostener que las mismas deben ser como docente, tal como quedó expuesto en sentencia del Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A del 3 de noviembre de 2022 emitida dentro del proceso con radicado 68001-23-33-000-2019-00482-01 (3412-2021) en la cual se explicó:

*Así pues, en atención a lo dispuesto taxativamente en la Ley 812 de 2003 y la interpretación dada en la sentencia de unificación tantas veces mencionada, la condición de docente estatal debe estar acreditada antes de la entrada en vigor de la norma ibidem, «pues en atención a la data a partir de la cual se asuma dicha calidad se podrá realizar el análisis pensional adecuado con motivo de la excepcionalidad que se predica de esta clase de servidores públicos».*⁴

*En ese orden, quedó demostrado dentro del proceso que la vinculación del actor ocurrida entre el 6 de julio de 1989 y el 3 de enero de 2000 no fue como docente oficial, sino como servidor público vinculado a la Gobernación de Santander, razón por la cual no le es aplicable la Ley 91 de 1989, ni tampoco la Ley 33 de 1985. Así pues, comoquiera que el régimen prestacional del que pretende beneficiarse el actor está dirigido a los docentes, no podría acudirse a una vinculación con carácter diferente para tratar de acreditar los requisitos del referido régimen, pues «esta distinción obedece a sus servicios como educador» únicamente.*⁵

Dicho de otra forma, la Sala observa que el demandante ingresó a laborar en la Gobernación de Santander el 6 de julio de 1989 para desempeñar el empleo de recaudador de rentas III, luego esa vinculación no le sirve para acreditar el requisito señalado en la Ley 812 de 2003 y en la regla jurisprudencial establecida en la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, pues no fungió

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 24 de febrero de 2022, radicado 63001 23 33 000 2018 00183 01 (4650-2019), M.P. William Hernández Gómez.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de agosto de 2019, radicado 76001 23 31 000 2011 01517 01 (4192-2017), M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

como docente, ya que ingresó por primera vez al sistema especial de la docencia estatal hasta julio de 2005.

Así las cosas, las afirmaciones realizadas en el recurso de apelación carecen de sustento, pues de lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 no podría deducirse válidamente que se exigiera solo la vinculación al servicio público, en cualquier entidad o cargo, con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha norma para beneficiarse del régimen prestacional de los docentes establecido en la Ley 91 de 1989, pues la norma es clara al requerir la «vinculación efectiva como docente oficial».

No obstante, comoquiera que la Ley 100 de 1993 «no despojó a los docentes de la posibilidad de acudir a otros regímenes anteriores» siempre que le resultaran más favorables⁶ corresponde analizar si, en gracia de discusión, el accionante logró acreditar los requisitos que le permiten beneficiarse de la transición de que trata el artículo 36 ibidem.

Para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 a nivel territorial, esto es, el 30 de junio de 1995, el demandante llevaba 5 años, 11 meses y 24 días de servicios, y tenía 37 años de edad, motivo por el cual, no es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la norma ibidem. En tal sentido, tampoco le asistiría razón a su pretensión de reconocimiento del derecho pensional con aplicación del régimen anterior contenido en la Ley 33 de 1985, pues esta norma solo sería aplicable para quienes se encontraban cobijados por la transición, requisito que no cumple.

De suerte que el señor Belarmino Monsalve Suárez en calidad de docente oficial, no le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación con base en lo dispuesto en las Leyes 33 de 1985 y 91 de 1989, por lo que se impone confirmar la decisión de primera instancia.

También el Máximo Tribunal Administrativo ha permitido computar los tiempos de servicios laborados como docente mediante órdenes de prestación de servicios antes del año 2003 para quedar inmerso en la transición que establece la Ley 812 de 2003. Así se determinó en sentencia del 17 de junio de 2022 proferida por la Subsección A de la Sección Segunda en el proceso con radicado 15001-23-33-000-2019-00357-01 (4678-2021):

A partir de lo expuesto, se observa en el sub examine que la libelista se desempeñó como docente en instituciones educativas del municipio de Sogamoso en los siguientes períodos: i) del 1.º de febrero al 30 de noviembre de 1994, ii) del 13 de febrero al 30 de noviembre de 1995, iii) del 1.º de febrero al 30 de noviembre de 1996, 1997 y 1998 respectivamente, iv) del 1.º de marzo al 30 de noviembre de 1999, v) del 1.º de febrero al 30 de noviembre de

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 9 de septiembre de 2021, 63001 23 33 000 2018 00229 01(5290-19), M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

2001 y 2002 respectivamente, y vi) del 3 de febrero al 5 de diciembre de 2003. Estas vinculaciones concretadas a través de sendas órdenes de prestación de servicios con objetos claramente de cumplimiento de funciones de enseñanza.

Por otro lado, se destaca que la demandante igualmente ha ejercido labores como servidora pública en calidad de docente oficial al servicio del ente municipal en comento, luego de ser nombrada en provisionalidad y posteriormente en propiedad en el lapso comprendido entre el 6 de febrero de 2004, y al menos, conforme al hecho tercero del escrito introductor, hasta la fecha de presentación de la demanda (16 de julio de 2019)⁷. Por lo anterior, durante estos últimos períodos no existe duda de la existencia de una vinculación legal y reglamentaria con el Estado como educadora de este.

Ahora, si bien no se niega la existencia de contratos de prestación de servicios de la demandante con la mentada entidad territorial, lo cierto es que tal hecho de ninguna manera implica asumir que la calidad de sus actividades fue otra diferente a la de una docente oficial propiamente dicha, esto al margen de que los efectos jurídicos en cuanto a la relación laboral no se hayan configurado en su momento.

Lo expuesto implica que sin perjuicio del vínculo contractual existente en los lapsos aludidos, y sin que en esta sentencia se emita pronunciamiento sobre una eventual declaratoria de existencia de una relación laboral para aquella época, sí debe entenderse que la señora Carvajal Meléndez ejerció funciones propias e inherentes a la condición de docente estatal en cada uno de sus interregnos de ejecución.

Adicionalmente, esta conclusión halla respaldo en la sentencia de unificación CESUJ2 n.º 5 del 25 de agosto de 2016 proferida por el Consejo de Estado⁸, en la cual se precisó que «[...] la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes contratistas merecen una protección especial por parte del Estado. [...]».

⁷ Ver sello de presentación personal ante la Oficina Judicial obrante a folio 21 del plenario.

⁸ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Segunda. Sentencia de Unificación CESUJ2 n.º 5 del 25 de agosto de 2016. Rad.: 23001233300020130026001 (00882015).

A partir de este razonamiento, se deduce preliminarmente que ante casos en los que se avizora el desempeño de actividades y funciones como docente, fundada en vínculos contractuales con entidades de derecho público o a su servicio, es posible tener por configurados los tres elementos constitutivos de una relación laboral, con fundamento en que la misma naturaleza de la actividad desarrollada por un educador, hace que esta sea necesariamente personal, remunerada y sometida a reglamentaciones, instrucciones y lineamientos de obligatorio cumplimiento.

Esto en la medida en que la educación es un servicio público esencial regulado por directrices imperativas inherentes a la ejecución de una política pública. Lo anterior se asegura sin perjuicio de la carga probatoria que le corresponde al docente para «[...] demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta [...]»⁹.

A manera de colofón de estas precisiones, la Subsección encuentra ajustada a la realidad jurídica y jurisprudencial del caso, el tener como demostrada a favor de la libelista la prestación de servicios propios de una docente oficial por el tiempo que se ejecutaron los contratos respectivos celebrados entre aquella y el municipio de Sogamoso. Ello en atención a que los mentados vínculos contractuales, en esencia lo que consolidaron fue una relación laboral subrepticia que implica tener en cuenta su vigencia para efectos de acumular ese lapso al período de labores de la demandante como educadora estatal y por ende que se deriven las consecuencias, que en lo que respecta al marco normativo aplicable le correspondían en virtud de dicha calidad, tal como fue deprecado en la demanda.

No obstante, debe resaltarse que tanto las pretensiones formuladas, así como el litigio fijado, limitaron los efectos de la referida situación, solo a los impactos que en lo atinente al derecho a la pensión conlleva esta evidencia de una relación laboral oculta, y no al reconocimiento de otro tipo de prestaciones o derechos derivados de un vínculo laboral asimilable al legal y reglamentario que detentan los docentes oficiales, pues ello no había sido materia de discusión.

En suma, para el caso sub iudice, las referidas consideraciones únicamente implican tener el período durante el cual subsistió la enervada relación contractual, como tiempo de servicio efectivamente laborado y acumulable en materia de acreditación de requisitos para acceder al reconocimiento de una pensión de jubilación por parte de la señora Carvajal Meléndez, sobre el cual efectivamente debieron efectuarse las respectivas cotizaciones.

Lo expuesto también ha sido materia de pronunciamiento por parte de esta Sala con base en las consideraciones esbozadas,

⁹ Ídem.

específicamente para casos de reconocimiento¹⁰ y de reliquidación pensional¹¹, que fueron analizados bajo los mismos supuestos del sub examine, relacionados con una docente que se desempeñó como tal a través de contratos de prestación de servicios.

Conforme a este entendido, se estima que, para la solución jurídica del presente caso, deben aplicarse los postulados a título de reglas previstos en la sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019¹², emanada de la Sección Segunda del Consejo de Estado, la cual pese a relacionarse concretamente con el ingreso base de liquidación en el régimen pensional de los docentes oficiales vinculados al FNPSM, resulta útil en cuanto a las previsiones normativas sobre requisitos y condiciones jurídicas para acceder y consolidar el derecho prestacional propiamente dicho.

Aunque dentro del proceso no reposa la sentencia expedida por esta Corporación el 23 de mayo de 2013, de los actos administrativos que dan cumplimiento al fallo se advierte que las órdenes de prestación de servicios celebradas entre las partes abarcan el periodo que va del 21 de febrero de 2001 al 30 de noviembre de 2003, y que las mismas se relacionaban con la prestación del servicio docente; tiempo frente al cual se ordenó realizar los aportes al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que puede afirmarse que el actor queda amparado por la transición de la Ley 812 de 2003, ya que la fecha inicial de la orden de prestación de servicios como docente es el 21 de febrero de 2001.

Así las cosas, como se acreditó que el demandante tenía vinculaciones como docente antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, quedaría amparado por el régimen de transición de esta norma que le daría derecho a gozar del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación establecido para los servidores públicos del orden nacional, Ley 33 de 1985, por lo que se comparte la conclusión que en este sentido expuso el *a quo* en el fallo de primera instancia.

Segundo problema jurídico

¿Tiene derecho José Gabriel Giraldo Murillo a que se le reconozca una pensión de jubilación?

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencias del 11 de febrero de 2021 dictadas en los procesos con radicados: 81001-23-33-000-2013-00079-01 (4021-2014) y 81001-23-33-000-2013-00005-01 (4114-2014); así como en providencia del 18 de febrero de 2021 proferida en el proceso con radicado: 81001-23-33-000-2013-00012-02 (4163-2014).

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 18 de noviembre de 2020. Radicado: 66001-23-33-000-2016-00082-01 (4676-2017).

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019. Radicado: 680012333000201500569-01 (0935-2017).

Tesis: la Sala defenderá la tesis que el demandante cumple los requisitos para que le sea reconocida pensión con fundamento en la Ley 33 de 1985, la cual estaría calculada con un ingreso base de liquidación conformado por los factores salariales percibidos en el año de adquisición del estatus, conforme a la Ley 62 de 1985 y sentencia de unificación del 25 de abril de 2019.

Conforme lo resuelto en el anterior problema jurídico, al accionante le asiste razón cuando indica que con anterioridad a la Ley 812 de 2003 tuvo vinculaciones como docente; periodos de tiempo que le sirven no solo para acreditar su calidad de educador, sino que son computables para efectos pensionales.

Frente a la pensión de jubilación la Ley 33 de 1985, por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público, estableció en su artículo 1°:

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

En cuanto a los requisitos pensionales, está demostrado que el demandante nació el 6 de febrero de 1993, lo que significa que cumplió los 55 años de edad exigidos por la norma el 6 de febrero de 2018.

Frente a los tiempos de servicios, se acreditó el mismo de la siguiente manera:

VINCULACIÓN	PERIODO	TOTAL
OPS	21 de febrero de 2001 al 30 de noviembre de 2003	2 años – 9 meses – 9 días
Nombramiento	12/04/2004 al 18 de febrero de 2022 (fecha de expedición del certificado)	17 años – 10 meses – 6 días
TOTAL		20 AÑOS – 7 MESES – 15 DÍAS

Este tiempo de servicios le permitió inferir al juez que la adquisición del estatus de pensionado lo había alcanzado el 24 de julio de 2021, cuando cumplió los 20 años de

servicios, pues la edad la alcanzó el 6 de febrero de 2018.

En relación con la fecha de adquisición del estatus no se planteó ningún argumento por parte del demandante, por lo que se mantendrá la establecida en la sentencia de primera instancia.

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, específicamente en cuanto a los factores salariales, se acude a la regla establecida en la sentencia de unificación mencionada del 25 de abril de 2019 en la cual se determinó: *“La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985”*.

Según el certificado de factores salariales, la actora devengó en este año de adquisición del estatus además de la asignación básica, bonificación mensual, bonificación pedagógica, prima de navidad, prima de servicio, prima de vacaciones y horas extras.

Se debe aclarar que la prima de vacaciones y la prima de vacaciones no hacen parte de la base de liquidación de la pensión, en tanto no están enlistadas en la Ley 62 de 1985 y no se probó haber efectuado aportes sobre ellas. Como tampoco debe incluirse la prima de servicios, pues el Decreto 1545 de 2013 que la creó para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, estableció que aquella constituiría factor salarial desde el momento de su causación únicamente para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas: vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad.

Sobre la bonificación mensual, la Sección Quinta del Consejo de Estado el 31 de octubre de 2019 estableció que a pesar de que la bonificación de que trata el artículo 1º del Decreto 1566 de 2014 no se halla enumerada dentro del catálogo de factores a que alude el artículo 10 de la Ley 62 de 1985 porque se creó con posterioridad, también es claro que la misma constituye factor salarial para todos los efectos legales.

En efecto, el Decreto 1566 de 2014 consagra:

ARTÍCULO 1. Créase para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, regidos por el Decreto Ley 2277 de

1979, el Decreto Ley 1278 de 2002 o el Decreto 804 de 1995, y pagados con cargo al Sistema General de Participaciones, una bonificación, que se reconocerá mensualmente a partir del primero (01) de junio de 2014 y hasta el treinta y uno (31) diciembre de 2015, mientras el servidor público permanezca en el servicio.

La bonificación que se crea mediante el presente Decreto constituirá factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

Dicho decreto a su vez fue derogado por los Decretos 1272 de 2015, 123 de 2016 y 983 de 2017, 322 de 2018, 1022 de 2019, 298 de 27 de febrero de 2020¹³ y Decreto 965 de 2021 en los cuales se ha previsto aquella bonificación mensual en las vigencias de 2015 a 2021 y en todos, como en el primero de la anunciada normativa, se dispone el carácter salarial de la bonificación para todos los efectos, y ordena que sobre aquella se hagan los aportes de orden legal.

Ello denota que es permitida la inclusión de la bonificación mensual en el IBL de la pensión, toda vez que su creación legal fue posterior a la Ley 62 de 1985, y porque se trata de un emolumento sobre el cual, conforme a la norma que la creó, se debieron realizar aportes, tal y como lo establece el ya mencionado Decreto 1566 de 2014.

Hasta este punto se comparte la decisión de la sentencia de primera instancia, en el sentido que en el IBL pensional debe incluirse la asignación básica, la bonificación mensual y las horas extras.

Pese a ello, se advierte que en la providencia nada se dijo en relación con la bonificación pedagógica, que también fue percibida, evidenciando esta Sala frente a este rubro que el Decreto 2354 de 2018 creó el factor salarial mencionado para los docentes y directivos docentes de las plantas de personal de docentes oficiales de las entidades territoriales certificadas en educación así:

ARTÍCULO 2. Creación de la bonificación pedagógica. Créase la Bonificación Pedagógica para los docentes y directivos docentes de las plantas de personal de docentes oficiales de las entidades territoriales certificadas en educación, la cual será cancelada a partir del año 2018 en los términos que a continuación se señalan:

¹³ Por el cual se crea una bonificación para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, que se pagan con cargo al Sistema General de Participaciones y otras fuentes de financiación y se dictan otras disposiciones.

1. En el año 2018, los docentes y directivos docentes percibirán por concepto de Bonificación Pedagógica un valor equivalente al 6% de la asignación básica mensual del cargo que vienen desempeñando al momento de su causación.

2. En el año 2019, los docentes y directivos docentes percibirán por concepto de Bonificación Pedagógica un valor equivalente al 11 % de la asignación básica mensual del cargo que vienen desempeñando al momento de su causación.

3. A partir del año 2020 y en adelante, los docentes y directivos docentes percibirán por concepto de Bonificación Pedagógica un valor equivalente al 15% de la asignación básica mensual del cargo que vienen desempeñando al momento de su causación.

ARTÍCULO 3. *Criterios para liquidar y reconocer la bonificación pedagógica. Para liquidar y reconocer la Bonificación Pedagógica, de que trata el artículo anterior se tendrán en cuenta los siguientes criterios:*

1. La Bonificación Pedagógica se pagará una sola vez al año, en los porcentajes del presente decreto.

2. La Bonificación Pedagógica se reconocerá y pagará cuando el docente y directivo docente cumpla un año continuo de servicios efectivamente prestado.

3. La Bonificación Pedagógica se liquidará sobre la asignación básica mensual que el docente y directivo docente esté devengando para la fecha de causación de la Bonificación.

4. La Bonificación Pedagógica constituye factor salarial para todos los efectos legales.

5. La Bonificación Pedagógica no tendrá efectos retroactivos por ninguna consideración.

PARÁGRAFO 1. *El primer pago de la Bonificación Pedagógica se realizará en el mes de diciembre de 2018 en los términos señalados en el numeral 1 del artículo 2 del presente decreto a los docentes y directivos docentes que hayan laborado un (1) año continuo de servicios efectivamente prestado (Subrayado fuera de texto).*

Al revisar esta norma del año 2018 se llega a la conclusión que, aunque en ella se estableció que la bonificación pedagógica constituía factor salarial para todos los efectos legales, también se determinó que sería cancelada una sola vez al año, cuando se hubiera laborado un año continuo de servicios; y que el primer pago se haría en diciembre de 2018, y que no tendría efectos retroactivos bajo ninguna consideración.

En el presente caso el certificado de factores salariales da cuenta que este rubro fue percibido entre los años 2020 y 2021, época en la cual ya había sido creado como factor salarial, por lo que también hay lugar a incluirla en el IBL de la pensión.

Así las cosas, en vista de que no incluir dicho factor salarial afectaría el núcleo del derecho pensional del accionante porque su mesada se vería disminuida en su valor, en atención a las facultades que tiene el juez en materia laboral, se modificará la sentencia de primera instancia para incluir en el IBL además de la asignación básica, la bonificación mensual, y las horas extras, que habían sido ordenadas por el juez, la bonificación pedagógica, de acuerdo a lo expuesto.

En cuanto a la prescripción, de conformidad con el Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, teniendo en cuenta la fecha de consolidación del derecho, 24 de julio de 2021; que la reclamación ante la entidad se presentó el 24 de marzo de 2022; y que la demanda se radicó el 5 de julio de 2022; no transcurrieron 3 años entre estas actuaciones, lo que denota que no se configuró dicho fenómeno.

Conclusiones

El demandante en su calidad de docente oficial afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por haber tenido vinculación como docente antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, acreditó los requisitos y condiciones para que le sea reconocida una pensión de jubilación con base en la Ley 33 de 1985, efectiva a partir del 24 de julio de 2021, liquidada en un monto equivalente al 75% del IBL calculado con el promedio de la asignación básica, bonificación mensual, horas extras y bonificación pedagógica devengadas durante el año anterior a la adquisición del estatus, 25 de julio de 2020 al 24 de julio de 2021.

En tal sentido, se modificará el ordinal segundo de la sentencia para incluir en el IBL la bonificación pedagógica. En lo demás, el fallo será confirmado.

Costas

En el presente asunto, pese a lo señalado en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condena en costas toda vez que no hubo actuación de las partes ante este Tribunal.

Por lo discurrido, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICA EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia del 10 de marzo de 2023 emitida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **JOSÉ GABRIEL GIRALDO MURILLO** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, el cual quedará así:

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** reconocer y pagar la pensión vitalicia de jubilación del señor **JOSE GABRIEL GIRALDO MURILLO**. Para el cálculo del monto pensional, la tasa de reemplazo corresponderá al 75% del promedio de la asignación básica, bonificación mensual, horas extras y bonificación pedagógica devengados durante el año anterior a la fecha de la configuración del status de pensionado, conforme lo estableció el Consejo de Estado en la sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019, con efectos fiscales desde el 24 de julio de 2021.

SEGUNDO: CONFIRMAR EN LO DEMÁS la sentencia del 10 de marzo de 2023.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 14 de septiembre de 2023 conforme acta nro. 054 de la misma fecha.


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente


FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

**Dew. De acuerdo
FAB. DE ACUERDO
REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

Manizales, seis (06) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO No.	17-001-33-39-006-2023-00137-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	COLPENSIONES
ACCIONADO	CESAR AUGUSTO ESCOBAR ARIAS

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales de fecha 29 de junio de 2023, mediante el cual, negó el decreto de una medida cautelar, de suspensión provisional de la Resolución No. SUB 305834 de fecha 23 de noviembre de 2018 expedida por Colpensiones, en la cual reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de vejez a favor de Cesar Augusto Escobar Arias.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, **COLPENSIONES** interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra su propio acto, resolución No. SUB 305834, la cual reconoció y ordenó el pago de la pensión del señor Escobar Arias, y a título de restablecimiento de derecho, que el señor Escobar Arias sea condenado a pagar \$47.554 pesos.

Con la demanda, presentó solicitud de medida cautelar, con la cual pide que dicha resolución sea suspendida provisionalmente, argumentando que existe un error en la liquidación y que el beneficiado está percibiendo más de lo que debería, causando un detrimento que desequilibra el sistema financiero de dicha entidad, menciona que, se presenta la medida cautelar, pero sin que el demandado pierda el estatus de pensionado.

Por reparto, conoció el proceso, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales mediante auto del 29 de junio de 2023, negó el decreto de la medida cautelar solicitada, aduciendo que, los argumentos expuestos por la parte actora frente a la normativa presuntamente violada por el acto administrativo no puede ser objeto de debate en esta etapa procesal, puesto que, implicaría un análisis de fondo, lo cual debe ser resuelto en la sentencia que ponga fin al proceso, por otro lado, menciona que, el acto administrativo que ordenó y reconoció el pago de la pensión a favor del demandado fue expedido de conformidad con el artículo 33 de la ley 100 de 1993, que este mismo presumía legal, y que no fue proferido por práctica fraudulenta del beneficiado, por lo cual no se deben desconocer los derechos fundamentales, conllevando a una vulneración o situación más gravosa de la que se tiene. Que además se vulneraría el mínimo vital, por lo tanto, negó la medida cautelar, consistente en la suspensión provisional de la resolución No. SUB-305834 del 23 de noviembre de 2018, expedida por Colpensiones.

APELACIÓN

La apoderada del demandante presentó recurso de apelación, argumentando que, el acto administrativo demandado no se ajusta a los preceptos legales que regulan la materia de la pensión de vejez. Considera que, el acto administrativo viola el artículo 48 de la Constitución Política, ya que el señor Escobar Arias fue pensionado con 2099 semanas cotizadas, el cual arrojó el pago de la pensión por el valor de \$ 1.705.172, posterior a esto, se realizó una reliquidación pensional, en la cual se tuvo en cuenta 2103 semanas cotizadas, y se fijó una mesada de \$ 1.704.159, por lo que se disminuyó la prestación en \$1.013 pesos de la mesada pensional por vejez reconocida mediante Resolución No. SUB 305834 de fecha 23 de noviembre de 2018, la cual es contraria a derecho.

De igual forma, insiste que, la medida cautelar se presenta bajo esquema suspensivo, pero sin que el demandado pierda el estatus de pensionado y que continúe percibiendo la pensión que corresponda. Por lo tanto, solicita que, la decisión de primera instancia sea revocada, y por lo tanto, se decrete la medida cautelar solicitada.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico a decidir se circunscribe a determinar:

¿Es procedente la suspensión provisional de la resolución No. SUB 305834 del 23 de noviembre de 2018 expedida por Colpensiones?

El artículo 230 del CPACA, en su numeral tercero establece:

ARTÍCULO 230. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el juez o magistrado ponente podrá decretar, una o varias de las siguientes medidas:

[...]

3. Suspender provisionalmente los efectos de un auto administrativo

A su vez, el artículo 231 del CPACA, expresa:

ARTÍCULO 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

...

Respecto de la suspensión provisional de un acto administrativo, el Consejo de Estado¹ se ha pronunciado en los siguientes términos:

“Por ello, la primera condición de éxito de la solicitud la arraiga el artículo 229 del CPACA en que esté «debidamente sustentada», esto es, que tenga el potencial de convencer al juez, quien, por su parte, en actitud dialógica, estará dispuesto a escuchar los buenos argumentos y hacer la valoración de las pruebas aportadas, si fuere el caso. La firmeza del punto de partida aquí señalado será la clave del ejercicio hermenéutico que ensamble los dos extremos, principio y fin del litigio. En efecto, cuando la decisión de la medida cautelar goza de precisión fáctica, normativa y apoyo en sentencias de unificación, ello ofrece al juez y a las partes una luz o faro que irradia todas sus etapas, con lo cual se avanza en la fijación temprana del

¹ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Segunda; Subsección A; Consejero ponente: William Hernández Gómez; Bogotá, D.C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintidós (2022); Radicación número: 2598-2022

litigio, orienta las etapas procesales e incluso tiene la virtud de hacer visibles o anunciar los principales fundamentos de hecho y de derecho de la sentencia, sin que ello signifique que se trata de una sentencia sumaria o anticipada, pues siempre ha de recordarse que la medida cautelar es provisional y, por tanto, puede ser revocada o ajustada en el transcurso del proceso, lo cual implica que el juez deberá estar atento a las múltiples variables jurídicas y fácticas que puedan incidir en los fundamentos en que se sustentó la decisión cautelar.

[...]

“De la lectura de los artículos 229, 230 y 231 del CPACA se llega a las siguientes conclusiones: (i) cuando se trata de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo es necesario que el juez o magistrado ponente realice la confrontación del acto demandado con las normas superiores invocadas y las pruebas allegadas con la solicitud, tal como lo dispone el artículo 231 *ibidem*; (ii) la ley concedió al juez o al magistrado ponente la potestad de adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto de proceso y la efectividad de la sentencia; y (iii) en aquellos casos en que se declara una medida cautelar diferente a la suspensión, se deben observar los supuestos de apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), peligro en la demora (*periculum in mora*), y se debe realizar un juicio de ponderación de intereses que permita concluir que resultaría más gravoso para el interés público negarla que concederla.

Ahora, frente a las normas invocadas como presuntamente violadas por la resolución No. SUB 305834 del 23 de noviembre de 2018:

El artículo 48 de la Carta Política de 1991 dispone que:

ARTÍCULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

El artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, expresa que:

ARTICULO 33. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.
A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.
2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

El artículo 34 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, estipula que:

ARTICULO 34. El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación. El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente. A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En concordancia con la jurisprudencia y la normativa citada, observa la Sala que, la Resolución No. SUB 305834 del 23 de noviembre de 2018 expedida por Colpensiones, reconoció el derecho a la pensión al señor Escobar Arias con 2099 semanas, y que, posterior a esto al realizar la proyección de la reliquidación con 2103 semanas, se arrojó una mesada pensional inferior al ya otorgado.

Del hecho de la afirmación que se determinó una nueva IBL, para liquidar la pensión, no es posible desprender que el acto de reconocimiento inicial, ni el posterior, esté viciado de nulidad por violar disposición normativa superior.

Es más, la lógica matemática nos conduce a presumir, que se liquida inicialmente la pensión con menos semanas de aportes, pero luego reliquida con más semanas de cotización, la lógica indicaría que el valor de resultado debería arrojar un mejor monto de la mesada.

En todo caso, ese solo hecho, no conlleva a determinar que se vulnera las normas a las cuales se debe ajustar la pensión del señor Escobar Arias, por ello, únicamente después de

que se hagan los cálculos financieros correspondientes dentro de la etapa procesal correspondiente, se puede arrojar una mayor claridad sobre el monto real de la pensión del señor Escobar Arias.

Por lo tanto, se deberá por ahora confirmar la decisión tomada por el *a quo*,

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas Resuelve:

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR, el auto del 29 de junio de 2023 proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales mediante el cual negó la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional de la Resolución No. SUB 305834 del 23 de noviembre de 2018 expedida por Colpensiones, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho que interpone **Colpensiones**.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 14 de septiembre de 2023 conforme acta nro. 054 de la misma fecha.


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente


FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Manizales, catorce (14) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17001-33-39-007-2021-00268-02
MEDIO DE CONTROL	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ACCIONANTE	AUGUSTO BECERRA LARGO Y JAVIER ELÍAS ARIAS IDARRÁGA
ACCIONADO	MUNICIPIO DE PENSILVANIA - CALDAS

Procede la Sala Primera del Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia del 31 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

Mediante proveído de fecha 31 de marzo de 2023, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia dentro del proceso de la referencia, notificada por correo electrónico, y mensaje enviado a las partes el 10 de abril de 2023 a las 05:05 p.m. (archivo 29 del cuaderno No. 1).

En escrito enviado por correo electrónico el 18 de abril de 2023 a las 11:49 a.m., la parte actora presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (archivo 30 del cuaderno No. 1).

Mediante auto del 19 de mayo de 2023, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales concedió el recurso de apelación, en la parte motiva del mismo señaló, que se entendía oportunamente presentado, en atención a que el mensaje se envió el 10 de abril a las 5.05 p.m., y que conforme al C. G. del P., se entendía que el mensaje al enviarse por fuera del horario de atención al público fue realmente surtido al día siguiente.

II. CONSIDERACIONES

Competencia para proferir esta providencia

Conforme al artículo 125 del CPACA en concordancia con el numeral 2 del artículo 243, ya que pone fin al proceso, le compete a la Sala Primera de Decisión del Tribunal

Administrativo de Caldas proferir el auto correspondiente.

Problema Jurídico

La Sala deberá resolver, si el recurso de apelación se presentó dentro de la oportunidad legal.

Marco Normativo

El artículo 37 de la Ley 472 de 1998, previó lo siguiente:

"Artículo 37. Recurso de apelación. El recurso de apelación procederá contra la sentencia que se dicte en primera instancia, en la forma y oportunidad señalada en el Código de Procedimiento Civil, y deberá ser resuelto dentro de los veinte (20) días siguientes contados a partir de la radicación del expediente en la Secretaría del Tribunal competente..."

De otro lado, el artículo 322 del Código General del Proceso, aplicable al presente asunto por remisión expresa del artículo 37 de la Ley 472 de 1998, consagra:

"Artículo 322. oportunidad y requisitos. El recurso de apelación se propondrá de acuerdo con las siguientes reglas:

[...]

Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior.

Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada.

Si el apelante de un auto no sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, el juez de primera instancia lo declarará desierto. La misma decisión adoptará cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral. El juez de segunda instancia declarara desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado. (subrayas del Despacho)

Por su parte el artículo 8 de la Ley 2213 de 2022, estableció lo siguiente:

"NOTIFICACIONES PERSONALES Las notificaciones que deban hacerse personalmente también podrán efectuarse con el envío de la providencia respectiva como mensaje de datos a la dirección electrónica o sitio que suministre el interesado en que se realice la notificación, sin necesidad del envío de previa citación o aviso físico o virtual. Los anexos que deban entregarse para un traslado se enviarán por el mismo medio.

El interesado afirmará bajo la gravedad del juramento, que se entenderá prestado con la petición, que la dirección electrónica o sitio suministrado corresponde al utilizado por la persona a notificar, informará la forma como la obtuvo y allegará las evidencias correspondientes, particularmente las comunicaciones remitidas a la persona por notificar.

La notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a contarse cuándo el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje.

Para los fines de esta norma se podrán implementar o utilizar sistemas de confirmación del recibo de los correos electrónicos o mensajes de datos.

(...)”. (Subrayas del Despacho)

Por lo anteriormente expuesto, para entender presentado válidamente el recurso de apelación a una sentencia proferida dentro de un proceso de Protección de los derechos e intereses colectivos, deberá el interesado hacerlo dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a los dos (2) días hábiles posteriores al envío del mensaje correspondiente.

Caso bajo estudio.

En el caso bajo estudio, la sentencia fue proferida el 31 de marzo de 2023, pero notificada por correo electrónico el 10 de abril del presente año, mensaje que se envió a las 5:05. p.m.

Así las cosas, los dos (2) días hábiles siguientes al envío del mensaje se entiende se surtieron hasta el 12 de abril a las 5.05 p.m., en consecuencia, los tres (3) días hábiles siguientes comenzaban a contarse a partir del 13 de abril del año en curso y se vencían el 17 de abril hogaño.

Sin embargo, el recurso fue interpuesto, conforme obra en el expediente, el 18 de abril del año en curso, a las 11 y 45 a.m.

Así las cosas, ya había expirado el plazo que, conforme a la ley, se podía presentar válidamente el recurso de apelación.

Sostiene el Juzgado de origen al momento de conceder el recurso de apelación, que como el mensaje se envió a las 5:05 p.m. del 10 de abril, se debe entender que el mensaje se hizo al día siguiente, por eso para ese Despacho se presentó oportunamente, y se apoyan para ello en lo dispuesto por el artículo 109 del C. G. del P.

El artículo 109 del C,G del P. señala:

***Presentación y trámite de memoriales e incorporación de escritos y comunicaciones:** El secretario hará constar la fecha y hora de presentación de los memoriales y comunicaciones que reciba y los agregará al expediente respectivo; los ingresará inmediatamente al despacho solo cuando el juez deba pronunciarse sobre ellos fuera de audiencia. Sin embargo, cuando se trate del ejercicio de un recurso o de una facultad que tenga señalado un término común, el secretario deberá esperar a que este transcurra en relación con todas las partes.*

Los memoriales podrán presentarse y las comunicaciones transmitirse por cualquier medio idóneo.

Las autoridades judiciales llevarán un estricto control y relación de los mensajes recibidos que incluya la fecha y hora de recepción. También mantendrán el buzón del correo electrónico con disponibilidad suficiente para recibir los mensajes de datos.

Los memoriales, incluidos los mensajes de datos, se entenderán presentados oportunamente si son recibidos antes del cierre del despacho del día en que vence el término.

PARÁGRAFO. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura reglamentará la forma de presentar memoriales en centros administrativos, de apoyo, secretarías conjuntas, centros de radicación o similares, con destino a un determinado despacho judicial. En esos casos, la presentación se entenderá realizada el día en que fue radicado el memorial en alguna de estas dependencias.

Como se puede observar, el Juez se apoya en una norma que regula, entre otros aspectos, la fecha en que se debe tener por presentado los memoriales que allegan las partes a las dependencias judiciales, más no regula lo atinente a la hora y fecha en que se deben tener por realizadas las diligencias judiciales, razón por la cual el fundamento jurídico de su decisión no aplica.

Sin embargo, el artículo 106 del C.G del Proceso si regula sobre las horas de las actuaciones judiciales y prescribe:

Artículo 106: las actuaciones, audiencias y diligencias judiciales se adelantarán en días y horas hábiles, sin perjuicio de los casos en que la ley o el juez dispongan realizarlos en horas inhábiles».

Las audiencias y diligencias iniciadas en hora hábil podrán continuarse en horas inhábiles sin necesidad de habilitación expresa.

Si se lee con cuidado el contenido de la disposición, el artículo 106 permite que a disposición del Juez algunas diligencias se pueden realizar en horas inhábiles, y según el inciso segundo, las diligencias iniciadas en horas hábiles pueden continuar en inhábiles sin necesidad de habilitación expresa.

Es de entender, que el Juez como director del Despacho tenía el conocimiento de las horas en que se trabaja en la Secretaría de su Despacho, y en todo caso, es una obviedad que para poder enviar el mensaje de notificación a las 5 y05 minutos de la tarde, la diligencia se inició momentos antes de las 5 p.m., de lo contrario era un imposible factico la hora en que definitivamente se envió el mensaje.

Pero más allá de estas disquisiciones, que pueden verse como subjetivas, la verdad es que, la única razón para que el legislador hubiese otorgado dos días adicionales al del envió del mensaje para iniciar el conteo de los plazos o de la ejecutoria en este caso, era

precisamente garantizar que, en esos dos días siguientes al mensaje, las partes hubiesen tenido oportunidad de entrar a la bandeja del correo electrónico y enterarse de todos los mensajes enviados.

Y así lo hizo saber la Corte Constitucional en la sentencia C-420 de 2020, al referirse al inciso 3 del artículo 8 del Decreto Legislativo 806 de 2020, expedido por el Gobierno, al disponer que la notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje, tuvo como «*objeto conceder un término razonable para que los sujetos procesales puedan revisar su bandeja de entrada, partiendo del reconocimiento de que no todas las personas tienen acceso permanente a Internet*».

El citado inciso tercero se encuentra reflejado en el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021, que modificó el artículo 205 de la Ley 1437 de 2011 y fue adoptado como legislación permanente de manera reciente por la Ley 2213 de 2022 en su artículo 8, teniendo en cuenta que «en Sentencia C-420 de 2020, la Corte Constitucional advirtió que las medidas adoptadas a través del Decreto Legislativo referenciado se ajustan a la Constitución, materializando los mandatos relacionados con “el acceso a la administración de justicia (arts. 2 y 229 de la Constitución), el principio de publicidad y el ejercicio del derecho al debido proceso (art. 29 de la Constitución)”, máxime si se tiene en cuenta que estas reconocen la actual brecha tecnológica del país que en la actualidad impide que la prestación del servicio de justicia sea íntegramente virtual, admitiendo la presencialidad (Parágrafo del artículo 1)».

Conforme con los anteriores planteamientos, se evidencia que el legislador al regular la notificación por medios electrónicos de las providencias en el artículo 205 del CPACA, tuvo como propósito otorgar un término razonable a los sujetos procesales para que pudieran revisar su bandeja de entrada, reconociendo que no todas las personas tienen acceso permanente a internet, y que la Corte Constitucional encontró ajustada a la Carta Política la medida, teniendo en cuenta que con ello se materializan los mandatos relacionados con el acceso a la administración de justicia, el principio de publicidad y el derecho al debido proceso.

Por todo lo anterior, es suficiente entender que los dos días que corrieron después del mensaje de datos con el que se notificó la sentencia, acaecieron el 12 de abril de 2023, si se quiere ser exegéticos a las 5 y 05 de la tarde, luego los tres (3) días siguientes para presentar el recurso se vencieron el 17 de abril de este año.

Como quiera que el recurso se presentó el 18 de abril del presente año, es claro que se presentó en forma extemporánea, por lo que se deberá inadmitir.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Caldas:

RESUELVE

PRIMERO: INADMITIR el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 31

de marzo de 2023, dentro del proceso de la referencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen para lo de su competencia y háganse las anotaciones pertinentes en el Sistema de Justicia Siglo XXI.

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

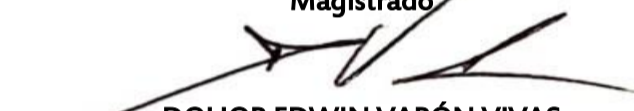
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, catorce (14) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO No.	17001-33-39-008-2016-00112-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	LUÍS ALBEIRO CARDONA GIRALDO
ACCIONADO	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.

Procede la Sala primera de Decisión a dictar sentencia de segunda instancia, en virtud de apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, el día catorce (14) de octubre de dos mil veinte (2020), dentro del proceso, que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió Luís Albeiro Cardona Giraldo contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social¹ - UGPP.

PRETENSIONES

La parte demandante solicitó:

- 1.- Declarar la nulidad del Auto ADP 017058 del 18 de diciembre de 2015, por la cual se negó la solicitud de reliquidación de pensión sin recurso alguno.

- 2.- A título de restablecimiento del derecho declarar que al actor le asiste razón a que la accionada le reliquide la pensión manteniendo incólumes los factores ya reconocidos en las Resoluciones nro. RDP 003278/2012 y RDP 050201/2013, adicionando el rubro de Prima de Riesgo, pensión que equivale a \$ 1.245.151, 37 pesos efectiva a partir del 2 de octubre de 2003 pero con efectos fiscales a partir del 12 de octubre de 2011, por lo cual la demandada reliquidará los reajustes pensionales a favor del demandante por concepto de la ley 100 de 1993 teniendo en cuenta la nueva cuantía pensional.

¹ De ahora en adelante UGPP

3.- Ordenar liquidar y pagar a expensas de la accionada y a favor del actor las diferencias de las mesadas entre lo que se ha venido pagando y lo que se determine pagar en la sentencia que ordene la reliquidación teniendo en cuenta para efectos de calcular la cuantía de la pensión el factor salarial de la PRIMA DE RIESGO, además de los estimados por la UGPP, diferencias efectivas a partir del 12 de octubre de 2011 calculadas sobre la base inicial de \$1.245.151,37.

4.- Condenar a la demandada para que sobre las diferencias adeudadas pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor conforme el IPC conforme al artículo 187 y 193 del CPACA.

5.- Condenar a la accionada a dar cumplimiento al fallo conforme al artículo 192 del CPACA y pagar los intereses moratorios de acuerdo al artículo 195 del CPACA.

6.- Condenar en costas y agencias de derecho a la accionada.

HECHOS

Los supuestos fácticos se pueden resumir a continuación:

-El demandante ocupó el cargo de Detective Profesional en el DAS seccional Caldas por un tiempo de servicio superior a 20 años.

- El demandante devengó en el último año de servicios (2 de octubre de 20002 a 1° de octubre de 2003) el factor prima de riesgo.

- En las Resoluciones N°3076 de 2003 y 2476 de 2006 proferidas por Cajanal no se tuvo en cuenta la prima de riesgo como factor salarial para el cálculo del IBL.

- Mediante Resolución RDP 003278 del 30 de mayo de 2012, modificada por la Resolución RDP 050201 del 29 de octubre de 2013, la UGPP dio cumplimiento al fallo judicial proferido por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales, reliquidando la pensión del accionante a partir del 2 de octubre de 2003, sin que se incluyera la prima de riesgo, por no haber sido ordenada en el fallo judicial.

- El 4 de septiembre de 2015, mediante derecho de petición, el accionante solicitó a la UGPP la reliquidación de la pensión manteniendo incólumes los factores ya reconocidos e incluyendo la prima de riesgo, de conformidad con la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 1° de agosto de 2013.

- La UGPP, mediante Resolución ADP 17058 del 18 de diciembre de 2015, negó la petición.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado de la parte demandante considera que con el actuar de la demandada se vulneraron los artículos 2,6,25 y 58 constitucionales, además el artículo 10 del C.C.; ley 57 de 1887; ley 4ta. de 1966; decreto reglamentario 1743 de 1996; decreto 1045 de 1978; ley 33 de 1985; ley 62 de 1985; ley 114 de 1913 y ley 37 de 1933.

Como concepto de la violación el apoderado del actor esgrimió que, la prima de riesgo es factor salarial que debe ser tomado en cuenta para efectos de liquidar las pensiones de los empleados del DAS conforme a la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 que determinó los alcances de la ley 33 de 1985 y el decreto 1045 de 1978.

Refirió que el régimen especial de los empleados del DAS creó una dádiva a su favor denominada "prima de riesgo" la cual siendo de carácter habitual y permanente como contraprestación directa del servicio, la cual se reconoce mensualmente. Señaló que la norma que creó la mencionada prima determinó que no era constitutiva de salario y por eso no se tenía en cuenta para efectos de calcular el IBL, por lo que el Consejo de Estado profirió la sentencia de unificación del 1 de noviembre de 2013 precedente que indicó no puede desconocerse.

Respecto a la obligación de observar y acatar el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado señaló que, el artículo 10 de la ley 1437 determinó el sometimiento al mismo en situaciones que presente identidad fáctica y jurídica similar con lo cual dio primacía al artículo 13 constitucional, y rango de fuente forma al precedente, lo cual se correlaciona con la sentencia C- 634 de 2011 proferida por la Corte Constitucional.

Finalmente afirmó, que el auto ADP 017058 del 198 de diciembre de 2015 desconoció el precedente jurisprudencial unificado por el Consejo de Estado al decidir que no existen

elementos de juicio para que se incluyera el factor de prima de riesgo en la reliquidación pensional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

esgrime frente a los hechos que se opone a todos y cada uno de los enunciados en la demanda, pues es al actor a quien le incumbe probar que su pensión ha debido liquidarse con factores salariales diferentes o adicionales con los que fue liquidada.

Como excepciones propone las que denomina:

Inexistencia de la obligación y cobro de lo debido: los actos administrativos demandados no son violatorios de ninguna norma constitucional o legal. Además, con respecto a la solicitud del demandante, agregó que mediante la Resolución RDP N°003278 del 30 de mayo de 2012 le fue reliquidada la pensión en cumplimiento de fallo judicial. Señaló que el decreto 1158 de 1994, estableció la base de cotización y resalto sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional los cuales señaló deben atenderse preferentemente.

Irretroactividad: destacó que al actor le fue aplicada en la reliquidación la normatividad vigente para la época por lo que aseguró no puede pedir ahora que le sean aplicadas con retroactividad normas o jurisprudencia que no estaban vigentes, como es el caso de la providencia que habla sobre la prima de riesgo como factor salarial para liquidar las pensiones de los empleados públicos beneficiarios del régimen especial del extinto DAS, debido a que la accionada reliquidó la pensión del demandante.

Prescripción: En caso de acceder a las pretensiones de la demandase debe declarar la prescripción de las mesadas y de los demás dineros reclamados o inferencias de las mensualidades causadas con tres (3) años de anterioridad a la fecha de radicación de la respectiva reclamación administrativa.

Buena fe: La entidad siempre ha actuado de conformidad con los preceptos que configuran la buena fe en todas sus actuaciones, y en el caso en particular al expedir las resoluciones que conceden y reliquidan la pensión del actor lo hizo bajo este postulado pues para motivar las resoluciones no lo hizo de manera arbitraria, ni mucho menos vulnerando normativa alguna.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Octava Administrativa del Circuito de Manizales, al referirse al caso concreto esgrime que, se encuentra probado que mediante la Resolución nro. RDP 003278 del 30

de mayo de 2012 la demandada, reliquidó la pensión de vejez a favor del señor Luis Albeiro Cardona Giraldo, incluyendo como factores salariales la asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, prima de servicios y prima de vacaciones. Igualmente, obra en el expediente Resolución nro. RDP 050201 del 29 de octubre de 2013 por la cual se modifica la Resolución nro. RDP 003278 elevando la cuantía de la pensión a \$ 829.286 pesos efectiva a partir del 2 de octubre de 2003.

Establecido lo anterior, y en lo que atañe al caso objeto de estudio, indicó que quienes son beneficiarios del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, se les calculará el IBL con base en lo dispuesto en la citada norma, esto es, con el promedio de los factores salariales sobre los cuales se cotizó durante los últimos 10 años de servicio o todo el tiempo si este fuere superior (artículo 36) o inferior (artículo 21).

En ese orden, se tiene que el actor no acreditó que haya cotizado sobre la prima de riesgo que pretende le sea incluida como factor liquidable para el monto pensional, pues, la Coordinadora Grupo Gestión Humana del Archivo General de la Nación en respuesta dada al oficio del 09 de septiembre de 2019 contestó, que el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS- al señor Luis Albeiro Cardona Giraldo le realizó aportes por concepto de pensión con base en el Decreto 1158 de 1997 cuyo artículo 1 fue modificado por el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, y que determinó como base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones los siguientes factores: asignación básica, gastos de representación, prima técnica, prima de antigüedad, ascensional de capacitación, remuneración por trabajo dominical o festivo, remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna y por bonificación de servicios prestados.

En virtud de lo anterior en la parte resolutive consignó:

PRIMERO. - DECLARAR prospera la excepción de “Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, propuesta por la UNIDAD ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. – NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO. - Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA y el Decreto 806 de 2020.

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 a lo previsto en el artículo 114 del Código General del Proceso. La

Secretaría liquidará los gastos del proceso; si quedaren remanentes efectúese su devolución.

RECURSO DE APELACIÓN

El demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, señalando luego de transcribir jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de la reliquidación de pensiones de personal del DAS que, conforme a ellos es dable concluir sin duda alguna que la prima de riesgo devengada por el actor en el cargo de Detective Profesional, es factor de salario y por lo tanto debe integrar el IBL para obtener la correcta liquidación de la pensión, tal y como se solicitó en las pretensiones de la demanda.

Es por ello que solicita se revoque la sentencia de primera instancia que se impugna y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, esto es, incluir en la reliquidación de la pensión, lo devengado por el actor por concepto de prima de riesgo, devengada en el último año de servicio.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Parte Demandante: en sus alegatos se ratificó en cada uno de los argumentos expuestos en el recurso de apelación sin que haya adicionado ningún otro elemento argumentativo.

Parte demandada: En sus alegatos, expuso que el demandante no cumple con los requisitos legales para acceder a la reliquidación de la pensión que solicita, por tanto, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP no tiene obligación de reconocérsela, ni le debe suma alguna como consecuencia de la misma, pues 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 al demandante como se ha demostrado a lo largo de todo este proceso.

A través de la Resolución nro. 003076 de fecha 03 de junio de 2003, CAJANAL ordena reconocer y pagar una pensión de vejez a favor del señor Luis Albeiro Cardona Giraldo, la cual fue liquidada por la UGPP mediante Resolución nro. RDP 003278 de fecha 30 de mayo de 2012 modificada por la Resolución RDP 050201 de fecha 29 de octubre de 2013, en cumplimiento al fallo judicial proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, de fecha 16 de abril de 2010, confirmado por el Tribunal Administrativo de

Caldas Sala de Decisión mediante fallo de fecha 3 de febrero de 2011 reliquidando la prestación con el 75% del IBL devengado en el último año de servicios, incluyendo los factores salariales de asignación básica prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios y bonificación por servicios prestados elevando la cuantía de la misma a la suma de \$ 829 286 MCTE, efectiva a partir del 2 de octubre de 2003 de conformidad con el fallo objeto de cumplimiento, no siendo procedente que la entidad desconozca ninguna orden judicial que haga tránsito a cosa juzgada.

En lo que respecta a la inclusión del factor salarial de Prima Especial de Riesgo, resulta improcedente ya que conforme con el decreto 446 de 1994 y el decreto 611 de 2007, los mismos no constituyen factor salarial, Lo anterior conforme al precedente jurisprudencial preferente y vinculante de la Corte Constitucional en su condición de guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, e interprete autorizada de la misma, que ha precisado, respecto del concepto de factores salariales con incidencia pensional aplicables a los empleados públicos, según Sentencias C-470 de 1995 y C 279 de 1996- citando al mismo tiempo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia MP. Dr. Hugo Suescun Pujols, "Sentencia del 12 de febrero de 1993- y bajo interpretación de la Ley 54 de 1962 aprobatoria del Convenio 95 de OIT, dispuso; () por expresa disposición legal componen la base de liquidación pensional los factores salariales definidos en la Ley, lo que descarta en principio la inclusión de conceptos prestacionales salvo aquellos casos en los que el mismo Legislador los establezca (i) se debe distinguir el concepto de "factor salarial" del concepto amplio y general de "elemento salarial; y (i) la distinción entre elementos salariales y factores salariales corresponde al hecho de que únicamente los segundos deben servir de base para la liquidación de las prestaciones sociales (V. Gr. pensión).

Por lo anterior solicita se confirme la decisión de primera instancia, por medio de la cual se niegan las pretensiones incoadas por el actor.

MINISTERIO PÚBLICO

Conforme a la constancia secretarial visible en PDF nro. 06 el Ministerio Público no intervino en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

No observándose irregularidades que den lugar a declarar la nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver de fondo la litis.

PROBLEMA JURÍDICO

En esta instancia la Sala se plantea los siguientes interrogatorios a dilucidar:

¿En el presente existe cosa juzgada respecto de la pretensión del señor Cardona Giraldo de que le sea incluida la prima de riesgo como factor para reliquidar la pensión de vejez reconocida a su favor?

Hechos probados

Se encuentra probado en el proceso lo siguiente:

1. Que mediante la Resolución No. RDP 003278 del 30 de mayo de 2012 la demandada, reliquidó la pensión de vejez a favor del señor Luis Albeiro Cardona Giraldo, incluyendo como factores salariales la asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, prima de servicios y prima de vacaciones. Igualmente, obra en el expediente Resolución No. RDP 050201 del 29 de octubre de 2013 por la cual se modifica la Resolución No. RDP 003278 elevando la cuantía de la pensión a \$ 829.286 pesos efectiva a partir del 2 de octubre de 2003.

2. Que de acuerdo al certificado suscrito por la Coordinadora del Grupo de Gestión Humana en el cual se hace constar que el señor Luis Albeiro Cardona Giraldo laboró en el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS desde el 14 de julio de 1980 hasta el 02 de octubre del 2003, desempeñando como último cargo el de detective profesional 207-09 asignado a la Seccional Caldas con un sueldo básico mensual de \$ 871.240 pesos y una prima especial de riesgo del 35% sobre la asignación básica mensual.

3. Que conforme a la constancia emitida por la tesorera- pagadora el demandante devengó la prima de riesgo.

4. Conforme al certificado expedido por la Coordinadora Grupo Gestión Humana del Archivo General de la Nación, el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS- al

señor Luis Albeiro Cardona Giraldo le realizó aportes por concepto de pensión con base en el Decreto 1158 de 1997 cuyo artículo 1 fue modificado por el artículo 6 del Decreto 691 de 1994, y que determinó como base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones los siguientes factores: asignación básica, gastos de representación, prima técnica, prima de antigüedad, ascensional de capacitación, remuneración por trabajo dominical o festivo, remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna y por bonificación de servicios prestados.

5. De igual forma obra dentro del expediente copia de la demanda presentada por el actor identificada con radicado 17001-23-33-001-2015-01415-00 en la cual solicitó:

DECLARACIONES Y CONDENAS

1. Que se declare la Nulidad Parcial de la Resolución No. 3076 de Junio 03 de 2003 expedida por la Jefe de la Oficina Jurídica de Cajanal por medio del cual resolvió un recurso de apelación y declare agotada la vía gubernativa respecto de una solicitud de reconocimiento de una pensión especial funcionario del DAS.

2. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones restablecimiento del derecho declarar que mi mandante le asiste razón jurídica para que la Caja Nacional de Previsión Social, le ordene liquidar y pagar la pensión de Vejez calculando el monto de la misma, con TODOS los factores de salario devengados y certificados en el último año de servicio (Octubre 01/02 a Septiembre 30/03), tal como la asignación básica, la bonificación por servicios prestados, las primas de Vacaciones, Servicios, Navidad y Riesgo; en cuantía pensional de \$1,046,775.02 efectiva a partir de Octubre 01 de 2003, y en consecuencia Cajanal deberá proceder a liquidar los reajustes pensionales decretados en favor de mi mandante por concepto de la ley 100/93 teniendo en cuenta la nueva cuantía pensional de \$1,046,775.02 y a título de declarar que mi mandante le asiste razón

6. Mediante sentencia dictada por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 16 de abril de 2010 se negó la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial para reliquidar la pensión reconocida a favor del señor Luis Albeiro Cardona Giraldo, siendo confirmada por el Tribunal Administrativo mediante sentencia del 03 de febrero de 2011. Respecto de la prima de riesgo el juzgado de conocimiento en la sentencia dictada expresó:

“Sin embargo (sic) frente a su solicitud de que sea también incluida en la liquidación de la pensión de jubilación la prima de riesgo, tenemos que tal factor no está incluido dentro de los que hacen parte de la liquidación pensional conforme el ya tantas veces citado artículo 18 del

Decreto 1933 de 1989, sobre este particular también se ha pronunciado el Consejo de Estado:

“...En efecto, el monto de la pensión de jubilación de un servidor, depende de las normas que integran el régimen que le sea aplicable. Tales normas indican el valor que debe pagar mensualmente, al definir tres aspectos: los factores que se imputan, el porcentaje que se aplica sobre dichos factores, y el tiempo durante el cual se promedian tales ingresos.

No es acertado afirmar que las pensiones que se regulen por normas especiales, deban imputar en la base de liquidación del derecho todos los factores salariales: Así como en algunos regímenes especiales, las normas pertinentes consagran tal precepto, en otros como el que contiene el decreto 1933 de 1989 aplicable al actor, regulan cosa distinta.

En este sentido, bien puede el legislador en un régimen prestacional específico, señalar cuales factores se incluyen para liquidar cualquier derecho laboral, excluyendo de la base componentes salariales (pagos periódicos, retributivos y que constituyen un ingreso personal del funcionario), o agregando a dicha base de liquidación componentes o factores que no tienen tal naturaleza salarial...”³

Tenemos entonces que no es posible acceder a la solicitud del actor frente a este factor en particular, puesto que el mismo no está incluido dentro del régimen especial que regula la pensión de los empleados del DAS.

Observa el Despacho que la negativa para el reconocimiento de la prestación reclamada según se expresa en la contestación de la demanda, radica en que al actor se le debe liquidar la pensión de jubilación dando aplicación al régimen establecido en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, en concordancia con el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, aplicando el 75% sobre el salario promedio percibido durante el tiempo comprendido entre el año 1994 a la fecha en que adquirió el status de pensionado, se debe dar aplicación a lo establecido en el régimen de transición fijado en el artículo 36 del Decreto 1158 de 1994, sin embargo, acreditada la existencia de un régimen prestacional especial para los empleados del DAS, que incluye los factores que deben ser tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación, se colige desde ya, que CAJANAL tuvo en cuenta fundamentos jurídicos errados y que no corresponden a la situación administrativa específica.

Por el contrario, lo que resultó probado en el expediente, es que el señor Cardona Giraldo si cumple con los requisitos necesarios para que sean tenidos en cuenta para la liquidación de su pensión los factores de la (sic) primas de servicio, navidad y de vacaciones, y es por eso posible acceder parcialmente a sus pretensiones, pero no así con respecto a la prima de riesgo”.

Caso concreto

Debe recordarse que la cosa juzgada se establece, como la ha dicho la Sección Tercera – Subsección “A” del Consejo de Estado en providencia del 13 de julio de 2016 radicado interno (56584), como consecuencia del principio de seguridad jurídica, el cual imposibilita volver sobre controversias dirimidas a través de sentencia ejecutoriada o de otro tipo de providencias que gozan del mismo efecto, toda vez que lo decidido por el juez se torna en vinculante, obligatorio e inmutable. En otras palabras, los efectos legales de la cosa juzgada son: i) impedir al juez su libre determinación, y ii) dotar de un valor definitivo las providencias que determine el ordenamiento jurídico.

Lo anterior, significa que el fenómeno de la cosa juzgada opera cuando la justicia ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre una misma *causa petendi* mediante sentencia de fondo debidamente ejecutoriada, circunstancia que agota la posibilidad de realizar hacia el futuro otro pronunciamiento sobre el mismo asunto.

Sin embargo, para que se configure el fenómeno de la cosa juzgada, según la ley, es necesario que concurren unos requisitos, los cuales se centran en que se presente identidad de objeto, identidad de partes, e identidad de causa.

El inciso quinto del artículo 189 de la Ley 1437 de 2011 prevé: *“La sentencia dictada en procesos relativos a contratos, reparación directa y cumplimiento producirá efectos de cosa juzgada frente a otro que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos haya identidad jurídica de partes”*.

Y por su parte el artículo 303 del Código General del Proceso señaló:

Artículo 303. cosa juzgada. *La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.*

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplaze a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión.

El Consejo de Estado ha definido estos 3 elementos de la siguiente manera (Sección Primera- providencia del 8 de junio de 2016, radicado 11001-03-15-000-2016-00471-00):

*La cosa juzgada, constituye entonces un medio exceptivo que para su prosperidad se requiere de la conjunción de los siguientes factores: **Identidad de objeto** (sobre qué recae el litigio): que las pretensiones en el nuevo proceso correspondan a las mismas que integraban el petitum del primer proceso en el que se dictó la decisión. **Identidad de causa** (por qué el litigio): Que el motivo o razón que sustenta la primera demanda, se invoque nuevamente en una segunda; e **identidad de partes**: que se trate de unas mismas personas que figuren como sujetos pasivo y activo de la acción [...].*

Al revisar con detenimiento la demanda que ahora ocupa la atención de esta Sala con el proceso que adelantó el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, se encuentra lo siguiente:

- **Identidad de partes:** En los dos procesos el demandante es Luis Albeiro Cardona Giraldo identificado con cédula de ciudadanía nro. 15.902.029. El demandado en el proceso primigenio lo fue Cajanal y en este lo es la UGPP; debe tenerse en cuenta que a la UGPP se le asignaron funciones de la extinta Cajanal en materia pensional.

Por ello, este requisito se encuentra acreditado.

- **Identidad de objeto:** en el proceso que adelantó el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales se buscaba la reliquidación de la pensión reconocida a favor del actor con la inclusión en la base de liquidación todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios, entre los cuales se encontraba la prima de riesgo solicitada de manera expresa, siendo negada mediante el fallo del 16 de abril de 2010 después de haber analizado la procedencia de la misma. En la demanda bajo estudio en sede de segunda

² Sentencia del 23 de enero de 2005, Sección Cuarta, M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié. También puede verse la Sentencia T-162 de 1998.

instancia pretende la parte actora la reliquidación de la prestación periódica también con la inclusión de la prima de riesgo.

Por ello se puede afirmar que ambos procesos tendrían pronunciamiento sobre la conformación de la base de liquidación de la pensión de vejez con la inclusión de la prima de riesgo devengada en el último año de servicios.

- **Identidad de causa:** ambos trámites judiciales se apoyan en que al demandante le fue reconocida su pensión vejez, pero sin la inclusión de la prima de riesgo pese a tener derecho a ello.

De acuerdo a todo lo expuesto se considera que en este caso se presenta cosa juzgada, por cuanto se acreditan los 3 elementos establecidos en la ley para que opere el fenómeno.

Así las cosas, deberá declararse probada de oficio la excepción de cosa juzgada, y por ello deberá revocarse el fallo de primera instancia que resolvió el asunto de fondo, para en su lugar declarar la existencia de cosa juzgada.

COSTAS

En el presente asunto, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 y el artículo 365 del CGP, se condena en costas en primera y segunda instancia a la parte demandante, conforme al criterio objetivo valorativo, por cuanto se revoca el fallo de primera instancia al existir cosa juzgada, además que por la interposición de la demanda y del recurso de apelación, la UGPP debió desplegar actuación ante este Tribunal, lo que se comprueba con la presentación de los alegatos de conclusión; mismas que se liquidarán conforme a los artículos 365 y 366 del C. G. del P.

Se fijan como agencias en derecho, a favor de la parte demandada, UGPP, la cantidad de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, conforme al Acuerdo nro. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales de fecha 14 de octubre de 2020, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por **LUÍS ALBEIRO CARDONA GIRALDO** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**.

EN SU LUGAR

SE DECLARA PROBADA DE OFICIO la excepción de cosa juzgada.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma prevista en el Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente a favor de la Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social, conforme al Acuerdo nro. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, envíese el expediente al juzgado de origen; háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 14 de septiembre de 2023 conforme acta nro. 054 de la misma fecha.


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente


FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

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.

Septiembre 15 de 2023.

VILMA PATRICIA RODRIGUEZ CARDENAS
Secretaria

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: 17001-33-33-004-2020-00051-02

Demandante: ROSILIA DE JESUS CORREA DUQUE

Demandado: UGPP Y DEPARTAMENTO DE CALDAS



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Unitaria

Manizales, quince (15) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

A.S.170

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 demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 03 de agosto de 2023 (Archivo PDF 17 Expediente digital), al haberse interpuesto de manera oportuna, toda vez que el recurso se recibió vía correo electrónico el 12 de agosto de 2023 (Archivo 20 ED) es decir dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia (04-08-2023).

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. 163

FECHA: 18/09/2023

CONSTANCIA SECRETARIAL: el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho fue devuelto del H. Consejo de Estado, confirmando la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.

Consta de un (01) cuaderno en el expediente electrónico.

Manizales, quince (15) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria

Radicado: 17001-23-33-000-2018-00543-00 (4093-2021)
Proceso: Nulidad y Restablecimiento del derecho
Demandante: Francisco Javier Giraldo Gallego
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional y Departamental de Caldas.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.S. 055

Manizales, quince (15) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Toda vez que el H. Consejo de Estado confirmó la sentencia proferida por este Tribunal el día 21 de mayo de 2021, estése a lo dispuesto por la Suprema Corporación de lo Contencioso Administrativo.

Ejecutoriado el presente auto, liquídense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere y procédase al archivo de las diligencias, efectuando las anotaciones respectivas en el programa informático Justicia Siglo XXI.

Notifíquese



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 163

FECHA: 18/09/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado Ponente: Carlos Manuel Zapara Jaimes

Manizales, 15 de septiembre de 2023.

Radicado: 17001-23-33-000-2018-00424-00
Clase: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Nubia Trujillo Hoyos
Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional y Departamento de Caldas - Secretaría de Educación

I. ASUNTO:

Procede el despacho a dar cumplimiento al ordinal segundo de la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado con fecha del 7 de abril de 2022.

II. ANTECEDENTES:

Mediante sentencia del 7 de abril de 2022, la Sección Segunda, Subsección "A" del Consejo de Estado, resolvió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 25 de julio de 2019 proferida por este Tribunal Administrativo, dentro del proceso de la referencia.

La Alta Corporación resolvió en el ordinal segundo: *"Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante, las cuales deberán ser liquidadas por el a quo.* (Folio 137 – Cuaderno 1).

III. CONSIDERACIONES:

Sea lo primero precisar que, las costas procesales son las erogaciones económicas que debe asumir la parte que resulte vencida en un proceso judicial, las cuales se compone de las i) expensas o gastos y las ii) agencias en derecho.

Se requiere entonces que, previa liquidación de las costas procesales por la Secretaría de esta Corporación, se fije por la Sala de Decisión el valor de las agencias en derecho como elemento integrante de dicho concepto; y en ese propósito ha de consultarse los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que establecen:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

1. El secretario hará la liquidación y corresponderá al juez aprobarla o rehacerla.

2. Al momento de liquidar, el secretario tomará en cuenta la totalidad de las condenas que se hayan impuesto en los autos que hayan resuelto los recursos, en los incidentes y trámites que los sustituyan, en las sentencias de ambas instancias y en el recurso extraordinario de casación, según sea el caso.

3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

5. La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo.

6. Cuando la condena se imponga en la sentencia que resuelva los recursos de casación y revisión o se haga a favor o en contra de un tercero, la liquidación se hará inmediatamente quede ejecutoriada la respectiva providencia o la notificación del auto de obediencia al superior, según el caso.

Con respecto a las tarifas de las agencias en derecho, estas deben fijarse conforme al Acuerdo No. PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta su vigencia para la fecha de presentación de la demanda:

ARTÍCULO 5º. Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son:

1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

En única instancia.

a. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido.

b. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 8 S.M.M.L.V.

En primera instancia.

a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:

(i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.

(ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.

b. Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V.

En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L.V.

En las consideraciones de la sentencia, el Consejo de Estado expresó lo siguiente con respecto a la condena en costas:

“Conforme a las anteriores reglas, y atendiendo lo dispuesto en el numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso, la Sala condenará en costas de segunda instancia a la demandante, teniendo en cuenta que no prosperó la apelación y que la parte accionada presentó alegatos de conclusión ante esta corporación”.

En vista de lo anterior, se fijan agencias en derecho en segunda instancia, a cargo de la parte demandante y a favor de la parte demandada, por la suma equivalente un salario mínimo mensual legal vigente, es decir, un \$ 1.160.000, de los cuales corresponde el 50% a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el 50 % al Departamento de Caldas.

Por lo expuesto, sin necesidad de consideraciones adicionales, el Despacho,

IV. RESUELVE:

Primero: Se fijan agencias en derecho en segunda instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la parte demandada, por la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, es decir, un \$ 1.160.000, de los cuales corresponde el 50% a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro 50 % al Departamento de Caldas.

Segundo: Por la Secretaría de esta Corporación, liquídense las costas procesales, conforme lo ordenado por el Consejo de Estado en la sentencia de segunda instancia del 7 de abril de 2022, teniendo en cuenta lo resuelto en este proveído en relación con las agencias en derecho.

Notifíquese y Cúmplase.


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente