

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho para resolver la admisión del recurso de apelación.

Febrero 22 de 2021



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Auto de Sustanciación: 009-2021

Asunto: Segunda instancia

Medio control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Radicación: 17-001-33-33-003-2017-00054-02

Demandante: Beatriz Rendón.

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, primero (01) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

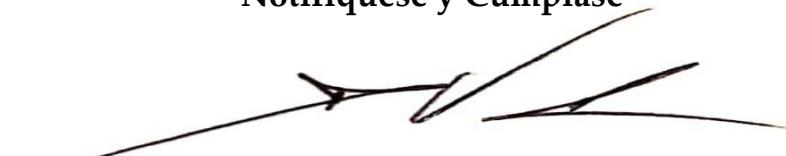
El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia en providencia del 11 de junio de 2020.

La anterior providencia fue notificada a las partes el 12 de junio de 2020.

La parte **DEMANDADA** presentó recurso de apelación el 08 de julio de 2020 y La parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación el 01 de julio de 2020, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admiten los recursos de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

Notifíquese y Cúmplase



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 051

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-39-007-2017-00509-02
Demandante: Joaquín Calvo de los Ríos
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 008 del 26 de febrero de 2021

Manizales, veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del diecisiete (17) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Joaquín Calvo de los Ríos contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²).

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 18 de diciembre de 2017 (fls. 2 a 13, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad de la Resolución 5327-6 del 14 de julio de

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

2017, expedida por el Departamento de Caldas, que denegó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, conforme lo establece la Ley 91 de 1988.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se reconozca y pague la prima de mitad de año a que tiene derecho por ser pensionado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y que no tuvo derecho al reconocimiento de la pensión gracia, por haber sido nombrado con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 o de vinculación nacional conforme lo establece el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
3. Que se ordene indexar las sumas de dinero reconocidas en caso de una condena.
4. Que se ordene a las partes demandadas al cumplimiento del fallo de acuerdo con el artículo 192 y siguientes del CPACA.
5. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos

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

1. El señor Joaquín Calvo de los Ríos prestó sus servicios como docente nacional adscrito a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, nombrado mediante la Resolución n° 5207 de mayo de 1986, y con fecha de posesión en el cargo del 10 de junio de 1986.
2. El día 26 de marzo de 2014, la parte actora solicitó la pensión de jubilación ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, misma que le fue reconocida por dicha entidad a través de la Resolución n° 4344-6 del 16 de julio de 2014, por el monto de \$1.924.988, a partir del 2 de febrero de 2014.
3. El 30 de junio de 2017 la parte actora radicó petición número SAC 2017PQR10068, con el propósito de obtener el reconocimiento de la prima de mitad de año.
4. La anterior solicitud fue negada a través de la Resolución n° 5327-6 del 14 de julio de 2017 con fundamento en que el Acto Legislativo n° 01 de

2005 estableció que las personas que adquirieran el derecho pensional a partir de la vigencia de dicha norma solo tienen derecho a percibir 13 mesadas.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: artículos 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política; artículo 56 de la Ley 962 de 2005; 56 del Decreto 2831 de 2005; y 15 de la Ley 91 de 1989.

Explicó que se vulneró el artículo 13 de la Constitución Política, al denegar el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, contemplada en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989, para los docentes que se encuentran pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que no tuvieron derecho a la pensión gracia por haber sido nombrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 o nombrados por el Ministerio de Educación Nacional con vinculación nacional, y que fue creada como una compensación por la pérdida causada respecto a dicha prestación.

Analizó la competencia que le asiste al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme lo prevé el artículo 4 de la Ley 91 de 1989, y de las funciones de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales, conforme a los artículos 2 y 3 del Decreto 2831 de 2005 y artículo 56 de la Ley 962 de 2005, en cuanto a la racionalización, radicación y trámite de solicitudes con el fin de solicitar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales ante dicho fondo.

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

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término otorgado, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG contestó la demanda (fls. 53 a 65, C.1), para oponerse a las pretensiones de la misma.

Propuso las excepciones que denominó: *“FALTA DE INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO – LITIS CONSORCIO NECESARIO”*, considerando que en virtud de las Leyes 715 de 2001, 91 de 1989, 60 de 1993, por el cual se atribuye a los entes territoriales la participación educativa, y las

obligaciones prestacionales del personal docente, y conforme al trámite para su reconocimiento previsto en el Decreto 2831 de 2005, a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, vincular a la Secretaria de Educación en Manizales, y a la fiduciaria la Previsora S.A., en virtud del contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, suscrito con el Ministerio de Educación Nacional, por el cual se transfiere al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio administrar los recursos destinados al pago de prestaciones sociales; ***“VINCULACIÓN DE LITISCONSORTE”*** solicitando la vinculación del Departamento de Caldas y la Fiduprevisora la Previsora S.A., en virtud del contrato mercantil 83 de 1990 suscrito con el Ministerio de Educación Nacional; ***“INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL”***, expresando que en armonía con lo preceptuado en el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, la Ley 715 de 2001, que definió las competencias de la entidad en materia de educación, cuya función es la de ser ente rector de las políticas educativas dada su función de trazar los lineamientos generales en la prestación del servicio de educación, por tanto no presta el servicio de educación, ni administra las plantas de personal, como tampoco es empleador de los docente del Magisterio; ***“INEXISTENCIA DEL DEMANDADO – FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA. FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO”***, indicando los elementos esenciales del acto administrativo e indicó que no existe causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional, y el derecho solicitado por el accionante, toda vez que el procedimiento de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria administradora del fondo, siendo esta última y con fundamento en el contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, quien administra y paga con recursos del fondo las obligaciones que en materia de prestaciones reclamen los docentes afiliados al FOMAG; aclaró que el Ministerio de Educación nacional no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación, no revisa ni analiza la viabilidad del pago de la misma, no tiene competencia para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, no ordena el pago, ni destina los recursos para el pago de las prestaciones. ***“INEXISTENCIA DE LA CAUSA POR INEXISTENCIA DE JURÍDICA”*** afirmando que no le asiste el derecho a reclamar la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de la prima de servicios como base salarial, en armonía con el pronunciamiento jurisprudencial proferido por el Honorable Consejo de Estado, con radicación CE-

SUJ215001333301020130013401 del 14 de abril de 2016; “**PRESCRIPCIÓN**” solicitó se declare la prescripción de los derechos reclamados, prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968; “**BUENA FE**” expresando que el pago de las prestaciones sociales de los docentes no depende del diligenciamiento de los actos administrativos por parte del ente territorial y del visto bueno de la entidad fiduciaria, sino de la disponibilidad presupuestal conforme lo prevé la Ley 38 de 1989; “**GENÉRICA**” en el evento que en el curso del proceso se hallare como probada cualquier otra excepción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 17 de septiembre de 2019, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 77 a 83, C.1), a través de la cual negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas a la demandada. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente el marco normativo de la mesada catorce o pensión de mitad de año citando lo expuesto en la ley 91 de 1989 y en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Analizó el régimen jurídico contemplado en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reconocimiento de la mesada adicional para pensionados, conocida como mesada catorce; y al análisis de constitucionalidad de acuerdo con el pronunciamiento jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-409 de 1994; además, de las modificaciones realizadas a la norma ibidem, introducidas en la Ley 238 de 1995; artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2005, éste último que eliminó dicha mesada en todos los regímenes pensionales, conforme a los parámetros allí señalados, y al pronunciamiento sobre dicho tópico por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado.

Destacó que el Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la mesada catorce a partir del 25 de julio de 2005, pero determinó quiénes se hacían acreedores de esta como excepción prevista en la norma.

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

Concluyó que la parte actora no tiene derecho a percibir dicha mesada catorce, toda vez que adquirió el estatus pensional con posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigor del Acto Legislativo precitado.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 90 a 97 del cuaderno principal, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando el reconocimiento y pago de la **prima de mitad de año con base en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989**, diferente a la mesada adicional cuyo pago es en el mes de junio de cada año, establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

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

Citó los preceptos jurisprudenciales contemplados en la sentencia C-409 de 1994 y C-461 de 1995, en cuanto a los reajustes de las mesadas pensionales previstas en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que era aplicable a aquellos docentes que no tenían pensión gracia. Refirió que los vinculados con posterioridad estaban regidos por el artículo 15 numeral 2 literal B se les concede el derecho a una prima de mitad de año equiparable a la Ley 100 de 1994; en ello estriba la diferencia.

Alegó que conforme con lo previsto en los regímenes excepcionales del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y en aplicación al artículo 15 numeral 2 de la Ley 91 de 1989; los vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1981, cuentan con un beneficio asimilable a la mesada adicional establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, esto es la prima de medio año, cuyo monto es el equivalente al de la mesada adicional contemplado en el régimen general de pensiones.

Explicó que la prima adicional de medio año, establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 solo comprende a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, además que dicho régimen especial se exceptúa del régimen general de la Ley 100 de 1993, toda vez que no otorga ningún beneficio que pudiera compensar la mesada adicional de que trata el artículo 142 de dicha preceptiva.

Adujo que el acto legislativo 01 de 2005, terminó con la mesada 14 creada por la Ley 100 de 1993; sin embargo, estableció una transición, determinando que dicho beneficio no se otorgaría a los docentes vinculados con anterioridad al 1 de enero de 1981 que no tuvieran pensión gracia. Empero, este acto no aludió ni acabó **con la prima de mitad de año establecida por la literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989**, toda vez fue creada como estímulo para aquellos docentes que perdieron el derecho a la pensión gracia.

Advirtió que conforme a la Ley 812 de 2003, los docentes ingresados al sector educativo antes de junio de 2003 continuarían con el régimen pensional anterior y los de vinculación posterior proseguirían con el nuevo régimen pensional contenido en la ley 100 de 1993 y se pensionarán con 57 años.

Concluyó que la Ley 91 de 1989 no fue modificada en ninguno de los apartes por el Acto Legislativo número 01 de 2005, sigue vigente en su integralidad, y por tanto, la prima de mitad de año debe ser reconocida a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio ingresados con a partir del 1 de enero de 1989.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (fl. 14 a 16, C.2)

Intervino en esta etapa procesal para ratificarse en los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en el recurso de apelación.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG (fl. 7 a 9, C.2)

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 10 de diciembre de 2019, y allegado el 10 de febrero de 2020 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 10 de febrero de 2020 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia (fl. 2, C.2). Ambas partes alegaron de conclusión (fls. 7 a 9 y 14 a 16, C.2). El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 7 de septiembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 17, C.2), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar el siguiente cuestionamiento:

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

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** régimen general de seguridad social; **iii)** prima de mitad de año de los docentes afiliados al fondo de prestaciones sociales del magisterio; y **iv)** examen del caso concreto.

1.- Hechos debidamente acreditados

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

1. Por Resolución 4344-6 del 16 de julio 2014, se reconoció la pensión de jubilación por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a favor del señor Joaquín Calvo de los Ríos, en cuantía de \$1.924.988, a partir del 2 febrero de 2014, quien se vinculó desde 1986 (fl.19, C. 1).
2. Con petición radicada 2017 PQR10048 del 30 de junio de 2017, ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo de Prestación Social del Magisterio; la parte actora solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, contemplada en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (fl. 25, C.1).
3. En la Resolución número 5327-6 del 14 de julio de 2017, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, se niega el reconocimiento de la mesada pensional -prima mitad de año- (fl. 29, C.1).
4. La parte actora se posesionó como docente el 10 de junio de 1986 (fl. 17, C.1).

2.- Régimen general de seguridad social

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

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

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993³, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadoras de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

El artículo 11 ibidem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

³ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

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

3.- Prima de mitad de año de los docentes afiliados al fondo de prestaciones sociales del magisterio

El artículo 53 de la Constitución Política establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

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

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.”-negrilla de la Sala-

La mesada adicional de diciembre para los pensionados de los sectores público, oficial semioficial y privado los empleados públicos, incluidos docentes, fue creada por la Ley 4ª de 1976: *“Artículo 5º Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión.”*

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

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

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

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se registrarán 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 hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

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

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

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

(...)

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

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

Es de recordar que la Ley 100 de 1993 estipuló en el artículo 279 un régimen de excepción:

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

Teniendo en cuenta que la sentencia de C-409 de 1994 declaró inexecutable los apartes tachados del precitado artículo 142 de la Ley 100 de 1993, dio lugar a la expedición del artículo 1º de la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 sobre excepciones al sistema, de la siguiente manera: *“... Las excepciones consagradas en el presente artículo no*

implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”.

La Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto 1857 de 2007 , ilustró sobre el tránsito legislativo de la Ley 238 de 1995 que: *“... la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.”*

La sentencia C-461 de 1995 de la Corte Constitucional, en cuya demanda se pretendía la extensión de la mesada del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 a todos los docentes, explica que la prima de medio año y la mesada catorce son asimilables, y debían ampliarse el beneficio de la mesada adicional solamente a los docentes que no gozaban de pensión gracia vinculados con anterioridad al 1º de enero de 1981:

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

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

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

El monto de la prima de medio año del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es el mismo que el de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, ya que existe equivalencia entre “una mesada pensional” (monto de la prima de medio año de la Ley 91) y “30 días de pago de la pensión” (monto de la mesada adicional de la Ley 100),

teniendo en cuenta que como mesada pensional se conoce aquel pago mensual (30 días) que recibe un pensionado en virtud de su derecho a la pensión.

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

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

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

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

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

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

(...) "Párrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en

vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003”.

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

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

“5.4 La eliminación de la decimocuarta mesada pensional

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

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

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

El concepto 1857 de 2007 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estimó que debido a los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005 “... los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el

artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del párrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo”:

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

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 200, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

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

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

“Artículo 1º...

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

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

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

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 200, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

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

Como se anotó en precedencia, la prima de medio año de una mesada prevista en el literal b, numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es equivalente a la mesada prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que se extendió en garantía del principio de igualdad a todos los docentes por la sentencia C-461 de 1995, por la Ley 238 de 1995.

Bajo este entendido, el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que, a partir de su entrada en vigor, ningún nuevo pensionado podría recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año, salvo aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011.

En sede de tutela, el Consejo de Estado ha considerado que esta interpretación “...no desconoce las normas aplicables al caso, ni el precedente judicial de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre la materia, por lo que para la Sala es claro que no vulneró los derechos fundamentales que la accionante alega conculcados.”

4.- Examen del caso concreto

Es por ello, que conforme a los parámetros normativos planteados en el Acto Legislativo 01 de 2005, aplicable a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se procederá analizar el caso particular, en aras de identificar si le asiste el derecho a la parte actora a percibir la mesada de mitad de año.

En el sub judice, a la parte actora le fue reconocido el derecho a la pensión de jubilación a través de la Resolución 4344-6 del 16 de julio de 2014, teniendo en cuenta el tiempo laborado desde el **10 de junio de 1986** al 1 de febrero de **2014**.

De acuerdo con dicho acto adquirió el status pensional el 1 de febrero de 2014; además el monto de la pensión está estimado en un valor de \$1.924.988 a partir del 2 de febrero de 2014 (fl. 19, C.1).

En consecuencia, no le asiste el derecho a la parte actora a percibir la mesada adicional toda vez que no se encuentra dentro de las excepciones previstas en el Acto Legislativo 01 de 2005; dado que su derecho pensional fue causado con posterioridad a la vigencia de dicho acto, esto es el 25 de julio de 2005, además se reconoció en cuantía superior de 3 smlmv.

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este Tribunal considera que en el presente asunto no debe condenarse en costas, al no encontrar razones objetivas para imponerlas.

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

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del diecisiete (17) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Joaquín Calvo de los Ríos contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

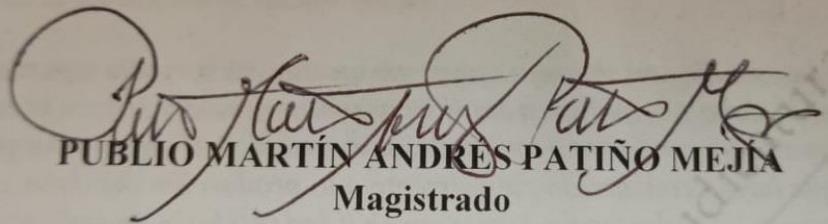
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

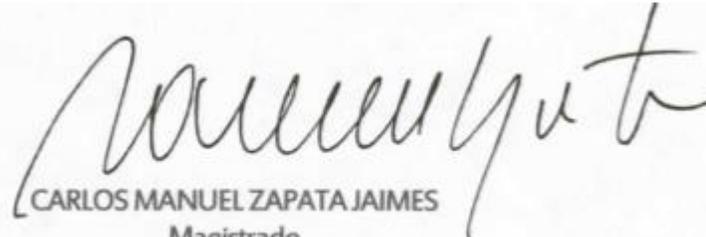
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 036
FECHA: 2 de marzo de 2021

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, positioned centrally below the date and above the name.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 052

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-39-007-2017-00516-02
Demandante: Hernán Merchán Gallego
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 008 del 26 de febrero de 2021

Manizales, veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del veintiséis (26) de febrero de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Hernán Merchán Gallego contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²).

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 16 de noviembre de 2017 (fls. 2 a 14, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad de la Resolución 4504-6 del 13 de junio de

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

2017, expedida por el Departamento de Caldas, que denegó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, conforme lo establece la Ley 91 de 1988.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se reconozca y pague la prima de mitad de año a que tiene derecho por ser pensionado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y que no tuvo derecho al reconocimiento de la pensión gracia, por haber sido nombrado con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 o de vinculación nacional conforme lo establece el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
3. Que se ordene indexar las sumas de dinero reconocidas en caso de una condena.
4. Que se ordene a las partes demandadas al cumplimiento del fallo de acuerdo con el artículo 192 y siguientes del CPACA.
5. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos

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

1. El señor Hernán Merchán Gallego prestó sus servicios como docente nacional adscrito a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, nombrado mediante la Resolución n° 0741 del 5 de noviembre de 1983, y con fecha de posesión en el cargo del 23 de mayo de 1983.
2. El día 24 de mayo de 2012, la parte actora solicitó la pensión de jubilación ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, misma que le fue reconocida por dicha entidad a través de la Resolución n° 4486-6 del 26 de agosto de 2016, por el monto de \$1.819.070, a partir del 11 de marzo de 2012.
3. El 6 de junio de 2017 la parte actora radicó petición número SAC 2017PQR8847, con el propósito de obtener el reconocimiento de la prima de mitad de año.
4. La anterior solicitud fue negada a través de la Resolución n° 4504-6 del 13 de junio de 2017 con fundamento en que el Acto Legislativo n° 01 de

2005 estableció que las personas que adquirieran el derecho pensional a partir de la vigencia de dicha norma solo tienen derecho a percibir 13 mesadas.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: artículos 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política; artículo 56 de la Ley 962 de 2005; 56 del Decreto 2831 de 2005; y 15 de la Ley 91 de 1989.

Explicó que se vulneró el artículo 13 de la Constitución Política, al denegar el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, contemplada en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989, para los docentes que se encuentran pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que no tuvieron derecho a la pensión gracia por haber sido nombrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 o nombrados por el Ministerio de Educación Nacional con vinculación nacional, y que fue creada como una compensación por la pérdida causada respecto a dicha prestación.

Analizó la competencia que le asiste al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme lo prevé el artículo 4 de la Ley 91 de 1989, y de las funciones de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales, conforme a los artículos 2 y 3 del Decreto 2831 de 2005 y artículo 56 de la Ley 962 de 2005, en cuanto a la racionalización, radicación y trámite de solicitudes con el fin de solicitar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales ante dicho fondo.

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

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término otorgado, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG contestó la demanda (fls. 52 a 65, C.1), para oponerse a las pretensiones de la misma.

Propuso las excepciones que denominó: *“FALTA DE INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO – LITIS CONSORCIO NECESARIO”*, considerando que en virtud de las Leyes 715 de 2001, 91 de 1989, 60 de 1993, por el cual se atribuye a los entes territoriales la participación educativa, y las

obligaciones prestacionales del personal docente, y conforme al trámite para su reconocimiento previsto en el Decreto 2831 de 2005, a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, vincular a la Secretaria de Educación en Manizales, y a la fiduciaria la Previsora S.A., en virtud del contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, suscrito con el Ministerio de Educación Nacional, por el cual se transfiere al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio administrar los recursos destinados al pago de prestaciones sociales; ***“VINCULACIÓN DE LITISCONSORTE”*** solicitando la vinculación del Departamento de Caldas y la Fiduprevisora la Previsora S.A., en virtud del contrato mercantil 83 de 1990 suscrito con el Ministerio de Educación Nacional; ***“INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL”***, expresando que en armonía con lo preceptuado en el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, la Ley 715 de 2001, que definió las competencias de la entidad en materia de educación, cuya función es la de ser ente rector de las políticas educativas dada su función de trazar los lineamientos generales en la prestación del servicio de educación, por tanto no presta el servicio de educación, ni administra las plantas de personal, como tampoco es empleador de los docente del Magisterio; ***“INEXISTENCIA DEL DEMANDADO – FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA. FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO”***, indicando los elementos esenciales del acto administrativo e indicó que no existe causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional, y el derecho solicitado por el accionante, toda vez que el procedimiento de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria administradora del fondo, siendo esta última y con fundamento en el contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, quien administra y paga con recursos del fondo las obligaciones que en materia de prestaciones reclamen los docentes afiliados al FOMAG; aclaró que el Ministerio de Educación nacional no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación, no revisa ni analiza la viabilidad del pago de la misma, no tiene competencia para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, no ordena el pago, ni destina los recursos para el pago de las prestaciones. ***“INEXISTENCIA DE LA CAUSA POR INEXISTENCIA DE JURÍDICA”*** afirmando que no le asiste el derecho a reclamar la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de la prima de servicios como base salarial, en armonía con el pronunciamiento jurisprudencial proferido por el Honorable Consejo de Estado, con radicación CE-

SUJ215001333301020130013401 del 14 de abril de 2016; “**PRESCRIPCIÓN**” solicitó se declare la prescripción de los derechos reclamados, prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968; “**BUENA FE**” expresando que el pago de las prestaciones sociales de los docentes no depende del diligenciamiento de los actos administrativos por parte del ente territorial y del visto bueno de la entidad fiduciaria, sino de la disponibilidad presupuestal conforme lo prevé la Ley 38 de 1989; “**GENÉRICA**” en el evento que en el curso del proceso se hallare como probada cualquier otra excepción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 26 de febrero de 2019, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 85 a 91, C.1), a través de la cual negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demandada. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente el marco normativo de la mesada catorce o pensión de mitad de año citando lo expuesto en la ley 91 de 1989 y en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Analizó el régimen jurídico contemplado en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reconocimiento de la mesada adicional para pensionados, conocida como mesada catorce; y al análisis de constitucionalidad de acuerdo con el pronunciamiento jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-409 de 1994; además, de las modificaciones realizadas a la norma ibidem, introducidas en la Ley 238 de 1995; artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2005, éste último que eliminó dicha mesada en todos los regímenes pensionales, conforme a los parámetros allí señalados, y al pronunciamiento sobre dicho tópico por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado.

Destacó que el Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la mesada catorce a partir del 25 de julio de 2005, pero determinó quiénes se hacían acreedores de esta como excepción prevista en la norma.

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

Concluyó que la parte actora no tiene derecho a percibir dicha mesada catorce, toda vez que adquirió el estatus pensional con posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigor del Acto Legislativo precitado.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 94 a 107 del cuaderno principal, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando el reconocimiento y pago de la **prima de mitad de año con base en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989**, diferente a la mesada adicional cuyo pago es en el mes de junio de cada año, establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

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

Citó los preceptos jurisprudenciales contemplados en la sentencia C-409 de 1994 y C-461 de 1995, en cuanto a los reajustes de las mesadas pensionales previstas en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que era aplicable a aquellos docentes que no tenían pensión gracia. Refirió que los vinculados con posterioridad estaban regidos por el artículo 15 numeral 2 literal B se les concede el derecho a una prima de mitad de año equiparable a la Ley 100 de 1994; en ello estriba la diferencia.

Alegó que conforme con lo previsto en los regímenes excepcionales del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y en aplicación al artículo 15 numeral 2 de la Ley 91 de 1989; los vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1981, cuentan con un beneficio asimilable a la mesada adicional establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, esto es la prima de medio año, cuyo monto es el equivalente al de la mesada adicional contemplado en el régimen general de pensiones.

Explicó que la prima adicional de medio año, establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 solo comprende a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, además que dicho régimen especial se exceptúa del régimen general de la Ley 100 de 1993, toda vez que no otorga ningún beneficio que pudiera compensar la mesada adicional de que trata el artículo 142 de dicha preceptiva.

Adujo que el acto legislativo 01 de 2005, terminó con la mesada 14 creada por la Ley 100 de 1993; sin embargo, estableció una transición, determinando que dicho beneficio no se otorgaría a los docentes vinculados con anterioridad al 1 de enero de 1981 que no tuvieran pensión gracia. Empero, este acto no aludió ni acabó **con la prima de mitad de año establecida por la literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989**, toda vez fue creada como estímulo para aquellos docentes que perdieron el derecho a la pensión gracia.

Advirtió que conforme a la Ley 812 de 2003, los docentes ingresados al sector educativo antes de junio de 2003 continuarían con el régimen pensional anterior y los de vinculación posterior proseguirían con el nuevo régimen pensional contenido en la ley 100 de 1993 y se pensionarán con 57 años.

Concluyó que la Ley 91 de 1989 no fue modificada en ninguno de los apartes por el Acto Legislativo número 01 de 2005, sigue vigente en su integralidad, y por tanto, la prima de mitad de año debe ser reconocida a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio ingresados con a partir del 1 de enero de 1989.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (fl. 9 a 11, C.2)

Intervino en esta etapa procesal para ratificarse en los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en el recurso de apelación.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG (fl. 12 a 16, C.2)

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 12 de abril de 2019, y allegado el 26 de junio de 2019 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 3, C.2).

Admisión y alegatos. Por autos del 26 de junio y 25 de julio de 2019 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos (fl. 2 y 6, C.2). Ambas partes alegaron de conclusión (fls. 9 a 11 y 12 a 16, C.2). El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 5 de septiembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 27, C.2), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar el siguiente cuestionamiento:

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

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** régimen general de seguridad social; **iii)** prima de mitad de año de los docentes afiliados al fondo de prestaciones sociales del magisterio; y **iv)** examen del caso concreto.

1.- Hechos debidamente acreditados

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

1. Por Resolución 4486 del 22 de agosto de 2012, se reconoció la pensión de jubilación por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a favor del señor Hernán Merchán Gallego, en cuantía de \$1.819.070, a partir del 11 de marzo de 2012, quien se vinculó desde 1983 (fl.18, C. 1).
2. Con petición radicada 2017 PQR8847 del 6 de junio de 2017, ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo de Prestación Social del Magisterio; la parte actora solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, contemplada en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (fl. 24, C.1).
3. En la Resolución número 4504-6 del 13 de junio de 2017, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, se niega el reconocimiento de la mesada pensional -prima mitad de año- (fl.28, C.1).
4. La parte actora se posesionó como docente el 23 de mayo de 1983 (fl. 17, C.1).

2.- Régimen general de seguridad social

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

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

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993³, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadoras de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

El artículo 11 ibidem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

³ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

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

3.- Prima de mitad de año de los docentes afiliados al fondo de prestaciones sociales del magisterio

El artículo 53 de la Constitución Política establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

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

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.”-negrilla de la Sala-

La mesada adicional de diciembre para los pensionados de los sectores público, oficial semioficial y privado los empleados públicos, incluidos docentes, fue creada por la Ley 4ª de 1976: *“Artículo 5º Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión.”*

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

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

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

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se registrarán 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 hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

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

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

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

(...)

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

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

Es de recordar que la Ley 100 de 1993 estipuló en el artículo 279 un régimen de excepción:

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

Teniendo en cuenta que la sentencia de C-409 de 1994 declaró inexecutable los apartes tachados del precitado artículo 142 de la Ley 100 de 1993, dio lugar a la expedición del artículo 1º de la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 sobre excepciones al sistema, de la siguiente manera: *“... Las excepciones consagradas en el presente artículo no*

implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”.

La Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto 1857 de 2007 , ilustró sobre el tránsito legislativo de la Ley 238 de 1995 que: *“... la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.”*

La sentencia C-461 de 1995 de la Corte Constitucional, en cuya demanda se pretendía la extensión de la mesada del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 a todos los docentes, explica que la prima de medio año y la mesada catorce son asimilables, y debían ampliarse el beneficio de la mesada adicional solamente a los docentes que no gozaban de pensión gracia vinculados con anterioridad al 1º de enero de 1981:

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

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

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

El monto de la prima de medio año del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es el mismo que el de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, ya que existe equivalencia entre “una mesada pensional” (monto de la prima de medio año de la Ley 91) y “30 días de pago de la pensión” (monto de la mesada adicional de la Ley 100),

teniendo en cuenta que como mesada pensional se conoce aquel pago mensual (30 días) que recibe un pensionado en virtud de su derecho a la pensión.

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

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

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

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

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

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

(...) "Párrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en

vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003”.

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

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

“5.4 La eliminación de la decimocuarta mesada pensional

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

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

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

El concepto 1857 de 2007 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estimó que debido a los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005 “... los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el

artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del párrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo”:

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

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 200, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

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

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

“Artículo 1º...

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

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

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

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 200, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

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

Como se anotó en precedencia, la prima de medio año de una mesada prevista en el literal b, numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es equivalente a la mesada prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que se extendió en garantía del principio de igualdad a todos los docentes por la sentencia C-461 de 1995, por la Ley 238 de 1995.

Bajo este entendido, el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que, a partir de su entrada en vigor, ningún nuevo pensionado podría recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año, salvo aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011.

En sede de tutela, el Consejo de Estado ha considerado que esta interpretación “...no desconoce las normas aplicables al caso, ni el precedente judicial de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre la materia, por lo que para la Sala es claro que no vulneró los derechos fundamentales que la accionante alega conculcados.”

4.- Examen del caso concreto

Es por ello, que conforme a los parámetros normativos planteados en el Acto Legislativo 01 de 2005, aplicable a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se procederá analizar el caso particular, en aras de identificar si le asiste el derecho a la parte actora a percibir la mesada de mitad de año.

En el sub judice, a la parte actora le fue reconocido el derecho a la pensión de jubilación a través de la Resolución 4486-6 del 22 de agosto de 2012, teniendo en cuenta el tiempo laborado desde el **23 de mayo de 1983** al 9 de mayo de **2012**.

De acuerdo con dicho acto, adquirió el status pensional el 10 de marzo de 2012; además el monto de la pensión está estimado en un valor de \$1.819.070 a partir del 11 de marzo de 2012 (fl. 18, C.1).

En consecuencia, no le asiste el derecho a la parte actora a percibir la mesada adicional toda vez que no se encuentra dentro de las excepciones previstas en el Acto Legislativo 01 de 2005; dado que su derecho pensional fue causado con posterioridad a la vigencia de dicho acto, esto es el 25 de julio de 2005, además se reconoció en cuantía superior de 3 smlmv.

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este Tribunal considera que en el presente asunto no debe condenarse en costas, al no encontrar razones objetivas para imponerlas.

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

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintiséis (26) de febrero de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Hernán Merchán Gallego contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

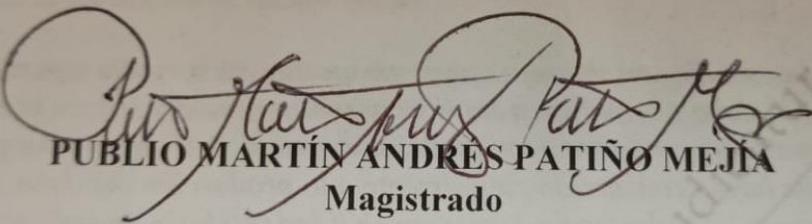
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

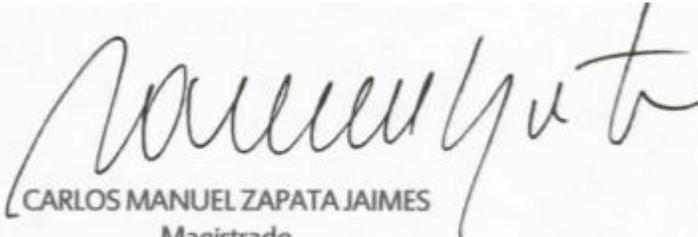
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 036
FECHA: 2 de marzo de 2021

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, positioned centrally below the date and above the name.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho para resolver la admisión del recurso de apelación.

Febrero 22 de 2021



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Auto de Sustanciación: 010-2021

Asunto: Segunda instancia

Medio control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Radicación: 17-001-33-33-004-2018-00009-03

Demandante: Nohelia Londoño de García.

Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, primero (01) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

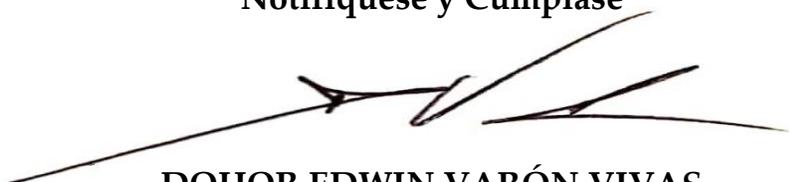
El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia en providencia del 01 de junio de 2020.

La anterior providencia fue notificada a las partes el 01 de junio de 2020.

La parte **DEMANDADA** presentó recurso de apelación el 06 de julio de 2020, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admiten los recursos de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

Notifíquese y Cúmplase



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 053

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-33-002-2018-00020-02
Demandante: Luz Estella Carmona Jiménez
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 008 del 26 de febrero de 2021

Manizales, veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del veintisiete (27) de mayo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Luz Estella Carmona Jiménez contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²).

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 22 de enero de 2018 (fls. 4 a 16, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad de la Resolución 5631-6 del 26 de julio de

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

2017, expedida por el Departamento de Caldas, que denegó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, conforme lo establece la Ley 91 de 1988.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se reconozca y pague la prima de mitad de año a que tiene derecho por ser pensionado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y que no tuvo derecho al reconocimiento de la pensión gracia, por haber sido nombrado con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 o de vinculación nacional conforme lo establece el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
3. Que se ordene indexar las sumas de dinero reconocidas en caso de una condena.
4. Que se ordene a las partes demandadas al cumplimiento del fallo de acuerdo con el artículo 192 y siguientes del CPACA.
5. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos

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

1. La señora Luz Estella Carmona Jiménez prestó sus servicios como docente nacional adscrito a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, nombrada mediante la Resolución n° 416 del 5 de mayo de 1981, y con fecha de posesión en el cargo del 15 de mayo de 1981.
2. El día 29 de abril de 2014, la parte actora solicitó la pensión de jubilación ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, misma que le fue reconocida por dicha entidad a través de la Resolución n° 4598-6 del 24 de julio de 2014, por el monto de \$2.337.167, a partir del 7 de abril de 2014.
3. El 30 de junio de 2017 la parte actora radicó petición número SAC 2017PQR10050, con el propósito de obtener el reconocimiento de la prima de mitad de año.

4. La anterior solicitud fue negada a través de la Resolución n° 5631-6 del 26 de julio de 2017 con fundamento en que el Acto Legislativo n° 01 de 2005 estableció que las personas que adquirieran el derecho pensional a partir de la vigencia de dicha norma solo tienen derecho a percibir 13 mesadas.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: artículos 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política; artículo 56 de la Ley 962 de 2005; 56 del Decreto 2831 de 2005; y 15 de la Ley 91 de 1989.

Explicó que se vulneró el artículo 13 de la Constitución Política, al denegar el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, contemplada en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989, para los docentes que se encuentran pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que no tuvieron derecho a la pensión gracia por haber sido nombrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 o nombrados por el Ministerio de Educación Nacional con vinculación nacional, y que fue creada como una compensación por la pérdida causada respecto a dicha prestación.

Analizó la competencia que le asiste al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme lo prevé el artículo 4 de la Ley 91 de 1989, y de las funciones de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales, conforme a los artículos 2 y 3 del Decreto 2831 de 2005 y artículo 56 de la Ley 962 de 2005, en cuanto a la racionalización, radicación y trámite de solicitudes con el fin de solicitar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales ante dicho fondo.

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

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término otorgado, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG contestó la demanda (fls. 53 a 65, C.1), para oponerse a las pretensiones de la misma.

Propuso las excepciones que denominó: ***“FALTA DE INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO – LITIS CONSORSICIO NECESARIO”***, considerando

que en virtud de las Leyes 715 de 2001, 91 de 1989, 60 de 1993, por el cual se atribuye a los entes territoriales la participación educativa, y las obligaciones prestacionales del personal docente, y conforme al trámite para su reconocimiento previsto en el Decreto 2831 de 2005, a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, vincular a la Secretaria de Educación en Manizales, y a la fiduciaria la Previsora S.A., en virtud del contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, suscrito con el Ministerio de Educación Nacional, por el cual se transfiere al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio administrar los recursos destinados al pago de prestaciones sociales; ***“VINCULACIÓN DE LITISCONSORTE”*** solicitando la vinculación del Departamento de Caldas y la Fiduprevisora la Previsora S.A., en virtud del contrato mercantil 83 de 1990 suscrito con el Ministerio de Educación Nacional; ***“INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL”***, expresando que en armonía con lo preceptuado en el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, la Ley 715 de 2001, que definió las competencias de la entidad en materia de educación, cuya función es la de ser ente rector de las políticas educativas dada su función de trazar los lineamientos generales en la prestación del servicio de educación, por tanto no presta el servicio de educación, ni administra las plantas de personal, como tampoco es empleador de los docente del Magisterio; ***“INEXISTENCIA DEL DEMANDADO – FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA. FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO”***, indicando los elementos esenciales del acto administrativo e indicó que no existe causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional, y el derecho solicitado por el accionante, toda vez que el procedimiento de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria administradora del fondo, siendo esta última y con fundamento en el contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, quien administra y paga con recursos del fondo las obligaciones que en materia de prestaciones reclamen los docentes afiliados al FOMAG; aclaró que el Ministerio de Educación nacional no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación, no revisa ni analiza la viabilidad del pago de la misma, no tiene competencia para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, no ordena el pago, ni destina los recursos para el pago de las prestaciones. ***“INEXISTENCIA DE LA CAUSA POR INEXISTENCIA DE JURÍDICA”*** afirmando que no le asiste el derecho a reclamar la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de la prima de servicios como base

salarial, en armonía con el pronunciamiento jurisprudencial proferido por el Honorable Consejo de Estado, con radicación CE-SUJ215001333301020130013401 del 14 de abril de 2016; “**PRESCRIPCIÓN**” solicitó se declare la prescripción de los derechos reclamados, prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968; “**BUENA FE**” expresando que el pago de las prestaciones sociales de los docentes no depende del diligenciamiento de los actos administrativos por parte del ente territorial y del visto bueno de la entidad fiduciaria, sino de la disponibilidad presupuestal conforme lo prevé la Ley 38 de 1989; “**GENÉRICA**” en el evento que en el curso del proceso se hallare como probada cualquier otra excepción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 27 de mayo de 2019, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 93 a 102, C.1), a través de la cual negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demandada. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente el marco normativo de la mesada catorce o pensión de mitad de año citando lo expuesto en la ley 91 de 1989 y en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Analizó el régimen jurídico contemplado en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reconocimiento de la mesada adicional para pensionados, conocida como mesada catorce; y al análisis de constitucionalidad de acuerdo con el pronunciamiento jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-409 de 1994; además, de las modificaciones realizadas a la norma ibidem, introducidas en la Ley 238 de 1995; artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2005, éste último que eliminó dicha mesada en todos los regímenes pensionales, conforme a los parámetros allí señalados, y al pronunciamiento sobre dicho tópico por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado.

Destacó que el Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la mesada catorce a partir del 25 de julio de 2005, pero determinó quiénes se hacían acreedores de esta como excepción prevista en la norma.

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

Concluyó que la parte actora no tiene derecho a percibir dicha mesada catorce, toda vez que adquirió el estatus pensional con posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigor del Acto Legislativo precitado.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 108 a 116 del cuaderno principal, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando el reconocimiento y pago de la **prima de mitad de año con base en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989**, diferente a la mesada adicional cuyo pago es en el mes de junio de cada año, establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

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

Citó los preceptos jurisprudenciales contemplados en la sentencia C-409 de 1994 y C-461 de 1995, en cuanto a los reajustes de las mesadas pensionales previstas en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que era aplicable a aquellos docentes que no tenían pensión gracia. Refirió que los vinculados con posterioridad estaban regidos por el artículo 15 numeral 2 literal B se les concede el derecho a una prima de mitad de año equiparable a la Ley 100 de 1994; en ello estriba la diferencia.

Alegó que conforme con lo previsto en los regímenes excepcionales del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y en aplicación al artículo 15 numeral 2 de la Ley 91 de 1989; los vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1981, cuentan con un beneficio asimilable a la mesada adicional establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, esto es la prima de medio año, cuyo monto es el equivalente al de la mesada adicional contemplado en el régimen general de pensiones.

Explicó que la prima adicional de medio año, establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 solo comprende a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, además que dicho régimen especial se exceptúa del régimen general de la Ley 100 de 1993, toda vez que no otorga ningún beneficio que pudiera compensar la mesada adicional de que trata el artículo 142 de dicha preceptiva.

Adujo que el acto legislativo 01 de 2005, terminó con la mesada 14 creada por la Ley 100 de 1993; sin embargo, estableció una transición, determinando que dicho beneficio no se otorgaría a los docentes vinculados con anterioridad al 1 de enero de 1981 que no tuvieran pensión gracia. Empero, este acto no aludió ni acabó **con la prima de mitad de año establecida por la literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989**, toda vez fue creada como estímulo para aquellos docentes que perdieron el derecho a la pensión gracia.

Advirtió que conforme a la Ley 812 de 2003, los docentes ingresados al sector educativo antes de junio de 2003 continuarían con el régimen pensional anterior y los de vinculación posterior proseguirían con el nuevo régimen pensional contenido en la ley 100 de 1993 y se pensionarán con 57 años.

Concluyó que la Ley 91 de 1989 no fue modificada en ninguno de los apartes por el Acto Legislativo número 01 de 2005, sigue vigente en su integralidad, y por tanto, la prima de mitad de año debe ser reconocida a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio ingresados con a partir del 1 de enero de 1989.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (fl. 5 a 7, C.2)

Intervino en esta etapa procesal para ratificarse en los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en el recurso de apelación.

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG no se pronunció en esta etapa procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 11 de julio de 2019, y allegado el 3 de septiembre del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 3 de septiembre de 2019 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia (fl. 2, C.2). Únicamente la parte actora alegó de conclusión (fls. 5 a 7, C.2). El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 25 de octubre de 2019 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 8, C.2), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar el siguiente cuestionamiento:

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

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** régimen general de seguridad social; **iii)** prima de mitad de año de los docentes afiliados al fondo de prestaciones sociales del magisterio; y **iv)** examen del caso concreto.

1.- Hechos debidamente acreditados

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

1. Por Resolución 4598-6 del 24 de julio de 2014, se reconoció la pensión de jubilación por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a favor de la señora Luz Estella Carmona Jimenez, en cuantía de \$2.337.167, a partir del 07/04/2014, quien se vinculó desde 1981 (fl.19, C. 1).
2. Con petición radicada 2017 PQR10050 del 30 de junio de 2017, ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo de Prestación Social del Magisterio; la parte actora solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, contemplada en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (fl. 25, C.1).
3. En la Resolución número 5631-6 del 26 de julio de 2017, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, se niega el reconocimiento de la mesada pensional -prima mitad de año- (fl. 30, C.1).
4. La parte actora se posesionó como docente el 15 de mayo de 1981 (fl. 18, C.1).

2.- Régimen general de seguridad social

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

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

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993³, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadoras de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

El artículo 11 ibidem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

³ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

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

3.- Prima de mitad de año de los docentes afiliados al fondo de prestaciones sociales del magisterio

El artículo 53 de la Constitución Política establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

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

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.”-negrilla de la Sala-

La mesada adicional de diciembre para los pensionados de los sectores público, oficial semioficial y privado los empleados públicos, incluidos docentes, fue creada por la Ley 4ª de 1976: *“Artículo 5º Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión.”*

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

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

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

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se registrarán 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 hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

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

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

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

(...)

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

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

Es de recordar que la Ley 100 de 1993 estipuló en el artículo 279 un régimen de excepción:

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

Teniendo en cuenta que la sentencia de C-409 de 1994 declaró inexecutable los apartes tachados del precitado artículo 142 de la Ley 100 de 1993, dio lugar a la expedición del artículo 1º de la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 sobre excepciones al sistema, de la siguiente manera: *“... Las excepciones consagradas en el presente artículo no*

implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”.

La Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto 1857 de 2007 , ilustró sobre el tránsito legislativo de la Ley 238 de 1995 que: *“... la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.”*

La sentencia C-461 de 1995 de la Corte Constitucional, en cuya demanda se pretendía la extensión de la mesada del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 a todos los docentes, explica que la prima de medio año y la mesada catorce son asimilables, y debían ampliarse el beneficio de la mesada adicional solamente a los docentes que no gozaban de pensión gracia vinculados con anterioridad al 1º de enero de 1981:

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

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

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

El monto de la prima de medio año del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es el mismo que el de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, ya que existe equivalencia entre “una mesada pensional” (monto de la prima de medio año de la Ley 91) y “30 días de pago de la pensión” (monto de la mesada adicional de la Ley 100),

teniendo en cuenta que como mesada pensional se conoce aquel pago mensual (30 días) que recibe un pensionado en virtud de su derecho a la pensión.

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

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

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

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

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

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

(...) "Párrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en

vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003”.

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

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

“5.4 La eliminación de la decimocuarta mesada pensional

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

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

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

El concepto 1857 de 2007 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estimó que debido a los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005 “... los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el

artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del párrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo”:

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

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 200, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

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

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

“Artículo 1º...

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

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

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

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 200, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

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

Como se anotó en precedencia, la prima de medio año de una mesada prevista en el literal b, numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es equivalente a la mesada prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que se extendió en garantía del principio de igualdad a todos los docentes por la sentencia C-461 de 1995, por la Ley 238 de 1995.

Bajo este entendido, el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que, a partir de su entrada en vigor, ningún nuevo pensionado podría recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año, salvo aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011.

En sede de tutela, el Consejo de Estado ha considerado que esta interpretación “...no desconoce las normas aplicables al caso, ni el precedente judicial de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre la materia, por lo que para la Sala es claro que no vulneró los derechos fundamentales que la accionante alega conculcados.”

4.- Examen del caso concreto

Es por ello, que conforme a los parámetros normativos planteados en el Acto Legislativo 01 de 2005, aplicable a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se procederá analizar el caso particular, en aras de identificar si le asiste el derecho a la parte actora a percibir la mesada de mitad de año.

En el sub iudice, a la parte actora le fue reconocido el derecho a la pensión de jubilación a través de la Resolución 4598-6 del 24 de julio de 2014, teniendo en cuenta el tiempo laborado desde el **15 de mayo de 1981** al 6 de abril de **2014**.

De acuerdo con dicho acto adquirió el status pensional el 6 de abril de 2014; además el monto de la pensión está estimado en un valor de \$2.337.167 a partir del 7 de abril de 2014 (fl. 19, C.1).

En consecuencia, no le asiste el derecho a la parte actora a percibir la mesada adicional toda vez que no se encuentra dentro de las excepciones previstas en el Acto Legislativo 01 de 2005; dado que su derecho pensional fue causado con posterioridad a la vigencia de dicho acto, esto es el 25 de julio de 2005, además se reconoció en cuantía superior de 3 smlmv.

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este Tribunal considera que en el presente asunto no debe condenarse en costas, al no encontrar razones objetivas para imponerlas.

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

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintisiete (27) de mayo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Luz Estella Carmona Jiménez contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

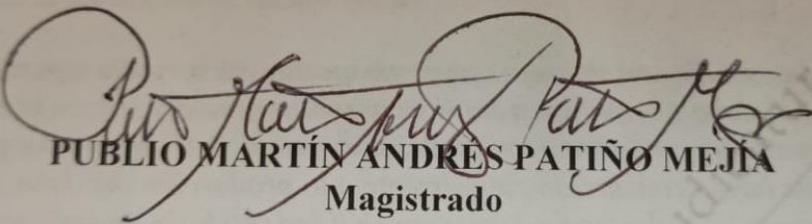
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

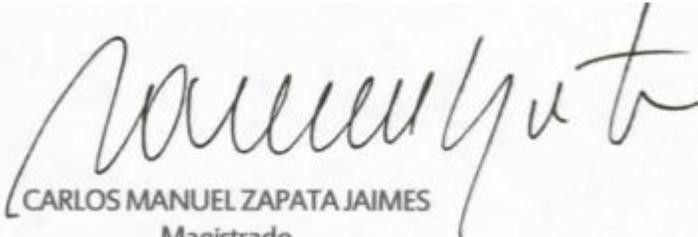
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 036
FECHA: 2 de marzo de 2021

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, positioned centrally below the date and above the name.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 054

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-39-006-2018-00025-02
Demandante: Aníbal Álzate Chica
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 008 del 26 de febrero de 2021

Manizales, veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Aníbal Álzate Chica contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²).

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 25 de enero de 2018 (fls. 3 a 15, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad de la Resolución 5433-6 del 19 de julio de

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

2017, expedida por el Departamento de Caldas, que denegó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, conforme lo establece la Ley 91 de 1988.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se reconozca y pague la prima de mitad de año a que tiene derecho por ser pensionado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y que no tuvo derecho al reconocimiento de la pensión gracia, por haber sido nombrado con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 o de vinculación nacional conforme lo establece el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
3. Que se ordene indexar las sumas de dinero reconocidas en caso de una condena.
4. Que se ordene a las partes demandadas al cumplimiento del fallo de acuerdo con el artículo 192 y siguientes del CPACA.
5. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos

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

1. El señor Aníbal Álzate Chica prestó sus servicios como docente nacional adscrito a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, nombrado mediante la Resolución n° 17456 del 8 de octubre de 1980, y con fecha de posesión en el cargo del 31 de octubre de 1980.
2. El día 12 de septiembre de 2012, la parte actora solicitó la pensión de jubilación ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, misma que le fue reconocida por dicha entidad a través de la Resolución n° 6527-6 del 21 de noviembre de 2012, por el monto de \$1.955.466, a partir del 25 de agosto de 2012.
3. El 30 de junio de 2017 la parte actora radicó petición número SAC 2017PQR10047, con el propósito de obtener el reconocimiento de la prima de mitad de año.
4. La anterior solicitud fue negada a través de la Resolución n° 5433-6 del 19 de julio de 2017 con fundamento en que el Acto Legislativo n° 01 de

2005 estableció que las personas que adquirieran el derecho pensional a partir de la vigencia de dicha norma solo tienen derecho a percibir 13 mesadas.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: artículos 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política; artículo 56 de la Ley 962 de 2005; 56 del Decreto 2831 de 2005; y 15 de la Ley 91 de 1989.

Explicó que se vulneró el artículo 13 de la Constitución Política, al denegar el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, contemplada en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989, para los docentes que se encuentran pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que no tuvieron derecho a la pensión gracia por haber sido nombrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 o nombrados por el Ministerio de Educación Nacional con vinculación nacional, y que fue creada como una compensación por la pérdida causada respecto a dicha prestación.

Analizó la competencia que le asiste al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme lo prevé el artículo 4 de la Ley 91 de 1989, y de las funciones de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales, conforme a los artículos 2 y 3 del Decreto 2831 de 2005 y artículo 56 de la Ley 962 de 2005, en cuanto a la racionalización, radicación y trámite de solicitudes con el fin de solicitar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales ante dicho fondo.

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

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG

Dentro del término otorgado, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG contestó la demanda (fls. 55 a 67, C.1), para oponerse a las pretensiones de la misma.

Propuso las excepciones que denominó: *“FALTA DE INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO – LITIS CONSORCIO NECESARIO”*, considerando que en virtud de las Leyes 715 de 2001, 91 de 1989, 60 de 1993, por el cual se

atribuye a los entes territoriales la participación educativa, y las obligaciones prestacionales del personal docente, y conforme al trámite para su reconocimiento previsto en el Decreto 2831 de 2005, a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, vincular a la Secretaria de Educación en Manizales, y a la fiduciaria la Previsora S.A., en virtud del contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, suscrito con el Ministerio de Educación Nacional, por el cual se transfiere al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio administrar los recursos destinados al pago de prestaciones sociales; ***“VINCULACIÓN DE LITISCONSORTE”*** solicitando la vinculación del Departamento de Caldas y la Fiduprevisora la Previsora S.A., en virtud del contrato mercantil 83 de 1990 suscrito con el Ministerio de Educación Nacional; ***“INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL”***, expresando que en armonía con lo preceptuado en el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, la Ley 715 de 2001, que definió las competencias de la entidad en materia de educación, cuya función es la de ser ente rector de las políticas educativas dada su función de trazar los lineamientos generales en la prestación del servicio de educación, por tanto no presta el servicio de educación, ni administra las plantas de personal, como tampoco es empleador de los docente del Magisterio; ***“INEXISTENCIA DEL DEMANDADO – FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA. FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO”***, indicando los elementos esenciales del acto administrativo e indicó que no existe causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional, y el derecho solicitado por el accionante, toda vez que el procedimiento de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria administradora del fondo, siendo esta última y con fundamento en el contrato de fiducia mercantil 83 de 1990, quien administra y paga con recursos del fondo las obligaciones que en materia de prestaciones reclaman los docentes afiliados al FOMAG; aclaró que el Ministerio de Educación nacional no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación, no revisa ni analiza la viabilidad del pago de la misma, no tiene competencia para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, no ordena el pago, ni destina los recursos para el pago de las prestaciones. ***“INEXISTENCIA DE LA CAUSA POR INEXISTENCIA DE JURÍDICA”*** afirmando que no le asiste el derecho a reclamar la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de la prima de servicios como base salarial, en armonía con el pronunciamiento jurisprudencial proferido por el

Honorable Consejo de Estado, con radicación CE-SUJ215001333301020130013401 del 14 de abril de 2016; **“PRESCRIPCIÓN”** solicitó se declare la prescripción de los derechos reclamados, prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968; **“BUENA FE”** expresando que el pago de las prestaciones sociales de los docentes no depende del diligenciamiento de los actos administrativos por parte del ente territorial y del visto bueno de la entidad fiduciaria, sino de la disponibilidad presupuestal conforme lo prevé la Ley 38 de 1989; **“GENÉRICA”** en el evento que en el curso del proceso se hallare como probada cualquier otra excepción.

DEPARTAMENTO DE CALDAS

Dentro del término otorgado, el Departamento de Caldas contestó la demanda (fls. 72 a 74, C.1), para oponerse a las pretensiones de la misma.

Se opuso a la totalidad de las pretensiones y adujo no constarle los hechos aludidos en la demanda.

Expuso sobre las funciones y gestiones administrativas que, por ley, le son indilgadas a las secretarías de educación de entes municipales y departamentales, concernientes al trámite que se realiza antes éstas, en cuanto a los reconocimientos y pagos de la pensión de jubilación ante el Ministerio de Educación Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Señaló que conforme al inciso 8 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, el actor no tiene derecho a la mesada pensional, toda vez que la pensión es de más de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y no se encuentra dentro de las excepciones previstas en la norma *ibídem*.

Propuso los siguientes medios exceptivos: **“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”**, explicó que de acuerdo a lo previsto en la ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es la entidad que tiene a cargo el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de la demandante y es la Fiduprevisora en calidad de administradora de los recursos del Fondo, la encargada de liquidar y aprobarlos; por tanto la gestión adelantada por la Secretaría de Educación se concreta a tramitar, radicar y elaborar del proyecto de acto administrativo; **“INAPLICACIÓN DE LAS NORMAS QUE ALEGA PARTE DEMANDANTE E INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO”**, describe que no le asiste la obligación del reconocimiento o pago de las obligaciones solicitadas toda vez que conforme al Acto Legislativo 01 de 2005, las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente acto no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al

año; “*BUENA FE*”, señaló sobre el actuar de la entidad en cuanto al correcto cumplimiento de las obligaciones y respecto a las funciones que por ley son de su competencia; “*PRESCRIPCIÓN*”, de ser acogida solicitó se declare sobre las mesadas pensionales susceptibles del medio extintivo conforme lo señala el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 de 1965.

La parte actora a través de escrito visible de folio 80 a 84, del cuaderno uno, se pronunció sobre las excepciones formuladas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 28 de junio de 2019, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 130 a 139, C.1), a través de la cual negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demandada. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente el marco normativo de la mesada catorce o pensión de mitad de año citando lo expuesto en la ley 91 de 1989 y en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Analizó el régimen jurídico contemplado en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reconocimiento de la mesada adicional para pensionados, conocida como mesada catorce; y al análisis de constitucionalidad de acuerdo con el pronunciamiento jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-409 de 1994; además, de las modificaciones realizadas a la norma ibidem, introducidas en la Ley 238 de 1995; artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2005, éste último que eliminó dicha mesada en todos los regímenes pensionales, conforme a los parámetros allí señalados, y al pronunciamiento sobre dicho tópico por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado.

Destacó que el Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la mesada catorce a partir del 25 de julio de 2005, pero determinó quiénes se hacían acreedores de esta como excepción prevista en la norma.

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

Concluyó que la parte actora no tiene derecho a percibir dicha mesada catorce, toda vez que adquirió el estatus pensional con posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigor del Acto Legislativo precitado.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 143 a 149 del cuaderno principal, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando el reconocimiento y pago de la **prima de mitad de año con base en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989**, diferente a la mesada adicional cuyo pago es en el mes de junio de cada año, establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

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

Citó los preceptos jurisprudenciales contemplados en la sentencia C-409 de 1994 y C-461 de 1995, en cuanto a los reajustes de las mesadas pensionales previstas en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que era aplicable a aquellos docentes que no tenían pensión gracia. Refirió que los vinculados con posterioridad estaban regidos por el artículo 15 numeral 2 literal B se les concede el derecho a una prima de mitad de año equiparable a la Ley 100 de 1994; en ello estriba la diferencia.

Alegó que conforme con lo previsto en los regímenes excepcionales del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y en aplicación al artículo 15 numeral 2 de la Ley 91 de 1989; los vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1981, cuentan con un beneficio asimilable a la mesada adicional establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, esto es la prima de medio año, cuyo monto es el equivalente al de la mesada adicional contemplado en el régimen general de pensiones.

Explicó que la prima adicional de medio año, establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 solo comprende a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, además que dicho régimen especial se exceptúa del régimen general de la Ley 100 de 1993, toda vez que no otorga ningún beneficio que pudiera compensar la mesada adicional de que trata el artículo 142 de dicha preceptiva.

Adujo que el acto legislativo 01 de 2005, terminó con la mesada 14 creada

por la Ley 100 de 1993; sin embargo, estableció una transición, determinando que dicho beneficio no se otorgaría a los docentes vinculados con anterioridad al 1 de enero de 1981 que no tuvieran pensión gracia. Empero, este acto no aludió ni acabó **con la prima de mitad de año establecida por la literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989**, toda vez fue creada como estímulo para aquellos docentes que perdieron el derecho a la pensión gracia.

Advirtió que conforme a la Ley 812 de 2003, los docentes ingresados al sector educativo antes de junio de 2003 continuarían con el régimen pensional anterior y los de vinculación posterior proseguirían con el nuevo régimen pensional contenido en la ley 100 de 1993 y se pensionarán con 57 años.

Concluyó que la Ley 91 de 1989 no fue modificada en ninguno de los apartes por el Acto Legislativo número 01 de 2005, sigue vigente en su integralidad, y por tanto, la prima de mitad de año debe ser reconocida a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio ingresados con a partir del 1 de enero de 1989.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (fl. 16 a 18, C.2)

Intervino en esta etapa procesal para ratificarse en los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en el recurso de apelación.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG (fl. 7 a 10, C.2)

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 17 de septiembre de 2019, y allegado el 14 de noviembre de 2019 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 3, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 14 de noviembre de 2019 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no

existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia (fl. 3, C.2). Ambas partes alegaron de conclusión (fls. 6 a 15 y 16 a 18, C.2). El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 4 de febrero de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 19, C.2), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar el siguiente cuestionamiento:

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

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** régimen general de seguridad social; **iii)** prima de mitad de año de los docentes afiliados al fondo de prestaciones sociales del magisterio; y **iv)** examen del caso concreto.

1.- Hechos debidamente acreditados

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

1. Por Resolución 6527 del 21 de noviembre de 2012, se reconoció la pensión de jubilación por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a favor

del señor Aníbal Álzate Chica, en cuantía de \$1.955.466, a partir del 25 de agosto de 2012, quien se vinculó desde 1980 (fl.19, C. 1).

2. Con petición radicada 2017 PQR10047 del 30 de junio de 2017, ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo de Prestación Social del Magisterio; la parte actora solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, contemplada en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (fl. 25, C.1).
3. En la Resolución número 5433-6 del 19 de julio de 2017, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, se niega el reconocimiento de la mesada pensional -prima mitad de año- (fl.29, C.1).
4. La parte actora se posesionó como docente el 31 de octubre de 1980 (fl. 18, C.1).

2.- Régimen general de seguridad social

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

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

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993³, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadoras de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

El artículo 11 ibidem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y

³ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.”

3.- Prima de mitad de año de los docentes afiliados al fondo de prestaciones sociales del magisterio

El artículo 53 de la Constitución Política establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

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

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.”-negrilla de la Sala-

La mesada adicional de diciembre para los pensionados de los sectores público, oficial semioficial y privado los empleados públicos, incluidos docentes, fue creada por la Ley 4ª de 1976: “Artículo 5º Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión.”

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

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

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

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

2. Pensiones:

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 hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

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

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

“ARTÍCULO 50. MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo

cada año, junto con la mesada del mes de noviembre, en la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión.

(...)

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

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

Es de recordar que la Ley 100 de 1993 estipuló en el artículo 279 un régimen de excepción:

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

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

La Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto 1857 de 2007 , ilustró sobre el tránsito legislativo de la Ley 238 de 1995 que: *“... la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.”*

La sentencia C-461 de 1995 de la Corte Constitucional, en cuya demanda se pretendía la extensión de la mesada del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 a todos los docentes, explica que la prima de medio año y la mesada catorce son asimilables, y debían ampliarse el beneficio de la mesada adicional solamente a los docentes que no gozaban de pensión gracia vinculados con anterioridad al 1º de enero de 1981:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003”.

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

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

“5.4 La eliminación de la decimocuarta mesada pensional

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

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

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

El concepto 1857 de 2007 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estimó que debido a los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005 “... los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del parágrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo”:

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

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 200, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional: “Las personas a las que se les reconozca pensión a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año.”

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

“Artículo 1º...

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

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

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

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 200, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción

establecida en el párrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

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

Como se anotó en precedencia, la prima de medio año de una mesada prevista en el literal b, numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es equivalente a la mesada prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que se extendió en garantía del principio de igualdad a todos los docentes por la sentencia C-461 de 1995, por la Ley 238 de 1995.

Bajo este entendido, el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que, a partir de su entrada en vigor, ningún nuevo pensionado podría recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año, salvo aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011.

En sede de tutela, el Consejo de Estado ha considerado que esta interpretación “...no desconoce las normas aplicables al caso, ni el precedente judicial de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre la materia, por lo que para la Sala es claro que no vulneró los derechos fundamentales que la accionante alega conculcados.”

4.- Examen del caso concreto

Es por ello, que conforme a los parámetros normativos planteados en el Acto Legislativo 01 de 2005, aplicable a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se procederá analizar el caso particular, en aras de identificar si le asiste el derecho a la parte actora a percibir la mesada de mitad de año.

En el sub judice, a la parte actora le fue reconocido el derecho a la pensión de jubilación a través de la Resolución 6527 del 21 de noviembre de 2012, teniendo en cuenta el tiempo laborado desde el **8 de octubre de 1980** al 28 de agosto de **2012**.

De acuerdo con dicho acto, adquirió el status pensional el 24 de agosto de 2012; además el monto de la pensión está estimado en un valor de \$1.955.466 a partir del 25 de agosto de 2012 (fl. 19, C.1).

En consecuencia, no le asiste el derecho a la parte actora a percibir la mesada adicional toda vez que no se encuentra dentro de las excepciones previstas en el Acto Legislativo 01 de 2005; dado que su derecho pensional fue causado con posterioridad a la vigencia de dicho acto, esto es el 25 de julio de 2005, además se reconoció en cuantía superior de 3 smlmv.

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este Tribunal considera que en el presente asunto no debe condenarse en costas, al no encontrar razones objetivas para imponerlas.

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

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Aníbal Álzate Chica contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

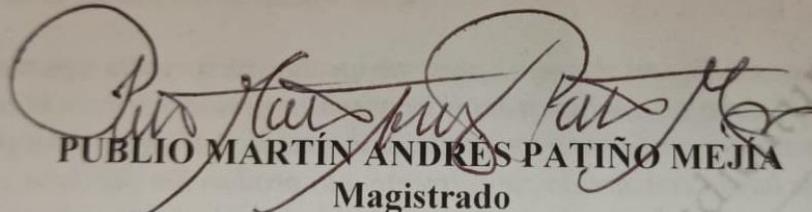
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen y HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 036
FECHA: 2 de marzo de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Conjueces-

Manizales, primero (1) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

De acuerdo con el mandato conferido por el Tribunal Administrativo de Caldas, contenida en el acta de sorteo de conjueces del 25 de septiembre de 2020, que me ordena conocer, tramitar y decidir este proceso, por lo tanto, **AVOCO** su conocimiento y procedo a decidir al respecto de la admisión o inadmisión de este medio de control.

Estudiada la demanda, encuentra este funcionario que se trata del medio de control estipulado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, además de que reúne los requisitos contemplados en los artículos 155 a 164 del CPACA, modificados por los artículos 30 a 35 de la Ley 2080 de 2021, en consecuencia; se **ADMITE** la demanda presentada por el señor **LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA** por intermedio de apoderado, contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**, y en consecuencia; se imparten las siguientes ordenes:

1. Ejecutoriada esta providencia **NOTIFIQUESE**;

- 1.1. **PERSONALMENTE** al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales en la forma y los términos indicados en el artículo 612 del C.G.P., que modificó el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, mensaje que debe contener copia de esta decisión y de la demanda.
- 1.2. A la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**-Nivel Central y Seccional Caldas a los buzones de correo electrónico dsajmzlnotif@ramajudicial.gov.co y deajnotif@deaj.ramajudicial.gov.co;
- 1.3. Al buzón de correo electrónico procjudadm28@procuraduria.gov.co; perteneciente al **MINISTERIO PUBLICO** informando a la Secretaria de la corporación.
- 1.4. Al buzón de correo electrónico de la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO** procesosterritoriales@defensajuridica.gov.co.
2. **REMITASE** a través servicio postal autorizado a las entidades notificadas, copia de esta decisión, de la demanda y de sus anexos, en la forma y los términos indicados en los artículos 56 y 60 del CPACA, modificados por los artículos 10 y 12 de la Ley 2080 de 2021, respectivamente.
- 2.1. **REQUIERASE** a la parte demandante para que una vez se surta por parte de la Secretaria del Tribunal la notificación electrónica de esta providencia, adelante las gestiones necesarias para la remisión referida en el numeral

anterior. Se le advierte a la parte demandante que si dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación personal del auto admisorio de la demanda, no se acredita la remisión de los documentos antes indicados, se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 178 del CPACA.

- 2.2. **CORRASE** traslado de la demanda a la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** por el termino de treinta (30) días, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 172 del CPACA, plazo que comenzará a correr, pasados dos (2) días, después de surtida la última notificación, para lo cual la Secretaria dejará constancia del vencimiento de este término en el expediente.
3. **PREVENGASE** a la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** para que, con la contestación de la demanda, allegue copia completa del expediente administrativo, que contenga los antecedentes de los actos acusados, so pena de que el funcionario encargado incurra en falta disciplinaria gravísima, conforme lo ordenado por el artículo 175 del CPACA.
4. **RECONOCER PERSONERIA** para actuar en representación del señor **LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA** al abogado **JORGE OLMEDO UPEGUI VELEZ** identificado con la cédula de ciudadanía n° 86.055.905 y la tarjeta profesional n° 124.321 del C.S.J., en los mismos términos y condiciones del poder obrante a folio 1A C.1.

Notifíquese y Cúmplase.

TULIA ELENA HERNANDEZ BURBANO
Conjuez.





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S. 050

Asunto: Sentencia de primera instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-23-33-000-2018-00552-00
Demandante: María Duffay Chica Aldana
Demandados: Nación – Ministerio de Educación Nacional
Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 008 del 26 de febrero de 2021

Manizales, veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 42 de la Ley 2080 del 25 de enero 2020 que adicionó el artículo 182A del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, y con fundamento en el artículo y 187 de esta última norma, esta Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas procede a dictar sentencia anticipada en primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora María Duffay Chica Aldana contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 9 de noviembre de 2018 (fls. 2 a 13, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad de la Resolución nº 5053-6 del 7 de mayo de 2018, notificada el 5 de julio de 2018, con la cual se negó el reconocimiento y pago de intereses moratorios con ocasión del pago tardío del retroactivo de la homologación y nivelación salarial.

¹ En adelante, CPACA.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se declare que la parte actora tiene derecho a que las entidades demandadas le reconozcan y paguen intereses moratorios efectivos a partir del día siguiente a los 30 días posteriores a su causación (10 de febrero de 1997 al año 2002), hasta el día en que se hizo efectivo el pago total del retroactivo por homologación y nivelación salarial, esto es, el 15 de abril de 2013.
3. Que se condene a las entidades accionadas a que paguen a la parte demandante los intereses moratorios a que tiene derecho, liquidados con base en el interés bancario corriente de la fecha de causación hasta la fecha efectiva de pago. Lo anterior, en consideración a que el pago de la nivelación salarial debe hacerse al igual que el salario, por períodos de 30 días, transcurridos los cuales genera automáticamente la obligación de cancelar los intereses aludidos.
4. Que se ordene a las entidades demandadas liquidar y pagar los intereses reclamados con base en el capital neto cancelado, es decir, sin incluir el valor que por concepto de indexación salarial se reconoció.
5. Que se ordene a las accionadas dar cumplimiento al fallo en los términos del inciso segundo del artículo 192 del CPACA y que en virtud del poder conferido, se haga entrega de los dineros al apoderado.
6. Que se condene a la parte accionada al pago de intereses moratorios conforme al inciso tercero del artículo 192 del CPACA.
7. Que se condene en costas a la parte accionada en caso de que se oponga a las pretensiones.
8. Que en el fallo que acceda a las pretensiones se ordene expedir primera copia que preste mérito ejecutivo, así como copia auténtica con constancia de ejecutoria.
9. Que una vez quede en firme el fallo que acceda a las pretensiones y al momento de comunicar a las accionadas, se les remita copia auténtica con fecha exacta de la constancia de ejecutoria.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la parte actora expuso lo siguiente (fls. 3 vto. a 6, C.1):

1. La señora María Duffay Chica Aldana prestó sus servicios al Estado en la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en calidad de personal administrativo.
2. En cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 60 de 1993, por Resolución n° 3500 de 1996 el Ministerio de Educación certificó al Departamento de Caldas para la administración del servicio educativo.
3. Mediante Decreto 0021 de 1997, el Departamento de Caldas transfirió el personal administrativo adscrito al servicio público educativo del orden nacional a las plantas de cargos y personal que laboraban en la entidad territorial, con los mismos cargos, códigos y salarios con los que venían de la Nación, sin tener en cuenta que en la mayoría de los casos el personal de carácter departamental o municipal contaba con un nivel salarial superior al del personal administrativo del orden nacional.
4. En concepto 1607 del 9 de diciembre de 2004, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado indicó que dentro del proceso de descentralización del servicio educativo, las entidades territoriales debían, previa homologación, efectuar la correspondiente nivelación salarial, dejando establecido que el mayor valor del nivel salarial debía ser cubierto por la Nación.
5. El personal administrativo transferido en el proceso de descentralización de la educación debía, por principio de igualdad, recibir igual salario respecto de aquellos trabajadores que a nivel territorial se desempeñaban en iguales o similares cargos, pues estos últimos contaban con un nivel salarial superior al del personal administrativo de orden nacional.
6. No obstante lo anterior, al personal administrativo incorporado mediante Decreto 0021 de 1997 no le fueron homologados y nivelados salarialmente los cargos que venían ocupando con la Nación a los empleos semejantes de la planta central del Departamento de Caldas.
7. En atención a la Directiva Ministerial n° 10 de 2005 y a la Resolución n° 2171 del 17 de mayo de 2006, expedidas por el Ministerio de Educación Nacional, el Departamento de Caldas elaboró y presentó ante ese Ministerio el estudio técnico para la homologación antes referida.
8. El estudio técnico indicado fue aprobado por el Ministerio de Educación Nacional mediante comunicación del 30 de marzo de 2007, por encontrarlo ajustado a las normas de carrera administrativa.

9. En consideración a lo anterior, con Decreto 0399 del 20 de abril de 2007, el Departamento de Caldas homologó y niveló los cargos administrativos del personal perteneciente a la planta de cargos del ente departamental.
10. Sin embargo, con Oficios n° SED 0345 del 17 de junio de 2008 y n° GJSED 1497 del 22 de mayo de 2009, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas solicitó nuevamente al Ministerio de Educación Nacional la revisión y ajuste al proceso de homologación y nivelación salarial.
11. Con Oficio n° 2009EE29765 del 1° de junio de 2009, el Ministerio de Educación Nacional aprobó la modificación del estudio técnico y con base en ello el Departamento de Caldas expidió el Decreto 0337 del 2 de diciembre de 2010, con el cual modificó el Decreto 0399 del 20 de mayo (sic) de 2007. La aprobación de la modificación del estudio técnico de homologación y nivelación salarial y la homologación misma, son situaciones relevantes para determinar responsabilidades en cabeza de las entidades demandadas.
12. En virtud de la expedición del Decreto 0337 del 2 de diciembre de 2010, por Decreto 0353 del 15 de diciembre de 2010 se incorporó por homologación y nivelación salarial al personal administrativo del Departamento de Caldas, sector educativo, financiado con recursos del Sistema General de Participaciones.
13. Dando alcance al Oficio n° 2011EE45853, con Oficio n° 2011EEE63868 del 5 de octubre de 2012, el Ministerio de Educación Nacional certificó la deuda por homologación y nivelación de los cargos administrativos del Departamento de Caldas en el período 1997 a 2009, estableciendo que dicha deuda sería financiada por la Nación, por recursos de balance propios de 2011 y con recursos de balance del Sistema General de Participaciones de 2011.
14. Conforme lo prevé el artículo 148 de la Ley 1450 de 2011, con cargo a las apropiaciones y excedentes de los recursos del Sistema General de Participaciones, se pagan las deudas que resulten del reconocimiento de los costos del servicio educativo ordenados por la Constitución y la ley, dejados de pagar o no reconocidos por el Situado Fiscal o el Sistema General de Participaciones al personal docente y administrativo, entre las cuales se encuentran los costos por homologaciones.

15. Mediante Resolución nº 2140-6 del 22 de marzo de 2013, aclarada por la Resolución 5537-6 del 22 de agosto de 2013, modificada por la Resolución 8891-6 del 11 de diciembre de 2014, el Ministerio de Educación Nacional a través de la Secretaría de Educación Departamental, pagó a favor de la parte actora un retroactivo por concepto de homologación y nivelación salarial, indicando expresamente como fecha de constitución de la obligación del 10 de febrero de 1997 al 31 de diciembre del año 2009.
16. La obligación de reconocer el pago de la homologación salarial inicia el 10 de febrero de 1997 como consecuencia de la expedición del Decreto 0021 de 1997 y va hasta el 31 de diciembre de 2009. A partir del 1º de enero de 2011, se incorporó al personal administrativo de conformidad a la homologación aprobada mediante Decreto 0337 del 2 de diciembre de 2010.
17. Dependiendo de la fecha de ingreso, retiro y/o prescripción, el período a cancelar varía de una persona a otra. Así que, si bien la obligación general de reconocer el pago de homologación inicia a partir de febrero de 1997, en el presente caso fue a partir del 10 de febrero de 1997 hasta el año 2002.
18. De conformidad con la certificación de pago expedida por la Secretaría de Educación Departamental, el retroactivo reconocido a la parte accionante fue de \$71'240.386, liquidado a partir del 10 de febrero de 1997 hasta el año 2002, cuyo pago se efectuó sólo hasta el 15 de abril de 2013.
19. Teniendo en cuenta que del valor pagado a la parte actora (\$71'240.386), la suma de \$37'260.702 fue reconocida como valor neto sin indexación, los intereses reclamados deben calcularse con base en este último valor.
20. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas debió liquidar los intereses moratorios desde el 10 de febrero de 1997, así: 1.5 veces el interés bancario corriente, mes a mes, desde el día siguiente a la causación hasta el pago efectivo.
21. Constituía una obligación tanto para la entidad que entregó (Nación) como para la que recibió el personal (Departamento de Caldas), efectuar la homologación de cargos y nivelación de salarios desde el momento en que la parte actora fue trasladada a la planta de cargos de la entidad territorial.
22. Pese a lo anterior, el retroactivo fue reconocido tardíamente y pagado sólo hasta el 15 de abril de 2013.

23. La falta de nivelación salarial y en consecuencia el pago tardío del retroactivo, genera el pago de intereses moratorios conforme lo establecen los artículos 1.608, 1.617 y 1.649 del Código Civil y demás normas concordantes.
24. Mediante petición radicada el 4 de abril de 2017, la parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de intereses moratorios por el pago tardío de la homologación y nivelación salarial del personal administrativo, interrumpiendo con ello cualquier prescripción, de conformidad con el numeral 2 del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.
25. Mediante las resoluciones acusadas, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas negó la solicitud presentada, lo que en sentir de la parte actora, fue ilegal.
26. El 23 de agosto de 2018, la parte demandante radicó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría 28 Judicial II para Asuntos Administrativos, quien declaró fallida la conciliación por falta de ánimo conciliatorio.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política: artículos 1, 2, 13, 25, 53, 58, 93, 123, 209 y 350; Código Civil: artículos 1.608 –numerales 1 y 2–, 1.617 y 1.649; Código Contencioso Administrativo – CCA: artículo 177, en concordancia con la sentencia C-367 de 1995; y Convenio 95 de 1949: artículo 12.

Explicó inicialmente que la homologación es un procedimiento mediante el cual, una vez se comparan las funciones y requisitos de un empleo existente en determinada planta de personal, se procura encontrar un equivalente a éste en la planta de personal receptora de dicho cargo como resultado del proceso de descentralización del servicio educativo.

Con fundamento en sentencia del 22 de julio de 2014 del Consejo de Estado², la parte accionante sostuvo que con ocasión del proceso de descentralización de la educación, tanto la Nación como las entidades territoriales debían efectuar previamente la homologación de cargos antes de que éstos se incorporaran a la planta de personal, en procura de los principios de equidad e igualdad en materia laboral.

² Cita de cita: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 22 de julio de 2014. Radicado: 3764-13.

En razón a lo anterior, sostuvo que al negar el reconocimiento de los intereses moratorios por la mora en el reconocimiento y pago de la homologación, las entidades demandadas desconocen la ley.

Indicó que en la sentencia C-367 de 1995 quedó establecida la obligación a cargos de las entidades de reconocer intereses moratorios reales cuando incurran en mora de pago de salarios, prestaciones y pensiones, así no haya sentencia judicial que lo ordene.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación Nacional (fls. 56 a 74, C.1)

La entidad accionada no respondió la demanda.

Departamento de Caldas (fls. 69 a 74, C.1)

Dentro del término otorgado, la entidad territorial demandada dio contestación a la demanda, de la siguiente manera.

Respecto de los hechos, el ente demandado tuvo como ciertos algunos, frente a otros consideró que no constituían hechos o que eran afirmaciones que no le constaban y negó otros.

Se opuso a las súplicas de la demanda, con fundamento en los medios exceptivos que denominó: *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"*, con fundamento en que fue el Ministerio de Educación Nacional quien elevó solicitud de consulta en relación con la posibilidad de homologación y nivelación salarial de los empleados administrativos, indicó a las entidades territoriales cuál era el procedimiento a seguir en estos casos y giró los recursos para tales efectos; *"BUENA FE"*, por cuanto la entidad siempre ha obrado correctamente en la expedición de los actos administrativos correspondientes a la homologación y nivelación salarial, aclarando que es competencia del Ministerio de Educación Nacional efectuar los respectivos pagos; *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY"*, como quiera que la parte demandante pretende la aplicación de dos sanciones simultáneas respecto de una misma obligación que no sólo fue debidamente indexada sino que además no se encuentra en cabeza del Departamento de Caldas sino del Ministerio de Educación Nacional; *"INAPLICABILIDAD DE LOS INTERESES MORATORIOS"*, teniendo en cuenta que los dineros recibidos por la parte actora fueron debidamente indexados y provenían de recursos del Sistema

General de Participaciones, producto de un proceso de homologación y nivelación salarial y no de pago de cesantías como se pretender hacer ver, y “**PRESCRIPCIÓN**”, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 de 1965.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante (archivo 04 expediente hibrido). Intervino para manifestar que en el presente asunto se pretende el pago de los intereses moratorios por el retardo en el pago del retroactivo por homologación y nivelación salarial, y no la indexación con la cual se actualiza una deuda. Reiteró con apoyo en jurisprudencia de la Corte Constitucional que las entidades demandadas deben asumir las consecuencias del retraso en el cumplimiento de sus obligaciones, pagando los respectivos intereses moratorios.

La Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas no se pronunciaron en esta etapa procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador 29 Judicial II Administrativo no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL

Reparto. Para conocer del asunto, el expediente correspondió por reparto al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia el 9 de noviembre de 2018, el cual fue allegado el 17 de enero del año 2019 (fl. 39, C.1).

Por auto del 3 de julio de 2019 el Despacho ponente realizó requerimiento previo a la admisión.

Admisión, contestación y traslado de excepciones. Por auto del 23 de octubre de 2019 se admitió la demanda (fl. 56 ídem) y una vez notificada, fue contestada oportunamente por el Departamento de Caldas. La parte actora se pronunció en relación con las excepciones formuladas.

Audiencia inicial. El 10 de septiembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para fijar fecha para audiencia inicial (fl. 82, C.1).

Trámite de acuerdo con el Decreto 806 de 2020. El 29 de octubre de 2020, en aplicación de la mencionada disposición, el Despacho ponente de esta providencia, decidió diferir las excepciones propuestas por el Departamento

de Caldas para el momento de la sentencia. En esa misma providencia incorporó pruebas y corrió traslado para alegatos de conclusión.

El 4 de diciembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para proferir sentencia.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Pretende la parte demandante que por esta Corporación se declare la nulidad de la Resolución nº 5053-6 del 7 de mayo de 2018, expedidas por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, con la cual negó el reconocimiento y pago de intereses moratorios con ocasión de la supuesta tardanza en la cancelación del retroactivo por homologación y nivelación salarial.

Como consecuencia de tal declaración, solicita la parte accionante se condene a las entidades demandadas al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del 11 de febrero de 1997 hasta el año 2002, sobre la base del capital neto cancelado, es decir, sin incluir la indexación salarial, liquidados con el interés bancario corriente de la fecha de causación hasta la fecha efectiva de pago.

Problema jurídico

Conforme se estableció en la fijación del litigio, el asunto jurídico a resolver en el *sub examine* se centra en dilucidar lo siguiente:

- *¿Le asiste derecho a la parte demandante al reconocimiento y pago de intereses moratorios sobre la liquidación del valor del retroactivo por homologación y nivelación salarial?*
- *En caso negativo, ¿tiene derecho la parte actora, aunque no lo haya solicitado expresamente, a la indexación de los valores reconocidos y pagados por concepto de retroactivo por homologación y nivelación salarial?*
- *En caso afirmativo, ¿cuáles serían los extremos temporales de dicha actualización? y ¿a qué entidad le corresponde realizar los pagos correspondientes a indexación?*

Para despejar los problemas planteados, la Sala dividirá sus consideraciones en dos grandes apartados, referidos, el primero, a los distintos aspectos de la premisa jurídica que se estima pertinente para resolver las cuestiones

planteadas (1.), y el segundo, en el que se resolverá el caso concreto aplicando tal premisa normativa a los elementos fácticos puestos a consideración de esta autoridad judicial (2.). Para tal fin se abordarán los siguientes aspectos en esos dos apartados: 1.1.) El proceso de homologación y nivelación salarial; 1.2.) La indexación y los intereses moratorios; 1.3.) Improcedencia de los intereses moratorios reclamados; 1.4.) Facultades *extra* y *ultra petita* del juez en materia laboral; 1.5.) Indexación de la homologación y nivelación salarial; 1.6.) Entidad competente para asumir pagos derivados del proceso de homologación y nivelación salarial; 2.1.) Hechos debidamente acreditados y 2.2.) Aplicación de las premisas normativas en la solución específica; y 3) Sobre el cambio de postura del Tribunal Administrativo de Caldas en relación con la indexación sobre el valor pagado a título de retroactivo por homologación y nivelación.

1.- La premisa jurídica pertinente

Para dilucidar y establecer el marco jurídico aplicable a la solución del caso son necesarias las siguientes apreciaciones.

1.1.- El proceso de homologación y nivelación salarial

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

Inicialmente, a través de la Ley 43 de 1975 se nacionalizó la educación primaria y secundaria que oficialmente venían prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarías, pues tal servicio pasó a cargo de la Nación.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 60 de 1993, comenzó a revertirse la nacionalización y se abrió paso a la descentralización del servicio educativo. En efecto, los artículos 2 y 3 de dicha ley establecieron las competencias de los departamentos y municipios en materia educativa; el artículo 15 *ibídem* definió la forma en la cual se asumían dichas competencias; al tiempo que el artículo 6 determinó la administración de las plantas de personal.

A su turno, la Ley 715 de 2001 dictó normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación.

De la relación normativa anterior se desprende el diseño de todo un proceso legal a efectos de hacer efectiva la administración de la educación por parte de las entidades territoriales como producto de la descentralización de dicho servicio, que antes estaba en su totalidad a cargo de la Nación.

Naturalmente, dicho proceso implicó, entre otras circunstancias, que los cargos al servicio de la educación que estaban adscritos a la Nación debieran ser asumidos por las entidades territoriales, que a partir de dichas normas fueron responsables de la educación pública. Al adoptar los departamentos y municipios dichos cargos, debían ajustarlos a las plantas propias (homologación de cargos), incluso salarial y prestacionalmente, lo que derivó en el reconocimiento económico de las diferencias que se presentaran en dichos aspectos (nivelación salarial).

Frente al proceso de homologación del personal administrativo al servicio de los establecimientos educativos, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante concepto del 9 de diciembre de 2004³, expuso:

1. Las entidades territoriales, como consecuencia del proceso de descentralización del servicio educativo, previa la homologación de los cargos previstos en las plantas de personal nacional y departamentales en lo relacionado con la clasificación, funciones, requisitos, responsabilidades y remuneración, etc. de los empleos, incorporan en iguales o equivalentes condiciones el personal administrativo que reciban en virtud de la certificación.

2. En virtud de lo dispuesto por el artículo 3º del Acto Legislativo No. 1 de 2001, que modificó el artículo 357 de la Constitución, el Sistema General de Participaciones debió comprender en la base inicial, a 1º de noviembre de 2000, los costos provenientes de la homologación e incorporación del personal administrativo realizada por las entidades territoriales con fundamento en la ley 60 de 1993. Si así no se hizo y los mayores costos por los conceptos mencionados provienen de homologaciones realizadas conforme a la normatividad aplicable para la adopción de las plantas, la Nación debe asumirlos; de lo contrario, serán de cargo de los departamentos.

3. En el evento de existir mayores costos con ocasión del proceso de homologación en virtud de lo dispuesto en la ley 715 de 2001, si el proceso se cumplió conforme a derecho y existe disponibilidad, debe asumirlos el SGP; si no existe disponibilidad, serán de cargo de la Nación. Si el respectivo municipio homologó e incorporó al personal administrativo contrariando el orden jurídico, responderá con sus recursos propios.

³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce. Concepto del 9 de diciembre de 2004. Radicación número: 1607.

Atendiendo el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el Ministerio de Educación Nacional, en la Directiva Ministerial n° 10 del 30 de junio de 2005, señaló:

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

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

Según se manifiesta en los actos que reconocieron la nivelación salarial a la parte accionante, a través de Decreto 0399 del 20 de abril de 2007 y atendiendo las directrices del Ministerio de Educación Nacional, el Departamento de Caldas homologó y niveló los cargos administrativos del personal perteneciente a la planta de cargos de la entidad territorial pagada con recursos del Sistema General de Participaciones. Tal homologación se modificó por Decreto 0337 del 2 de diciembre de 2010, y contó con Certificado de Disponibilidad Presupuestal n° 3500003137 del 7 de marzo de 2013, expedido por la Secretaría de Hacienda Departamental, por valor de \$57.341'662.202 para el pago del mismo.

De lo expuesto hasta ahora se observa que el proceso de nivelación salarial para el caso concreto tuvo su fundamento en la necesidad legal de incorporar el empleo de la parte demandante, que era de orden nacional, a la planta de cargos del departamento, y que ante la diferencia salarial y prestacional entre uno y otro, debían reconocerse los mayores valores resultantes de dicha homologación actualizados al momento del pago, sin que el mismo tuviera la connotación de pago tardío de una obligación.

1.2.- La indexación y los intereses moratorios

Para resolver el presente asunto es preciso determinar el alcance de los conceptos de *indexación* y de *interés moratorio*.

Según la doctrina, el primer término corresponde a la actualización del dinero en el tiempo para mantener su valor y evitar la pérdida adquisitiva de la moneda; se trata de una equivalencia financiera en la cual unidades monetarias del pasado (VP) se re-expresan en unidades monetarias del futuro (VF), que tienen el mismo poder adquisitivo, siendo la diferencia entre dichos valores temporales la corrección monetaria del dinero, con base en los índices determinados por el ordenamiento jurídico⁴.

En providencia del 30 de mayo de 2013⁵, con ponencia de la Consejera María Elizabeth García González, el Consejo de Estado precisó que:

(...) el propósito de la indexación es uno: mantener el valor o poder adquisitivo constante de la moneda en razón de la depreciación que ha sufrido por el paso del tiempo.

La indexación o corrección monetaria no tiene por finalidad incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo, es decir, traerlo a valor presente.

A su turno, la Corte Constitucional en la sentencia C-862 de 2006, con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, indicó que “*La indexación persigue entonces mantener el valor originario del crédito dinerario, mediante el empleo de pautas preestablecidas, aplicables a todas las obligaciones dinerarias que se especifican. Mediante este procedimiento de ajuste periódico y automático se pueden actualizar salarios, rentas, ahorros, impuestos y en general todas aquellas prestaciones originadas en obligaciones que se prolongan en el tiempo*”.

En síntesis la indexación busca mantener actualizado el valor del dinero pese al paso del tiempo.

En cuanto a los intereses moratorios, éstos tienen un carácter indemnizatorio por los perjuicios que causa la mora en el cumplimiento de las obligaciones, conforme al artículo 1.617 del Código Civil⁶.

⁴ César Mauricio Ochoa Pérez, Tratado de los Dictámenes Periciales, Biblioteca Jurídica DIKE, pág. 723.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejera Ponente: Dra. María Elizabeth García González. Sentencia del 30 de mayo de 2013. Radicación número: 25000-23-24-000-2006-00986-01.

⁶ “**ARTICULO 1617. INDEMNIZACION POR MORA EN OBLIGACIONES DE DINERO.** Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

En relación con la procedencia del pago de intereses moratorios sobre sumas indexadas, el Consejo de Estado ha sostenido⁷:

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

Sumado a ello, la doctrina citada enseña que los intereses moratorios y la indexación no son acumulables, pues considera que los primeros inician con la mora en el crédito u obligación, en tanto el período de la indexación está dado entre la fecha del crédito, capital u obligación y la fecha en que se quiere actualizar, no siendo relevante la existencia de la mora⁸.

1.3.- Improcedencia de los intereses moratorios reclamados

Conforme al marco legal anterior, el pago de intereses moratorios dentro de una relación laboral legal y reglamentaria, atendiendo su naturaleza indemnizatoria, corresponde a una prestación social, pues este pago no tiene las características de salario.

Por ende, para que un empleado o servidor de cualquier entidad pública, valga señalar del sector de la educación, tenga derecho a percibir intereses moratorios por el no pago oportuno de sus emolumentos, *verbi gratia*, los intereses por pago retardado de cesantías, tal circunstancia debe estar expresamente señalada en las disposiciones que reglamentan el régimen prestacional.

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

El interés legal se fija en seis por ciento anual.

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

3a.) *Los intereses atrasados no producen interés.*

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

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 22 de abril de 2015. Radicación número: 25000-23-25-000-2001-01312(2506-13).

⁸ Ochoa Pérez, *op. cit.*, pág. 738.

Revisadas las normas que regulan el sistema prestacional, se observa que ellas no regulan de manera expresa y concreta, el derecho a reclamar intereses moratorios por pago tardío de una homologación y nivelación salarial.

Así pues, la parte actora no tiene derecho al reconocimiento de intereses por pago tardío del retroactivo por homologación y nivelación salarial y, en tal sentido, habrán de negarse las súplicas de la demanda.

Al haberse demostrado que a la parte demandante le fueron indexadas las sumas reconocidas a título de nivelación salarial –como se indicará en el capítulo de hechos probados–, resulta igualmente improcedente ordenar el reconocimiento de intereses moratorios sobre valores ya indexados, dada la incompatibilidad que existe entre estos dos conceptos.

En relación con la improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios sobre las sumas pagadas por concepto del proceso de homologación y nivelación salarial en el sector de la educación, el Consejo de Estado en reciente providencia precisó⁹:

Ahora bien, la Subsección no comparte los argumentos del tribunal en el sentido de reconocer un interés legal del 6% anual, por cuanto no puede concluirse que por el hecho de no haberse «pactado» el pago de un interés, deba acudirse en subsidio a la regla que trae la norma del Código Civil (f.89vto) pues en estricto sentido no se está hablando de un asunto negocial, en el cual las partes involucradas puedan pactar a su arbitrio cláusulas contractuales; como ya se expuso, el reconocimiento de las sumas de dinero obedecieron a la homologación y nivelación que debió realizarse para que las plantas de personal administrativo, se ajustaran a la nueva reglamentación en cuanto a clasificación, nomenclatura, funciones y requisitos de los empleos del nivel territorial.

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

Recordemos que por su carácter sancionatorio, los intereses moratorios deben estar consagrados en una norma que los autorice expresamente, es decir, que faculte el cobro de los mismos para los casos de pagos retroactivos por

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 7 de diciembre de 2017. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00311-01(0905-15).

homologación y nivelación, o estar claramente incluidos en el documento que reconoce el derecho, supuestos, que no se evidencian en el presente asunto.

1.4.- Facultades *extra* y *ultra petita* del Juez en materia laboral

El artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social otorgó al Juez la facultad de fallar *extra* y *ultra petita* en materia laboral¹⁰.

La norma referida fue objeto de estudio por la Corte Constitucional, quien en sentencia C-662 de 1998 la declaró exequible, precisando que: “(...) *la Sala estima que la misma no contradice el ordenamiento superior, salvo en la expresión “de primera instancia”, como así se declarará en la parte resolutoria del presente fallo. En consecuencia, los jueces laborales de única instancia en adelante están facultados para emitir fallos con alcances extra o ultra petita, potestad que se ejerce en forma discrecional, con sujeción a las condiciones exigidas, esto es, que los hechos en que se sustenta el fallo con esos alcances se hayan debatido dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y que los mismos estén debidamente probados*”.

Es así como la competencia atribuida al juez en materia laboral para pronunciarse y reconocer más allá de lo pedido constituye una excepción al principio de justicia rogada que caracteriza la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, avalada por el Consejo de Estado¹¹.

1.5.- Indexación de la homologación y nivelación salarial

Se ha considerado que por razones de equidad y justicia, los valores adeudados a los trabajadores deben ser indexados si se pagan en fecha posterior a la ejecutoria de los actos administrativos, con el objeto de actualizarlos a valor presente al momento del pago. Así lo ha sostenido el Consejo de Estado¹²:

Conforme lo ha sostenido esta Corporación «no existe normatividad alguna que establezca la actualización de las sumas que en vía gubernativa paga la administración a sus administrados en forma morosa. Y si bien, la

¹⁰ Artículo 50. El Juez podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del 17 de mayo de 2012. Radicación número: 25000-23-25-000-2004-92260-01(0207-07).

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 23 de marzo de 2017. Radicación número: 68001-23-31-000-2008-00329-01(2284-13).

*administración no está facultada para sufragar sumas adicionales a las que por ley le corresponde, no pueden desconocerse mandatos preconizados en la Constitución de 1991, contenidos en el artículo 53, al tenor del cual dentro de los principios mínimos fundamentales del derecho al trabajo se encuentran la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. Ello es entonces una expresión de equidad que impone que el pago del salario debe ser oportuno, dada la inflación y la consecuente pérdida del poder adquisitivo, que hace imperioso el pago del salario en forma concomitante con el desarrollo de la relación laboral, dentro de los períodos concebidos para tal fin».*¹³

En otra de sus providencias¹⁴, el Consejo de Estado expresó que si bien no existe norma que establezca la actualización de sumas de dinero que se reconozcan en vía administrativa y que hayan sido canceladas de forma tardía, no podía desconocerse el contenido del canon 53 Superior, según el cual dentro de los principios mínimos fundamentales del derecho al trabajo se encuentran la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo y por tanto: *“Actualizar el pago de las sumas que la administración debía a la parte actora y que canceló tiempo después de su causación, es la única forma de impedir que la demandante se vea obligada a percibir un ingreso devaluado, de manera que represente el valor real al momento de su pago efectivo; por ello, se debe reconocer que las sumas no canceladas en tiempo sufrieron los rigores del deterioro inflacionario. Lo contrario implica desconocer no solo el hecho palmario de la inflación, sino desoír claros principios de equidad. (...)”*.

En igual sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-1433 de 2000¹⁵.

¹³ Cita de cita: Sentencia antes citada de esta subsección del 13 de julio de 2006, radicación número: 73001-23-31-000-2002-00720-01(5116-05).

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero. Providencia del 13 de julio de 2006. Radicación número: 73001-23-31-000-2002-00720-01(5116-05).

¹⁵ En la sentencia citada la Corte sostuvo que: *“De las normas de la Constitución surge el deber constitucional del Estado de conservar no sólo el poder adquisitivo del salario, sino de asegurar su incremento teniendo en cuenta la necesidad de asegurar a los trabajadores ingresos acordes con la naturaleza y el valor propio de su trabajo y que les permitan asegurar un mínimo vital acorde con los requerimientos de un nivel de vida ajustado a la dignidad y la justicia. En efecto, la exigencia de dicho deber surge: i) de la necesidad de asegurar un orden social y económico justo (preámbulo); ii) de la filosofía que inspira el Estado Social de Derecho, fundada en los principios de dignidad humana, solidaridad y de la consagración del trabajo como valor, derecho subjetivo y deber social (art. 1); iii) del fin que se atribuye al Estado de promover y garantizar la prosperidad y el bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, y la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (arts. 2, 334 y 366); iv) del principio de igualdad en la formulación y aplicación de la ley (art. 13); v) de la necesidad de asegurar la igualdad de oportunidades para todas las personas y la remuneración mínima, vital y móvil (art. 53); vi) del reconocimiento de un tratamiento remuneratorio igual tanto para los trabajadores activos como para los pasivos o pensionados (arts. 48, inciso final y 53, inciso 2); vii) del deber del Estado de intervenir de manera especial para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos (art. 334) y viii) de la prohibición al Gobierno de desmejorar los derechos sociales*

En el contexto anterior, la Sala observa que si bien la indexación monetaria no está contemplada en el derecho positivo colombiano, lo cierto es que tal prerrogativa deviene en razón de la protección a los derechos de los trabajadores con fundamento en el postulado constitucional del artículo 53, según el cual el Estado debe amparar las garantías mínimas de los trabajadores y, entre ellas, garantizar el poder adquisitivo del salario.

1.6.- Entidad competente para asumir pagos derivados del proceso de homologación y nivelación salarial

Teniendo en cuenta lo expuesto por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 9 de diciembre de 2004, así como las consideraciones hechas por el Ministerio de Educación Nacional en la Directiva Ministerial nº 10 del 30 de junio de 2005, estima este Tribunal que el proceso de homologación y nivelación salarial adelantado en el Departamento de Caldas para el personal administrativo de los establecimientos educativos, se realizó de manera concertada entre la Nación y dicha entidad territorial, razón por la cual quien estaría llamada a reconocer y pagar cualquier suma derivada de dicho proceso, como la indexación en este caso, sería la Nación – Ministerio de Educación Nacional, pues se trataría del pago de un mayor valor cancelado a título de reajuste o nivelación salarial.

2.- Solución del caso concreto

Para decidir el caso concreto la Sala requiere hacer las siguientes apreciaciones y extraer las siguientes conclusiones aplicando las premisas normativas expuestas en las anteriores consideraciones.

2.1.- Hechos debidamente acreditados

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

1. Por Resolución nº 2140-6 del 22 de marzo de 2013 (fls. 22 a 25, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas reconoció a favor de la parte actora un pago por homologación y nivelación salarial, equivalente a la suma de \$67'084.623.

de los trabajadores, entre los cuales se encuentra naturalmente el salario, durante el estado de emergencia económica, lo cual indica que en tiempo de normalidad mucho menos puede disminuir los referidos derechos”.

La nivelación salarial incluyó los conceptos de: sueldo, prima técnica, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, bonificación especial recreación, prima de navidad, auxilio de transporte y subsidio de alimentación. Adicionalmente se observa que se liquidó un valor de \$28'017.846 por concepto de indexación.

Consta en dicho acto que la constitución de la obligación comprendía desde el 10 de febrero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2009.

2. Con Resolución nº 5537-6 del 22 de agosto de 2013 (fls. 26 a 28, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas aclaró la Resolución nº 2140-6 del 22 de marzo de 2013, incluyendo prima de vacaciones y ajustando en -\$94.417 el valor por indexación. En total, la suma reconocida por homologación y nivelación salarial pasó a ser de \$65'278.544.

En el acto se indicó que para la liquidación de la indexación se había tomado como índice final el 31 de diciembre de 2010, fecha en la que el Ministerio de Educación Nacional había reconocido la deuda (fl. 27, ibídem).

3. En la Resolución 8891-6 del 11 de diciembre de 2014 (fls. 29 a 30, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, modificó la Resolución 5537-6 del 22 de agosto de 2013, en el ítem ajuste indexación asignando un valor de \$5.867.424.

En el mismo acto administrativo se reconoció una diferencia salarial por concepto de prima técnica y un ajuste de indexación desde el 10 de febrero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2012 por valor de \$5.867.424.

En total, la suma reconocida por homologación y nivelación salarial pasó a ser de \$73.046.460.

4. El 4 de abril de 2017, la parte actora radicó petición ante la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas y el Ministerio de Educación Nacional (fls. 16 a 21, C.1), con la cual solicitó el reconocimiento y pago de intereses moratorios por pago tardío del retroactivo por homologación y nivelación salarial del personal administrativo adscrito a la entidad territorial.

5. Con Resolución nº 5053-6 del 7 de mayo de 2018 (fls. 14 y 15, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas negó la petición efectuada, aduciendo entre otras razones, que el referido retroactivo había sido objeto de indexación.
6. Según certificación expedida el 25 de febrero de 2016 (fl. 32, C.1) por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, a la parte actora se le reconoció retroactivo por homologación y nivelación salarial a partir del 10 de febrero de 1997. Se precisó así mismo que los valores por tal concepto fueron pagados el 15 de abril de 2013.

2.2.- Aplicación de las premisas normativas en la solución específica

Por las razones expuestas en precedencia, la Sala considera que no hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de intereses moratorios por concepto del pago tardío de la homologación y nivelación salarial y, en tal sentido, deben ser negadas las pretensiones de la demanda.

3.- Sobre el cambio de postura del Tribunal Administrativo de Caldas en relación con la indexación sobre el valor pagado a título de retroactivo por homologación y nivelación

Esta Corporación en providencias de primera y segunda instancia, en casos de contornos fácticos y jurídicos similares al presente, al observar la existencia de un periodo de tiempo que no fue objeto de actualización, comprendido entre el día siguiente a la fecha final de indexación y la fecha del pago efectivo de los valores reconocidos por concepto de retroactivo por homologación y nivelación salarial, había ordenado la respectiva actualización haciendo uso de la facultad *extra petita* y por razones de equidad y justicia.

No obstante, en relación con el tema objeto de debate, el Consejo de Estado en providencia del 12 de septiembre de 2019¹⁶, revocó la sentencia proferida por este Tribunal que accedió parcialmente a las pretensiones y, en su lugar, dispuso negar las súplicas de la demanda.

Recientemente, en providencia del 3 de diciembre de 2020, al estudiar un caso similar al presente, la misma Corporación¹⁷ con ponencia del H.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del 12 de septiembre de 2019. Radicado número: 17001-23-33-000-2016-00993-01.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "A", Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 17001-23-33-000-2016-0979-

Magistrado William Hernández Gómez, analizó la orden emitida por este Tribunal con fundamento en la facultad *extra petita* y los criterios de equidad y justicia, concluyendo lo siguiente:

“no resultaba procedente la condena impuesta en la sentencia apelada al Ministerio de Educación de manera oficiosa y en aplicación de facultades extra petita, concerniente al pago de una indexación en reemplazo del reconocimiento de intereses moratorios sobre las sumas pagadas a la demandante en razón de la nivelación salarial generada por el proceso de homologación del sector educativo del Municipio de Manizales, puesto que tal potestad resulta ser excepcional a la preponderancia del principio de congruencia y debido proceso que se predica de las sentencias dictadas en el marco de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sin embargo, en el caso particular, dicha excepción no se configura, por lo que debe revocarse la orden en comentario”.

Con fundamento en lo anterior, el H. Consejo de Estado revocó el fallo de este Tribunal, razón por la cual es preciso acoger la postura de la máxima Corporación en materia Contencioso Administrativo y en consecuencia modificar el criterio que había sido asumido en casos similares al presente.

En este sentido, no se continuará reconociendo la indexación de los valores reconocidos por concepto de retroactivo por homologación y nivelación salarial por el periodo de tiempo que no fue objeto de actualización, haciendo uso de la facultad *extra petita* y por razones de equidad y justicia; imponiéndose confirmar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

4.- Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este Tribunal considera que en el presente asunto no debe condenarse en costas, al no encontrar razones objetivas para imponerlas.

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

1(2646-19), Actor: MARÍA AURA OROZCO MUÑOZ, Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y MUNICIPIO DE MANIZALES, Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. TEMA: INTERESES MORATORIOS POR PAGO TARDÍO DEL RETROACTIVO DERIVADO DEL PROCESO DE HOMOLOGACIÓN DEL PERSONAL ADMINISTRATIVO DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE MANIZALES. SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA. LEY 1437 DE 2011. O-584-2020.

FALLA

Primero. DECLÁRANSE probados los medios exceptivos de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*”, “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY*”, e “*INAPLICABILIDAD DE LOS INTERESES MORATORIOS*”, propuestos por el Departamento de Caldas, de conformidad con el razonamiento efectuado por la Sala de Decisión en esta providencia.

Segundo. NIÉGANSE las súplicas de la demanda.

Tercero. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

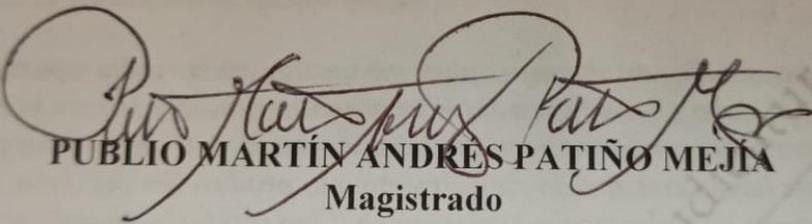
Cuarto. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Quinto. Ejecutoriada esta providencia, LIQUÍDENSE los gastos del proceso, DEVUÉLVANSE los remanentes si los hubiere y ARCHÍVENSE las diligencias, 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 ELECTRÓNICO

No. 036
FECHA: 2 de marzo de 2021

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, positioned centrally below the text.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Conjueces-

Manizales, primero (1) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

De acuerdo con el mandato conferido por el Tribunal Administrativo de Caldas, contenida en el acta de sorteo de conjueces del 25 de septiembre de 2020, que me ordena conocer, tramitar y decidir este proceso, por lo tanto, **AVOCO** su conocimiento y procedo a decidir al respecto de la admisión o inadmisión de este medio de control.

Estudiada la demanda, encuentra este funcionario que se trata del medio de control estipulado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, además de que reúne los requisitos contemplados en los artículos 155 a 164 del CPACA, en consecuencia se **ADMITE** la demanda presentada por la señora **VILMA ZORAIDA MUÑOZ CERON** por intermedio de apoderado, contra la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**, y en consecuencia; se imparten las siguientes ordenes:

1. Ejecutoriada esta providencia **NOTIFIQUESE**;
 11. **PERSONALMENTE** al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales en la forma y los términos indicados en el artículo 612 del C.G.P., que modificó el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, mensaje que debe contener copia de esta decisión y de la demanda.
 12. A la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION** al buzón de correo electrónico procesosjudiciales@procuraduria.gov.co;
 13. Al buzón de correo electrónico procjudadm28@procuraduria.gov.co; perteneciente al **MINISTERIO PUBLICO** informando a la Secretaria de la corporación.
 14. Al buzón de correo electrónico de la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO** procesosterritoriales@defensajuridica.gov.co.
2. **REMITASE** a través servicio postal autorizado a las entidades notificadas, copia de esta decisión, de la demanda y de sus anexos, en la forma y los términos indicados en los artículos 56 y 60 del CPACA, modificados por los artículos 10 y 12 de la Ley 2080 de 2021, respectivamente.
- 2.1. **REQUIERASE** a la parte demandante para que una vez se surta por parte de la Secretaria del Tribunal la notificación electrónica de esta providencia, adelante las gestiones necesarias para la remisión referida en el numeral anterior. Se le advierte a la parte demandante que si dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación personal del auto admisorio de la demanda, no se acredita la remisión de los documentos antes indicados, se

dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 178 del CPACA.

22. **CORRASE** traslado de la demanda a la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION** por el termino de treinta (30) días, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 172 del CPACA, plazo que comenzará a correr, pasados dos (2) días, después de surtida la última notificación, para lo cual la Secretaria dejará constancia del vencimiento de este término en el expediente.
3. **PREVENGASE** a la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION** para que, con la contestación de la demanda, allegue copia completa del expediente administrativo, que contenga los antecedentes de los actos acusados, so pena de que el funcionario encargado incurra en falta disciplinaria gravísima, conforme lo ordenado por el artículo 175 del CPACA.
4. **RECONOCER PERSONERIA** para actuar en representación de la señora **VILMA ZORAIDA MUÑOZ CERON** al abogado **JUAN GUILLERMO OCAMPO GONZALEZ** identificado con la cédula de ciudadanía n° 75.082.971 de Manizales y la tarjeta profesional n° 127.349 del C.S.J., en los mismos términos y condiciones del poder obrante a folio 1A C.1.

Notifíquese y Cúmplase.

TULIA ELENA HERNANDEZ BURBANO
Conjuez.





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 055

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-33-004-2019-00142-02
Demandante: María Elsy Bedoya Ceballos
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 008 del 26 de febrero de 2021

Manizales, veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora María Elsy Bedoya Ceballos contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²).

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 1 de marzo de 2019 (fls. 1 a 7, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad de la Resolución 8499-6 del 16 de octubre de

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

2018, expedida por el Departamento de Caldas, que denegó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, conforme lo establece la Ley 91 de 1988.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se reconozca y pague la prima de mitad de año a que tiene derecho por ser pensionado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y que no tuvo derecho al reconocimiento de la pensión gracia, por haber sido nombrado con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 o de vinculación nacional conforme lo establece el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
3. Que se ordene indexar las sumas de dinero reconocidas en caso de una condena.
4. Que se ordene a las partes demandadas al cumplimiento del fallo de acuerdo con el artículo 192 y siguientes del CPACA.
5. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos

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

1. La señora María Elsy Bedoya Ceballos prestó sus servicios como docente nacional adscrito a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, nombrado mediante la Resolución n° 0648 del 18 de junio de 1984, y con fecha de posesión en el cargo del 3 de julio de 1984.
2. El día 8 de octubre de 2010, la parte actora solicitó la pensión de jubilación ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, misma que le fue reconocida por dicha entidad a través de la Resolución n° 0071 del 13 de enero de 2011, por el monto de \$1.974.158, a partir del 22 de septiembre de 2010.
3. El 1 de octubre de 2018 la parte actora radicó petición número SAC 2018PQR14899, con el propósito de obtener el reconocimiento de la prima de mitad de año.

4. La anterior solicitud fue negada a través de la Resolución n° 8499-6 del 16 de octubre de 2018 con fundamento en que el Acto Legislativo n° 01 de 2005 estableció que las personas que adquirieran el derecho pensional a partir de la vigencia de dicha norma solo tienen derecho a percibir 13 mesadas.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: artículos 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política; artículo 56 de la Ley 962 de 2005; 56 del Decreto 2831 de 2005; y 15 de la Ley 91 de 1989.

Explicó que se vulneró el artículo 13 de la Constitución Política, al denegar el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, contemplada en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989, para los docentes que se encuentran pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que no tuvieron derecho a la pensión gracia por haber sido nombrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 o nombrados por el Ministerio de Educación Nacional con vinculación nacional, y que fue creada como una compensación por la pérdida causada respecto a dicha prestación.

Analizó la competencia que le asiste al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme lo prevé el artículo 4 de la Ley 91 de 1989, y de las funciones de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales, conforme a los artículos 2 y 3 del Decreto 2831 de 2005 y artículo 56 de la Ley 962 de 2005, en cuanto a la racionalización, radicación y trámite de solicitudes con el fin de solicitar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales ante dicho fondo.

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

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término otorgado, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG contestó la demanda (fls. 34 a 36, C.1), para oponerse a las pretensiones de la misma.

Propuso las excepciones que denominó: ***“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO”***, expresando que la entidad

demandada no ha actuado con el fin de atentar contra los derechos laborales del demandante; *“RECONOCIMIENTO OFICIOSO O GENÉRICA”* en el evento que en el curso del proceso se hallare como probada cualquier otra excepción.

El Departamento de Caldas contestó la demanda de manera extemporánea de acuerdo con la constancia que obra a folio 61 del expediente.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 29 de noviembre de 2019, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 68 a 74, C.1), a través de la cual negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demandada. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente el marco normativo de la mesada catorce o pensión de mitad de año citando lo expuesto en la ley 91 de 1989 y en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Analizó el régimen jurídico contemplado en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reconocimiento de la mesada adicional para pensionados, conocida como mesada catorce; y al análisis de constitucionalidad de acuerdo con el pronunciamiento jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-409 de 1994; además, de las modificaciones realizadas a la norma ibidem, introducidas en la Ley 238 de 1995; artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2005, éste último que eliminó dicha mesada en todos los regímenes pensionales, conforme a los parámetros allí señalados, y al pronunciamiento sobre dicho tópico por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado.

Destacó que el Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la mesada catorce a partir del 25 de julio de 2005, pero determinó quiénes se hacían acreedores de esta como excepción prevista en la norma.

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

Concluyó que la parte actora no tiene derecho a percibir dicha mesada catorce, toda vez que adquirió el estatus pensional con posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigor del Acto Legislativo precitado.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 82 a 89 del cuaderno principal, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando el reconocimiento y pago de la **prima de mitad de año con base en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989**, diferente a la mesada adicional cuyo pago es en el mes de junio de cada año, establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

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

Citó los preceptos jurisprudenciales contemplados en la sentencia C-409 de 1994 y C-461 de 1995, en cuanto a los reajustes de las mesadas pensionales previstas en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que era aplicable a aquellos docentes que no tenían pensión gracia. Refirió que los vinculados con posterioridad estaban regidos por el artículo 15 numeral 2 literal B se les concede el derecho a una prima de mitad de año equiparable a la Ley 100 de 1994; en ello estriba la diferencia.

Alegó que conforme con lo previsto en los regímenes excepcionales del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y en aplicación al artículo 15 numeral 2 de la Ley 91 de 1989; los vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1981, cuentan con un beneficio asimilable a la mesada adicional establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, esto es la prima de medio año, cuyo monto es el equivalente al de la mesada adicional contemplado en el régimen general de pensiones.

Explicó que la prima adicional de medio año, establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 solo comprende a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, además que dicho régimen especial se exceptúa del régimen general de la Ley 100 de 1993, toda vez que no otorga ningún beneficio que pudiera compensar la mesada adicional de que trata el artículo 142 de dicha preceptiva.

Adujo que el acto legislativo 01 de 2005, terminó con la mesada 14 creada por la Ley 100 de 1993; sin embargo, estableció una transición, determinando que dicho beneficio no se otorgaría a los docentes vinculados con anterioridad al 1 de enero de 1981 que no tuvieran pensión gracia. Empero, este acto no aludió ni acabó **con la prima de mitad de año establecida por la literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989**, toda vez fue creada como estímulo para aquellos docentes que perdieron el derecho a la pensión gracia.

Advirtió que conforme a la Ley 812 de 2003, los docentes ingresados al sector educativo antes de junio de 2003 continuarían con el régimen pensional anterior y los de vinculación posterior proseguirían con el nuevo régimen pensional contenido en la ley 100 de 1993 y se pensionarán con 57 años.

Concluyó que la Ley 91 de 1989 no fue modificada en ninguno de los apartes por el Acto Legislativo número 01 de 2005, sigue vigente en su integralidad, y por tanto, la prima de mitad de año debe ser reconocida a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio ingresados con a partir del 1 de enero de 1989.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (fl. 8 a 14, C.2)

Intervino en esta etapa procesal para ratificarse en los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en el recurso de apelación.

La **Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG** y el **Departamento de Caldas** no se pronunciaron en esta etapa procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 14 de febrero de 2020, y allegado el 13 de julio de 2020 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 4, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 13 de julio de 2020 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia (fl. 4, C.2). Únicamente la parte actora alegó de conclusión (fls. 8 a 14, C.2). El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 9 de septiembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 15, C.2), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar el siguiente cuestionamiento:

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

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** régimen general de seguridad social; **iii)** prima de mitad de año de los docentes afiliados al fondo de prestaciones sociales del magisterio; y **iv)** examen del caso concreto.

1.- Hechos debidamente acreditados

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

1. Por Resolución 0071 del 13 de enero 2011, se reconoció la pensión de jubilación por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a favor de la señora María Elsy Bedoya Ceballos, en cuantía de \$1.974.158, a partir del 22 septiembre de 2010, quien se vinculó desde 1984 (fl.9, C. 1).
2. Con petición radicada 2018 PQR14899 del 1 de octubre de 2018, ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo de Prestación Social del Magisterio; la parte actora solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, contemplada en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (fl. 12, C.1).
3. En la Resolución número 8499-6 del 16 de octubre de 2018, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, se niega el reconocimiento de la mesada pensional -prima mitad de año- (fl. 14, C.1).
4. La parte actora se posesionó como docente el 3 de julio de 1984 (fl. 8, C.1).

2.- Régimen general de seguridad social

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

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

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993³, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadoras de los servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

El artículo 11 ibidem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

³ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

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

3.- Prima de mitad de año de los docentes afiliados al fondo de prestaciones sociales del magisterio

El artículo 53 de la Constitución Política establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

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

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.”-negrilla de la Sala-

La mesada adicional de diciembre para los pensionados de los sectores público, oficial semioficial y privado los empleados públicos, incluidos docentes, fue creada por la Ley 4ª de 1976: *“Artículo 5º Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión.”*

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

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

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

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se registrarán 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 hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

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

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

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

(...)

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

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

Es de recordar que la Ley 100 de 1993 estipuló en el artículo 279 un régimen de excepción:

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

Teniendo en cuenta que la sentencia de C-409 de 1994 declaró inexecutable los apartes tachados del precitado artículo 142 de la Ley 100 de 1993, dio lugar a la expedición del artículo 1º de la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 sobre excepciones al sistema, de la siguiente manera: *“... Las excepciones consagradas en el presente artículo no*

implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”.

La Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto 1857 de 2007 , ilustró sobre el tránsito legislativo de la Ley 238 de 1995 que: *“... la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.”*

La sentencia C-461 de 1995 de la Corte Constitucional, en cuya demanda se pretendía la extensión de la mesada del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 a todos los docentes, explica que la prima de medio año y la mesada catorce son asimilables, y debían ampliarse el beneficio de la mesada adicional solamente a los docentes que no gozaban de pensión gracia vinculados con anterioridad al 1º de enero de 1981:

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

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

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

El monto de la prima de medio año del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es el mismo que el de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, ya que existe equivalencia entre “una mesada pensional” (monto de la prima de medio año de la Ley 91) y “30 días de pago de la pensión” (monto de la mesada adicional de la Ley 100),

teniendo en cuenta que como mesada pensional se conoce aquel pago mensual (30 días) que recibe un pensionado en virtud de su derecho a la pensión.

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

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

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

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

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

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

(...) "Párrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en

vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003”.

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

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

“5.4 La eliminación de la decimocuarta mesada pensional

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

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

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

El concepto 1857 de 2007 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estimó que debido a los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005 “... los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el

artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del párrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo”:

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

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 200, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

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

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

“Artículo 1º...

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

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

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

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 200, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

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

Como se anotó en precedencia, la prima de medio año de una mesada prevista en el literal b, numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es equivalente a la mesada prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que se extendió en garantía del principio de igualdad a todos los docentes por la sentencia C-461 de 1995, por la Ley 238 de 1995.

Bajo este entendido, el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que, a partir de su entrada en vigor, ningún nuevo pensionado podría recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año, salvo aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011.

En sede de tutela, el Consejo de Estado ha considerado que esta interpretación “...no desconoce las normas aplicables al caso, ni el precedente judicial de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre la materia, por lo que para la Sala es claro que no vulneró los derechos fundamentales que la accionante alega conculcados.”

4.- Examen del caso concreto

Es por ello, que conforme a los parámetros normativos planteados en el Acto Legislativo 01 de 2005, aplicable a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se procederá analizar el caso particular, en aras de identificar si le asiste el derecho a la parte actora a percibir la mesada de mitad de año.

En el sub judice, a la parte actora le fue reconocido el derecho a la pensión de jubilación a través de la Resolución 0071 del 13 de enero de 2011, teniendo en cuenta el tiempo laborado desde el **3 de julio de 1984** al 21 de septiembre de **2010**.

De acuerdo con dicho acto adquirió el status pensional el 21 de septiembre de 2010; además el monto de la pensión está estimado en un valor de \$1.974.158 a partir del 22 de septiembre de 2010 (fl. 9, C.1).

En consecuencia, no le asiste el derecho a la parte actora a percibir la mesada adicional toda vez que no se encuentra dentro de las excepciones previstas en el Acto Legislativo 01 de 2005; dado que su derecho pensional fue causado con posterioridad a la vigencia de dicho acto, esto es el 25 de julio de 2005, además se reconoció en cuantía superior de 3 smlmv.

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este Tribunal considera que en el presente asunto no debe condenarse en costas, al no encontrar razones objetivas para imponerlas.

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

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora María Elsy Bedoya Ceballos contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

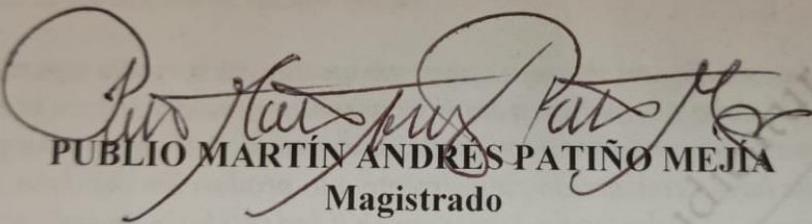
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

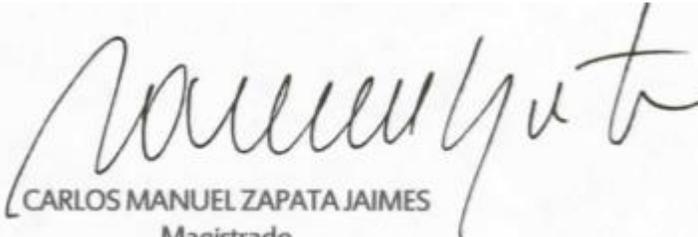
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 036
FECHA: 2 de marzo de 2021

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, resembling the name Héctor Jaime Castro Castañeda.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho para resolver la admisión del recurso de apelación.

Febrero 22 de 2021



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Auto de Sustanciación: 011-2021

Asunto: Segunda instancia

Medio control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Radicación: 17-001-33-33-004-2019-00181-02

Demandante: Luis Ángel Zea Henao.

Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, primero (01) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

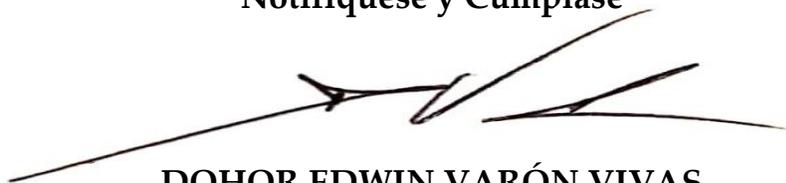
El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia en providencia del 29 de octubre de 2020.

La anterior providencia fue notificada a las partes el 30 de octubre de 2020.

La parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación el 13 de noviembre de 2020, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admiten los recursos de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

Notifíquese y Cúmplase



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 044

Asunto:	Resuelve excepciones
Medio de control:	Nulidad Electoral
Radicados:	17001-23-33-000-2020-00271-00 17001-23-33-000-2020-00064-00
Demandante:	Sindicato de Procuradores Judiciales - PROCURAR
Demandados:	Procuraduría General de la Nación Julio César Antonio Rodas Monsalve (Procurador 29 Judicial II Administrativo de Manizales)

Manizales, primero (1º) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por el párrafo 2º del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, en concordancia con los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso – CGP² por remisión expresa de la norma antes mencionada, procede este Despacho³ a resolver las excepciones propuestas dentro del proceso de nulidad electoral promovido por el Sindicato de Procuradores Judiciales – PROCURAR⁴ contra la Procuraduría General de la Nación y el señor Julio César Antonio Rodas Monsalve, en calidad de Procurador 29 Judicial II Administrativo de Manizales.

ANTECEDENTES

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 28 de febrero de 2020 (página 3 del documento nº 01 del expediente 2020-00064) y el 1º de octubre de 2020 (documento nº 2 del expediente digital 2020-00271), la parte actora solicitó la declaratoria de nulidad del Decreto 2294 del 11 de diciembre de

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, CGP.

³ Conforme al numeral 3 del artículo 125 del CPACA, modificado por el artículo 20 de la Ley 2080 de 2021.

⁴ En adelante, PROCURAR.

2019 y del artículo 95 del Decreto 590 del 1º de julio de 2020, con los cuales el señor Procurador General de la Nación, en su orden, nombró en provisionalidad al señor Julio César Antonio Rodas Monsalve como Procurador 29 Judicial II Administrativo de Manizales hasta por seis meses y prorrogó por el mismo término dicho nombramiento.

El conocimiento del proceso radicado con el número 2020-00064 correspondió por reparto al Despacho del Magistrado Augusto Morales Valencia, mientras que el proceso radicado con el número 2020-00271 fue asignado al suscrito Magistrado.

Con autos del 27 de julio de 2020 (páginas 305 a 355 del documento nº 01 del expediente 2020-00064) y del 5 de noviembre de 2020 (documento nº 057 del expediente digital 2020-00271), se admitieron las respectivas demandas y se negaron las solicitudes de medida cautelar.

Surtido el trámite procesal correspondiente, la parte accionada contestó la demanda de manera oportuna, según se evidencia en las constancias secretariales obrantes en el documento nº 13 del expediente 2020-00064 y en el documento nº 098 del expediente digital 2020-00271. Se precisa que la Procuraduría General de la Nación guardó silencio en el expediente 2020-00064.

Con la contestación de la demanda, la Procuraduría General de la Nación⁵ y el señor Julio César Antonio Rodas Monsalve⁶ propusieron excepciones, de las cuales se corrió el traslado correspondiente⁷, y frente a las que la parte actora se pronunció⁸.

Por auto del 17 de febrero de 2021 (documento nº 15 del expediente 2020-00064), el Magistrado Augusto Morales Valencia decretó la acumulación de los procesos 2020-00271 y 2020-00064, y convocó a la diligencia de sorteo de Magistrado Ponente para los procesos acumulados.

Con ocasión del referido sorteo, los procesos de la referencia fueron asignados al Despacho del suscrito Magistrado.

⁵ Documento nº 064 del expediente digital 2020-00271.

⁶ Páginas 420 a 499 y 638 a 645 del documento nº 01 del expediente 2020-00064 y documento nº 074 del expediente digital 2020-00271.

⁷ Documento nº 05 del expediente 2020-00064 y documentos nº 101 y 102 del expediente digital 2020-00271.

⁸ Documento nº 11 del expediente 2020-00064 y documento nº 104 del expediente digital 2020-00271.

El 26 de febrero de 2021, el proceso ingresó a Despacho para resolver sobre las excepciones propuestas (documento nº 110 del expediente digital 2020-00271).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El parágrafo 2º del artículo 175 del CPACA, modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, dispuso lo siguiente en relación con el trámite de las excepciones:

PARÁGRAFO 2o. De las excepciones presentadas se correrá traslado en la forma prevista en el artículo 201A por el término de tres (3) días. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre las excepciones previas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en ellas. En relación con las demás excepciones podrá también solicitar pruebas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juez o magistrado ponente las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicarán. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Antes de la audiencia inicial, en la misma oportunidad para decidir las excepciones previas, se declarará la terminación del proceso cuando se advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se declararán fundadas mediante sentencia anticipada, en los términos previstos en el numeral tercero del artículo 182A.

Según se indicó en el acápite de antecedentes, en el presente asunto la parte accionada formuló excepciones frente a la demanda, así:

1. Procuraduría General de la Nación:
 - a) *“De la pérdida de vigencia de las listas de elegibles correspondientes al concurso de méritos regulado mediante Resolución No. 040 de 2015”*, teniendo en cuenta que transcurrieron más de dos años a partir de la fecha de publicación de la lista de elegibles para proveer en carrera administrativa cargos de Procurador Judicial I y II.

- b) *“Innominada o Genérica”*, en relación con toda aquella excepción cuyos supuestos de hecho resulten acreditados en el proceso.

2. Julio César Antonio Rodas Monsalve:

- a) *“INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES”*, dado que el acto administrativo de nombramiento provisional ya perdió vigencia, en tanto aquél tenía una duración de seis meses, y en la actualidad el demandado se encuentra vinculado en virtud del artículo 95 del Decreto 590 del 1º de julio de 2020.
- b) *“Improcedencia del medio de control: La nulidad electoral no es el mecanismo previsto por el ordenamiento jurídico para cuestionar la constitucionalidad de una norma o régimen especial de carrera”*, por cuanto al manifestar la parte actora que el principio del mérito debe ser la única regla de provisión de cargos públicos o que los nombramientos en provisionalidad en ejercicio de una facultad discrecional del nominador no corresponden al modelo constitucional de la función pública, denota su inconformidad con la regulación que sobre el particular traen de los artículos 82 y 185 del Decreto Ley 262 de 2000, pretendiendo que este Tribunal se pronuncie sobre la constitucionalidad de tales normas.
- c) *“El Decreto 2294 de 2019 (...)” y “El artículo 95 del Decreto 590 de 1 de julio de 2020 no infringió las normas en que debía fundarse. Legalidad de la actuación del señor Procurador General de la Nación”*. Lo anterior, por cuanto la Procuraduría General de la Nación tiene un régimen especial de carrera administrativa, que si bien acoge y respeta el principio constitucional del mérito, también contempla dentro de los tipos de nombramiento, el realizado en provisionalidad, en caso de no poder hacer la provisión definitiva y para asegurar la continuidad y adecuada prestación del servicio.

Acotó que la constitucionalidad del nombramiento en provisionalidad en la Procuraduría General de la Nación ya fue analizada por la Corte Constitucional en sentencia C-077 de 2004, en la que sostuvo que es una forma legítima de proveer un cargo público que no viola principios constitucionales.

Sostuvo que la Corte Constitucional en la sentencia mencionada y en otras en las que abordó el tema, no condicionó la aplicación de los artículos 82 y 185 del Decreto Ley 262 de 2000 a que, en caso de

vacancias de cargos de carrera, el señor Procurador debe primero recurrir al encargo y que sólo puede utilizar el nombramiento provisional cuando sea imposible hacer uso de aquel.

Indicó que la Ley 909 de 2004 se aplica de manera preferente e integral a cierto tipo de servidores públicos, y de manera supletoria frente a otros que tienen su propio régimen especial, como es el caso de la Procuraduría General de la Nación. De manera que dicha norma no es parámetro válido para confrontar las disposiciones de los regímenes especiales de carrera administrativa.

- d) *“La doctrina y la jurisprudencia invocada por los demandantes no son aplicables al presente caso”*, puesto que, de una parte, la Comisión Nacional del Servicio Civil no es competente para determinar el alcance de las normas que regulan el régimen especial de carrera de la Procuraduría General de la Nación y, en tal sentido, sus conceptos no pueden ser tenidos en cuenta en este proceso; y de otra, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo invocada en la demanda no constituye precedente aplicable al *sub examine*, pues en ninguna se analiza si existe un derecho preferencial al encargo en el régimen especial de la Procuraduría que deba ser tenido en cuenta antes de recurrir a la provisionalidad como mecanismo para proveer empleos de carrera vacantes.

Mencionó que si bien el artículo 190 del Decreto Ley 262 de 2000 establece un derecho de prelación para la provisión definitiva de los empleos de carrera de la Procuraduría General de la Nación, referente a quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, lo cierto es que dicho derecho es temporal, limitado por la vigencia de la lista de elegibles, que de acuerdo con el artículo 216 ibídem, es de dos años.

- e) *“Caso concreto”*, consistente en que el señor Procurador sólo debía ajustarse a lo establecido en el Decreto 262 de 2000 para hacer el nombramiento provisional, y verificar el cumplimiento de las exigencias previstas en él, que por lo demás están cumplidas a cabalidad, dado que no existen listas vigentes para proveer el cargo vacante, la norma aplicable permite que el empleo vacante se supla temporalmente a través de encargo o de nombramiento provisional sin consagrar prelación de uno u otro mecanismo, el designado cumple todos los requisitos para ejercer el cargo y el nombramiento se realizó por el término de seis meses.

- f) *“Caso concreto: El Señor Procurador General de la Nación tenía los fundamentos fácticos y jurídicos para prorrogar el nombramiento del Dr. JULIO CESAR RODAS MONSALVE”,* habida cuenta que el demandado goza de la denominada estabilidad laboral intermedia, consistente en que el designado en provisionalidad no puede ser retirado del servicio sino por causales objetivas plenamente motivadas, como sería el caso de reproches sobre el desempeño del servicio, que el empleo no permaneciera vacante, que existiera concurso de méritos sobre ese cargo o que no tuviera que garantizarse la continuidad de la prestación del servicio, expidiendo el acto acusado prorrogando el servicio del demandado.

Indicó que para el caso concreto se encuentra demostrado que el desempeño del accionado ha sido satisfactorio y calificado como alto por su jefe inmediato, de manera que le asistía derecho a la prórroga del nombramiento en provisionalidad; máxime cuando no existe lista de elegibles vigente para el concurso de procuradores judiciales administrativos que habilite para reclamar un mejor derecho en la provisión del cargo.

- g) *“El Decreto 2294 de 2019 está debidamente motivado. (...)”* y *“El Decreto 590 de 2020, artículo (sic) 95 está debidamente motivado. Expedición plenamente ajustada a derecho”,* atendiendo las circunstancias fácticas y jurídicas del desempeño del accionado. Expuso que aunque existe el deber de motivación de los actos administrativos, éste no tiene el mismo contenido y alcance para todo tipo de actos administrativos, como en los discrecionales, en los que es significativamente menos rigurosa, sobre todo en los que no dan término a una actuación administrativa.

Afirmó que las normas invocadas como vulneradas ni la jurisprudencia le exigen al señor Procurador General realizar un ejercicio de ponderación entre el encargo y la provisionalidad cuando se ha de proveer transitoriamente un empleo de carrera en la Procuraduría General de la Nación. Una interpretación diferente no se acompasa con el artículo 185 del Decreto Ley 262 de 2000 que no contempla prelación del encargo sobre la provisionalidad y que fue declarada exequible.

- h) *“El doctor Julio César Rodas Monsalve cumple con todos los requisitos legales para ser nombrado como Procurador Judicial II Administrativo”,* debido a que no existe lista de elegibles para el

cargo vacante, existen razones del servicio que ameritan el nombramiento en provisionalidad y el demandado cuenta con una sólida formación jurídica y amplia experiencia profesional.

- i) *“El doctor JULIO CÉSAR RODAS MONSALVE es sujeto de especial protección constitucional por su condición de pre pensionado”* y goza de un fuero de estabilidad reforzada, en virtud del cual debe garantizarse la permanencia en el empleo, independientemente de que su nombramiento sea en provisionalidad.

Indicó que inició proceso administrativo para anular el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual; y que en la evaluación hecha por la firma de abogados que lo representa, se concluyó que de obtener el traslado a COLPENSIONES y continuar cotizando como Procurador Judicial II por todo el tiempo restante hasta cumplir los 62 años de edad, su pensión se verá ostensiblemente mejorada y se le garantizaría el derecho a una mesada pensional digna.

En ese sentido expuso que la decisión que aquí se adopte podría ocasionar perjuicios irremediabiles a los derechos fundamentales del accionado.

- j) *“INNOMINADA O GENÉRICA”*, respecto de la existencia de toda excepción cuyos supuestos de hecho resulten acreditados en el proceso, en los términos del artículo 282 de la Ley 1564 de 2012.

Considera el Despacho que, salvo la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, que será resuelta a continuación, los demás medios exceptivos invocados por la parte demandada corresponden en estricto sentido a excepciones de mérito que habrán de ser decididas al resolver el fondo de la controversia, pues no sólo guardan relación directa con la cuestión litigiosa, sino que además no aparecen enlistados en el artículo 100 del CGP.

Entrando al análisis del medio exceptivo propuesto por el señor Julio César Antonio Rodas Monsalve, se debe precisar que la excepción previa contenida en el numeral 5 del artículo 100 del CGP, relativa a la ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales, se predica de la ausencia de aquellos requisitos de forma señalados por el legislador para la demanda, que impide tramitar válidamente el proceso, so pena de generar, en algunos casos, un fallo inhibitorio.

Respecto de dicha excepción previa, el Consejo de Estado⁹ ha precisado lo siguiente:

49. *La excepción previa denominada «Ineptitud sustantiva de la demanda» propende porque el escrito inicial se adecúe a los requisitos legales de forma que permitan su análisis en sede judicial, so pena de la terminación anticipada del proceso.*

50. *La referida excepción previa se configura cuando se presentan vicios de forma respecto de la demanda, los actos o actuación enjuiciada, algunos de esos defectos encuadran en la falta de requisitos formales de la demanda.*

51. *En lo que tiene que ver con la falta de cualquiera de los requisitos formales, se observa que esta generalmente se fundamenta en los **artículos 43, 74 y 87** del CPACA, normas que establecen que las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho **deben dirigirse primordialmente contra los actos definitivos que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto** y/o hacen imposible continuar la actuación. Esto último porque: i) ya se agotaron los recursos de reposición, apelación o queja, o ii) los actos administrativos demandados quedaron en firme.*

52. *De igual modo, el medio exceptivo encuentra vocación de prosperidad cuando no se reúnen los requisitos previos exigidos para su estudio de admisibilidad, o, el contenido de la demanda no se ajusta a lo dispuesto en los artículos 161 a 164 y 166 de la Ley 1437 de 2011 y demás normas concordantes. (Negrilla es del texto).*

Así pues, ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁰ que el citado mecanismo de defensa hace relación al presupuesto procesal denominado “*demanda en forma*”, que se refiere a los requisitos o condiciones mínimas de la demanda, los cuales están señalados en los artículos 162, 163 y 166 del CPACA, tales como: **i)** la designación de las partes y de sus representantes, **ii)** las pretensiones, **iii)** hechos y omisiones, **iv)** normas violadas y concepto de violación cuando se trata de impugnar actos administrativos, **v)** la estimación razonada de la cuantía cuando sea necesaria, **vi)** la dirección de las partes, **vii)** anexos de la demanda, y **viii)** la individualización del acto acusado.

Según se alegó por el apoderado del demandado, la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda tiene fundamento en el supuesto incumplimiento del requisito formal relacionado con la individualización del acto

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del 12 de septiembre de 2019. Radicación número: 76001-23-33-000-2013-00163-02(1433-17).

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero Ponente: Dr. Luis Alberto Álvarez Parra. Auto del 21 de enero de 2021. Radicación número: 47001-23-33-000-2020-00023-01.

demandado, pues asegura que el nombramiento provisional contenido en el Decreto 2294 de 2019 ya perdió vigencia, en tanto tenía una duración de seis meses, y en la actualidad el demandado se encuentra vinculado en virtud del artículo 95 del Decreto 590 del 1º de julio de 2020.

Considera el Despacho que la excepción propuesta no está llamada a prosperar, dado que para la fecha en la que se interpuso la demanda electoral en la que se debate la legalidad del Decreto 2294 de 2019 (expediente 2020-00064), éste se encontraba produciendo efectos jurídicos, de manera que era un acto susceptible de control judicial y, por tanto, no puede sostenerse que el libelo adolecía de requisitos formales en esta materia.

Adicionalmente, en criterio de este Despacho, la situación consistente en que venciera el término del nombramiento en provisionalidad inicialmente atacado no torna la demanda en inepta, pues la pérdida de efectos jurídicos de un acto administrativo no implica que el Juez de conocimiento no pueda realizar el juicio de legalidad correspondiente por el tiempo que aquel estuvo vigente y produjo efectos.

Así tuvo oportunidad de señalarlo el Consejo de Estado¹¹ en providencia en la que se discutía la legalidad de un nombramiento que se dejó sin efectos:

En tal virtud la presunción de legalidad que ostentan los actos administrativos tan sólo puede ser desvirtuada por el juez del acto, de suerte que la pérdida de efectos del acto administrativo no trae aparejado el juicio de validez del mismo.

Ese criterio opera no solamente para los actos de contenido general, pues en nada difiere que los efectos del acto sean de contenido particular, para el caso, de naturaleza electoral. Esa acción electoral es de carácter público y general, en tanto que cualquier persona puede interponerla, sin necesidad de abogado, con cualquiera de las finalidades mencionadas.

La naturaleza popular de la acción electoral contrasta con el acto objeto de control, que si bien como acto que da acceso a la función pública reviste también un interés público, es un acto particular mirado desde la óptica de los derechos que genera para el que es designado.

Mediante el ejercicio de la acción electoral el demandante persigue preservar la legalidad en abstracto, esto es, defender el ordenamiento jurídico como único propósito.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia. Sentencia del 15 de julio de 2010. Radicación número: 11001-03-28-000-2009-00009-00.

Pero aún en aquellos eventos en que la naturaleza del acto es estrictamente particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que en los eventos en que el acto ha dejado de producir efectos, no impide el juicio de legalidad del mismo.

Así se ha pronunciado la Sección Quinta, cuando al resolver la nulidad de la elección de un congresista, expresó:

*“La Sala advierte que, a la fecha de esta sentencia, la declaratoria de elección del Señor (...) como Representante a la Cámara por el Departamento de Norte de Santander para el período 2006 a 2010, contenida en el acto administrativo impugnado, **dejó de producir efectos** por haberse decretado, mediante sentencia del 13 de febrero de 2007 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación (proceso PI-00449), la pérdida de investidura de Congresista de dicho elegido, demandado en este proceso.*

En efecto, según el artículo 261 de la Constitución Política la pérdida de la investidura constituye falta absoluta de los miembros de corporaciones públicas elegidos popularmente.

Pese a ello, debe precisarse que la sentencia inhibitoria por sustracción de materia no procede cuando se trata de demandas contra actos administrativos, incluido el acto condición por el cual se declara una elección, comoquiera que solamente si se efectúa el control de legalidad solicitado es posible restablecer el imperio del orden jurídico y de la legalidad, que son los fines últimos de la acción de nulidad.

(...)

Así las cosas, si bien es cierto que el acto administrativo impugnado dejó de producir sus efectos al quedar vacante la curul del Señor Jairo Díaz Contreras, no lo es menos que la salvaguarda de la legalidad que aquí se reclama exige un estudio de fondo y, en consecuencia, una sentencia de mérito que analice la legalidad de esa decisión administrativa en los aspectos que se le reprochan”¹² (se resaltó).

Entonces, aunque para el momento en el que se dicta esta sentencia el acto demandado perdió sus efectos, procede la Sala a juzgar la legalidad del mismo durante el lapso en el que tuvo vigencia y produjo efectos. (Negrilla es del texto).

De acuerdo con lo anterior, la excepción previa propuesta habrá de declararse no probada, mientras que la decisión de los demás medios exceptivos se diferirá para el momento de dictar la sentencia correspondiente.

¹² Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 28 de febrero de 2008, rad. 3996-3998, MP.: Mauricio Torres Cuervo.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

Primero. DIFIÉRASE para el momento de proferir sentencia en el presente asunto, **la decisión** de las excepciones formuladas por la Procuraduría General de la Nación y por el señor Julio César Antonio Rodas Monsalve, que denominaron: *“De la perdida de vigencia de las listas de elegibles correspondientes al concurso de méritos regulado mediante Resolución No. 040 de 2015”, “Innominada o Genérica”, “Improcedencia del medio de control: La nulidad electoral no es el mecanismo previsto por el ordenamiento jurídico para cuestionar la constitucionalidad de una norma o régimen especial de carrera”, “El Decreto 2294 de 2019 (...)” y “El artículo 95 del Decreto 590 de 1 de julio de 2020 no infringió las normas en que debía fundarse. Legalidad de la actuación del señor Procurador General de la Nación”, “La doctrina y la jurisprudencia invocada por los demandantes no son aplicables al presente caso”, “Caso concreto”, “Caso concreto: El Señor Procurador General de la Nación tenía los fundamentos fácticos y jurídicos para prorrogar el nombramiento del Dr. JULIO CESAR RODAS MONSALVE”, “El Decreto 2294 de 2019 está debidamente motivado. (...)” y “El Decreto 590 de 2020, artículo (sic) 95 está debidamente motivado. Expedición plenamente ajustada a derecho”, “El doctor Julio César Rodas Monsalve cumple con todos los requisitos legales para ser nombrado como Procurador Judicial II Administrativo”, “El doctor JULIO CÉSAR RODAS MONSALVE es sujeto de especial protección constitucional por su condición de pre pensionado”, e “INNOMINADA O GENÉRICA”.*

Segundo. DECLÁRASE **no probado** el medio exceptivo propuesto por el señor Julio César Antonio Rodas Monsalve y que denominó **“INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES”**.

Tercero. Ejecutoriada esta providencia, **REGRESE** inmediatamente el expediente a Despacho para continuar con el trámite del proceso.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 036
FECHA: 2 de marzo de 2021

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, resembling the name 'Héctor Jaime Castro Castañeda'.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 047

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Acción:	Reparación Directa
Radicación:	17001-33-33-002-2012-00305-02
Demandantes:	Gloria Carmenza Giraldo Botero
Demandados:	Central Hidroeléctrica de Caldas – CHEC S.A. E.S.P. TELMEX Colombia S.A. (hoy Claro)
Llamados en Garantía:	TELMEX Colombia S.A. (hoy Claro) Compañía Aseguradora de Fianzas – CONFIANZA S.A. CHUBB de Colombia Compañía de Seguros S.A.

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n°
008 del 26 de febrero de 2021**

Manizales, veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por TELMEX Colombia S.A. (hoy Claro) contra la sentencia del veinticinco (25) de junio de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso de reparación directa promovido por la señora Gloria Carmenza Giraldo Botero contra la Central Hidroeléctrica de Caldas – CHEC S.A. E.S.P.² y la recurrente.

LA DEMANDA

En ejercicio del medio de control interpuesto el 18 de diciembre de 2012 (fls. 2 a 7, C.1), la parte demandante solicitó lo siguiente:

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, CHEC.

Pretensiones

1. Que se declare administrativa y patrimonialmente responsables a la CHEC y a TELMEX por los perjuicios causados a la parte demandante como consecuencia de la caída de un cable metálico sobre su vehículo de placas NAK327.
2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la parte demandada al pago de perjuicios materiales en sus modalidades de daño emergente (\$7'031.193 por concepto de los repuestos, manos de obra y depreciación del vehículo) y lucro cesante (\$1'800.000 por concepto de transporte en taxi durante 15 días).
3. Que se indexen las sumas a pagar.

Hechos

La parte accionante sustentó sus pretensiones bajo los siguientes supuestos de hecho (fls. 3 y 4, C.1), que en resumen indica la Sala.

1. El 26 de febrero de 2011, el vehículo de placas NAK327, propiedad de la señora Gloria Carmenza Giraldo Botero, se encontraba parqueado en el parqueadero externo de la residencia de ésta, ubicada en la calle 69A # 27-135, edificio Ana María del barrio Palermo en Manizales.
2. En la citada fecha, alrededor de las 4:30 p.m., se presentó una explosión en el poste que sostiene los cables de energía eléctrica y televisión por cable de las empresas CHEC y TELMEX, ubicado en la dirección antes indicada.
3. La mencionada explosión ocasionó que sobre el vehículo propiedad de la accionante cayera un cable con un terminal robusto metálico, que generó daños en el automotor en el techo y en el vidrio trasero izquierdo del mismo.
4. La accionante se comunicó inmediatamente con las entidades prestadoras de servicios domiciliarios, quienes manifestaron que el cable de televisión que había caído sobre el vehículo pertenecía a la empresa TELMEX, la cual envió a sus técnicos en horas de la noche, para hacer las reparaciones pertinentes.

5. El 28 de marzo de 2011, la parte actora reportó el siniestro a TELMEX, solicitándole asumir el pago de los perjuicios causados.
6. Mediante oficio del 16 de agosto de 2011, TELMEX manifestó a la accionante que la responsabilidad por el hecho dañino correspondía a la CHEC, por lo que debía remitir la solicitud a esta empresa.
7. A la fecha de presentación de la demanda, ninguna de las empresas demandadas ha asumido la responsabilidad por los daños causados.
8. El cambio del techo del vehículo ocasiona pérdida o depreciación económica del mismo, pues por tal circunstancia el precio en el mercado baja ostensiblemente, y además el automotor no había tenido ningún tipo de siniestro.
9. Según cotización hecha a la parte actora, la reparación del vehículo asciende a la suma de \$5'031.193.
10. Durante los 15 días hábiles que tarda el arreglo del vehículo, la parte actora debía gastar \$1'800.000 por transporte en taxi.

Fundamentos de derecho

Manifestó la parte actora que las empresas accionadas incurrieron en una falta del deber objetivo de cuidado, y además han sido negligentes, pues pese a ser un hecho evidente, se negaron a conciliar, y no realizaron inspecciones para verificar el estado del vehículo afectado.

Por lo anterior, consideró que le asiste derecho a que la parte demandada responda por los daños ocasionados.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término legal conferido para tal efecto y obrando debidamente representadas, las empresas accionadas contestaron la demanda de la siguiente manera.

CHEC (fls. 57 a 63, C.1)

Precisó inicialmente que en los sistemas de información de la entidad en los que se registran los eventos ocurridos en el sistema de distribución local y las fallas reportadas por los usuarios, no se encontró ningún reporte en la fecha alegada en la demanda ni para la dirección allí señalada, lo que hace

improbable que la supuesta explosión se hubiera generado por una falla en el sistema de distribución de energía.

Refirió que en el sistema de información de la CHEC sólo obra un derecho de petición elevado por la demandante el 23 de agosto de 2013, en el que solicita a la entidad responder por los daños que supuestamente se generaron en su vehículo por la caída de un cable propiedad de TELMEX.

Adujo que no es probable que el cable de televisión se hubiera desprendido por un corto de energía, por las siguientes razones: **i)** en las fotos aportadas no se evidencia que el aislamiento del cable se hubiera roto; **ii)** en el poste estaban ubicadas redes de otras empresas de telecomunicaciones que no se cayeron; **iii)** la demandante nunca manifestó que se hubiera ido la energía eléctrica; y **iv)** los técnicos de TELMEX conciliaron inicialmente con la accionante, lo que es un indicio de responsabilidad.

Sostuvo que en visita realizada por la CHEC al lugar de los hechos se constató que TELMEX no cumplía la totalidad de recomendaciones técnicas incluidas en el contrato 123.08.

En relación con los perjuicios materiales, expuso que no se acreditó por la parte actora que hubiera mandado a reparar su vehículo ni tampoco que hubiera usado y pagado por el servicio de taxi durante 15 días.

Propuso como excepciones las que denominó: ***“LA RED DE TELEVISIÓN DE TELMEX NO SE CAYÓ POR HECHOS IMPUTABLES A CHEC. LA RED SE CAYÓ POR HECHOS IMPUTABLES A TELMEX. POR LO QUE ES TELMEX LA UNICA (sic) EMPRESA LLAMADA A RESPONDER POR LOS SUPUESTOS PERJUICIOS CAUSADOS A LA DEMANDANTE (sic)”***, con fundamento en que el 26 de febrero de 2011 no hubo corto de energía, el estado de las redes eléctricas era adecuado conforme a visita técnica, y además no es probable que el cable de televisión se hubiera desprendido por un corto de energía, según las razones dadas anteriormente; ***“NO ES VIABLE SOLICITAR EL RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS A TÍTULO DE LUCRO CESANTE POR LA PRIVACIÓN DEL USO DE UN VEHICULO (sic) PARTICULAR. SU RECONOCIMIENTO (sic) A TÍTULO DE DAÑO EMERGENTE ESTÁ SUPEDITADO A QUE LA DEMANDADA ACREDITE EL REPLAZO (sic) DEL SERVICIO POR UNO SIMILAR. EN CASO DE QUE EL JUZGADOR, CONSIDERÉ (sic) QUE ES DABLE SU RECONOCIMIENTO A CUALQUIER TITULO (sic) SE DEBE CUANTIFICAREL (sic) SUPUESTO DAÑO CONFORME A SU REAL MAGNITUD”***; y ***“LA EXCEPCIÓN GENÉRICA U OFICIOSA CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 306 DEL CÓDIGO DE***

PROCEDIMIENTO CIVIL", en la medida en que resulten probados hechos que configuren una excepción a favor de la demandada.

TELMEX (fls. 98 a 103, C.1)

Aseguró que las redes de TELMEX en el lugar de los hechos no llevan voltaje, por lo que no pueden producir explosión alguna. Precisó que de conformidad con el interventor de turno de la empresa que atendió el caso, se presentó una descarga eléctrica por la puesta a tierra de uno de los transformadores de la CHEC, lo que ocasionó que la cinta band it donde se sostiene la guaya o mensajero de red se reventara, produciendo la caída del cable.

Anotó que las redes de TELMEX cumplían los parámetros técnicos correctos de instalación.

Adujo que el presente asunto debe manejarse bajo un criterio de responsabilidad objetiva, teniendo en cuenta que el daño fue consecuencia del ejercicio de una actividad riesgosa, como es la conducción de energía a través de redes eléctricas. Acotó que le corresponde a la CHEC, para exonerarse de responsabilidad, probar la inexistencia de nexo causal por la ocurrencia de una causa externa.

Formuló los medios exceptivos que denominó: *"Teoría del riesgo excepcional"*, en tanto la conducción de energía constituye una actividad que por sí misma es peligrosa y, por tanto, cualquier tipo de daño que se produzca a partir de la misma debe ser indemnizado por quien genera el riesgo, esto es, por la CHEC; *"Inexistencia de culpa de Telmex Colombia S.A"*, como quiera que la responsabilidad por los hechos que dieron origen a esta demanda corresponde a la CHEC; *"Eximente de responsabilidad Hecho de un tercero"*, teniendo en cuenta que la ocurrencia del hecho se debió a la descarga eléctrica producida por los transformadores de la CHEC; y *"Buena fe de la parte demandada"*, en la medida en que TELMEX cumple todos los parámetros técnicos de seguridad requeridos para la prestación del servicio de telefonía y cable, siendo este un caso fortuito.

LLAMAMIENTOS EN GARANTÍA

La CHEC llamó en garantía a TELMEX (fls. 1 a 4, C.2), con fundamento en el contrato n° 123.08 suscrito entre ambas empresas, a través del cual se concedió a la llamada en garantía el uso de la infraestructura eléctrica para la extensión de redes y demás elementos necesarios para la prestación de los servicios de telecomunicaciones y de señal de televisión por suscripción.

Del mismo modo, llamó en garantía a la Compañía Aseguradora de Fianzas – CONFIANZA S.A. (fls. 1 a 3, C.3), con ocasión de la póliza n° RO011535, con vigencia entre el 1° de febrero de 2009 y el 1° de mayo de 2011.

Por su parte, TELMEX llamó en garantía a CHUBB de Colombia Compañía de Seguros S.A. (fls. 1y 2, C.4), con fundamento en la póliza 43082632, con vigencia entre el 15 de julio de 2010 al 15 de julio de 2011.

Con autos del 5 (fls. 16 y 17, C.3), del 14 de noviembre de 2013 (fls. 29 y 30, C.2) y del 27 de marzo de 2014 (fls. 11 y 12, C.4), el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, a quien le correspondió inicialmente el conocimiento del proceso, admitió los llamamientos en garantía formulados por la CHEC y TELMEX.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y DE LOS LLAMAMIENTOS EN GARANTÍA

TELMEX (fls. 48 a 53, C.2)

La citada empresa se pronunció en iguales términos a los señalados en la contestación de la demanda.

Compañía Aseguradora de Fianzas – CONFIANZA S.A. (fls. 26 a 31, C.3)

Se abstuvo de pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda, ante el desconocimiento de los fundamentos fácticos de las mismas.

En relación con el llamamiento, explicó que la póliza no cubre la condena que eventualmente tuviera que pagar la CHEC por los perjuicios generados a la demandante sino que abarca los daños y perjuicios causados con ocasión del contrato n° 123.08, dentro de las condiciones y términos establecidos.

Sostuvo que a TELMEX no puede aplicársele un régimen de responsabilidad objetivo, como quiera que no tiene a su cargo una actividad peligrosa, como es el transporte de energía eléctrica.

Indicó que la póliza no cubre todos los eventos de responsabilidad civil que le sean imputables a la CHEC sino únicamente aquellos que también le sean imputables a TELMEX, con ocasión del contrato n° 123.08.

Propuso como excepciones, las que denominó: **“LOS PRESUNTOS DAÑOS NO LE SON IMPUTABLES A TELMEX S.A.”**, teniendo en cuenta que los

cables de TELMEX cayeron como consecuencia de una explosión que no puede ser imputable a las mismas redes, ya que éstas no tienen voltaje, sino al transformador de la CHEC que generó una descarga eléctrica; **“AUSENCIA DE PRUEBA DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS”**, en tanto la actora no sólo no demostró que hubiera incurrido en el gasto de transportarse 15 días en taxi, sino que tampoco acreditó la necesidad de incurrir en dicho gasto; y **“DEDUCIBLE”**, de conformidad con el artículo 1.056 del Código de Comercio y en cuantía del 10% de la suma a pagar, porcentaje que en ningún caso puede ser inferior a \$2'000.000.

CHUBB de Colombia Compañía de Seguros S.A. (fls. 27 a 36, C.4)

Se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que carecen de fundamento fáctico y jurídico, acorde con las siguientes excepciones formuladas: **“HECHO DE UN TERCERO”**, dado que la caída del cable se dio por una explosión en el poste, la cual no fue generada por las redes de TELMEX sino por las de la CHEC; **“EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE TELMEX COLOMBIA POR CAUSA EXTRAÑA”**, entendida esta última como la explosión en el poste que sostenía los cables de TELMEX; **“AUSENCIA DE CULPA”**, en tanto la parte actora no demostró la culpa de TELMEX en el suceso y no le basta con acreditar el simple hecho de responsabilidad por causa de su actividad; **“ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”**, ya que los perjuicios alegados no fueron demostrados; **“AUSENCIA DE PRUEBA DEL PERJUICIO PATRIMONIAL”**, sustentada en que la parte actora no acreditó haber padecido un daño emergente ni un lucro cesante, con ocasión de los supuestos daños generados en su vehículo; y **“GENERICA (sic)”**, de conformidad con lo previsto por el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

En punto al llamamiento en garantía, la aseguradora propuso los siguientes medios exceptivos: **“EXCLUSIÓN DEL CONDICIONADO GENERAL DE LA POLIZA (sic)”**, en el entendimiento que la póliza excluyó expresamente el lucro cesante, así como los perjuicios patrimoniales causados por obligaciones o responsabilidades adquiridas por el asegurado en virtud de contratos o por daños a aeronaves, embarcaciones, trenes o vehículos a motor destinados y autorizados para transitar por vías públicas; y **“GENERICA (sic)”**, en los términos del artículo 282 del Código General del Proceso – CGP³.

LA SENTENCIA APELADA

³ En adelante, CGP.

El 25 de junio de 2018, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (fls. 257 a 268, C.1), a través de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, de conformidad con las siguientes consideraciones.

Inicialmente precisó que el régimen de imputación de responsabilidad a aplicar en este caso sería el de riesgo excepcional, como quiera que el daño reclamado se originó de manera directa o indirecta por una actividad peligrosa, como es la conducción de energía eléctrica.

A continuación, el Juez indicó que el daño, consistente en las averías causadas el 26 de febrero de 2011 al vehículo de placas NAK327 propiedad de la actora, por la caída de un cable de la empresa TELMEX, se encontraba plenamente acreditado en el proceso.

En lo que respecta a la imputación del daño, indicó que entre la CHEC y TELMEX se suscribió el contrato 123.08, cuyo objeto era la concesión del uso de la infraestructura eléctrica propiedad de la primera empresa, para que la segunda compañía extendiera sus redes y demás elementos necesarios para la prestación de servicios de telecomunicaciones y de señal de televisión por suscripción.

Señaló que en razón de ese contrato, el poste ubicado en la calle 69A # 27-135 de Manizales, el cual era propiedad de la CHEC, estaba siendo usado por TELMEX para la prestación del servicio público de telecomunicaciones.

Expuso que de conformidad con el contrato suscrito entre ambas empresas, los daños ocasionados a terceros en su humanidad o bienes, derivados de fallas que se originen, transmitan o sucedan en las redes y equipos de TELMEX, no serían responsabilidad de la CHEC, salvo que aquellos se generaran por la mala manipulación de las redes por parte de esta última.

Sostuvo que en el expediente no existe prueba de que el 26 de febrero de 2011, funcionarios o contratistas de la CHEC hubieran ejecutado labores en el sector de la calle 69A # 27-135, y que como consecuencia de una errada manipulación de las redes eléctricas se causara daño alguno en el cableado propiedad de TELMEX.

Indicó que de conformidad con el artículo 2.355 del Código Civil, existe responsabilidad de reparar un daño por la caída de un objeto, sin que sea necesario analizar la culpa del autor, pues basta que la cosa con la que se causa el daño le pertenezca o esté bajo su guarda.

En ese sentido, consideró que el daño causado a la parte demandante debe ser reparado por TELMEX, como quiera que aquél se produjo por la caída de un cable propiedad de esta empresa.

En relación con los perjuicios solicitados, el Juez de primera instancia condenó a TELMEX a reconocer a título de daño emergente y de manera indexada, el valor de la cotización realizada por Automotriz Caldas Motor el 1º de septiembre de 2001 a TELMEX, por valor de \$634.554.

El Juez *a quo* negó la pretensión de reconocimiento de lucro cesante, precisando que el concepto en el que englobaba su petición correspondía realmente a un daño emergente y, en todo caso, que no había acreditado haber hecho uso del servicio de taxi para desarrollar sus actividades labores o de otra índole.

En lo que respecta al llamamiento en garantía, indicó que conforme a la póliza de responsabilidad civil extracontractual tomada por TELMEX con la compañía de seguros CHUBB de Colombia S.A., era procedente que ésta respondiera por la condena impuesta a la asegurada, en los términos y montos establecidos en la póliza.

Finalmente condenó en costas a TELMEX.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por el Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, TELMEX interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (fls. 274 a 278, C.1), de la siguiente manera.

Sostuvo que la caída del cable que ocasionó el daño al vehículo de la parte actora ocurrió como consecuencia de una explosión, la cual sólo podía generarse en las redes de energía, pues las redes de TELMEX no tienen ningún tipo de voltaje.

En ese sentido, aseguró que el transformador generó una descarga eléctrica que ocasionó el desprendimiento del cable. Luego entonces, la responsabilidad por los perjuicios reclamados es de la CHEC y no de TELMEX.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante y CONFIANZA S.A.

Guardaron silencio.

CHEC (fls. 13 y 14, C.6)

Intervino para solicitar se confirme la providencia recurrida, por cuanto el hecho dañoso no ocurrió por la actividad desplegada por la CHEC sino que el daño antijurídico padecido por la parte actora es netamente responsabilidad de TELMEX.

TELMEX (fls. 15 y 16, C.6)

Se ratificó en los argumentos expuestos en su recurso de apelación, haciendo hincapié en que el daño se generó por una explosión en el poste, lo cual sólo pudo ocurrir debido al transformador de energía eléctrica ubicado en el mismo.

CHUBB de Colombia S.A. (fls. 17 a 20, C.6)

Aseguró que el fallo de primera instancia no tuvo en cuenta los elementos materiales probatorios que dan cuenta de la existencia de una explosión en el poste que ocasionó la caída del cable propiedad de TELMEX, sino que por lo contrario, se basa en simples suposiciones personales.

Indicó que en el proceso se demostró que las redes de TELMEX cumplían los parámetros técnicos y que no producen voltaje, por lo que no es posible que hubieran generado el daño por sí mismas.

Cuestionó que se responsabilizara a TELMEX con base en el contrato de servidumbre de redes, por cuanto el daño se derivó de una falla en las redes eléctricas, propiedad de la CHEC.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

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

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 13 de diciembre de 2018, y allegado el 21 de enero de 2019 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 3, C.6).

Admisión y alegatos. Por auto del 27 de febrero de 2019 se admitió el recurso de apelación (fl. 4, C.6); posteriormente se corrió traslado para

alegatos (fl. 9, *ibídem*), derecho del cual hicieron uso la CHEC, TELMEX y la aseguradora CHUBB de Colombia S.A. (fls. 13 y 14, 15 y 16 y 17 a 20, C.6, respectivamente). El Ministerio Público no intervino en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 19 de julio de 2019 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 25, C.6), la que se dicta en seguida, atendiendo el orden de ingreso del respectivo proceso para tales efectos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por TELMEX contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue formulado.

Problema jurídico

La cuestión que debe resolverse en el *sub examine* se centra en resolver la siguiente pregunta:

¿El daño ocasionado al vehículo de placas NAK327, propiedad de la parte actora, por la caída de un cable de telecomunicaciones que se encontraba ubicado en un poste de energía eléctrica, es jurídicamente imputable a la CHEC y/o a TELMEX?

Para despejar el interrogante planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** elementos generales de responsabilidad del Estado; **ii)** régimen de responsabilidad aplicable en los eventos de daños derivados de la actividad de conducción de energía eléctrica; y **iii)** acreditación de los elementos del régimen de responsabilidad en el caso concreto.

1. Elementos generales de la responsabilidad

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al actual artículo 140 del CPACA que consagra el medio de control de reparación directa, cuyo ejercicio dio origen al presente proceso y que establece la posibilidad que tiene el interesado de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación

administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

La responsabilidad del Estado puede surgir en virtud de diversos títulos de imputación tales como la falla del servicio, el daño especial, o la denominada teoría del riesgo, los cuales obedecen a diversas situaciones en las que el Estado, a través de sus autoridades, está llamado a responder por la producción de un daño antijurídico.

Atendiendo el título de imputación aplicable en cada caso, se constatará la existencia de los siguientes elementos que estructuran la responsabilidad de la administración pública por sus hechos u omisiones; aspectos éstos que conviene dilucidar a manera de exordio.

La jurisprudencia y la doctrina, a partir de las sucesivas reformas constitucionales y legales que se han dado en Colombia, han señalado que para deducir la responsabilidad de la administración pública por sus hechos u omisiones, deben reunirse tres condiciones:

Como primer elemento de la responsabilidad pública, el *daño o perjuicio* por el cual se reclama la indemnización debe tener la característica de ser resarcible, indemnizable, teniendo en cuenta que no todos lo son; algunos perjuicios no son resarcibles por parte de quien los ocasiona, como sucede cuando la persona que los padece está obligada a asumir las consecuencias en virtud del mandato legal o constitucional, impuesto en función del interés general, cuando éste prima sobre el interés individual.

El *hecho de la administración* se concreta en una actuación u omisión de los agentes del Estado, cuando obran u omiten obrar en ejercicio de sus funciones públicas, es decir, en representación de la administración, salvo cuando se configura lo que en la doctrina y jurisprudencia se conoce como la *falta personal del agente*, caso en el cual, responde el empleado total o parcialmente por los perjuicios derivados del hecho.

Finalmente entre la acción u omisión y el perjuicio debe mediar una *relación de causalidad*, lo cual impone al actor el deber de demostrar que el perjuicio provino exactamente de las actuaciones u omisiones de la administración, con un nexo de causa a efecto, el que se rompe, como también lo ha dicho la jurisprudencia, cuando se prueba una causa extraña a la administración en la producción del daño, como la culpa de la propia víctima, el hecho de un tercero o una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito.

Por regla general, corresponde a la parte demandante la comprobación

plena de los hechos de su demanda, en los términos del artículo 167 del CGP, es decir, de los tres elementos que permiten deducir la responsabilidad.

2. Régimen de responsabilidad aplicable

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto es necesario remitirse al texto mismo de la demanda y a la manera en la cual se estructuraron las imputaciones relacionadas con la responsabilidad extracontractual de la Administración; ello no obstante la aplicación del aforismo jurídico "*venite ad factum, iura novit curia*" (dame los hechos, el Juez dará el Derecho), que significa que en materia de acciones de reparación directa se permite al Juez de la causa acudir al régimen de responsabilidad que más se ajuste a los hechos que dan origen al proceso, sin que se esté limitado a lo expuesto por el actor o los sujetos procesales⁴.

Las imputaciones jurídicas de la demanda realizadas contra la CHEC y TELMEX aluden a la falta del deber objetivo de cuidado de ambas en relación con el cable de telecomunicaciones que, con ocasión de una explosión en el poste de energía eléctrica ubicado en la calle 69A # 27-135 del barrio Palermo en Manizales, cayó sobre el vehículo de la parte demandante.

Tratándose pues de un daño derivado del desarrollo de una actividad de conducción de energía eléctrica, es procedente aplicar en este caso el título o régimen general objetivo de imputación por riesgo excepcional, respecto del cual el Consejo de Estado se ha pronunciado en el siguiente sentido⁵:

3.2.1. Así las cosas, en cuanto a la imputación alegada frente a ELECTROCORDOBA, encuentra la Sala que, la actividad de generación, distribución y comercialización de energía eléctrica, es en sí misma una actividad lícita del Estado que somete a los ciudadanos, por regla general, a un riesgo excepcional y que, por lo tanto, podría generar perjuicios. Respecto a este título de imputación, aplicable al caso concreto, se considera pertinente citar algunos apartes del fallo proferido el 14 de junio de 2001, que precisó:

“Con anterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991, esta Sala elaboró y desarrolló los fundamentos de varias teorías o regímenes que permitían sustentar, con base en el análisis del caso concreto, la responsabilidad del Estado. “Así, se desarrolló, entre otras, la

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 14 de agosto de 2008. Radicación número: 47001-23-31-000-1995-03986-01(16413).

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 28 de abril de 2010. Radicación número: 23001-23-31-000-1997-08570-01(18925).

teoría del riesgo excepcional, cuyo contenido, precisado en varios pronunciamientos, fue presentado muy claramente en sentencia del 20 de febrero de 1989, donde se expresó:

*'...Responsabilidad por el riesgo excepcional. Según esta teoría, el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un "riesgo de naturaleza excepcional" que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio...'*⁶

"Precisó el Consejo de Estado, en aquella oportunidad, que el régimen de responsabilidad por riesgo excepcional podía incluirse dentro de los denominados regímenes objetivos, en los que el elemento falla del servicio no entra en juego. En efecto, no está el actor obligado a probarla ni el demandado a desvirtuarla, y la administración sólo se exonera demostrando la existencia de una causa extraña, que rompa el nexo de causalidad.

"A partir de la expedición de la nueva Constitución Política, todo debate sobre la responsabilidad del Estado debe resolverse con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la misma, según el cual éste responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, que les sean imputables. Debe establecerse, entonces, en cada caso, si existen los elementos previstos en esta disposición para que surja la responsabilidad.

*"Sin embargo, reflexiones similares a las realizadas para justificar la teoría de la responsabilidad por el riesgo excepcional permiten afirmar, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, que el régimen aplicable en caso de daño causado mediante actividades o cosas que exponen a los administrados a un riesgo grave y anormal, sigue siendo de carácter objetivo. En efecto, basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. Es ésta la razón por la cual la Corporación ha seguido refiriéndose al régimen de responsabilidad del Estado fundado en el riesgo excepcional, en pronunciamientos posteriores a la expedición de la nueva Carta Política..."*⁷

⁶ Cita de cita: Cita original: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III, 20 de febrero de 1989. Expediente 4655. Actor: Alfonso Sierra Velásquez.

⁷ Cita de cita: Cita original: Ver, entre otras, sentencia de la Sección Tercera, de 16 de junio de 1997, expediente 10024.

*“No se trata, en consecuencia, de un régimen de falla del servicio probada, ni de falla presunta, en el que el Estado podría exonerarse demostrando que actuó en forma prudente y diligente. **Al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de la actividad riesgosa.** Y de nada le servirá al demandado demostrar la ausencia de falla; para exonerarse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima.”⁸ – Resalta la Sala-*

Así mismo, en otra oportunidad en la cual se debatió la responsabilidad del Estado derivada de redes eléctricas y de alto voltaje, esta misma Sección manifestó:

“En primer término, es preciso afirmar que cuando el Estado, en cumplimiento de sus deberes y fines constitucionales y legales de servir a la comunidad y promover la prosperidad general, construye una obra o presta un servicio público utilizando recursos o medios que por su propia naturaleza generan un peligro eventual o un riesgo excepcional para la vida, la integridad o los bienes de los asociados, está llamado a responder por los daños que se produzcan cuando dicho peligro o riesgo se realice, por cuanto de no hacerlo estaría imponiendo a las víctimas, en forma ilegítima, una carga que vulneraría el principio constitucional de igualdad frente a las cargas públicas que están llamados a soportar todos los administrados, como contraprestación por los beneficios que les reporta la prestación de los servicios públicos.

“En estos casos la actuación del Estado se encuentra enmarcada dentro de la legalidad y no existe reproche en su conducta administrativa; es decir, es una típica responsabilidad sin falta o responsabilidad objetiva frente a la cual la administración solamente puede exonerarse si demuestra que el daño se produjo por fuerza mayor o culpa exclusiva y determinante de la víctima.”⁹ (Negrilla del texto).

En ese entendimiento, como acertadamente lo señaló el Juez *a quo*, procede resolver la cuestión en estudio con base en el régimen de riesgo excepcional, conforme al cual deben acreditarse por la parte actora los presupuestos que permitan endilgar responsabilidad a las entidades enjuiciadas, que para el *sub examine* se concretan en el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre éste y la actividad que generó el riesgo.

3. Hechos acreditados

⁸ Cita de cita: Sección Tercera, sentencia de 14 de junio de 2001, expediente 12.696.

⁹ Cita de cita: Sentencia de 15 de marzo de 2001, exp. 11.162.

En aras de establecer si los elementos del régimen de responsabilidad aplicable en este asunto se encuentran configurados, procede esta Sala de Decisión a reseñar preliminarmente las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos que dieron origen a esta demanda y que se encuentran acreditados en el expediente.

a) Propiedad del vehículo de placas NAK327

De conformidad con el certificado expedido el 8 de mayo de 2012 por la Secretaría de Tránsito de Manizales (fl. 39, C.1), el vehículo de placas NAK327 es propiedad de la señora Gloria Carmenza Giraldo Botero.

b) Caída de un cable de telecomunicaciones de TELMEX

De los documentos denominados “NOTAS ESPECIALES DEL SUSCRIPTOR” visibles de folios 9 a 11 del cuaderno 5 y elaborados por personal de TELMEX, en concordancia con las declaraciones rendidas por los señores Aimer Andrés Díaz Suárez¹⁰ y Jorge Iván Hoyos Vanegas¹¹, se extrae que el 26 de febrero de 2011 en horas de la tarde, los cables de la red de TELMEX ubicados en el poste de energía de la calle 69A # 27-135 del barrio Palermo en Manizales, se descolgaron sobre el vehículo propiedad de la accionante, ocasionándole averías al mismo.

c) Trámite adelantado ante TELMEX para el reconocimiento de los perjuicios ocasionados

El 29 de marzo de 2011, la señora Gloria Carmenza Giraldo Botero elevó petición a TELMEX (fl. 33, C.1), solicitando la reparación de su vehículo de placas NAK327, averiado por la caída del cable propiedad de dicha empresa el 26 de febrero de 2011 a la 4:30 p.m., así como los perjuicios que demande su desplazamiento diario. Mencionó que en dicha fecha y hora, se escuchó una explosión y que al salir a revisar encontró dos cables grandes en el suelo, y que uno de ellos había caído sobre su automotor. Aportó fotografías (fls. 34 a 38, ibídem).

El 19 de abril de 2011, la señora Gloria Carmenza Giraldo Botero elevó petición a TELMEX (fl. 79, C.1), solicitando nuevamente la reparación de su vehículo así como los perjuicios que demande su desplazamiento diario. Refirió que el día del suceso se escuchó “un ruido” y que al salir a revisar

¹⁰ Minuto 1:02:28 a 1:15:52 del audio contenido en el CD obrante a folio 208, C.1.

¹¹ Minuto 1:15:57 a 1:26:14 del audio contenido en el CD obrante a folio 208, C.1.

encontró que un cable con el conector acerado se había descolgado y caído sobre el capicete de su automotor. Aportó fotografías (fls. 34 a 38, ibídem).

Con Oficio nº 144778 del 1º de junio de 2011 (fl. 31, C.1), la Gerencia PQR Residencial de TELMEX le informó a la demandante que “(...) el día 29 de abril de 2011 nuestro aliado técnico concilio (sic) con la peticionaria el reconocimiento de los daños ocasionado (sic)”.

Mediante Oficio nº RVA10000 - 166697 del 16 de agosto de 2011 (fl. 32, C.1), suscrito por la Gerente Nacional de PQR Residencial de TELMEX en relación con una comunicación elevada por la parte actora el 26 de julio de 2011, le manifiesta a la demandante lo siguiente:

Que verificado en nuestro sistema de gestión y validando la información se estableció de acuerdo a visita realizada por nuestro personal técnico sobre el daño ocasionado el día 26 de febrero de 2011 en la dirección Calle 69 27-135 al vehículo Renault Clio con placas NK 327 donde se evidenció un corto de energía en las redes que generó una explosión la cual ocasionó la ruptura y desprendimiento de algunos dispositivos de nuestra compañía, los cuales ya fueron levantados del terreno.

No obstante de acuerdo a lo anterior se estableció que la responsabilidad sobre el hecho ocurrido corresponde a la empresa de energía por lo que le solicitamos se remita con dicha entidad para hacer su reclamación.

d) Reclamación presentada ante la CHEC

El 24 de agosto de 2011, la señora Gloria Carmenza Giraldo Botero elevó petición a la CHEC (fls. 43 a 45, C.1), solicitando asumir la responsabilidad por los hechos en los cuales su vehículo sufrió averías, con la consecuente reparación de los perjuicios. Indicó que el 26 de febrero de 2011 en horas de la tarde se generó una explosión en el poste y como consecuencia de ello cayó un cable sobre su vehículo.

El 31 de agosto de 2011, se realizó una revisión técnica por parte de un funcionario de la CHEC (fl. 76, C.1), en la que indicó: “Como lo dice la usuaria el daño fue ocasionado por elementos que sujetaban el cable de propiedad de TELMEX, el daño no lo ocasiono (sic) el poste. Es de anotar que la CHEC alquila los postes para que las otras empresas soporten sus redes en ellos utilizando los elementos mecánicos y de protección adecuados para cada tipo de red”.

Con oficio del 7 de septiembre de 2011 (fl. 80, C.1), la CHEC le informó a la demandante que el daño no se produjo por acción u omisión de la empresa, ni por la ejecución de trabajos en el sector o por fallas en la calidad de la

potencia suministrada, sino por el desprendimiento de una red de TELMEX. Le aclaró que el alquiler de los postes es una obligación de la entidad impuesta por la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG.

4. Acreditación de los elementos del régimen de responsabilidad aplicable en el caso concreto

La Sala pasa a establecer si las empresas accionadas son responsables por el supuesto daño padecido por la parte actora, acudiendo para tal examen al título de imputación por riesgo excepcional.

4.1 El daño

En relación con la noción de daño, como primer requisito del proceso de determinación de la responsabilidad que le pueda caber a la entidad enjuiciada, la Sala observa que ese concepto se distingue del referido al perjuicio, entendido el primero como el hecho o situación objetiva verificable con los sentidos, que lesiona de manera definitiva un derecho o interés lícito o altera su goce pacífico; el segundo corresponde al menoscabo patrimonial subjetivo sufrido por la víctima del daño y como consecuencia directa de este, que comporta su faz indemnizable¹².

Esa misma postura ha sido adoptada por el Consejo de Estado al señalar que *“(...) es necesario reiterar que el daño antijurídico es el primer elemento de la responsabilidad, y una vez verificada su configuración, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada, como quiera que aquél es requisito indispensable de la obligación de reparar. En ese orden de ideas, el daño, en su aspecto objetivo, debe ser entendido como la lesión de un derecho, interés o atributo de la persona, sin que exista la necesidad de relacionarlo con la actividad que lo causó, pues es una entidad fenoménica u ontológica que lejos de estar relacionado con el deber ser de las cosas, es un dato objetivo apreciable por los sentidos y, por consiguiente, una entidad natural. De allí que, la mera ocurrencia del daño y su nota de antijuricidad es el presupuesto indispensable que genera el deber de reparar. (...) La labor del juez, en principio, se reduce simple y llanamente a la constatación del daño como entidad, como violación a un interés legítimo, esto es, como fenómeno, como dato objetivo o de conocimiento dado por la experiencia, luego, aquél asume una posición axial frente al mismo, lo que imprime el sello de antijurídico o jurídico,*

¹² Antaño la Corte Suprema de Justicia afirmó que *“(...) el daño, considerado en sí mismo, es la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio, al tiempo que el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó”*. Sala de Negocios Generales, 13 de diciembre de 1943, M.P. Dr. Cardozo Gaitán.

y una vez estructurado éste, comprobar la posibilidad de imputación o no, a la entidad demandada” ¹³.

Es preciso recordar que en el ordenamiento jurídico colombiano, a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, no basta la demostración de la ocurrencia del daño puro y simple para exigir del Estado la obligación de repararlo, sino que se requiere que el mismo sea calificado como antijurídico¹⁴.

La antijuridicidad del daño representa, entonces, la ausencia del deber jurídico de soportarlo por parte de quien lo sufre. Ahora, el daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo se torna imprescindible que se acrediten los aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama, a saber: **i)** debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo, como se indicó; **ii)** que se lesione un derecho, bien o interés protegido legalmente por el ordenamiento; **iii)** que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente, de manera que no puede limitarse a una mera conjetura o alea.

En el caso que convoca la atención del Tribunal, según lo expuesto en la demanda y de conformidad con el material probatorio aportado al proceso, el daño alegado por la parte actora se concreta en las afectaciones sufridas en el capacete y en uno de los vidrios de la puerta trasera del vehículo con placas NAK327, propiedad de la señora Gloria Carmenza Giraldo Botero.

4.2 Nexos de causalidad

En el presente asunto se encuentra demostrado que los daños sufridos por el vehículo de la accionante fueron causados materialmente por un cable de la red de TELMEX que se descolgó del poste de energía eléctrica ubicado en la calle 69A # 27-135, y cayó sobre el automotor que se encontraba parqueado al frente del edificio Ana María del barrio Palermo en Manizales.

A lo largo del trámite del proceso, TELMEX aseguró, y así lo reiteró en su recurso de apelación, que la caída del cable de dicha empresa se debió a un corto circuito que se presentó en el poste y que fracturó la cinta band it que adhería el cable a tal infraestructura eléctrica.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de marzo de 2011. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Exp. 20001-23-31-000-1998-03813-01(18451). Ver también sentencia del 19 de octubre de 2011, de la misma Corporación y Sección, con ponencia de la Dra. Olga Mélida Valle de De La Hoz.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de junio de 2001. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez. Rad. 05001-23-25-000-1992-3233-01(13233)

La Sala considera que, contrario a lo señalado por TELMEX, en el expediente no se encuentra acreditado que en el sector de los hechos ocurriera un corto circuito o una descarga eléctrica que causara el desprendimiento del cable propiedad de la empresa recurrente. Lo anterior, por las razones que pasan a indicarse.

Aun cuando en su demanda la señora Gloria Carmenza Giraldo Botero manifestó que hubo una explosión en el poste que sostenía los cables de energía eléctrica y televisión por cable de las empresas CHEC y TELMEX, lo cierto es que en una de las reclamaciones presentadas ante esta última compañía (fl. 79, C.1), la accionante indicó haber escuchado *“un ruido”*, que bien pudo deberse al desprendimiento mismo de la red con las consecuencias ya descritas.

En inspección judicial llevada a cabo el 21 de noviembre de 2014 (fl. 1, C.5), la parte actora manifestó que el día de los hechos, previo al desprendimiento del cable, *“(…) no ocurrió ninguna explosión o pérdida del servicio eléctrico; sin embargo, afirma que sí se perdió la señal de la televisión por cable”*.

En el interrogatorio de parte que le realizara la CHEC, la accionante reiteró que el día de los hechos escuchó *“un ruido”* y que al salir de su vivienda se percató que el herraje de un cable había caído sobre su vehículo. Indicó así mismo que hubo servicio de energía pero que se fue la señal de TELMEX.

De conformidad con la declaración rendida por el señor José Gregorio Giraldo Hurtado¹⁵ en concordancia con el correo electrónico enviado por este mismo en calidad de Profesional Operación y Calidad de Gestión de Información Operativa de la CHEC (fl. 84, C.1), el día de los hechos no se presentaron cortos circuitos o afectación de las redes eléctricas de la empresa en el circuito de Palermo, y el único evento reportado en el sector fue por el cambio de un conector en la calle 67A # 29A-06, entre las 11:10 y 11:37 a.m.

La anterior información fue reiterada en correo electrónico enviado el 25 de mayo de 2012 por el Profesional Mantenimiento Región 1 del Área de Distribución de Energía de la CHEC, Jorge Alberto Gutiérrez Díaz (fl. 83, C.1), en el que indica que el día de los hechos no se reportó ningún evento para la dirección referida, y que para la misma data sólo se presentó un cambio de conector en el transformador de código M44607, ubicado en la carrera 29 # 67-33.

¹⁵ Minuto 13:37 a 23:38 del audio contenido en el CD obrante a folio 208, C.1.

Los señores Juan Carlos Palacios Ramírez¹⁶ y Carlos Arley Londoño Serna¹⁷, electricistas de la CHEC indicaron en sus declaraciones que en la fecha del suceso no se fue la energía en el sector y no hubo ningún evento relacionado con ello.

El ingeniero electricista Juan Carlos Palacios Ramírez explicó que la CHEC cuenta con un sistema de información que reporta automáticamente los cortos que haya en la red y aclaró que no hubo ninguno para la fecha de los hechos que convocan a esta Sala. Expuso además que de existir un corto circuito, éste deja rastro y necesariamente hay una interrupción del servicio, y como esto no sucedió en el sector y no hay ninguna evidencia de que hubiera acontecido dicho fenómeno, debe entonces descartarse tal teoría.

Sostuvo el mismo testigo que aunque no puede precisar por qué se cayó el cable de telecomunicaciones, una red de este tipo puede fallar por muchas razones, dentro de las cuales están los disturbios eléctricos y cortos circuitos –por lo cual se exige que se respete una distancia mínima de las instalaciones eléctricas–, y también por una mala conexión, deterioro o deficiente calidad del elemento, o por falta de mantenimiento.

Por su parte, el ingeniero electricista Carlos Arley Londoño Serna indicó que según el registro fotográfico y la revisión hecha con posterioridad al evento, no se advierte que hubiera existido un corto circuito sobre la red de TELMEX o que ésta hubiera sufrido una descarga, sino que al parecer pudo ser por fatiga del material o esfuerzo mecánico (deterioro del material o que el material hubiera sufrido un esfuerzo mecánico por alta tensión).

En contraposición a lo expuesto, los señores Aimer Andrés Díaz Suárez¹⁸ y Carlos Arley Londoño Serna¹⁹, en su condición de técnicos de TELMEX que atendieron el evento reportado el 26 de febrero de 2011, informaron que las cintas band it que aseguraban la red de TELMEX se fracturaron por la existencia de un corto circuito, lo que a su vez ocasionó que los cables se descolgaran y cayeran sobre el vehículo de la accionante.

La Sala considera que lo dicho por los referidos testigos no ofrece suficiente certeza en relación con el tema debatido, como quiera que ninguno de ellos tenía conocimiento específico en redes eléctricas sino sólo en las redes de telecomunicaciones de TELMEX. Adicionalmente, reconocieron que no hubo suspensión del servicio de energía en el sector, y admitieron

¹⁶ Minuto 23:54 a 52:47 del audio contenido en el CD obrante a folio 208, C.1.

¹⁷ Minuto 53:29 a 1:02:23 del audio contenido en el CD obrante a folio 208, C.1.

¹⁸ Minuto 1:02:28 a 1:15:52 del audio contenido en el CD obrante a folio 208, C.1.

¹⁹ Minuto 53:29 a 1:02:23 del audio contenido en el CD obrante a folio 208, C.1.

desconocer la fecha en que la empresa realizó mantenimiento en dicho punto.

De otra parte, al explicar que los cortos entre las redes de la CHEC y de TELMEX no es algo muy común debido a la distancia que tienen entre sí (15 o 20 cm.), da lugar a entrever que eventualmente puede generarse un corto circuito si no se respetan las distancias recomendadas para este tipo de instalaciones.

Lo anterior lleva a la Sala a preguntarse si para la época TELMEX atendía los parámetros técnicos dados por la CHEC en el contrato n° 123.08 suscrito entre ambas empresas, teniendo en cuenta que en revisión técnica posterior al evento (junio de 2012), la última constató que las redes de TELMEX instaladas en el lugar de los hechos y en apoyos contiguos no cumplían las recomendaciones para el uso de la infraestructura, específicamente en lo que respecta a las distancias y a la instalación de un aislador tipo carrete, lo que significaba que *"(...) un disturbio eléctrico en alguno de estos dos sitio (sic) podría inducirse fácilmente en la red de Telmex y viajar por su (sic) redes y afectar infraestructura cercana"* (fl. 81, C.1).

Así lo explicó el ingeniero electricista Juan Carlos Palacio Ramírez, sin perjuicio de la existencia de otras variables que generen fallas como la ocurrida, tales como instalación, sujeción, conexiones flojas, deterioro de elementos, mantenimiento, apretado de redes de telecomunicaciones, etc.

Al no hallarse probado que el desprendimiento del cable fue consecuencia de un corto circuito o una descarga eléctrica de las redes de la CHEC, la Sala estima que le asiste razón al Juez de primera instancia en cuanto a que la afectación sufrida por el vehículo de la parte actora no es responsabilidad de la central hidroeléctrica sino de TELMEX, quien además no acreditó la existencia de una causal eximente.

No puede perderse de vista en todo caso que de acuerdo con el contrato n° 123.08 (fls. 5 a 13, C.2), suscrito entre la CHEC y TELMEX para el tendido de redes de fibra óptica, se pactó una exoneración a favor de la CHEC de las reclamaciones elevadas por terceros por daños en su humanidad o bienes, derivados de fallas originadas, transmitidas o sucedidas en las redes y equipos de TELMEX, precisando que la CHEC sólo vería comprometida su responsabilidad en los eventos de mala manipulación de sus redes por parte del personal y contratistas a su cargo, lo cual no fue demostrado en este proceso.

Teniendo en cuenta que la tasación de los perjuicios no fue objeto expreso de

apelación por la parte demandada, considera este Tribunal que sobre la misma no hay lugar a pronunciarse.

Conclusión

Según quedó analizado a lo largo de esta providencia, la responsabilidad por los daños causados al vehículo de la parte accionante corresponde a TELMEX y, en tal sentido, habrá de confirmarse la providencia objeto de apelación.

Costas

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, se condenará en costas en esta instancia a TELMEX por habersele resuelto desfavorablemente su recurso de apelación.

Atendiendo lo previsto por el numeral 3.1.3 del artículo 6 del Acuerdo n° 1887 de 2003²⁰ proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fija un 0.5% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en este proceso como agencias en derecho a cargo de la empresa recurrente.

Según lo dispone el artículo 366 del CGP, la liquidación de las costas se hará de manera concentrada por el Juzgado de primera instancia.

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

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veinticinco (25) de junio de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de reparación directa promovido por la señora Gloria Carmenza Giraldo Botero contra la Central Hidroeléctrica de Caldas – CHEC S.A. E.S.P. y TELMEX Colombia S.A. (hoy Claro).

²⁰ Aplicable al presente asunto por cuanto el proceso inició antes de la entrada en vigencia del Acuerdo n° PSAA16-10554 de 2016, conforme lo establece esta última disposición.

Segundo. CONDÉNASE en costas en esta instancia a TELMEX Colombia S.A. (hoy Claro), las cuales serán liquidadas por el Juzgado de primera instancia, por lo brevemente expuesto. FÍJASE un 0.5% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en este proceso como agencias en derecho.

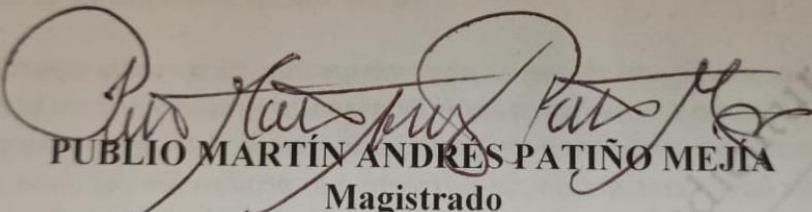
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

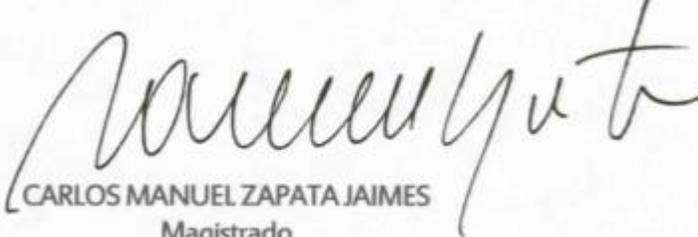
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 036

FECHA: 2 de marzo de 2021

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, resembling the name 'Héctor Jaime Castro Castañeda'.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veintiséis (26) de febrero de dos mil veinte (2020)

RADICADO	17001-33-33-002-2018-00153-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	MARÍA NIDIA BUSTAMANTE
DEMANDADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Encontrándose el proceso de la referencia a despacho para sentencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 213 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, esta Sala de Decisión considera necesario decretar de oficio la práctica de la siguiente prueba de carácter documental.

Por la secretaría de esta corporación **OFÍCIESE** a la secretaría de Educación del departamento de Caldas para que en un término no mayor a diez (10) días, siguientes al recibo de la correspondiente comunicación, remita con destino a este proceso certificación en la que se indique si la señora María Nidia Bustamante, identificada con la cédula de ciudadanía 24.387.503, ya se retiró del servicio docente. En caso positivo, deberá informar en qué fecha, a través de qué acto administrativo se realizó la desvinculación y qué factores salariales percibió en el último año de servicios. Si aún no se ha retirado del servicio, deberá certificar qué factores salariales recibió en el año 2013 y 2014.

Aportada la prueba en mención, por la secretaría de la corporación **CÓRRASE** traslado de la misma a las partes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 110 del Código General del Proceso.

Se hace saber que el único correo electrónico autorizado para la recepción de memoriales es el sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co; y que toda documentación enviada a otro correo electrónico se tendrá por no presentada.

Surtido lo anterior, **REGRESE** inmediatamente el expediente al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia para proyectar la decisión que en derecho corresponda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

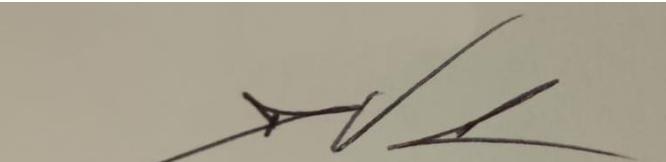
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 25 de febrero de 2021 conforme Acta 009 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado (E)



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

<p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 036 02 de marzo de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.</p> <p>Manizales,</p> <hr/>  <hr/>
<p>HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario</p>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, primero (1) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO	17001-33-33-003-2015-00084-02
MEDIO DE CONTROL	REPETICIÓN
DEMANDANTE	TERMINAL DE TRANSPORTES DE MANIZALES S.A
DEMANDADO	NESTOR EMILIO GARCÍA SUÁREZ

Procede el Despacho Primero del Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre la solicitud de decreto de pruebas en segunda instancia, presentada por la parte accionada dentro de la ejecutoria del auto que admite el recurso de apelación presentando contra la sentencia proferida en primera instancia el 11 de febrero de 2020 por parte del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, conforme a la constancia secretarial obrante en PDF identificado con el número 11 del expediente digital.

ANTECEDENTES

Mediante demanda presentada el 16 de abril de 2015 la Terminal de Transporte de Manizales S.A solicita:

1. Que se declare que el señor Néstor Emilio García Suárez, actuó con dolo y culpa grave como consecuencia de la inexcusable omisión en el ejercicio de sus funciones como secretario general al descuidar y abandonar los procesos ejecutivos tramitados en el Juzgado Segundo Civil Municipal de Manizales, con radicados 2012-00237 y 2014-00216, violando los preceptos del estatuto del abogado.
2. Que se declare responsable al señor Néstor Emilio García Suárez, por generar un detrimento patrimonial a la Terminal de Transportes de Manizales, equivalente a \$27.422.647, por la imposibilidad de recuperar los cánones de arrendamiento dejados de percibir conforme a certificación de la dependencia de Tesorería de la Terminal de Transportes de Manizales S.A.
3. Se declare responsable al señor Néstor Emilio García Suárez, por el detrimento patrimonial equivalente a \$1.232.000, como consecuencia de la condena en costas a la Terminal de Transportes de Manizales dentro del proceso ejecutivo con radicado 2012-00237.

4. Se declare responsable al señor Néstor Emilio García Suárez, por el detrimento patrimonial equivalente a \$30.050, como consecuencia de la condena en costas a la Terminal de Transportes de Manizales dentro del proceso ejecutivo con radicado 2014-00216.

El señor Néstor Emilio García Suárez al contestar la demanda solicita se nieguen las pretensiones de la demanda toda vez que no existe prueba alguna que evidencia una conducta dolosa o una culpa grave.

Después de adelantarse el trámite procesal pertinente el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 11 de febrero de 2020 negó las pretensiones de la demanda al no quedar probado que el demandado hubiere actuado con falta de cuidado o diligencia.

La entidad accionada apela la sentencia esgrimiendo que esta probado que el demandado actuó con falta de cuidado y diligencia en sus obligaciones, lo que generó una condena en contra de la entidad. Es por ello que solicita se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

Mediante escrito presentado mediante correo la parte demandada, teniendo en cuenta el recurso de apelación presentado por la parte actora, solicita se decrete como **PRUEBA SOBREVINIENTE**, la siguiente:

Se solicite se tenga como prueba documental la sentencia con la constancia de ejecutoria producida por la Procuraduría Provincial de Manizales donde fue investigado disciplinariamente, por las mismas razones objeto de esta la acción administrativa. La anterior Sentencia declaró la terminación del proceso y el respectivo archivo por no haber encontrado objeto para seguir dicha investigación.

La parte actora aclara que, si bien la sentencia tiene fecha del 24 de Julio de 2018, para esa época ya había pasado la oportunidad procesal para solicitarla como prueba en la primera instancia.

CONSIDERACIONES

Respecto de las oportunidades probatorias el artículo 212 del CPACA modificado por el artículo 53 de la Ley 2080 de 2021, establece:

ARTÍCULO 212. OPORTUNIDADES PROBATORIAS. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código.

En primera instancia, son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas: la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de reconvención y su contestación; las excepciones y la oposición a las mismas; y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritas a la cuestión planteada.

Las partes podrán presentar los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho, o podrán solicitar la designación de perito, en las oportunidades probatorias anteriormente señaladas.

En segunda instancia, cuando se trate de apelación de sentencia, en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos:

1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo. En caso de que existan terceros diferentes al simple coadyuvante o impugnante se requerirá su anuencia.
2. Cuando fuere negado su decreto en primera instancia o no obstante haberse decretado se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió. En este último caso, solo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento.
3. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos.
4. Cuando se trate de pruebas que no pudieron solicitarse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.
5. Cuando con ellas se trate de desvirtuar las pruebas de que tratan los numerales 3 y 4, las cuales deberán solicitarse dentro del término de ejecutoria del auto que las decreta.

PARÁGRAFO. Si las pruebas pedidas en segunda instancia fueren procedentes se decretará un término para practicarlas que no podrá exceder de diez (10) días hábiles.

Analizado el caso bajo estudio, encuentra el Despacho que el término para contestar la demanda y pedir las pruebas en primera instancia transcurrió del 04/03/2016 al 21/04/2016, por lo que al ser el auto de la Procuraduría proferida el 24 de Julio de 2018, la misma no podía ser pedida como prueba en la primera instancia por no encontrarse dentro de la oportunidad procesal. De otro lado, y al tener relación directa con los argumentos de defensa del demandado para contradecir la tesis de la parte actora

respecto de la falta de cuidado y diligencia del demandando en la ejecución de sus labores, encuentra este Juez que la prueba documental solicitada es conducente y procedente.

En este orden de ideas, téngase como prueba documental el auto del 28 de julio de 2018 proferido por la Procuraduría General de la Nación dentro del proceso disciplinario adelantado contra el señor Néstor Emilio García Suarez.

En virtud de lo anterior, por la Secretaría de la Corporación traslado de la prueba visible en el PDF identificado con el número 09 del expediente digital por el término de tres (3) días.

Vencido el traslado devuélvase el expediente al Despacho para decidir lo pertinente

Es por lo expuesto que,

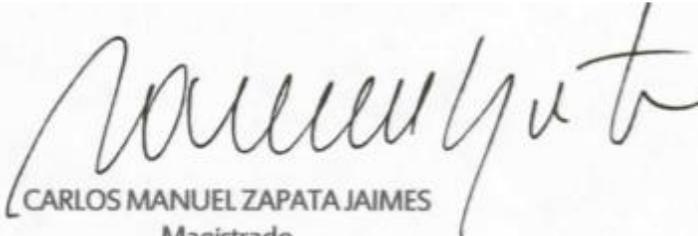
RESUELVE

PRIMERO: DECRETA como prueba documental la decisión del 28 de julio de 2018 proferida por la Procuraduría General de la Nación dentro del proceso disciplinario adelantado contra el señor Néstor Emilio García Suarez y que obra en PDF identificado con numero 09 del expediente digital.

SEGUNDO: por la Secretaría de la Corporación traslado de la prueba visible en el PDF identificado con el número 09 del expediente digital por el término de tres (3) días.

TERCERO: Vencido el traslado devuélvase el expediente al Despacho para decidir lo pertinente

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maestrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 036 02 de marzo de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veintiséis (26) de febrero de dos mil veinte (2020)

PROCESO No.	17-001-23-33-000-2018-00270-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	MARÍA BERNARDA QUINTERO LÓPEZ
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS

Encontrándose el proceso de la referencia a despacho para sentencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 213 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esta Sala de Decisión considera necesario decretar de oficio la práctica de la siguiente prueba de carácter documental.

Por la secretaría de esta corporación **REQUIÉRASE** a la parte demandante para que en un término no mayor a quince (15) días, contados a partir de la notificación de esta providencia, aporte certificado o documento que dé cuenta de los aportes a pensión realizados por la demandante durante el tiempo que estuvo vinculada como docente con el departamento de Caldas mediante órdenes de prestación de servicios, en el cual además se evidencie el nombre de la caja de previsión o fondo pensional al que se efectuaron los mismos.

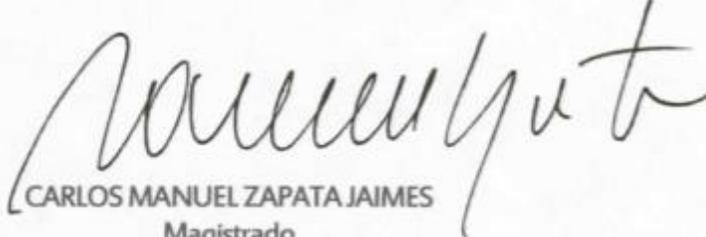
Aportada la prueba en mención, por la secretaría de la corporación **CÓRRASE** traslado de la misma a las partes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 110 del Código General del Proceso.

Se hace saber que el único correo electrónico autorizado para la recepción de memoriales es el sgtadminclld@notificacionesrj.gov.co; y que toda documentación enviada a otro correo electrónico se tendrá por no presentada.

Surtido lo anterior, **REGRESE** inmediatamente el expediente al despacho del magistrado ponente de esta providencia para proyectar la decisión que en derecho corresponda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

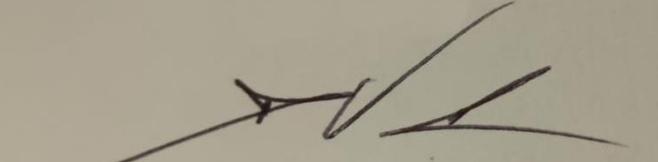
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 25 de febrero de 2021 conforme Acta n° 09 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado (E)



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

<p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 036 02 de marzo de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.</p> <p>Manizales,</p> <hr/>  <hr/>
<p>HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario</p>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Manizales, primero (1°) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

RADICADO	17001-23-33-000-2020-00232-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
DEMANDADA	ANCIZAR OSPINA MARTÍNEZ

Para continuar con el trámite del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, se hace necesario emitir pronunciamiento sobre las excepciones previas planteadas en la contestación de la demanda.

ANTECEDENTES

Colpensiones presentó demanda con la finalidad de que se declare la nulidad de la Resolución VPB 12498 del 30 de julio de 2014 mediante la cual se reconoció una pensión de vejez al señor Ancizar Ospina Martínez; y, como consecuencia de ello, se declare que esta persona no tiene derecho a que se le reconozca esta pensión en los términos de la Ley 33 de 1985, razón por la cual debe reintegrar todos los dineros recibidos a título de mesadas, retroactivos y aportes en salud en virtud del reconocimiento pensional.

Al momento de contestar la demanda el señor Ospina Martínez presentó las excepciones de “buena fe”, “caducidad”, “prescripción” y “genérica”.

Al revisar sus argumentos, ninguna excepción podría catalogarse de previa, según el listado taxativo que aparece en el artículo 100 del CGP. Sin embargo, la excepción de caducidad tiene la calidad de mixta, por lo que también puede ser resuelta en esta oportunidad procesal.

En relación con la excepción de caducidad, y con apoyo en sentencia de la Corte Constitucional, argumentó la parte demandada que partiendo de los términos perentorios

consagrados en el CPACA frente a cada uno de los actos demandados en nulidad, la demanda fue presentada por fuera del término previsto en la ley.

De las excepciones propuestas se corrió traslado a la parte demandante según documento que en el expediente digital se identifica con el número 26, y dentro del término legal se allegó memorial de pronunciamiento mediante el cual se argumentó frente a esta excepción que no está llamada a prosperar, ya que no fue probada de ninguna manera por la parte demandada; aunado a que el libelo petitorio se presentó dentro de los términos de ley.

CONSIDERACIONES

El artículo 175 del CPACA, modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, dispone:

Durante el término de traslado, el demandado tendrá la facultad de contestar la demanda mediante escrito, que contendrá:

1. El nombre del demandado, su domicilio y el de su representante o apoderado, en caso de no comparecer por sí mismo.

2. Un pronunciamiento sobre las pretensiones y los hechos de la demanda.

3. Las excepciones.

4. La relación de las pruebas que se acompañen y la petición de aquellas cuya práctica se solicite. En todo caso, el demandado deberá aportar con la contestación de la demanda todas las pruebas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el proceso.

5. Los dictámenes periciales que considere necesarios para oponerse a las pretensiones de la demanda. Si la parte demandada decide aportar la prueba pericial con la contestación de la demanda, deberá manifestarlo al juez dentro del plazo inicial del traslado de la misma establecido en el artículo 172 de este Código, caso en el cual se ampliará hasta por treinta (30) días más, contados a partir del vencimiento del término inicial para contestar la demanda. En este último evento de no adjuntar el dictamen con la contestación, se entenderá que esta fue presentada en forma extemporánea.

6. La fundamentación fáctica y jurídica de la defensa.

7. El lugar donde el demandado, su representante o apoderado recibirán las notificaciones personales y las comunicaciones procesales. Para tal efecto, deberán indicar también su canal digital.

PARÁGRAFO 1o. *Durante el término para dar respuesta a la demanda, la entidad pública demandada o el particular que ejerza funciones administrativas demandado deberá allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder.*

Cuando se trate de demandas por responsabilidad médica, con la contestación de la demanda se deberá adjuntar copia íntegra y auténtica de la historia clínica pertinente, a la cual se agregará la transcripción completa y clara de la misma, debidamente certificada y firmada por el médico que haga la transcripción.

La inobservancia de estos deberes constituye falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado del asunto.

PARÁGRAFO 2º. *De las excepciones presentadas se correrá traslado en la forma prevista en el artículo 201A por el término de tres (3) días. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre las excepciones previas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en ellas. En relación con las demás excepciones podrá también solicitar pruebas.*

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juez o magistrado ponente las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Antes de la audiencia inicial, en la misma oportunidad para decidir las excepciones previas, se declarará la terminación del proceso cuando se advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se declararán fundadas mediante sentencia anticipada, en los términos previstos en el numeral tercero del artículo 182A.

PARÁGRAFO 3o. *Cuando se aporte el dictamen pericial con la contestación de la demanda, quedará a disposición del demandante por secretaría, sin necesidad de auto que lo ordene.*

Por lo anterior, y según lo establecido en los artículos 100, 101 y 102 del CGP, en concordancia con el artículo 175 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021, como la parte demandada no pidió la práctica de alguna prueba para probar la excepción de caducidad, es procedente resolver la misma antes de continuar con el trámite del proceso.

Frente a esta excepción, la parte demandada sin mayores elucubraciones indica que partiendo de los términos perentorios consagrados en el CPACA frente a cada uno de los

actos demandados en declaratoria de nulidad, la demanda fue presentada por fuera del término previsto en la ley.

En relación con la caducidad, el literal c del numeral 1° del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 dispone:

ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. *La demanda deberá ser presentada:*

1. En cualquier tiempo, cuando:

a) Se pretenda la nulidad en los términos del artículo 137 de este Código;

b) El objeto del litigio lo constituyan bienes estatales imprescriptibles e inenajenables;

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe;

d) Se dirija contra actos producto del silencio administrativo;

e) Se solicite el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo, siempre que este último no haya perdido fuerza ejecutoria;

f) En los demás casos expresamente establecidos en la ley (...).

En este caso, como se ha dejado expuesto, se pretende la nulidad de la resolución mediante la cual se reconoció una pensión de vejez al señor Ancizar Ospina Martínez, al argumentarse que no estaba cubierto por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y, en consecuencia, no se le podía reconocer la pensión bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985.

Lo anterior, denota que el acto administrativo enjuiciado se trata de uno que reconoció una prestación periódica como es la pensión de vejez; en tal sentido, según la norma reproducida, no está sometido a ningún término legal para ser atacado en sede judicial.

De manera sucinta el Consejo de Estado en providencia de la Sección Segunda – Subsección A del 10 de septiembre de 2020, radicado Sección Segunda 25000-23-42-000-2016-00995-01(5510-18) explicó:

El fenómeno de la caducidad es la sanción que limita el ejercicio del derecho sustancial como consecuencia de la presentación de

las acciones judiciales excediendo el plazo que la ley establece para ello. Además, es un presupuesto, ligado al principio de seguridad jurídica, encaminado a eliminar la incertidumbre que representa para la administración la eventual revocatoria de sus actos en cualquier tiempo. A su vez, esta situación define la carga procesal que tienen las partes para impulsar el litigio, pues, de no hacerlo, se pierde la oportunidad para acudir ante la administración de justicia.¹

En el presente caso se debaten actos administrativos que reconocieron una pensión de jubilación,² es decir, una prestación periódica que por su naturaleza podría demandarse en cualquier tiempo, conforme lo dispone el artículo 164 del CPACA³.

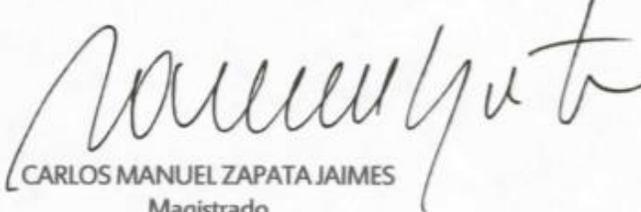
Lo discurrido permite afirmar que la excepción de caducidad no está llamada a prosperar.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE:

- 1. DECLARAR NO PROBADA** la excepción de “caducidad” planteada por la parte demandada, y diferir el análisis de las excepciones de “buena fe”, “prescripción” y “genérica” para el momento de dictarse sentencia.
- 2. En firme este auto,** regrese el expediente para continuar con el trámite del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maestrado

¹ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-652 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, «El derecho de acceso a la administración de justicia resultaría seriamente afectado en su núcleo esencial si, como lo anotó la Corte, “este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie”. Tal interpretación, evidentemente llevaría a la parálisis total del aparato encargado de administrar justicia, e implicaría per se la inobservancia de ciertos derechos de los gobernados, en particular aquel que tienen las personas de obtener pronta y cumplida justicia».

² El *a quo* declaró la caducidad del medio de control respecto de la Resolución 0742 de 23 de diciembre de 1997, pero esta decisión no fue apelada

³ Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

[...]

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe;

[...].

<p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica por Estado Electrónico No. 036 de fecha 2 de marzo de 2021.</p> <p>Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.</p> <p>Manizales,</p> <hr/>  <hr/> <p>HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario</p>

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho para resolver la admisión del recurso de apelación.

Febrero 22 de 2021



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Auto de Sustanciación: 004-2021

Asunto: Segunda instancia

Medio control: Reparación Directa.

Radicación: 17-001-33-33-003-2014-00047-03

Demandante: Jose Luis Marín Valencia y otros.

Demandado: Municipio de Manizales y otros

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, primero (01) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

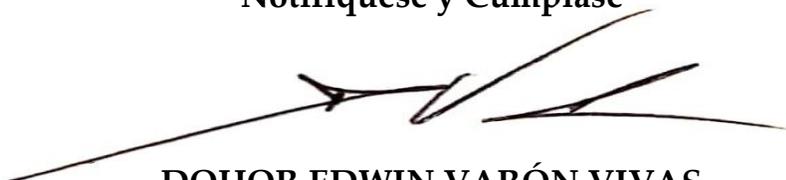
El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia en providencia del 03 de febrero de 2020.

La anterior providencia fue notificada a las partes el 04 de febrero de 2020.

La parte **DEMANDADA (Municipio de Manizales)** presentó recurso de apelación el 05 de marzo de 2020 y La parte **DEMANDADA (Corpocaldas)** presentó recurso de apelación el 17 de marzo de 2020, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admiten los recursos de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

Notifíquese y Cúmplase



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 048

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-33-003-2014-00365-02
Demandante: Gloria de Jesús Bedoya Buriticá
Demandados: Nación – Fiscalía General de la Nación
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 008 del 26 de febrero de 2021

Manizales, veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación contra la sentencia del veintinueve (29) de junio de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió a las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Gloria de Jesús Bedoya Buriticá contra la Nación – Fiscalía General de la Nación.

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 9 de julio de 2014 (fls. 1 a 16, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que previa inaplicación del artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, se declare la nulidad del Oficio n° E-2310,18-201406383 del 21 de abril de

¹ En adelante, CPACA.

2014, con el cual se negó el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se reliquiden debidamente indexadas todas las primas legales y extralegales, la prima de servicios, las vacaciones, la prima de vacaciones, la prima de navidad y las cesantías e intereses a las cesantías, causadas desde el nacimiento del derecho y las que se causen a futuro y el reajuste de los aportes a la seguridad social reliquidados todos con el salario realmente devengado en el que quede integrada la prima de riesgo.
3. Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.
4. Que se condene en costas a la entidad demandada.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente (fls. 1 a 4, C.1):

1. La señora Gloria de Jesús Bedoya Buriticá laboró en el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS² desde el 18 de abril de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2011, en el cargo de Auxiliar de Servicios 02 del área administrativa, adscrito a la Seccional Caldas en Manizales.
2. La asignación básica devengada ascendía a la suma de \$758.270.
3. En razón de su cargo, la parte actora percibió por concepto de prima especial de riesgo un 15% de su asignación básica mensual.
4. Además del salario, el DAS pagaba a la parte demandante mes a mes una prima de riesgo, conforme lo disponía el Decreto 1933 de 1989, modificado por los Decretos 132, 1137 y 2646 de 1994.
5. La prima de riesgo fue concebida, reconocida y pagada a los empleados del DAS por el ejercicio de las labores de alto riesgo en las que se encontraban expuestos a mayor peligro. Les fue cancelada en forma habitual y periódica mes a mes durante el vínculo laboral y como contraprestación directa del servicio.

² En adelante, DAS.

6. El Decreto 1933 de 1989 que creó la prima de riesgo, no la excluyó de ser considerada como factor salarial, e impuso una única limitación a ser percibida y era la de no devengarse simultáneamente con la de orden público.
7. El Decreto 2646 de 1994, además de establecer cuáles cargos tenían derecho a percibir la prima de riesgo, así como el porcentaje para su liquidación, se extralimitó al consignar en su artículo 4 que dicha prima no podía constituir factor salarial.
8. El artículo 13 del Decreto 1932 de 1989 dispuso qué factores constituirían salario además de la asignación básica mensual.
9. Durante toda la relación laboral, el DAS no liquidó las primas y prestaciones sociales causadas, incorporando el porcentaje correspondiente a la prima de riesgo.
10. No se ha expedido acto administrativo que liquide de manera definitiva las prestaciones sociales por retiro de la parte actora.
11. La no inclusión de la prima de riesgo para la liquidación de las prestaciones sociales de la parte actora le generó a ésta perjuicios por la disminución en el valor de sus derechos laborales.
12. El DAS fue suprimido por Decreto 4057 de 2011, por lo que se ordenó que los servidores públicos de dicha entidad fueran incorporados sin solución de continuidad y en la misma condición de carrera o provisionalidad que ostentaban.
13. Posterior a la reubicación, el DAS consignó en la cuenta bancaria de cada empleado lo que consideró deberles, sin que hubiera mediado acto administrativo que fuera debidamente notificado.
14. El 7 de abril de 2014, la parte actora elevó reclamación administrativa ante el DAS, solicitando el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial para todos los efectos legales, con el consecuente reajuste de las prestaciones sociales causadas y las que se causen a futuro.
15. Con el Oficio nº E-2310,18-201406383 del 21 de abril de 2014, el DAS negó el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante invocó como vulneradas las siguientes disposiciones: Constitución Política: artículos 53 y 58; Código Sustantivo del Trabajo: artículo 127; Decreto 1933 de 1989: artículo 4;

Hizo alusión preliminarmente al concepto de salario, para luego traer apartes de sentencia del 1º de agosto de 2013 del Consejo de Estado (radicado: 44001-23-31-000-2008-00150-01(0070-11)), con la cual manifestó que se unificó criterios en torno a si la prima de riesgo constituía factor salarial para los empleados del DAS.

Precisó que aunque la citada providencia se refería a la procedencia de incluir la prima de riesgo para el reconocimiento de pensiones de jubilación o de vejez, lo cierto es que el Consejo de Estado llegó a la conclusión de que sí era procedente, acudiendo a la noción de salario, pues éste no sólo se conforma de la remuneración ordinaria sino también de todo lo percibido de manera habitual y periódica como contraprestación de sus servicios, so pena de violar los derechos al trabajo, la remuneración mínima, vital y móvil y los principios de favorabilidad y de primacía de la realidad sobre las formas.

Explicó que la prima de riesgo fue creada por el artículo 4 del Decreto 1933 de 1989, y posteriormente ampliada a otros funcionarios del DAS con los decretos 132 y 1137 de 1994.

Sostuvo que el Decreto 1933 de 1989 no excluyó la prima de riesgo como constitutiva de salario, como sí lo hicieron posteriormente los Decretos 132, 1137 y 2646 de 1994. En ese sentido, adujo que estas normas se encuentran en contravía del principio constitucional de los derechos adquiridos.

Manifestó que la prima de riesgo ostenta jurisprudencialmente una naturaleza salarial, por cuanto se trata de un beneficio recibido por el trabajador de manera habitual y como contraprestación por la actividad de alto riesgo desempeñada, de manera que debe primar la realidad sobre las formalidades.

Con base en lo anterior, estimó que en el presente asunto debe inaplicarse el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, por cuanto el mismo atenta contra una norma superior, cual es la Carta Política en sus artículos 53 y 58, los cuales amparan los derechos laborales adquiridos y prohíben la extinción de los mismos por la expedición de leyes posteriores.

Expuso que incluso en el Decreto 4057 de 2011 que suprimió al DAS, se reconoció tácitamente el carácter salarial de la prima de riesgo, al

incorporarla a la asignación básica de los empleados de tal entidad que habrían de ser incorporados en otras entidades.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actuando debidamente representadas y dentro del término otorgado para tal efecto, las entidades accionadas contestaron la demanda así:

Fiscalía General de la Nación (fls. 78 a 94, C.1)

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la misma, con fundamento en que no fue la entidad que profirió el acto administrativo demandado ni suscribió algún tipo de relación laboral con la demandante.

Explicó que la prima de riesgo fue creada por el Decreto 1137 de 1994, el cual expresamente señaló que aquella no constituía factor salarial. Indicó que la citada norma fue derogada por el Decreto 2646 de 1994, el cual además de fijar nuevamente la prima de riesgo, retomó la previsión anterior en el sentido que ésta no podía ser considerada factor salarial.

Indicó que el Decreto 2646 de 1994 goza de presunción de legalidad, pues no ha sido anulado o suspendido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y, en tal sentido, debe ser aplicado.

Destacó que no existe precedente del Consejo de Estado en relación con la procedencia de tener como factor salarial a la prima de riesgo para la liquidación de las prestaciones sociales.

Consideró que para solicitar que el Decreto 2646 de 1994 se inaplique, debe hacerse un riguroso juicio de inconstitucionalidad que no se observa en la demanda.

Finalmente expuso que en sentencia del 1º de agosto de 2013 (radicado: 44001-23-33-1000-2008-00150-01), el Consejo de Estado indicó que la prima de riesgo no constituye factor salarial, razón por la cual existe también sustento jurisprudencial en torno a la improcedencia de acceder a las súplicas de la demanda.

Propuso las excepciones que denominó: *“Inepta demanda porque los actos administrativos demandados no son susceptibles de control judicial”*, como quiera que existió un primer acto que liquidó las prestaciones sociales de la parte actora y, en tal sentido, debió ser el acto demandado; ***FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA FISCALÍA***

GENERAL DE LA NACIÓN, AL DEMANDARSE ACTOS ADMINISTRATIVOS DE OTRA ENTIDAD, EL DAS", y atendiendo la supresión del DAS, la entidad llamada a responder sería la Unidad Nacional de Protección; *"CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL"*, en tanto el DAS profirió el acto administrativo en estricto cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales y reglamentarios; *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN o DEL DERECHO RECLAMADO"*, por las razones expuestas en la contestación; *"FALTA DE CAUSA PARA PEDIR"*, según la oposición hecha a las pretensiones; *"BUENA FE"*; *"COBRO DE LO NO DEBIDO"*, pues no hay lugar al pago de las sumas que pretende la parte actora conforme a las razones de defensa expuestas por la Fiscalía General de la Nación; *"PRESCRIPCIÓN DE DERECHOS"*, en el evento de encontrar fundamento a las pretensiones de la demanda; y *"GENÉRICA"*, respecto de todo hecho que constituya una excepción.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 209 a 242, C.1)

Manifestó su oposición a las súplicas de la demanda, con fundamento en que el acto administrativo atacado fue proferido en cumplimiento de la Constitución y la ley.

Precisó inicialmente que la sentencia del Consejo de Estado que la parte actora cita como fundamento de sus pretensiones no es aplicable al presente asunto, como quiera que en la misma no se analizó el régimen de liquidación de las prestaciones sociales de los empleados del DAS sino el régimen pensional especial de estos.

Señaló que, contrario a lo manifestado por la parte demandante, el Decreto 4057 de 2011 nunca reconoció tácitamente que la prima de riesgo fuera un factor salarial.

Se refirió al desarrollo normativo de la prima de riesgo, enfatizando que en él se consagró expresamente que ésta no constituía factor salarial; lo cual encuentra además sustento en los artículos 16 y 17 del Decreto 1933 de 1989, pues en estos no se incluye la prima de riesgo como un factor para liquidar la prima de navidad o la prima de vacaciones.

Expuso que la prima de riesgo se reconoce como un ingreso laboral pero no como contraprestación directa del servicio, sino como una retribución por el hecho que el trabajador asuma un riesgo en virtud del desarrollo de funciones peligrosas.

Formuló como medios exceptivos los siguientes: “(...) **CADUCIDAD E INEPTA DEMANDA**”, teniendo en cuenta que el acto atacado no es susceptible de control judicial, al existir otro acto que liquidó las prestaciones sociales de la parte actora y que no fue demandado; **“Inexistencia del Derecho Reclamado”**, toda vez que las normas concernientes a la prima de riesgo no le otorgan carácter salarial; **“Inexistencia de la Obligación”**, dado que no es procedente reliquidar prestaciones sociales con la inclusión de la prima de riesgo, en tanto ésta no es factor salarial; **“INEXISTENCIA DE FUNDAMENTOS PARA QUE SE DE (sic) LA INAPLICACION (sic) DEL ARTICULO (sic) 4 DEL DECRETO 2646 DE 1994”**, en el entendimiento que el Gobierno Nacional tenía la potestad de señalar que la prima de riesgo no constituía factor salarial, pues el Decreto 2646 de 1994 se expidió con base en una ley marco (Ley 4ª de 1992), cuyos criterios y objetivos no fueron vulnerados; **“Buena Fe de parte del Extinto Departamento Administrativo de Seguridad”**, como quiera que en su momento el DAS no podía desconocer la legislación vigente sobre la materia; **“Prescripción Trienal”**, en el evento que se acceda a las pretensiones de la demanda; y “(...) **Genérica**”, respecto de cualquier hecho que constituya una excepción.

Finalmente sostuvo que de acuerdo con la naturaleza jurídica de la entidad, ésta no tiene competencia misional para responder patrimonialmente en el evento que se acceda a las súplicas de la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 29 de junio de 2018, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en primera instancia (fls. 250 a 257, C.1), a través de la cual: **i)** desvinculó del proceso a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado; **ii)** declaró probada la excepción de prescripción; **iii)** declaró no probadas las excepciones propuestas por la Fiscalía General de la Nación; **iv)** inaplicó la expresión *“no constituye factor salarial”* contenida en el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 por ser abiertamente contraria al derecho a la igualdad de la parte demandante; **v)** declaró la nulidad del acto atacado; **vi)** en consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, ordenó a la Fiscalía General de la Nación liquidar y pagar las prestaciones sociales de la parte actora incluyendo en la base de liquidación la prima de riesgo en una cuantía equivalente al 15% de la asignación básica mensual, desde el 7 de abril de 2011 hasta la ejecutoria de la sentencia y las que a futuro se causaren hasta la terminación del vínculo laboral; **vii)** ordenó descontar los aportes dejados de efectuar al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y Salud, sobre el factor salarial a incluir en la reliquidación de las prestaciones;

y **viii)** condenó en costas a la Fiscalía General de la Nación. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Inicialmente indicó que de conformidad con los artículos 7 y 9 del Decreto 1303 de 2014, en concordancia con el Decreto 1180 de 2014, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no es la entidad encargada de asumir la carga prestacional solicitada en este asunto.

A continuación, el Juez de primera instancia indicó que la prima de riesgo fue creada mediante Decreto 1933 de 1989, y que tal beneficio fue igualmente previsto en los Decretos 132, 1137 y 2646 de 1994, los cuales señalaron expresamente que aquella no tenía carácter salarial.

Manifestó que pese a que en un inicio³ el Consejo de Estado negaba la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial para establecer el IBL pensional, posteriormente cambió de postura⁴ al sostener que el solo hecho que la prima de riesgo no tenga carácter salarial no la excluye para ser tenida en cuenta en la liquidación de una pensión de jubilación.

Indicó que aun cuando la prima de riesgo no fue contemplada en los artículos 16 y 17 del Decreto 1933 de 1989 que enumeran los factores a tener en cuenta para liquidar las primas de navidad y de vacaciones de los empleados del DAS, lo cierto es que tal norma no es taxativa, ya que el concepto de salario no se limita simplemente a la asignación básica sino que incluye todo lo que perciba el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa de sus servicios.

Sostuvo que en sentencia del 1º de agosto de 2013 (2008-00150), el Consejo de Estado consideró que la prima de servicios se reconoce de forma habitual y periódica como contraprestación directa del servicio que prestan los empleados del DAS, esto es, hace parte del salario.

En ese sentido, estimó que la prima de riesgo debe ser tenida en cuenta como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales de la parte actora, pues el mismo razonamiento que el Consejo de Estado hizo para el caso de las pensiones, es perfectamente aplicable a las demás prestaciones.

Precisó que en el presente asunto se configuró el fenómeno de la prescripción en relación con las sumas adeudadas con anterioridad al 7 de abril de 2011.

³ Cita la sentencia del 4 de octubre de 2007 (2003-00168).

⁴ Trajo apartes de la sentencia del 10 de noviembre de 2010 (2005-00052-01(0568-08)).

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 272 a 283 del cuaderno principal, la Fiscalía General de la Nación interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando su revocatoria y en consecuencia negar las pretensiones de la demanda. De manera subsidiaria, pidió ordenar la desvinculación de la entidad como sucesora procesal del DAS y en su defecto vincular nuevamente a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado con cargo al Patrimonio Autónomo PAP Fiduciaria La Previsora S.A. y su Fondo Rotatorio, cuyo vocero es la FIDUPREVISORA S.A.

Señaló que la prima de riesgo no constituye factor salarial, como expresamente lo contempló el Decreto 2646 de 1994, el cual goza de presunción de legalidad y además no es incompatible con la Constitución Política.

Explicó que el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 no va en contravía de los derechos consagrados en el artículo 53 de la Carta Política, en tanto dicha prestación, si bien fue periódica, no fue concebida como retribución de los servicios de los ex trabajadores del DAS, sino que cumplía una función social para cubrir el eventual riesgo o infortunio al que podía estar expuesto el personal.

Señaló que para el caso concreto no es aplicable la providencia del Consejo de Estado del 1º de agosto de 2013, en tanto ésta se refirió restrictivamente a la posibilidad de incluir la prima de riesgo en el IBL para pensión.

Manifestó que la Fiscalía no es el sucesor procesal del DAS, por lo que no sólo no debió ser vinculada al trámite sino que tampoco podía ser condenada. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 7 y 9 del Decreto 1303 de 2014, en consonancia con el artículo 18 del Decreto 4057 de 2011, en virtud de los cuales, la representación de la entidad suprimida debió ser asumida por una entidad de la Rama Ejecutiva o en su defecto por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Sobre el particular, citó apartes de pronunciamiento del Consejo de Estado (2002-01809-01(42523)).

Finalmente indicó que en el evento de reconocer la prima de riesgo como factor salarial para reliquidar las prestaciones sociales de la parte actora, debía tenerse en cuenta que a partir del 1º de enero de 2012, a los ex servidores del DAS que fueron reubicados en la Fiscalía General de la Nación se les incluyó en el valor del salario devengado la prima de riesgo,

por lo cual, la fecha límite para la reliquidación debía ser hasta el 31 de diciembre de 2011, último día de servicio en el DAS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (fls. 36 a 42, C.2)

Intervino para reiterar que la tesis del Consejo de Estado planteada en sentencia del 1º de agosto de 2013 es extensiva al caso concreto y, por tanto, la prima de riesgo debe ser tenida en cuenta como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales de los empleados del DAS.

Precisó que, tal como lo indicó el Consejo de Estado en sede de acción de tutela, la aplicación extensiva mencionada no es constitutiva de vía de hecho, pues el mismo razonamiento hecho en materia pensional puede ser extrapolado a las prestaciones sociales.

Manifestó que la prescripción no puede recaer sobre las cesantías, por tratarse de una prestación social de la que no puede disponer el trabajador hasta tanto haya terminado la vinculación laboral. Acotó que las cesantías anualizadas no están sometidas a la prescripción.

Parte demandada (fls. 43 a 50, C.2)

Reiteró los planteamientos expuestos en su recurso de apelación.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

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

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 26 de noviembre de 2018, y allegado el 17 de enero de 2019 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 3, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 22 de febrero de 2019 se admitió el recurso de apelación (fl. 4, C.2); posteriormente se corrió traslado para alegatos (fl. 33, ibídem), derecho del cual hicieron uso la parte actora y la Fiscalía General de la Nación (fls. 36 a 42 y 43 a 50, C.2). El Ministerio Público no intervino en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 18 de junio de 2019 el proceso ingresó a

Despacho para sentencia (fl. 51, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar lo siguiente:

- *¿La prima de riesgo percibida por la señora Gloria de Jesús Bedoya Buriticá como ex servidora del extinto DAS, forma parte de la base para la liquidación de sus prestaciones sociales?*
- *En caso afirmativo, ¿la Fiscalía General de la Nación es la entidad legitimada en la causa por pasiva para asumir una eventual condena por reliquidación de prestaciones sociales?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** desarrollo normativo de la prima de riesgo; **iii)** régimen prestacional especial de los empleados del extinto DAS; y **iv)** examen del caso concreto.

1. Hechos debidamente acreditados

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

- a) De conformidad con el certificado expedido por el DAS el 22 de abril de 2014, visible a folio 25 del expediente, la señora Gloria de Jesús Bedoya Buriticá laboró como empleada pública en el DAS, desempeñando el cargo de Auxiliar de Servicios 325-02, asignada a la Seccional Caldas, desde el 18 de abril de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2011, con una asignación básica de \$758.270. Se precisó que además del sueldo, devengó prima especial de riesgo del 15% sobre la asignación básica mensual.

- b) Según certificado expedido el 12 de mayo de 2016 por la Subdirección Seccional de Apoyo a la Gestión de la Fiscalía General de la Nación Seccional Caldas (fl. 132, C.1), la señora Gloria de Jesús Bedoya Buriticá fue incorporada a la Fiscalía General de la Nación en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales III, conforme a lo dispuesto por el Decreto 4057 de 2011 que suprimió el DAS.
- c) El 7 de abril de 2014, la parte demandante solicitó ante el DAS el reconocimiento de la prima de riesgo contemplada en el Decreto 2646 de 1994 como factor salarial para todos los efectos legales y, en consecuencia, reajustar y pagar todas las primas y prestaciones sociales causadas y que se causen a futuro, incluyendo la prima de riesgo (fls. 18 y 19, C.1).
- d) Con Oficio nº E-2310,18-201406383 del 11 de abril de 2014 (fl. 20, C.1), el DAS negó la reclamación elevada, aduciendo que la prima de riesgo no constituye factor salarial y, por tanto, no es procedente tenerla en cuenta en la liquidación de prestaciones sociales.

2. Prima de riesgo. Desarrollo normativo

El Decreto 1933 de 1989, que expidió el régimen prestacional especial para los empleados del DAS, en su artículo 4 creó una prima de riesgo en los siguientes términos:

***ARTÍCULO 4o. PRIMA DE RIESGO.** Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad pertenecientes a las áreas de dirección superior, operativa y los conductores del área administrativa, adscritos a los servicios de escolta, a las unidades de operaciones especiales y a los grupos antiexplosivos, tendrán derecho a percibir mensualmente una prima de riesgo equivalente al diez por ciento (10%) de su asignación básica.*

Esta prima no puede percibirse simultáneamente con la de orden público.

De manera posterior, el Decreto 1137 de 1994 creó una prima especial de riesgo con carácter permanente para algunos empleados del DAS, y consagró expresamente que no constituiría factor salarial:

***Artículo 1º** Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen los cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, Criminalístico Especializado, Criminalístico Profesional y Criminalístico Técnico que no estén asignados a tareas administrativas y los Conductores, tendrán derecho a percibir mensualmente una prima especial de riesgo equivalente al 30% de su asignación básica mensual.*

Esta prima no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con las primas de que tratan los artículos 2º, 3º, y 4º del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto, 132 de 1994. (Líneas fuera de texto).

Finalmente, tanto el artículo 4 del Decreto 1933 de 1989 como el artículo 1º del Decreto 1137 de 1994 fueron derogados por el Decreto 2646 de 1994, el cual estableció la prima especial de riesgo para los empleados del DAS en los siguientes términos:

***Artículo 1º.** Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, Criminalístico Especializado, Criminalístico Profesional, Criminalístico Técnico y los Conductores tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) de su asignación básica mensual.*

***Artículo 2º.** Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos del área operativa no contemplados en el artículo anterior y los Directores Generales de Inteligencia e Investigaciones, los Directores de Protección y Extranjería, el Jefe de la Oficina de Interpol, los Directores y Subdirectores Seccionales, así como los Jefes de División y Unidad que desempeñen funciones operativas y el Delegado ante Comité Permanente tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo equivalente al treinta por ciento (30%) de su asignación básica mensual.*

***Artículo 3º.** Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de las áreas de Dirección Superior y Administrativa no contemplados en los artículos anteriores, tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo equivalente al quince por ciento (15%) de su asignación básica mensual.*

***Parágrafo.** El Director y el Subdirector del Departamento no tendrán derecho a percibir la prima de que trata el presente Decreto.*

***Artículo 4º.** La Prima a que se refiere el presente Decreto no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con la prima de que trata el artículo 2º del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994.*

***Artículo 5º.** El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga el artículo 4º del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 1137 de 1994. (Subraya la Sala).*

Con base en el anterior recuento normativo, el Tribunal observa que la prima de riesgo creada para los empleados del DAS no constituye factor salarial.

3. Régimen prestacional especial de los empleados del DAS

Como se indicó anteriormente, el Decreto 1933 de 1989 consagró el régimen prestacional especial para los empleados del DAS, y en su artículo 1º estableció:

Artículo 1º Norma General. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad tendrán derecho a las prestaciones sociales previstas para las entidades de la administración pública del orden nacional en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 451 de 1984, artículo 3º y en los que los adicionan, modifican, reforman o complementan y, además, a las que este decreto establece.

Con base en la citada disposición, los empleados del extinto DAS tenían derecho a las prestaciones reguladas no sólo en el Decreto 1933 de 1989 sino también a todas aquellas previstas en las normas que establecieron el régimen prestacional general de los empleados públicos del orden nacional.

Ese mismo decreto reglamentó lo relativo a la liquidación de ciertas prestaciones sociales percibidas por los empleados del DAS, así:

Artículo 16. Factores para liquidar vacaciones y prima de vacaciones. Para el reconocimiento y pago de la prima de navidad de que trata el Decreto 3135/68 a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, se tendrán en cuenta los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
- b) Los incrementos por antigüedad;
- c) La bonificación por servicios prestados;
- d) La prima de servicio;
- e) La prima de vacaciones;
- f) El subsidio de alimentación;
- g) El auxilio de transporte;
- h) Los gastos de representación.

Artículo 17. Factores para liquidar vacaciones y prima de vacaciones. Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, se tendrán en cuenta los siguientes factores, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicia el disfrute de aquéllas:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
- b) Los incrementos por antigüedad;

- c) *La bonificación por servicios prestados;*
- d) *La prima de servicio;*
- e) *El subsidio de alimentación;*
- f) *El auxilio de transporte;*
- g) *Los gastos de representación.*

Artículo 18. Factores para la liquidación de cesantía y pensiones. *Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad se tendrán en cuenta para su liquidación, los siguientes factores:*

- a) *La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;*
- b) *Los incrementos por antigüedad;*
- c) *La bonificación por servicios prestados;*
- d) *La prima de servicio;*
- e) *El subsidio de alimentación;*
- f) *El auxilio de transporte;*
- g) *La prima de navidad;*
- h) *Los gastos de representación;*
- i) *Los viáticos que reciban los funcionarios en comisión, dentro o fuera del país, cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta (180) días en el último año de servicio;*
- j) *La prima de vacaciones.*

Artículo 19. Factores para liquidar otras prestaciones. *Para determinar el valor de los auxilios por enfermedad y maternidad, de la indemnización por accidente de trabajo y por enfermedad profesional y del seguro por muerte de que tratan los decretos, 3135 de 1968, 1848 de 1969 y la compensación en caso de muerte, de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, se tendrán en cuenta los siguientes factores:*

- a) *La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;*
- b) *Los incrementos por antigüedad;*
- c) *La bonificación por servicios prestados;*
- d) *La prima de servicio;*
- e) *El subsidio de alimentación;*
- f) *El auxilio de transporte;*
- g) *La prima de vacaciones;*
- h) *Los gastos de representación.*

De la lectura de los artículos transcritos se observa con claridad cuáles son los factores sobre los que se deben liquidar las anteriores prestaciones sociales, y se advierte igualmente que para tales efectos no se incluyó la prima especial de riesgo.

4. Examen del caso concreto

Alega la parte demandante que la prima de riesgo debe tenerse en cuenta para la liquidación de sus prestaciones sociales, dado que al pagarse de forma habitual, periódica y como contraprestación directa por las labores de alto riesgo desempeñadas por los empleados del DAS, cumple las condiciones para considerarse como salario, al tenor de lo establecido en los artículos 53 y 58 de la Constitución Política.

En contraposición al anterior argumento está el principio de libertad de configuración legislativa, el cual, en relación con la seguridad social, se entiende tal y como lo expone la Corte Constitucional en la sentencia C-083 de 2019, al indicar:

6.1. Para cumplir con el objeto de la seguridad social, esto es otorgar a las personas calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que las afecten, se previó su desarrollo de manera progresiva. A tal efecto, esta Corporación ha explicado que el legislador cuenta con una amplia potestad para establecer los mecanismos necesarios, de un lado para hacer sostenible financieramente el sistema y, de otro, para fijar los requisitos de acceso a las prestaciones, siempre y cuando estos persigan la protección de todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida.

6.2. En todo caso ha explicado que para no invadir la órbita del legislador es necesario aplicar el criterio de inconstitucionalidad manifiesta, por virtud del cual solo pueden declararse inexequibles aquellos contenidos que de manera directa vulneren derechos fundamentales, contraríen los mandatos constitucionales o fijen regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas⁵.

6.3. Con fundamento en tal consideración, y tal como lo rememoró esta Corte en Sentencia C-078 de 2017 al resolver sobre la exequibilidad del inciso 4 del artículo 5 de la Ley 797 de 2003, en múltiples decisiones se ha señalado que el Congreso puede establecer la forma en la que se determina la pensión, o el tope de la misma⁶, máxime cuando ello persigue concretar los principios de solidaridad y de sostenibilidad financiera, además de hacer efectivo el derecho a la pensión. Esto incluye “variar la situación jurídica de los destinatarios de una norma, siempre que esa decisión no implique el desconocimiento de los derechos adquiridos (artículo 58 de la Constitución)” tal como lo señaló cuando, en decisión C-089 de 1997, definió sobre la constitucionalidad del artículo 35 parcial de la Ley 100 de 1993.

⁵ Cita de cita: Cfr. Sentencia C-1032 de 2006.

⁶ Cita de cita: Sentencia C-155 de 1995 que analizó la constitucionalidad de los artículos 2 de la Ley 4a. de 1976 y el artículo 2o. de la ley 71 de 1988, que establecieron topes de 22 y 15 SMLMV a las pensiones.

6.4. Así mismo, ha sostenido esta Corporación que el legislador no tiene la obligación de mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas en relación con las leyes vigentes en determinado momento, cuando quiera que su potestad configurativa permita darle prioridad al cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho⁷, y siempre que consulte los parámetros de justicia y de equidad y se sujete a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. También ha explicado que tiene competencia para organizar el sistema de seguridad social en pensiones, a través, entre otros, de la creación de dispositivos de acceso, establecimiento de beneficios en cabeza de determinadas personas y fijación de requisitos, en el marco de los principios y valores constitucionales y con pleno respeto de los derechos adquiridos⁸.

6.5. En relación con los límites de tal margen de configuración legislativa, la Sala Plena, en sentencia C-066 de 2016, refirió algunas de las restricciones del Congreso: "(i) la disposición legislativa debe evitar violentar directamente derechos fundamentales, mandatos constitucionales expresados con claridad, o establecer regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas; (ii) y, las medidas adoptadas deben proscribir los contenidos normativos que establezcan derechos y prestaciones que se apliquen sólo a determinados grupos, sin observar adecuadamente los criterios de razonabilidad y proporcionalidad".

6.6. Así las cosas, el legislador cuenta con un amplio margen para configurar las leyes en materia de seguridad social, siempre que las mismas tengan por finalidad ampliar la cobertura y alcanzar los fines del Estado Social de Derecho, como concreción del mandato de igualdad material que le corresponde realizar.

Al analizar la redacción de las normas relativas a la prima de riesgo y a las que determinan los factores que deben formar parte de la base para liquidar las prestaciones sociales de los empleados del DAS, considera el Tribunal que cumplen los cometidos señalados por la Corte Constitucional.

No puede perderse de vista que las normas en las que se establecen los factores para liquidar las prestaciones sociales, en tanto fueron previstas por el legislador dentro del principio de libertad de configuración legislativa, se limitan a enumerar todos los factores o asignaciones que recibe el trabajador y cuáles de ellos son la base para determinar las prestaciones sociales, sin indicar que son todos aquellos factores que el trabajador recibe en forma periódica y como contraprestación del servicio, lo que impide que el Juez haga un estudio sobre si la prima de riesgo forma parte de esta clase de asignaciones y sin que por eso se pueda tildar de interpretación exegética, pues como se observa, por lo contrario, es una interpretación sistemática.

⁷ Cita de cita: Sentencia C-789 que definió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, incisos 4 y 5.

⁸ Cita de cita: Sentencia C-967 de 2003 que resolvió la demanda contra la expresión del artículo 5 de la 797 de 2003, que prohibía un IBC inferior a 1 SMLMV.

Para acceder a las pretensiones de la demanda, el Juez *a quo* se apoyó no sólo en el concepto de salario sino en la sentencia del Consejo de Estado del 1º de agosto de 2013⁹, en la cual dicha Corporación replanteó su posición jurisprudencial y determinó que la prima de riesgo era factor salarial para efectos pensionales. Se citan los siguientes apartes por considerarlos pertinentes:

Teniendo en cuenta lo anterior, y con la finalidad de unificar criterios en torno al asunto específico de la prima de riesgo de los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, como factor para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez de quienes sean sujetos del régimen de transición pensional, la Sala en esta ocasión se permite precisar que dicha prima sí debe ser tomada en cuenta para los fines indicados.

Lo anterior, en primer lugar, porque la jurisprudencia de esta Corporación¹⁰, ha entendido por salario la remuneración que percibe el trabajador por la prestación de un servicio a favor del empleador, de forma personal, directa y subordinada, el cual, no sólo está integrado por una remuneración básica u ordinaria sino también, por todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especies, ingrese al patrimonio del trabajador en razón a la prestación de sus servicios.

*Bajo estos supuestos, ha de decirse que todas las sumas que de manera **habitual y periódica** perciba el trabajador, son factores que integran el salario que éste percibe lo que incide de manera directa en la forma cómo se establecen los ingresos base de cotización y liquidación de una prestación pensional.*

(...)

En efecto, la Sala reitera en está (sic) oportunidad que lo que subyace a todo vínculo laboral es una relación de equivalencia de valores prestacionales¹¹, eminentemente conmutativa, en la que el trabajador suministra al empleador su fuerza, representada en la labor propiamente desarrollada y lo que éste recibe a cambio como contraprestación, sea en especies o en dinero. Tal contraprestación, debe decirse, no puede desatender los valores constitucionales, principios y derechos a la igualdad, la garantía a una remuneración mínima, vital, móvil y proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos y a la primacía de la realidad sobre las formas.

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del 1º de agosto de 2013. Radicación número: 44001-23-31-000-2008-00150-01(0070-11).

¹⁰ Cita de cita: Sentencia de 8 abril de 2010. Rad. 1026-2008. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹¹ Cita de cita: Ver sentencia C-521 de 16 de noviembre de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Es precisamente este último principio, la primacía de la realidad sobre las formas, el que en este caso permite advertir que la prima de riesgo, de los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, si (sic) goza del carácter de factor salarial, independientemente de que el Decreto 2646 de 1994 le niegue tal condición en la medida en que, como quedó visto, la referida prima constituye en forma visible una retribución directa y constante a los detectives, criminalísticos y conductores en atención a las características especiales de la labor que desarrollaban.

Teniendo en cuenta el carácter ordinario y fijo de la citada prestación, a juicio de la Sala no hay duda que la misma constituye salario, entendido este último como todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio lo que, en la práctica le permite satisfacer sus necesidades propias y familiares de donde, debe decirse, adquieren vital importancia los valores constitucionales a un orden laboral justo y a la dignidad humana.

Una interpretación distinta vulneraría las prerrogativas que el constituyente de 1991¹² estableció como marco de referencia, tendiente a garantizar el desarrollo y efectivización del derecho fundamental al trabajo, entre ellas la remuneración mínima, vital y móvil y los principios de favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas.

Y, en segundo lugar, porque las mismas disposiciones que prevén la prima de riesgo a favor del personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, le confieren un carácter periódico y permanente en tanto señalan en su tenor literal que: “Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, (...) tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo¹³.”.

Considera la Sala que al ser percibida en forma permanente y mensual por los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, la prima de riesgo tiene un innegable carácter salarial, tal como lo prevé el mismo legislador extraordinario en los Decretos 1137 y 2646 de 1994 toda vez que, de acuerdo con la definición de salario vista en precedencia, no hay duda que, la referida prestación hacía parte de la contraprestación directa que percibían los

¹² Cita de cita: “ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes 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. (...).”.

¹³ Cita de cita: Artículo 1 del Decreto 2646 de 1994.

empleados del DAS, por los servicios prestados como detectives, agentes, criminalísticos o conductores.

Así las cosas, y con el fin de unificar criterios en torno a la naturaleza de la prima de riesgo, concluye la Sala, teniendo en cuenta lo expresado en precedencia, dicha prestación sí goza de una naturaleza salarial intrínseca lo que permite que, en casos similares al presente, sea tomada en cuenta como factor salarial para efectos de establecer el ingreso base de cotización y liquidación de la prestación pensional de los servidores del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

La mencionada sentencia es congruente con la línea jurisprudencial reinante para esa época, que consistía en reconocer como factores salariales para liquidar las pensiones, todos los emolumentos que recibiera el trabajador como contraprestación por sus servicios, siempre y cuando se percibieran en forma periódica.

La anterior consideración dio pie a estimar que si la prima de riesgo podía incluirse en el IBL de la pensión como factor salarial, también podía incorporarse en la base de liquidación de las prestaciones sociales, lo que al día de hoy ha sido un tema que ha generado diversas posiciones, sin que haya en la jurisprudencia unificación alguna.

Para algunos jueces, el hecho que el Consejo de Estado indicara en la providencia reseñada que la prima de riesgo podía ser base para liquidar pensiones por ser cancelada como contraprestación del servicio y, por tanto, por tener una naturaleza salarial, justifica también con fundamento en el principio de favorabilidad en la interpretación de la ley laboral y el principio de primacía de la realidad que soporta las relaciones laborales, que esa prima de riesgo pueda incluirse en la base para liquidar las prestaciones sociales.

Otros, por lo contrario, han considerado que aunque la sentencia citada determinó que la prima especial de riesgo sí debe formar parte de la base para liquidar pensiones, el análisis efectuado en esa oportunidad estaba relacionado con unas circunstancias fácticas diferentes, toda vez que se trataba de un asunto pensional y no de reliquidación de prestaciones sociales del personal activo y, por ello, no puede servir de fuente normativa para procesos como el *sub judice*.

Esta Sala mayoritaria considera que, efectivamente es más ajustado a la Constitución Política, a la ley y a la nueva jurisprudencia, considerar que la prima de riesgo no puede formar parte de la base para liquidar prestaciones sociales, por las razones que a continuación se exponen:

Primero, de conformidad con las normas que desarrollaron la prima de riesgo, se observa que en las mismas se señaló expresamente que aquella no tenía naturaleza salarial. De otra parte, las disposiciones que establecieron los factores que sirven de base para liquidar las prestaciones no incluyen la prima de riesgo y tampoco indicaron que además servirían de base para liquidar las prestaciones todas aquellas que recibiera el trabajador como contraprestación por sus servicios, esto es, que se puedan asimilar a salario. Todo lo anterior, dentro de la libertad de configuración legislativa de la que se habló anteriormente.

Segundo, la sentencia de unificación proferida en el año 2013 y que se citó anteriormente, en la cual se fundamentó el fallo de primera instancia que ahora se revisa, tuvo por objeto revisar una reliquidación pensional, teniendo como sustento jurídico la evolución de la jurisprudencia para entonces, con base en la cual el IBL para liquidar la pensión de las personas cubiertas por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, debía estar conformado por todo lo percibido por concepto de salario en el último año de prestación de servicios, entendiendo salario como todo lo recibido en forma periódica y como contraprestación del servicio.

Incluso, al revisarse el texto de la providencia, en ella claramente se dispuso: *"(...) concluye la Sala, teniendo en cuenta lo expresado en precedencia, dicha prestación sí goza de una naturaleza salarial intrínseca lo que permite que, en casos similares al presente, sea tenida en cuenta como factor salarial para efectos de establecer el ingreso base de cotización y liquidación de la prestación pensional de los servidores del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS"* (subraya la Sala).

Posteriormente, al resolver una solicitud de extensión de jurisprudencia frente a la sentencia del 1º de agosto de 2013, presentada por algunos ex funcionarios del DAS, el Consejo de Estado en providencia del 7 de diciembre de 2017¹⁴ determinó unas pautas para establecer a qué personas podía incluirse la prima de riesgo en el IBL de sus pensiones, y al respecto señaló:

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 7 de diciembre de 2017. Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00403-00(1287-14), 11001-03-25-000-2014-00652-00(2040-14), 11001-03-25-000-2014-00690-00(2137-14), 11001-03-25-000-2014-00695-00(2142-14), 11001-03-25-000-2014-00705-00(2182-14), 11001032500020140072500(2259-014), 11001-03-25-000-2014-00734-00(2279-14), 11001-03-25-000-2014-00790-00(2470-14), 11001-03-25-000-2014-00799-00(2485-14), 11001-03-25-000-2014-00895-00(2745-14), 11001-03-25-000-2014-01369-00(4537-14) y 11001-03-25-000-2014-01426-00(4649-14).

A pesar de lo anterior, si bien se unificó el tema de la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial para efectos de la liquidación pensional, esta situación no es suficiente para proceder a la extensión de la mentada sentencia a todos los ex servidores públicos del DAS, puesto que se estudiaron otros elementos que deberán ser tenidos en cuenta para determinar la identidad fáctica y jurídica de los procesos que hoy nos convocan.

Siguiendo con el análisis de la sentencia a extender, en la solución del caso concreto, la Sala estudió el régimen de transición aplicable a los servidores de la entidad demandada, bien sea por disposición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o del artículo 4.º del Decreto 1835 de 1994¹⁵, normas que permiten inferir que de acuerdo con el artículo 2.º ibidem, los detectives en sus distintos grados, especializado profesional y agente, que hayan sido vinculados con anterioridad a la vigencia de estas «no tendrán condiciones menos favorables, en lo que respecta a la edad para acceder a la pensión de vejez o de jubilación, el tiempo de servicio requerido o el número de semanas cotizadas y el monto de ésta pensión, a las existentes para ellos en las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993».

Así las cosas, para los casos que hoy nos convocan, se tendrán como elementos de identidad fáctica y jurídica para la extensión de la sentencia estudiada, los que a continuación se relacionan: i) haber sido vinculado al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) con anterioridad a la vigencia del Decreto 1835 de 1994 y/o estar cobijados por el régimen de transición descrito en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; ii) haber ejercido los cargos cuyas actividades se consideraran de alto riesgo, tales como detectives en sus distintos grados y denominaciones de especializado, profesional y agente conforme al artículo 2.º del Decreto 1835 de 1994; iii) como consecuencia de lo anterior, deben estar pensionados bajo el régimen especial consagrado en los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989; y por último, iv) haber percibido durante el último año de servicios la prima de riesgo.

La sentencia de unificación y, posteriormente la que resolvió una solicitud de extensión de jurisprudencia, claramente denotan que el análisis en relación con la prima de riesgo como factor salarial sólo sería aplicable como precedente obligatorio para los casos de reajustes pensionales que encajaran en los supuestos fácticos allí establecidos.

¹⁵ Cita de cita: **ARTICULO 4. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN:** Los funcionarios de las Entidades señaladas en este capítulo, que laboren en las actividades descritas en los numerales 1o. y 5o. del artículo 2o., de este Decreto, que estuviesen vinculados a ellas con anterioridad a su vigencia, no tendrán condiciones menos favorables, en lo que respecta a la edad para acceder a la pensión de vejez o jubilación, el tiempo de servicio requerido o el número de semanas cotizadas y el monto de ésta pensión, a las existentes para ellos en las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

Para los demás servidores las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez o jubilación, se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos, particularmente en lo relacionado al monto de las cotizaciones a cargo del respectivo empleador.

Sin embargo, hay que recordar que los fundamentos jurídicos expuestos en dichas sentencias también fueron objeto de una modificación, lo que conlleva a interrogarse hasta qué punto la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018¹⁶ que modificó la interpretación que del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en relación con el IBL se había planteado en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, también varió el análisis esbozado por el Consejo de Estado en relación con la prima de riesgo como factor salarial para pensiones de empleados del DAS, pues debe advertirse que con la tesis reciente, en el ingreso base de liquidación sólo pueden incluirse los factores sobre los cuales se hayan realizado cotizaciones. Es decir, esa clasificación de la prima de riesgo como salario para efectos pensionales, tácitamente se replanteó.

En todo caso, si bien la Sala no quiere desconocer que ese análisis jurídico en relación con el concepto de salario expuesto en las providencias atinentes a la prima de riesgo puede servir como fundamento para otros fallos en los que se discuta este tema, ciertamente no constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para procesos como el que ahora se estudia.

Sumado al anterior argumento, debe advertirse que como se reseñó al inicio, la prima de riesgo fue creada con una connotación de factor no salarial, lo cual es una potestad del Congreso y el Gobierno Nacional en atención a lo establecido en el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, pues en este aspecto salarial y prestacional, el legislador primero dicta las leyes marco, esto es, las normas generales que determinan los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública.

En tal sentido es posible que ciertos emolumentos, a pesar de ser periódicos o habituales, tengan restricciones de tipo legal para considerarse como factores salariales, en virtud de la potestad reseñada y la Ley 4ª de 1992.

Sobre este tema, la sentencia C-424 de 2006 que analizó la prima técnica de que trata el Decreto 1661 de 1991 como factor no salarial, explicó lo siguiente:

13.- La Corte Constitucional elaboró en la sentencia C-279 de 1996 un conjunto de conceptos que se reiteran aquí para declarar la exequibilidad de la disposición

¹⁶ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 28 de agosto de 2018. Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ).

demandada en el presente proceso. En aquella oportunidad, la Corte Constitucional analizó dos aspectos. De un lado, si la disposición demandada desconocía los derechos de los trabajadores y, de otro, si vulneraba el derecho a la igualdad. Respecto del primer asunto, la Corporación estimó que tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como la sentada por la Corte Constitucional - luego de la vigencia de la Constitución de 1991 - habían reiterado la tesis según la cual el Legislador goza de un amplio margen de apreciación y puede, en consecuencia, disponer que algunas remuneraciones no se tomen en cuenta para efectos de liquidar prestaciones sociales.

Subrayó la Corte Constitucional en aquella oportunidad, que la actora había confundido dos conceptos cuya distinción era, a su juicio, indispensable: por una parte, el concepto de régimen salarial, y, por otra, la noción de salario. Dijo la Corte, que mientras el régimen salarial constituye el género, el salario, entretanto, es la especie. Así las cosas, agregó, por virtud de lo dispuesto en la misma Constitución y previa una ley marco, el gobierno quedará facultado para fijar el "régimen salarial" esto es, el conjunto de derechos salariales, no salariales y prestacionales." Concluyó la Corte, que el no considerar ciertas primas como factor salarial no implicaba una lesión de los derechos de los trabajadores. A propósito de lo anterior, vale la pena transcribir el siguiente pasaje:

"Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aún (sic) cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter" (Énfasis dentro del texto).

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

Por lo expuesto, no se advierte una vulneración de los artículos 53 y 58 de la Constitución Política que conlleve a inaplicar por inconstitucional el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 que consagró la prima de riesgo como factor no salarial, pues sin desconocer el concepto de salario que ha sido desarrollado por la jurisprudencia, no puede pasarse por alto en este caso que a ciertos emolumentos el legislador no les dio la connotación de factores salariales, y ello también tiene fundamento en la Constitución y la ley.

Finalmente, y aunque no hay una posición pacífica sobre el tema, el Tribunal advierte que en sentencia del 23 de enero de 2020¹⁷, el Consejo de Estado confirmó un fallo que negó pretensiones en un proceso en el cual se había solicitado la reliquidación de las cesantías de un ex empleado del DAS para incluir la prima de riesgo. Al respecto, sostuvo:

En ese orden de ideas, para la subsección no es posible extender los efectos de la sentencia de unificación jurisprudencial del 1.º de agosto de 2013 en la forma pretendida por el demandante, esto es, incluir la prima de riesgo como factor para liquidar y pagar el auxilio de cesantías, por cuanto se trata de prestaciones diferentes. Aunado a ello, conforme se estudió en precedencia la sentencia en cita no constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para efectos de la forma en que deben reconocerse y pagarse las cesantías a quienes laboraron en el suprimido Departamento Administrativo de Seguridad.

También, a modo de ejemplo, se enuncian sentencias de tutela que han decidido no amparar los derechos fundamentales de personas que como ex empleados del DAS pretendían que se dejaran sin efectos sentencias que negaron la reliquidación de sus prestaciones sociales con inclusión de la prima de riesgo.

Así, la Sección Tercera en providencia del 13 de agosto de 2020¹⁸, tras un análisis de la posición que en los últimos casos había expuesto la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre esta materia, concluyó:

Con base en los anteriores pronunciamientos, la Subsección modifica la postura asumida en sentencia del 20 de noviembre de 2019¹⁹, en la cual se consideró que la prima de riesgo debía ser tenida en cuenta como factor salarial para efectos de liquidar prestaciones sociales, toda vez que, de acuerdo con la jurisprudencia reseñada, ambas Subsecciones de la Sección Segunda del Consejo de Estado, también han reconsiderado sus propias posturas frente al tema para precisar, ahora, que no existe precedente jurisprudencial unificado sobre el particular y, como consecuencia de ello, han avalado las decisiones judiciales que, de manera razonada, niegan las pretensiones en tal sentido, como ocurrió en este caso.

Y también se encuentra que la Sección Quinta en fallo del 24 de septiembre de 2020²⁰, adujo:

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 23 de enero de 2020. Radicación número: 08001-23-33-000-2013-00610-01(0886-15)

¹⁸ Radicado número: 11001-03-15-000-2020-03001-00.

¹⁹ Cita de cita: Exp. 11001-03-15-000-2019-04578-00, C.P. María Adriana Marín.

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero Ponente: Dr. Luis Alberto Álvarez Parra. Sentencia del 24 de septiembre de 2020. Radicación número: 11001-03-15-000-2020-03027-01(AC).

*En ese sentido, lo que se estableció en el fallo de 1º de agosto de 2013 fue el carácter salarial de la **prima de riesgo para efectos pensionales y no prestacionales**, respecto de lo último la Sala²¹ ha dicho que, comoquiera que la jurisprudencia no se ha pronunciado expresamente sobre este asunto, es razonable y constitucionalmente válido, que el juez, **dentro de su autonomía**, lo considere o no factor salarial, ya sea en sentido afirmativo en virtud del concepto de salario acogido por la misma jurisprudencia del Consejo de Estado y de los principios de igualdad y favorabilidad del trabajador; o en sentido negativo, en aplicación de la norma y ante la ausencia de un criterio unificado, en conclusión no hay desconocimiento de precedente.*

En cuanto a la sentencia SL-54742019²² (54657) del 12 de febrero de 2019 dictada por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, señalada por el accionante, debe precisar esta colegiatura, que esta no constituye precedente, pues no fue dictada por el órgano de cierre en la materia.

Ahora bien, respecto de la providencia emitida el 28 de agosto de 2019, por el Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. William Hernández Gómez, radicado número 11001-03-15-000-2019-01686-01, que, a juicio del actor, desconoció el tribunal accionado, la Sala precisa que, no tiene la naturaleza de precedente, en los términos expuestos en el presente proveído, toda vez que, esta Sección ha señalado que las sentencias de tutela proferidas por esta corporación, si bien, pueden constituir un criterio auxiliar para orientar el sentido de determinada decisión judicial, no constituyen precedente vinculante, habida cuenta que, en materia constitucional, el Consejo de Estado no es el órgano de cierre en sede de tutela.

(...)

Para la Sala, no le asiste razón al demandante en pretender la reliquidación de las demás prestaciones sociales con fundamento en dicho emolumento, toda vez que, como ya se expuso, el juez de la causa ordinaria contaba con total autonomía para acogerse, bien sea al criterio afirmativo acerca de la naturaleza salarial de la referida prima o, como en efecto se decantó, al concluir que es la norma especial la que no le resta tal carácter a la misma²³.

En tal sentido, cabe recordar que existen restricciones de tipo legal frente a ciertos emolumentos, que a pesar de ser periódicos o habituales no son contemplados como factores salariales, ello en virtud de la potestad del ejecutivo contemplada en el literal e del numeral 19 del artículo 150 superior, de «[f]ijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública», en consonancia con la Ley 4ª de

²¹ Cita de cita: Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 20 de noviembre de 2019. Radicado No. 11001-03-15-000-2019-03673-01. M.P. Luis Alberto Álvarez Parra.

²² Cita de cita: M. P. Giovanni Francisco Rodríguez y Ana María Muñoz)

²³ Cita de cita: Decreto 2646 de 1994 «por el cual se establece la Prima Especial de Riesgo para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad».

1992²⁴.

Aunque es claro que las sentencias citadas tienen efectos *inter partes*, la Sala las reseña para ilustrar que se ha avalado la posición de que la prima de riesgo no debe incluirse en la reliquidación de las prestaciones sociales de ex empleados del DAS.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte actora no le asiste derecho a la reliquidación de prestaciones sociales que reclama, en tanto:

- i) la prima de riesgo que percibía la parte demandante fue creada como factor no salarial;
- ii) las normas especiales para el DAS que señalan los factores para liquidar las prestaciones sociales no incluyen la prima de riesgo en la base de liquidación y tampoco establecen que serán además de las señaladas todas las demás que puedan considerarse como salario;
- iii) no se evidencia que esa situación quebrante normas legales y constitucionales, por lo que cumple con los límites de la libertad de configuración legislativa; y
- iv) la jurisprudencia que sirvió de fuente normativa para reconocer en primera instancia las pretensiones no tiene analogía cerrada frente al tema de prestaciones diferentes a la pensión y, de todas formas, debe entenderse modificada por las nuevas posiciones sobre factores para reliquidar la pensión vigentes a esta fecha, expuestas tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado.

En ese sentido, se revocará la sentencia dictada en primera instancia, para en su lugar, declarar probadas las excepciones de "**CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL**", "**INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN o DEL DERECHO RECLAMADO**" y "**COBRO DE LO NO DEBIDO**", propuestas por la Fiscalía General de la Nación; y las de "**Inexistencia del Derecho Reclamado**" e "**Inexistencia de la Obligación**", formuladas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. En consecuencia, se negarán las súplicas de la demanda.

²⁴ Cita de cita: Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este Tribunal considera que en el presente asunto no debe condenarse en costas, pues la demanda fue interpuesta conforme a jurisprudencia que para la época podría interpretarse que daba lugar al derecho que ahora reclama.

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

FALLA

Primero. REVÓCASE la sentencia del veintinueve (29) de junio de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Gloria de Jesús Bedoya Buriticá contra la Nación – Fiscalía General de la Nación y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

En su lugar,

Segundo. DECLÁRANSE **fundadas** las excepciones de “*CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL*”, “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN o DEL DERECHO RECLAMADO*” y “*COBRO DE LO NO DEBIDO*”, propuestas por la Fiscalía General de la Nación; y las de “*Inexistencia del Derecho Reclamado*” e “*Inexistencia de la Obligación*”, formuladas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Tercero. NIÉGANSE las súplicas de la demanda.

Cuarto. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

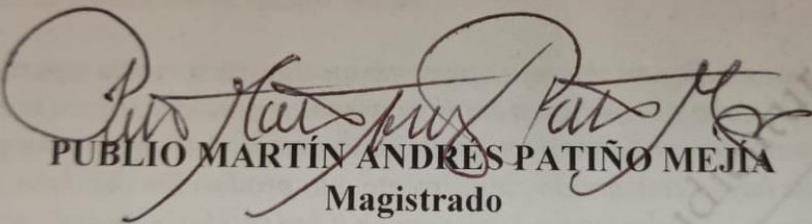
Quinto. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Sexto. 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



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 036
FECHA: 2 de marzo de 2021

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, resembling the name 'Héctor Jaime Castro Castañeda'.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho para resolver la admisión del recurso de apelación.

Febrero 22 de 2021



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Auto de Sustanciación: 005-2021

Asunto: Segunda instancia

Medio control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Radicación: 17-001-33-39-752-2015-00226-03

Demandante: Nestor Carvajal López.

Demandado: Departamento de Caldas

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, primero (01) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

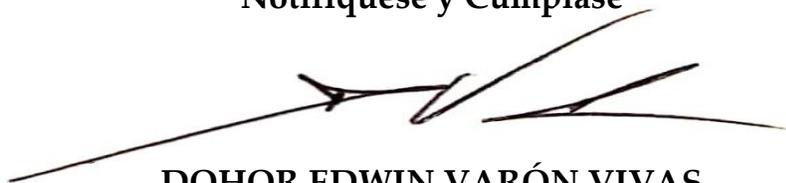
El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia en providencia del 09 de julio de 2020.

La anterior providencia fue notificada a las partes el 09 de julio de 2020.

La parte **DEMANDADA** presentó recurso de apelación el 23 de julio de 2020, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admiten los recursos de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

Notifíquese y Cúmplase



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho para resolver la admisión del recurso de apelación.

Febrero 22 de 2021



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Auto de Sustanciación: 006-2021

Asunto: Segunda instancia

Medio control: Reparación Directa.

Radicación: 17-001-33-33-004-2016-00008-01

Demandante: Gonzalo Echeverry.

Demandado: Fiscalía General de la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, primero (01) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

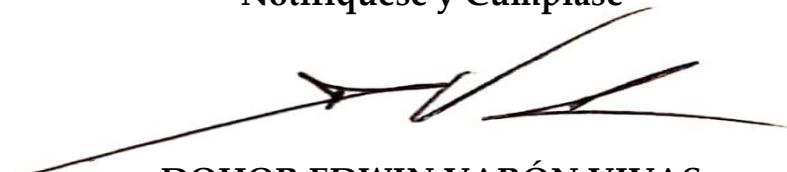
El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia en providencia del 10 de junio de 2020.

La anterior providencia fue notificada a las partes el 11 de junio de 2020.

La parte **DEMANDADA** presentó recurso de apelación el 06 de julio de 2020 y La parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación el 08 de julio de 2020, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admiten los recursos de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

Notifíquese y Cúmplase



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho para resolver la admisión del recurso de apelación.

Febrero 22 de 2021



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Auto de Sustanciación: 007-2021

Asunto: Segunda instancia

Medio control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Radicación: 17-001-33-33-003-2016-00020-02

Demandante: Carlos Mario Ramírez Ramírez.

Demandado: Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, primero (01) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

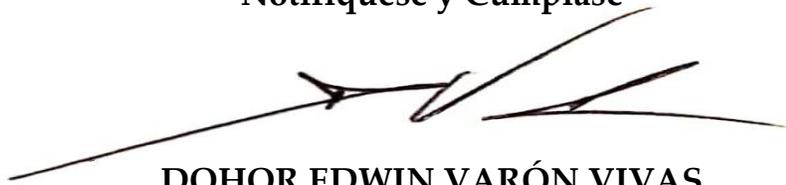
El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia en providencia del 12 de junio de 2020.

La anterior providencia fue notificada a las partes el 12 de junio de 2020.

La parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación el 14 de julio de 2020, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

Notifíquese y Cúmplase



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho para resolver la admisión del recurso de apelación.

Febrero 22 de 2021



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Auto de Sustanciación: 008-2021

Asunto: Segunda instancia

Medio control: Reparación Directa.

Radicación: 17-001-33-33-003-2016-00070-02

Demandante: Luz Adriana Valencia Calle y otros.

Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN -RAMA JUDICIAL -
DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, primero (01) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

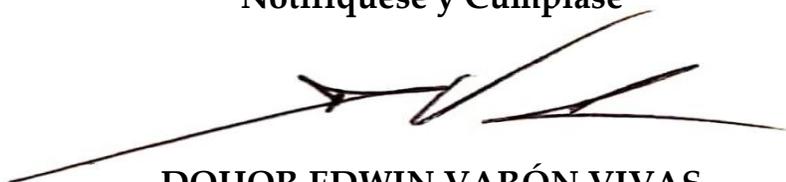
El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia en providencia del 24 de febrero de 2020.

La anterior providencia fue notificada a las partes el 25 de febrero de 2020.

La parte **DEMANDADA (RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL)** presentó recurso de apelación el 02 de marzo de 2020 y La parte **DEMANDADA (FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN)** presentó recurso de apelación el 05 de marzo, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

Notifíquese y Cúmplase



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

17-001-23-33-000-2016-00596-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veintiséis (26) de FEBRERO de dos mil veintiuno (202)

S. 017

El Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de primer grado dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **RUBÉN DARÍO VÁSQUEZ ZAPATA** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

- I) Se declare la nulidad de la Resolución N° 3429-6 de 29 de abril de 2016, con la cual se desconocieron y negaron los intereses moratorios generados con ocasión al pago tardío del retroactivo de homologación y nivelación salarial.

A título de restablecimiento del derecho,

- i. Se declare que la parte actora tiene pleno derecho a que las accionadas le reconozcan y ordenen pagar, los intereses moratorios, efectivos a partir del día siguiente a los treinta (30) días posteriores a su causación (11 de febrero de 1997) hasta el día en que fue efectivo el pago total del retroactivo por homologación y nivelación salarial.

- ii. Se condene a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS y a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, a pagar los intereses moratorios a que tiene derecho, liquidados con base al interés bancario corriente desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva del pago; en consideración a que, el pago de la nivelación salarial debe hacerse al igual que el salario, por períodos de treinta (30) días, por tanto, una vez ocurrido dicho vencimiento, su no pago genera automáticamente la obligación de cancelar los intereses aludidos.
- iii. Se ordene liquidar y pagar, a expensas de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS y la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, a favor de la parte actora, los intereses reclamados, con base al capital neto cancelado, es decir, sin incluir el valor que por concepto de indexación salarial se reconoció.
- iv. Que se cumpla el fallo de conformidad con el artículo 192 del C/CA y se condene en costas a la parte demandada.

CAUSA PETENDI

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

- El actor laboró en la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en calidad de personal administrativo.
- La entidad territorial expidió el Decreto N° 0021 de 1997, mediante el cual transfirió el personal administrativo adscrito al servicio público educativo del orden nacional, a la planta de cargos y personal que laboraba en el Departamento de Caldas.
- Así mismo, el ente territorial efectuó el estudio técnico de homologación y nivelación de cargos, el cual fue aprobado por el Ministerio de Educación Nacional.
- Previo concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, y en atención a lo dispuesto por el Ministerio de Educación a

través de la Directiva Ministerial N° 10 de 2005 y de la Resolución 2171 de 2006, el departamento presentó ante dicha entidad el estudio técnico para la homologación nacional, la que fue aprobada por esa cartera ministerial.

- Como consecuencia de lo anterior, el Departamento expidió el Decreto N° 0399 del 20 de abril de 2007, con el que homologó y niveló salarialmente los cargos administrativos de la Secretaría de Educación.
- Con Decreto N° 337 de diciembre de 2010, el Departamento de Caldas modificó la homologación y nivelación salarial del Decreto N° 0399 de 2007.
- Por Resolución No. 2244-6 del 22 de marzo de 2013, aclarada por Resolución N° 4703-6 del 4 de julio de 2013, modificada por la resolución N° 9213-6 de 11 de diciembre de 2014, se canceló a favor del ahora accionante el retroactivo por concepto de homologación salarial, y según certificación expedida por la Secretaría de Educación Departamental, el retroactivo reconocido se liquidó a partir del 10 de febrero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2009. El pago se efectuó el 16 de diciembre de 2014.
- La no nivelación salarial y el pago tardío del retroactivo genera intereses moratorios.

NORMAS VIOLADAS
Y
CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se invocaron los artículos 1°, 2°, 13, 25, 53, 58, 93, 123, 209 y 350 de la Constitución Política; 1608 núms. 1 y 2, 1617 y 1649 del Código Civil; 177 del Decreto 01/84 y la sentencia C-367 de 1995.

Como juicio valorativo de vulneración, explica el nulidisciente cómo se desarrolló el proceso de homologación, e indica que los estudios técnicos no previeron el pago de intereses moratorios a que se vieran avocados; y citando el artículo 148

de la ley 1450 de 2011 sobre saneamiento de deudas que resulten del reconocimiento del costo del servicio educativo, incluidas las homologaciones de cargos administrativos del sector.

Consideró que se debió efectuar previamente la homologación de cargos y luego la incorporación, y así preservar los principios de igualdad y equidad laboral, al paso que explicó, los intereses pretendidos se basan en que la homologación y nivelación salarial fue cancelada años después de haberse causado, y sin reconocimiento de intereses.

Afirmó que con la negativa al reconocimiento de intereses se vulneran las normas constitucionales antes invocadas, principalmente el artículo 53 que contempla el carácter no renunciable de las prerrogativas laborales; a lo cual se suma el principio de favorabilidad.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** /fls. 57-61 cdno. 1/ se opuso a las pretensiones de la parte demandante.

En los argumentos de defensa hizo referencia a la manera como se llevó a cabo el proceso de homologación, concluyendo, en suma, que la parte accionante recibió dineros dentro de tal proceso de manera indexada, por lo que no le asiste el derecho a reclamar intereses moratorios.

Propuso las excepciones de ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, sustentada en que la demanda no debió dirigirse contra la entidad territorial, como quiera que fue el Ministerio de Educación quien designó los recursos para atender el reconocimiento de la homologación salarial; ‘BUENA FE’, pues existen circunstancias eximentes de responsabilidad, toda vez que el Departamento ha obrado con el correcto diligenciamiento de los actos administrativos; ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY’, señalando que el demandante pretende aplicar una doble sanción a una entidad que no posee la titularidad de la obligación, máxime cuando el Consejo de Estado ha indicado que no se deben aplicar dos sanciones simultaneas sobre una misma obligación laboral;

‘INAPLICABILIDAD DE LOS INTERESES MORATORIOS’, dado que los dineros recibidos por el demandante fueron producto de un proceso de homologación y nivelación salarial, y no el pago de cesantías como se pretende hacer valer en el proceso.

La **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** no contestó el libelo demandador /fl. 73 cdno. 1/.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

PARTE DEMANDANTE /fls. 101-108 cdno. 1/: ratifica que lo pretendido se contrae al pago de intereses por la cancelación tardía del retroactivo de la homologación y nivelación salarial, habida cuenta que la entidad demandada como empleadora, tiene la obligación de cancelar el salario, y si ello no ocurre, debe asumir la mora, la cual sería incompleta si no incluye la depreciación del dinero por el paso del tiempo. Recalcó que a la Nación le asistía la obligación de adelantar todas las gestiones tendientes a preservar la igualdad en los salarios del personal homologado, previo a iniciar el proceso de incorporación a las plantas de personal de las entidades territoriales.

Finalizó, puntualizando, que de acuerdo con lo dispuesto en el canon 16 de la Ley 446 de 1998, el Estado debe indemnizar los daños de manera integral, lo que en el caso concreto implica el reconocimiento de los intereses deprecados.

DEPARTAMENTO DE CALDAS /fls. 110-111/: Insistió en que la única participación de ese ente territorial en el proceso de homologación salarial se limitó a expedir la certificación del valor de la deuda, por ser la depositaria de la información de cada trabajador; sin embargo, prohíja, todo el proceso y los recursos para su financiación corresponden a la NACIÓN, por lo que no le asiste responsabilidad frente a lo reclamado por la parte actora /fls. 110-111/.

La **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN**: Tampoco se pronunció en esta etapa.

MINISTERIO PÚBLICO: Se abstuvo de dar su concepto fiscal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

Conforme a lo indicado en la subetapa de fijación del litigio, los problemas jurídicos a resolver se circunscriben a los siguientes interrogantes:

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

(I)

HOMOLOGACIÓN Y NIVELACIÓN SALARIAL DEL PERSONAL ADMINISTRATIVO DE LA EDUCACIÓN

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

Inicialmente, a través de la Ley 43 de 1975, “Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los

Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, ¡las Intendencias y Comisarías; se redistribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones.” se llevó a cabo el proceso de nacionalización de la educación en los siguientes términos:

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

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

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

“Artículo 2º.- Competencias de los municipios. Corresponde a los municipios, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas municipales competentes, en su carácter de entidades ejecutoras principales de las acciones en materia social, dirigir, prestar o participar en la prestación de los servicios directamente, conforme a la ley, a las normas técnicas de carácter nacional, a las ordenanzas y a los respectivos acuerdos municipales, así:

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

- Dirigir y administrar directa y conjuntamente con sus municipios la prestación de los servicios educativos estatales en los niveles de preescolar, básica primaria y secundaria y media.

- Participar en la financiación y cofinanciación de los servicios educativos estatales y en las inversiones de infraestructura y dotación.
- Asumir las funciones de administración, programación y distribución de los recursos del situado fiscal para la prestación de los servicios educativos estatales.
- Promover y evaluar la oferta de capacitación y actualización de los docentes, de acuerdo con los desarrollos curriculares y pedagógicos y facilitar el acceso a la capacitación de los docentes públicos vinculados a los establecimientos educativos del área de su jurisdicción.
- Regular, en concurrencia con el municipio, la prestación de los servicios educativos estatales.
- Ejercer la inspección y vigilancia y la supervisión y evaluación de los servicios educativos estatales.
- Incorporar a las estructuras y a las plantas departamentales las oficinas de escalafón, los fondos educativos regionales, centros experimentales piloto y los centros auxiliares de servicios docentes.
- Asumir las competencias relacionadas con currículo y materiales educativos.

La prestación de los servicios educativos estatales y las obligaciones correspondientes, con cargo a los recursos del situado fiscal, se hará por los departamentos, caso en el cual los establecimientos educativos y la planta de personal tendrán carácter departamental, distribuida por municipios, de acuerdo con las necesidades de prestación del servicio; de todas maneras la administración del personal docente y administrativo se hará conforme a lo previsto en el artículo 60. de la presente Ley”.

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

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

compromisos y obligaciones a cargo de la Nación y las entidades territoriales respectivas”.

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

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

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

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

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

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

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

Los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos vinculados a la carrera docente a la expedición de la presente ley, no requieren nueva vinculación o

nuevo concurso para continuar en el ejercicio del cargo, sin perjuicio del derecho de la administración al traslado del mismo.

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

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

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

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

¹ Consejero ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

podrá solicitar al MEN su cubrimiento por concepto de complemento de planta.”

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

(II)

INDEXACIÓN E INTERESES MORATORIOS

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

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

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

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

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

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

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

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

El interés legal se fija en seis por ciento anual.

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

3a.) Los intereses atrasados no producen interés.

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

Ahora bien; respecto de la procedencia del pago de intereses moratorios sobre sumas indexadas, el H. Consejo de Estado ha aclarado²:

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

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

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

2

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

represente el valor real al momento de la condena que es el equivalente al perjuicio recibido.

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

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

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

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

En este orden de ideas, en caso de llegar a hallarse probado que a la parte demandante le fueron indexadas las sumas reconocidas a título de nivelación salarial, resultaría totalmente improcedente ordenar el reconocimiento de

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

intereses moratorios sobre valores ya indexados, dada la incompatibilidad que existe entre estos dos conceptos.

EL CASO CONCRETO

En el expediente se encuentra acreditado lo siguiente:

- Mediante Resolución N° 2244-6 de 22 de marzo de 2013, aclarada por la Resolución N° 4703-6 de 4 de julio de 2013, y modificada a través de la Resolución N° 9213-6 de 16 de diciembre de 2014, al actor le fue reconocida la homologación y nivelación salarial del período comprendido entre el 10 de febrero de 1997 y el 31 de diciembre de 2009, incluyendo por concepto de indexación, la suma de \$ 126'792.780 /fls. 23-37 cdno 1/.
- Dicho pago se le realizó el 15 de mayo de 2013 según se advierte de la certificación expedida por la Secretaría de Educación de Caldas /fl. 38 cdno. 1/.
- Mediante petición dirigida al Ministerio de Educación Nacional y a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, el accionante solicitó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios por la falta de pago oportuno de la nivelación y homologación salarial causados desde el año de 1997 al año 2003, la cual fue negada a través del acto demandado /fls. 20- 23, 18-19 cdno 1/.

Por ende, teniendo en cuenta que a la parte actora le fue reconocida la indexación sobre las sumas pagadas por concepto de homologación y nivelación salarial, atendiendo al marco normativo y jurisprudencial aludido, la pretensión de obtener intereses de mora por el pago tardío del retroactivo carece de vocación de prosperidad, dada la incompatibilidad entrambos conceptos.

PRONUNCIAMIENTOS DEL CONSEJO DE ESTADO

En este punto cabe destacar, que en casos similares esta Corporación, mediante postura mayoritaria -de la cual se separó quien funge como ponente en el sub lite-, y acudiendo al canon 53 Constitucional, venía reconociendo la actualización de sumas de dinero pagadas de manera tardía en sede administrativa, bajo el

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

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

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

En la referida sentencia, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo ratificó además algunas reglas jurídicas que reforzaron la decisión adversa a la

pretensión de pago de intereses de mora por el pago tardío del retroactivo de la homologación y nivelación salarial, las cuales sintetiza el Tribunal en los siguientes puntos:

(i) El lapso transcurrido entre la fecha de reconocimiento y el pago del retroactivo por homologación y nivelación salarial, en la mayoría de casos, resulta razonable, a la luz de las diferentes gestiones de orden administrativo que deben adelantar las entidades públicas para efectuar este tipo de reconocimientos, como ocurre en el caso que sirve de parámetro, en el que apenas transcurrió un (1) mes, tiempo en el cual no se presenta una depreciación significativa del valor de la suma reconocida.

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

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

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

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

SOBRE EL RAZONAMIENTO DE LA CONDENA EN VIRTUD DE LA EQUIDAD DEL TRIBUNAL

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

Con esta providencia se recoge esa postura, atendiendo la reiteración del Consejo de Estado de revocar decisiones de primera instancia, y acoge en adelante lo que se viene expresando.

El fenómeno de la “indexación” no lo trata la jurisprudencia como un derecho, sino que es una ‘técnica’ o ‘instrumento’ utilizado para actualizar algún valor por razón de su depreciación, devaluación o pérdida de valor adquisitivo, válida no solo para sumas laborales, sino para cualquier otro rubro, utilizándose, para ello, la fórmula de Índice de Precios al Consumidor (IPC), y manteniendo de esta manera el valor actual o el poder adquisitivo de aquel que se ha perdido por razón de la inflación. De allí que, *per se*, la indexación no constituya una prerrogativa o “derecho” en sí mismo, pues la indexación puede indistintamente proyectarse, se itera, bien sea sobre un asunto de índole civil, laboral, administrativo o tributario, etc. (Sentencias T-007 de 2013 y C-862 de 2006).

De otro lado, otrora se sostuvo que para poder acudir a las instituciones jurídicas “extrapetita” y “ultrapetita”, éstas deben referirse a SALARIOS, PRESTACIONES o INDEMNIZACIONES, y como la “actualización” o “indexación”, no ostentan la categoría de derecho o crédito de raigambre laboral, no puede accederse a rubros mayores de los previstos en la ley, y menos aún, cuando en el sistema administrativo o gubernamental no han sido materia de solicitud ante el órgano gubernamental respectivo (agotamiento de la vía administrativa). Agréguese a ello, que no se hace posible reconocer un derecho a título de restablecimiento, de alguna suma que de ninguna manera ha sido negada por medio de un acto administrativo, expreso o ficto, que debiera ser

anulado, y en tal sentido, no es dable hacer cualquier tipo de reconocimiento de oficio.

Sobre este punto, también el H. Consejo de Estado hizo recientemente dos (2) pronunciamientos en sentencias, en las que revocó igual número de fallos de este mismo Tribunal que concedían la aludida indexación al amparo del criterio de “equidad” esbozado.

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

“(…) En lo atañadero a la presunta facultad que se atribuye el *a quo*, para decidir *extra petita*, la Corte Constitucional, en fallo T-873 de 16 de agosto de 2001⁴, indicó que «[a]l contrario de los procesos laborales a los cuales asimila el demandante su asunto, el ejercicio de la función judicial en materia contencioso administrativa⁵, la competencia del juez al momento de fallar no le permite decidir *ultra petita* o *extra petita*, porque la resolución judicial que se extienda más allá de lo pedido o que se tome fuera del *petitum* de la demanda, a más de resultar violatoria del derecho de defensa de la contraparte sería contraria a la estructura misma del proceso que en esta materia se guía por el principio de que la materia del litigio se define por las partes y, estas al hacerlo, delimitan la competencia del juzgador».

En similar sentido, se pronunció esta Corporación el 20 de mayo de 2010⁶, al sostener que «[l]a sentencia proferida por el juez de lo contencioso administrativo, a su turno, debe ser motivada y resolver todos los puntos objeto de

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

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

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

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

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

En ese orden de ideas, conforme a lo anterior, resultaría contrario a la naturaleza de esta jurisdicción admitir la aplicación de las facultades ultra y extra petita, que invocó el Tribunal de instancia, como sí opera en la jurisdicción

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

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

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

ordinaria laboral¹⁰, dado que ello vulneraría el principio de justicia rogada, el cual impone la carga a la persona que acude al aparato jurisdiccional de solicitar en la demanda, de manera específica, lo que se quiere; así como el de congruencia, que consiste en la obligación que tiene la autoridad judicial de decidir de acuerdo con lo pedido y probado; por lo tanto, deberá revocarse la orden impuesta en el fallo apelado, al constatarse que lo pretendido por la actora era el pago de los intereses moratorios, en los términos analizados en precedencia, y no la indexación dispuesta por el a quo” /Destaca la Sala/.

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

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

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

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

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

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

En conclusión, acogiendo las nóveles pautas jurisprudenciales sobre la materia, resulta clara la imposibilidad de exceder el objeto del litigio, con el fin de conceder, de oficio, una indexación no planteada ante la administración ni solicitada en el escrito introductor, y menos aún, atribuyéndole a dicha indexación el carácter de derecho laboral a la luz del canon 53 Superior, condición que no le es propia, como ampliamente se dijo, tratándose simplemente de una técnica de actualización de valores monetarios para corregir la inflación.

Sumado a lo anterior, ha quedado acreditado que la suma reconocida a la parte actora fue debidamente actualizada, y que dicha actualización es incompatible con los intereses que se imploran, lo que fuerza a denegar las pretensiones de la parte demandante.

¹² Folio 41.

COSTAS

Con fundamento en el artículo 188 del C/CA, se condena en costas a la parte actora, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General de Proceso. Lo anterior, teniendo en cuenta que la parte demandada se vio en la necesidad de asumir su defensa judicial y sufragar los gastos procesales hasta su culminación.

Las agencias en derecho se tasan en el 3% del valor pretendido, a cargo también de la parte actora de conformidad con el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016¹³ artículo 5, numeral 1 del Consejo Superior de la Judicatura.

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

FALLA

NIÉGANSE las pretensiones de la parte demandante, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **RUBÉN DARÍO VÁSQUEZ ZAPATA** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

COSTAS a cargo de la parte actora, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por el equivalente al 3% del valor de las pretensiones de la demanda, también a cargo de la parte demandante y a favor de la accionada.

EJECUTORIADA esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere. **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI.

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

¹³ "Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho".

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha,
según consta en Acta N° 008 de 2021.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



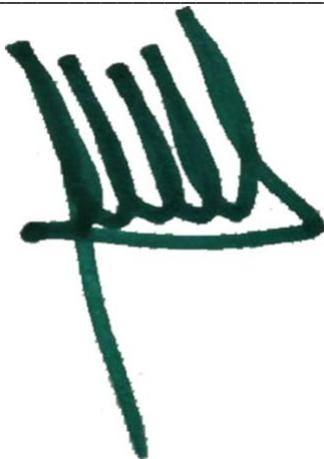
PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 036 de fecha 2 de Marzo de 2021.

Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, with a long vertical stroke extending downwards from the center.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario