

ACLARACIÓN DE VOTO DE CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

De la manera más respetuosa con mis compañeros de sala, me permito aclarar el voto de la sentencia anterior.

En primer momento concuerdo con la sala mayoritaria en lo que se afirma frente a la existencia de los elementos de la relación laboral, y que, como consecuencia de ello, se debe pagar a título de indemnización las prestaciones a que todo empleado similar al que demanda, tubo derecho.

Sin embargo, a mi juicio, si se acepta que la prescripción de los derechos no se puede aplicar en este caso de la forma en que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado para casos de contrato realidad proveniente de una simulación de contrato de prestación de servicios, pues como se demostró esto no existió este contrato, sino conforme al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, las cesantías a que tiene derecho se le liquiden, tienen la prescripción de los tres (3) años de que habla esta disposición y no como lo señala la Sala mayoritaria, que los asimiló a los aportes pensionales, esto es, que las cesantías se debían liquidarse por todo el tiempo de la relación, pues frente a los aportes pensionales hay suficiente apoyo jurisprudencial tanto del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional que las consideran imprescriptibles, no es el caso de las cesantías que estas se deben reclamar como cualquier otro derecho, dentro de los tres años siguientes a la extinción de esa relación.

En los anteriores términos, considero que, si es dable liquidarle las cesantías dentro de los factores a indemnizar, pero únicamente por los tres (3) últimos años, en atención a la prescripción de derechos laborales.

Respetuosamente



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maestrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, dieciocho (18) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO	17001-23-33-000-2018-00503-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	OSCAR ANTONIO ARISTIZÁBAL GIRALDO
ACCIONADO	INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS - INFICALDAS¹

Procede la Sala Primera de Decisión de Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo G.G.180-2018 expedido el 22 de marzo de 2018 por Inficaldas.

A título de restablecimiento del derecho:

2. Se declare que entre el demandante e Inficaldas existió un contrato de trabajo desde el 4 de diciembre de 1994 hasta el 7 de marzo de 2018.

3. En razón a lo expuesto en relación con la pretensión anterior se declare que el convocante, durante el tiempo que existió la relación laboral con la entidad demandada, adquirió la condición de funcionario público de hecho.

4. Que Inficaldas cancele al demandante el total del auxilio de cesantías por el tiempo que duró la relación laboral.

5. Que Inficaldas cancele al demandante el total de la indemnización o sanción moratoria especial por la no consignación de cesantías por el tiempo que duró la relación laboral.

¹ También Inficaldas

6. Que Inficaldas cancele al demandante el total de la indemnización o sanción moratoria por el no pago de las cesantías al momento de terminación de la relación laboral.
7. Que Inficaldas cancele el total de los intereses de las cesantías por el tiempo que duró la relación laboral.
8. Que Inficaldas cancele al demandante el total de las vacaciones compensadas en dinero por el tiempo que se prolongó la relación laboral.
9. Que Inficaldas cancele al demandante el total de la prima de servicios durante el tiempo que duró la relación laboral.
10. Que Inficaldas cancele al actor el total del auxilio de transporte adeudado por el tiempo que duró la relación laboral.
11. Que Inficaldas cancele al demandante el total de los aportes a pensión causados desde el 4 de diciembre de 1994 hasta el 7 de marzo de 2018, con el correspondiente cálculo actuarial.
12. Que Inficaldas cancele al demandante el pago de la indemnización de contrato por terminación sin justa causa.

HECHOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

- El señor Aristizábal Giraldo e Inficaldas celebraron un contrato de trabajo de forma verbal, el cual se extendió entre el 4 de diciembre de 1994 hasta el 7 de marzo de 2018.
- Durante este interregno que duró la relación laboral, el actor cumplió una jornada impuesta por la entidad demandada que comenzaba a las 5:50 a.m. y terminaba a las 6:00 p.m., de lunes a domingo.
- Como contraprestación por los servicios, las partes concertaron como pago el salario mínimo legal mensual vigente, el cual era causado de forma diaria al final de la jornada laboral.

- Que el demandante fue contratado para cumplir con labores que describe como brindar servicio de maletero, encender y cuidar la cinta transportadora de equipaje, izar las banderas del aeropuerto, realizar aseo, encender y apagar las luces del aeropuerto y quemar la pólvora para espantar a las garzas; y sumado a esas funciones asignadas también debía cumplir las que le ordenara la administración del Aeropuerto La Nubia. Labores que ejecutó de manera personal y bajo la subordinación de la entidad demandada a través del administrador de la terminal área.
- Para poder ingresar a las instalaciones del aeropuerto el actor estuvo carnetizado durante el tiempo que duró la relación laboral.
- Durante el tiempo que duró la relación laboral el demandante cumplió las mismas funciones que algunos empleados de planta del Aeropuerto La Nubia de Manizales, específicamente las de auxiliar de servicios generales, pero al ser vinculado verbalmente adquirió su condición de funcionario público de hecho.
- Informó que el día 7 de marzo de 2018 siendo las 12:20 p.m. en las instalaciones de la terraza del Aeropuerto La Nubia de Manizales se reunieron el señor Mauricio Gaitán, secretario general de Inficaldas, y la señora Erika Salazar, superintendente jefe del aeropuerto con el demandante, y le manifestaron que a partir de esa fecha se daba por terminado el contrato de trabajo, sin que se le cancelara suma de dinero por concepto alguno.
- Se presentaron reclamaciones ante la entidad los días 5 y 7 de marzo de 2018 mediante las cuales se solicitó el pago de la liquidación derivada del contrato laboral; petición que fue negada a través del acto administrativo G.G.180-2018 del 22 de marzo de 2018.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El demandante considera que en el presente caso las normas violadas son los artículos 2, 13, 25, 48, 53 y 58 de la Constitución Política; la Ley 443 de 1998 y la Ley 909 de 2004.

Manifestó que el funcionario responsable de la entidad demandada al expedir el acto administrativo acusado violó la ley, ya que el acto administrativo demandado contiene una argumentación restrictiva de la ley y violatoria de los principios y garantías laborales en el sector público.

Por ello, aseguró, es palpable la falsa motivación del acto enjuiciado, pues el actor prestó sus servicios personales de forma continua, ininterrumpida y bajo la subordinación del gerente de la terminal área La Nubia, por lo que adquirió la condición de funcionario público de hecho en virtud a que se omitieron las condiciones de vinculación a través de los presupuestos de carrera administrativa previstos en su momento en la Ley 443 de 1998 y la Ley 909 de 2004; y, adicionalmente, las funciones desarrolladas correspondieron siempre a las establecidas en la planta de personal de la entidad, en especial a las de servicios generales.

Referenció jurisprudencia del Consejo de Estado relativa al funcionario de hecho para concluir que encaja en esta categoría la persona que labora sin acto administrativo de nombramiento y posesión; y destacó que el Máximo Tribunal Administrativo fue enfático al afirmar que no resulta equitativo trasladarle al trabajador las precariedades que presenta la relación laboral como consecuencia de la actitud omisiva de la administración al haber mantenido esa situación durante varios años sin expedir el acto administrativo de vinculación.

Adujo que Inficaldas, después de un informe de auditoría realizado por el asesor de control interno, se dio cuenta que el demandante ejercía funciones propias de un cargo que estaba en la planta de personal, lo que conllevó a la terminación del vínculo que tenía con la entidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Inficaldas comenzó por pronunciarse sobre los hechos para indicar de su mayoría que no eran ciertos, al hacer énfasis en que entre la entidad y el actor nunca existió una relación laboral; pero aceptó los supuestos fácticos relativos a la reclamación administrativa presentada por el actor y la respuesta emitida por el instituto. Seguidamente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Como razones de defensa hizo alusión a las formas de vinculación con el Estado, tema frente al cual explicó, con apoyo en el artículo 122 de la Constitución Política, que un empleado público es aquella persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo luego de cumplir una serie de requisitos para su desempeño, como son que el cargo exista en la planta de personal, que tenga funciones asignadas y que exista provisión de recursos para pagar la labor realizada.

Que, aunado a ello, el artículo 125 del Carta prescribe que los empleos en las entidades del Estado son de carrera con excepción de los de libre nombramiento y remoción (relación legal y reglamentaria); trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y contratista por prestación de servicios (relación contractual estatal).

Que en este caso la parte actora hizo alusión a que el demandante adquirió la condición de funcionario de hecho, figura que hace referencia a la persona que ocupa un cargo en la administración pública y cumple funciones propias del mismo pero sin un título o con título irregular; y aclaró que para que se configure esta forma de vinculación se requiere: 1) que el empleo exista dentro de la planta de personal; 2) que las funciones se ejerzan irregularmente; y 3) que las cumpla de la misma forma como lo haría un funcionario público; pero que también se podría decir que se configura esa figura cuando la persona ejerza funciones públicas con la anuencia de las entidades encargadas de controlar e impedir que se presenten esta clase de situaciones, lo cual en el caso de Inficaldas sería del nominador, es decir, del gerente.

Que al revisar esos requisitos en el presente caso ninguno de ellos se acreditó; máxime porque dentro de la planta de personal no existe el cargo de maletero o equivalente, y la labor se realizó por cuenta y riesgo del mismo demandante.

Propuso las excepciones de:

- **No existen presupuestos jurídicos ni jurisprudenciales para que se presente la figura de un funcionario de hecho:** insistió que en este caso no se configuran los requisitos para que se pueda hablar de un funcionario de hecho, sobretodo porque en el manual de funciones no existe un cargo igual al que aduce el actor desempeñó en el Aeropuerto La Nubia.
- **Cobro de lo no debido:** explicó que para que se ostente la calidad de empleado del Estado se hace necesario que se cumplan una serie de requisitos los cuales no se dan en este caso, más cuando no existen comprobantes de pago de honorarios, salarios, prestaciones, órdenes de prestación de servicios o semejantes, lo que permite inferir que las labores desarrolladas nunca fueron autorizadas; por ello, mal haría la entidad en reconocer salarios y prestaciones que no se adeudan, pues esto conllevaría a que se generara un pago de lo no debido y un detrimento patrimonial para el Estado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante: manifestó que está demostrado con los testimonios la vinculación del demandante con la entidad demandada; el cumplimiento de un horario de trabajo; la remuneración; las labores desarrolladas; la dotación entregada por la accionada; los llamados de atención; la asistencia a capacitaciones y las sanciones impuestas.

Sobre la tacha de los testimonios de los señores José Helver Zapata y José Alirido Escobar Marín indicó que en las declaraciones rendidas por ellos se evidencia su imparcialidad, y por esta razón deben ser valoradas, más cuando su dicho permite aclarar los hechos objeto del litigio.

Insistió en los argumentos planteados en la demanda y resaltó que es palpable la falsa motivación del acto demandado, pues durante el tiempo que el actor prestó sus servicios personales de forma continua, ininterrumpida y bajo subordinación del gerente de la terminal área adquirió la condición de funcionario de hecho.

Finalmente, citó jurisprudencia relacionada con el tema objeto de debate judicial, y pidió no pasar por alto que fue el informe de auditoría el que generó la terminación de la relación laboral entre el accionante y la entidad.

Parte demandada: adujo que luego de practicadas las pruebas, especialmente el interrogatorio de parte, se pudo constatar que en ningún momento existió un nombramiento legal, es decir, el actor no fue designado directamente por la entidad mediante acto administrativo o por alguna de las formas de vinculación establecidas en la ley; y destacó, además, que no era el instituto el que pagaba su salario, sino que la remuneración que recibió provenía de los usuarios del Aeropuerto La Nubia.

Resaltó que en este caso el demandante estaría alegando su propia culpa, ya que desde el principio tuvo conocimiento que su actividad era desempeñada sin el lleno de los requisitos legales, y no puede abusar de ese conocimiento para pretender ahora el reconocimiento de unos derechos.

Pidió que el tribunal se adentre a estudiar detalladamente los requisitos necesarios para que se configure la figura de un funcionario de hecho, que es lo peticionado en la demanda; e insistió que en este caso tampoco se acreditaron las exigencias de ley para considerar que el señor demandante era un empleado público. -

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

A través de concepto nro. 16-2020, el señor Procurador 28 Judicial II solicitó se nieguen las pretensiones del demandante.

Comenzó por referenciar normativa y jurisprudencia atinente al contrato de prestación de servicios para resaltar la primacía de la realidad sobre las formalidades, pero también hacer relación al deber que tiene la parte de acreditar los tres elementos que configuran la relación laboral, lo que le permitió inferir que, en este caso, según el material probatorio, la parte actora no demostró la prestación personal del servicio, la continuada dependencia o subordinación y la remuneración percibida.

En relación con la figura del funcionario de hecho, sostuvo el señor Procurador que no es procedente estudiar el caso desde esta óptica porque no demostró el actor la prestación efectiva de sus servicios bajo una supuesta vinculación precaria; sumado a que no se reunieron los presupuestos establecidos en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Concluyó, que el acto administrativo acusado no contravino el ordenamiento jurídico, por cuanto la decisión de negar una relación laboral entre las partes, con el consecuente pago de prestaciones sociales, se sujetó a la normativa en la que debía fundarse.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

No observa esta Sala irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo actuado después de la audiencia de pruebas, y procederá en consecuencia a tomar una decisión de fondo en el presente litigio.

La parte demandada propuso las excepciones que denominó "*no existen presupuestos jurídicos ni jurisprudenciales para que se presente la figura de funcionario de hecho*" y "*cobro de lo no debido*", las cuales por tocar el fondo del asunto quedarán subsumidas en el estudio que de este se realice.

Problemas jurídicos

En la audiencia inicial se plantearon los siguientes interrogantes:

1. ¿Se configuraron los elementos que permitan determinar la existencia de una relación laboral entre el señor Oscar Antonio Aristizábal Giraldo e INFICALDAS, o como funcionario de hecho, por la actividad desarrollada en la terminal área de Manizales por el lapso comprendido entre el 4 de diciembre de 1994 hasta el 7 de marzo de 2018?

En caso positivo:

- 2.- ¿Conforme a las labores realizadas por el actor, en qué tipo de servidor público se podría clasificar, si empleado público o trabajador oficial?

Si la respuesta anterior, es la de clasificarlo como empleado público, deberá la sala discernir:

- 3.- Hay lugar, a título de restablecimiento del derecho, ¿a que Inficaldas le reconozca y pague las prestaciones que reclama?

Lo probado en el proceso

De acuerdo al material probatorio que reposa en el expediente se encuentra acreditado lo siguiente:

- Que el señor Oscar Antonio Aristizábal Giraldo fue vinculado en forma verbal por el administrador del aeropuerto La Nubia de Manizales para prestar servicios en el grupo de "maleteros"; labor que prestó desde el 4 de diciembre de 1994 hasta el 7 de marzo de 2018.
- Que el 7 de marzo de 2018 se le informó al demandante por parte del administrador del aeropuerto que no podía continuar prestando ese servicio en esa dependencia.
- A través de peticiones presentadas el 6 y 7 de marzo de 2018 el demandante solicitó a Inficaldas se reconociera un contrato laboral entre las partes con el consecuente pago de todos los salarios y prestaciones sociales que de este se derivaban (fol. 27 a 30 C.1). La petición fue resuelta mediante oficio G.G 180-2018 del 22 de marzo de 2018 en el cual se manifestó que no era procedente acceder a lo solicitado por cuanto nunca existió una relación contractual o laboral entre las partes (fol. 31 a 32 *ibídem*).

➤ Que conforme a las disposiciones internas sobre planta de personal y manual de funciones, entre ellas, el Acuerdo 039 del 13 de febrero de 2009, se evidencia una planta de personal de Inficaldas conformada por un cargo de profesional especializado (aeropuerto) grado 222, código 05, cuyo propósito principal era *“Administrar el sistema operativo y funcional del Aeropuerto La Nubia”*. Había además adscritos al aeropuerto un capitán de bomberos; 15 bomberos; un ayudante código 472, grado 02; 2 ayudantes código 472, grado 04 (parqueadero); dos auxiliares de servicios generales código 470, grado 01, que tenían como dependencia *“gerencia – Aeropuerto La Nubia”* y un ayudante código 472, grado 4 (mensajería) - CD visible a folio 141-.

El cargo de servicios generales tenía como propósito principal *“Ejecutar labores relacionadas con aseo y mantenimiento de las áreas a su cargo”*. Y como funciones esenciales:

1. Mantener las oficinas en orden y aseo.
2. Suministrar a los funcionarios de las respectivas dependencias los servicios de cafetería.
3. Dotar las áreas respectivas de los diferentes implementos de mantenimiento y aseo.
4. Mantener en completo orden el área de ejecución de sus actividades.
5. Mantener los equipos y materiales entregados para su custodia y manejo en perfecto orden.
6. Ejecutar las demás funciones que le sean asignadas por autoridad competente, que esté acorde con la naturaleza del cargo.

➤ El Acuerdo 042 del 21 de enero de 2010 modificó y adicionó el Acuerdo nro. 039 de 2009 en el sentido de excluir un cargo de ayudante (parqueadero aeropuerto) y adicionar un cargo ayudante (correspondencia aeropuerto) código 472, grado 02, con las mismas funciones que ejercía el funcionario en relación con realizar la entrega de correspondencia del instituto en las diferentes entidades cuando se requiriera y responder por la integridad de los documentos encomendados, de acuerdo a las normas, políticas y procedimientos vigentes (CD folio 2 C.2).

➤ A través de oficio que data de diciembre de 2017 el señor Oliverio Gordillo, en calidad de coordinador y auxiliar de equipajes, en nombre propio y de otros compañeros entre los que se encontraba el demandante, solicitó al administrador del Aeropuerto La Nubia se realizaran los trámites para la entrega de los carnets que los acreditara como prestadores del servicio mencionado. Este oficio tiene sello de recibido en Inficaldas del 26 de diciembre de 2017 (fol. 34 C.1).

A través de otro escrito radicado en enero de 2018 se solicitó a la gerente de Inficaldas la expedición de los carnets, pues a pesar de haberse emitido la circular nro. 14-2017 relacionada con la carnetización para Avianca, Easyfly, Energizar, LASA, Consorcio Caldas 2017, Interventoría, Las Migas, Bomberos, Locales Comerciales, Empresa Seguridad y Empresa de Aseo, los maleteros no habían obtenido respuesta a su petición (fol. 35 a 37 C.1).

A folio 38 reposa un formato de carnetización diligenciado, el cual tiene fecha del 21 de septiembre de 2010 y en el que aparece el nombre del señor Antonio Aristizábal. Se indica que es auxiliar de equipaje y que desempeña su trabajo en “equipaje – parqueaderos – angares (sic)”. En “tipo de contrato” se marcó la casilla de “indefinido”.

A folio 40, 41, 45 y 46 se evidencian varias copias de carnets con el nombre del demandante, en los que se hace alusión al Aeropuerto La Nubia, a la administración y a la labor de maletero.

➤ Que en junio de 2017 se realizó un informe de autoría en Inficaldas por parte de la oficina de control interno en el cual se manifestó que se evidenciaban situaciones en el manejo de personal en el Aeropuerto La Nubia.

Este informe discriminó cuáles cargos hacían parte de la planta de personal y qué personas estaban vinculados mediante contrato de prestación de servicios, enlistando en el personal de planta a los auxiliares de servicios generales.

El informe también da cuenta de que en la planta de personal no se encuentra algún cargo que se relacione con el servicio de maletero o similares, y tampoco se mencionó alguna persona que estuviera vinculada por contrato de prestación de servicios y que ejecutara estas labores.

Se plasmaron como resultados de la auditoria que se habían encontrado 3 hallazgos, uno de ellos relacionado con que se había evidenciado la presencia de personas que ejecutaban actividades de manera informal en el aeropuerto, como los maleteros y la despachadora de taxis. Y en el acápite de “efectos” expresamente se consignó *“Lo anterior ocasiona que se presente informalidad en la ejecución de algunas actividades relativas al proceso, incumpliendo la normatividad aplicable y generando desorden administrativo. En igual forma se corre el riesgo de un daño de tipo antijurídico para la entidad, debido a que estas personas pueden ejercer acciones judiciales contra el instituto ante cualquier eventualidad que se les presente, ya que aunque no tiene vínculo laboral con el mismo, están*

desarrollando las actividades señaladas en las instalaciones del aeropuerto La Nubia, sin ningún tipo de condicionamiento por parte de Inficaldas quien es el operador del terminal aéreo”.

En el capítulo de recomendaciones se indicó: *“Revisar que otras personas desarrollan actividades no oficiales o informales en el aeropuerto la Nubia, con el fin de establecer los controles pertinentes, ya que estas labores que no son oficiales y sin ningún vínculo laboral con INFICALDAS, generen riesgos de tipo administrativo y jurídico para la entidad”* (fol. 63 a 77 C.1).

➤ En informe rendido bajo la gravedad de juramento que data del 11 de diciembre de 2019, la gerente general de Inficaldas indicó que el Aeropuerto La Nubia hace parte de esa entidad como una unidad de negocio; dependencia que tiene asignados unos cargos de planta como son: 5 ayudantes, 14 bomberos, un capitán de bomberos y un profesional especializado, para un total de 21 cargos, sin que dentro de ellos exista el de maletero y/o equivalentes.

Aclaró que la función nominadora está en cabeza de la gerencia, y que en el tiempo que ella se ha desempeñado en ese cargo (7 de abril de 2017 a la fecha de expedición del documento), no autorizó el trabajo del señor demandante como maletero ni en otro cargo en las instalaciones del aeropuerto.

Que a raíz del informe suministrado por control interno fue que se evidenciaron inconsistencias con la presencia de los llamados “maleteros” en las instalaciones del aeropuerto, lo que hizo necesario tomar medidas para que se dejara de prestar la actividad de manera informal y sin la debida autorización legal.

Aclaró, además, que no se evidenció ningún pago del presupuesto que maneja el instituto al demandante, pues nunca medio autorización alguna por parte de la gerencia para ejecutar alguna labor; y que sí así se hizo, fue por voluntad propia del actor en la que asumió su propio riesgo, pues conocía que la entidad nunca contrató los servicios de “maleteros” y por ello nunca reconoció salarios o prestaciones (fol. 4 y 5 C.2).

Cuestión previa- tacha de testigo

En la audiencia de pruebas se recibieron varios testimonios, entre ellos, el de los señores José Alirido Escobar Marín y José Helver Zapata Medina, personas que también se desempeñaron como “maleteros” en el Aeropuerto La Nubia.

Estos declarantes fueron tachados por el apoderado de la parte demandada en atención a los intereses que podían tener en contra de la entidad, pues en su versión indicaron que también habían presentado demandas con base en los mismos fundamentos fácticos del presente proceso; es decir, haber estado vinculados como “maleteros”, y, por tanto, pretender que se declare la relación laboral con el consecuente pago de los salarios y prestaciones.

Frente a la tacha de testigos, debe indicarse que la circunstancia de que los declarantes manifestaran que presentaron demanda contra la entidad por una situación similar a la planteada por el actor, para la Sala no es suficiente razón para invalidar su testimonio, pues no se observa que su declaración estuviere parcializada, máxime cuando las respuestas dadas fueron coherentes, congruentes, y concordantes, sin observarse vacilaciones ni expresiones con algún ánimo revanchista o sesgado frente a la demandada, y si bien pueden tener algún interés indirecto, se observa que ello no se dejó traslucir en sus declaraciones, máxime que lo dicho por otras personas que también están demandando por la misma situación, es coherente con otros testigos como el servidor de la Policía Nacional, que incluso en su declaración llena más de detalles de valor probatorio sobre el asunto que se está dilucidando, esto es, sobre las condiciones de prestación personal del servicio, subordinación y dependencia, y sobre la forma en que eran remunerados estas personas. Por lo que no prospera esta tacha.

por otro lado, más bien, Para la Sala es muy importante su declaración, en tanto que dada su condición de compañeros del demandante y haber trabajado como “maleteros”, les permitió conocer de manera directa las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el actor prestó sus servicios en el Aeropuerto La Nubia. Así las cosas, no prospera la tacha, y en consecuencia se valorará su testimonio conforme a las reglas de la sana crítica y en conjunto con el resto del material probatorio.

Primer problema jurídico

¿Se configuraron los elementos que permiten determinar la existencia de una relación laboral entre el señor Oscar Antonio Aristizábal Giraldo e INFICALDAS, o como funcionario

de hecho, por la actividad desarrollada en la terminal área de Manizales por el lapso comprendido entre el 4 de diciembre de 1994 hasta el 7 de marzo de 2018?

Tesis: la Sala considera que la parte demandante acreditó con claridad los elementos de trabajo personal, subordinación o dependencia y remuneración, lo que permite afirmar la existencia de una relación laboral con Inficaldas, y en tal sentido le asiste derecho al pago, a título de indemnización, de algunas de las prestaciones sociales reclamadas.

Marco jurisprudencial - protección al trabajo

En sentencia C-593 de 2014 la Corte Constitucional realizó una disquisición sobre la protección al trabajo, y señaló, entre otros aspectos, que el trabajo es un principio fundante de nuestro estado constitucional de derecho y debe ser especialmente protegido:

La protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva tanto del empresario como la del trabajador o del servidor público, no está circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo sino que, por el contrario, es más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada. Desde el Preámbulo de la Constitución, se enuncia como uno de los objetivos de la expedición de la Constitución de 1991, el asegurar a las personas la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. Es decir, el trabajo es un principio fundante del Estado Social de Derecho. Es por ello que desde las primeras decisiones de la Corte Constitucional se ha considerado que “Cuando el Constituyente de 1991 decidió garantizar un orden político, económico y social justo e hizo del trabajo requisito indispensable del Estado, quiso significar con ello que la materia laboral, en sus diversas manifestaciones, no puede estar ausente en la construcción de la nueva legalidad”. Lo anterior implica entonces que dentro de la nueva concepción del Estado como Social de Derecho, debe entenderse la consagración constitucional del trabajo no sólo como factor básico de la organización social sino como principio axiológico de la Carta. El artículo 25 de la Constitución Política dispone que “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.” También varias de sus disposiciones de la Constitución reflejan una protección reforzada al trabajo. Así el artículo 26 regula, entre otros temas, la libertad de escogencia de la profesión u oficio productivo; el artículo 39 autoriza expresamente a los trabajadores y a los empleadores a constituir sindicatos y asociaciones para defender sus intereses; el artículo 40, numeral 7º establece como un derecho ciudadano el de acceder a los cargos públicos; los artículos 48 y 49 de la Carta establecen los

derechos a la seguridad social en pensiones y en salud, entre otros, de los trabajadores dependientes e independientes; el artículo 53 regula los principios mínimos fundamentales de la relación laboral; el artículo 54 establece la obligación del Estado de propiciar la ubicación laboral a las personas en edad de trabajar y de garantizar a las personas discapacitadas el derecho al trabajo acorde con sus condiciones de salud; los artículos 55 y 56 consagran los derechos a la negociación colectiva y a la huelga; el artículo 60 otorga el derecho a los trabajadores de acceso privilegiado a la propiedad accionaria; el artículo 64 regula el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra y la efectividad de varios derechos de los campesinos y los trabajadores agrarios; el artículo 77 que garantiza la estabilidad y los derechos de los trabajadores del sector de la televisión pública; los artículos 122 a 125 señalan derechos y deberes de los trabajadores al servicio del Estado; el artículo 215 impone como límite a los poderes gubernamentales previstos en los “estados de excepción”, los derechos de los trabajadores, pues establece que “el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo”; el artículo 334 superior establece como uno de los fines de la intervención del Estado en la economía, el de “dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos” y el artículo 336 de la Constitución también señala como restricción al legislador en caso de consagración de monopolios, el respeto por los derechos adquiridos de los trabajadores.

[...]

La jurisprudencia constitucional ha considerado que la naturaleza jurídica del trabajo cuenta con una triple dimensión. En palabras de la Corporación la “lectura del preámbulo y del artículo 1º superior muestra que el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho, porque es concebido como una directriz que debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio. En segundo lugar, el trabajo es un principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social de nuestro Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador porque impone un conjunto de reglas mínimas laborales que deben ser respetadas por la ley en todas las circunstancias (artículo 53 superior). Y, en tercer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, el trabajo es un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social.

Sobre la prelación de la realidad sobre las formas en materia laboral que da origen a la teoría del contrato realidad, la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 de 1997 expuso:

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.*

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

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

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores (Subrayado fuera de texto).

La Honorable Corte Constitucional en la precitada sentencia, se refirió a este principio de la siguiente manera:

El principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal. De resultar vulnerados con esos comportamientos derechos de los particulares, se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del "contratista convertido en trabajador" en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Según la anterior jurisprudencia, cuando bajo la égida de un contrato de prestación de servicios se desarrolla una labor en la que se puede demostrar una prestación personal del servicio, una subordinación y dependencia y además se evidencia una

remuneración, ese contrato de prestación de servicios simula verdaderamente una relación laboral que los jueces deben amparar y proteger.

Finalmente, debe resaltarse que este principio de primacía de realidad sobre las formas no solo podría aplicarse al contrato de prestación de servicios, sino que considera la Sala puede analizarse en cualquier forma de vinculación que se presente en el sector público y que pueda trascender más allá de lo pactado por las partes.

Esto tiene soporte especialmente en el artículo 53 de la Constitución Política y lo indicado por la Corte Constitucional en sentencia C-614 de 2009:

El contrato laboral está definido como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. El contrato de trabajo tiene tres elementos que lo identifican: i) la prestación de servicios u oficios de manera personal, ii) la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y, iii) la contraprestación a los dos anteriores que se denomina salario". Y en esta misma providencia explicó "La relación laboral con el Estado puede surgir de una relación legal y reglamentaria o de un contrato de trabajo, sin importar el nombre que las partes le den porque prevalece el criterio material respecto del criterio formal del contrato. Así, independientemente del nombre que las partes asignen o denominen al contrato, lo realmente relevante es el contenido de la relación de trabajo (...)

Caso concreto

Al tener como marco jurisprudencial el anteriormente señalado, procederá la Sala a revisar si en el presente proceso se encuentran dados los elementos para declarar la existencia de una verdadera relación laboral.

Se debe reconocer previamente que el actor no intenta desvirtuar un contrato de prestación de servicios, por la sencilla razón que nunca se suscribió ningún contrato con las exigencias que trae la Ley 80 de 1993. Pese a ello, de las pruebas recogidas -como a continuación se expondrá- se puede evidenciar que existió un contrato verbal de trabajo entre el administrador del Aeropuerto La Nubia de Manizales y el actor; servidor que conforme al manual de funciones tenía la dirección de la operación del terminal aéreo.

Procede la Sala a revisar si se demostraron los elementos que permiten deducir la existencia de una relación laboral:

i) Prestación personal del servicio

Las pruebas testimoniales dan cuenta que efectivamente el señor Oscar Antonio Aristizábal Giraldo se desempeñó en las instalaciones del Aeropuerto La Nubia de Manizales como "maletero" según la versión dada por los testigos; y que prestaba el servicio de cargue y descargue de maletas y demás artículos y enseres que traían los pasajeros usuarios del terminal aéreo.

En relación con esta actividad, alega la parte demandada que era un servicio personal que prestaba el actor a los viajeros usuarios de esta terminal sin que se beneficiara de ello la institución. Sin embargo, también se demostró que no solo prestó sus servicios personales como maletero sino también en otras actividades en beneficio de esta institución, pues ejecutó tareas relacionadas con el funcionamiento de la terminal aérea como: poner a izar las banderas símbolos de la institución; realizar el aseo en la edificación y en las pistas de despegue y aterrizaje; prender las luminarias, en algunas ocasiones incluso hacerles mantenimiento; espantar las garzas con pólvora para posibilitar el aterrizaje y despegue de las naves; abrir la sala de abordaje y de equipaje; servicio de mensajería; cargue y descargue de elementos de la entidad remplazar a empleados de base de la institución del aeropuerto cuando no asistían al trabajo; limpiar lámparas; aseo y mantenimiento de los baños de la terminal; limpiar ventanales; despejar las pistas del aeropuerto cuando caía sobre la misma ceniza volcánica, entre otras; lo cual hacía en un horario que iba desde las 5:00 a.m. a las 6:00 p.m., de lunes a domingo. Labores que ejecutó en forma personal y que se asimilan a las que conforme al manual de funciones se fijaban en esa entidad para el cargo de auxiliar de servicios generales código 740, grado 01.

Conforme a lo anterior, para la Sala se demostró el elemento de prestación personal del servicio.

ii) Subordinación

Se probó con los testimonios recibidos que el administrador del Aeropuerto La Nubia fue el funcionario que le daba órdenes tanto al actor como a los demás miembros del grupo de los llamados "maleteros" en relación con la labor que debían ejecutar. Además, que fue quien estableció el horario en el que se debía trabajar, les otorgaba los permisos para ausentarse e

incluso los sancionaba por incumplimiento de las órdenes dadas, cuando, por ejemplo, se atestiguó, se presentaban quejas por el servicio por parte de algún pasajero, cuando llegaban por fuera del horario establecido o cuando se negaban a desarrollar alguna labor de las que el mentado empleado director del aeropuerto les asignaba

Es del caso señalar que el administrador del aeropuerto era el servidor de mayor rango frente a esta dependencia de Inficaldas; y que, por sus funciones, era la autoridad que frente a terceros y público en general ejercía como el jefe máximo del Aeropuerto La Nubia de Manizales .

También dieron fe los testigos que el actor no podía ausentarse del lugar de trabajo a menos que el administrador lo autorizara; y que cuando por cualquier razón debía irse tenía justificar ante este la razón. Sumado a ello, también dan informaron que los implementos con los que trabajaban eran entregados por la administración del aeropuerto, es decir, que les suministraban dotación para identificarlos en su labor, al menos hay prueba de unas camisetas que incluso tenían el logo de Inficaldas y un carnet con logos oficiales, lo que le permitía prestar su labor e ingresar a sitios que por normativa está prohibido el acceso a particulares.

Los elementos de prestación personal y subordinación y dependencia se demuestran con lo dicho por los siguientes testigos:

Reinel Rodríguez Arenas: el testigo laboró para la Policía Nacional adjudicado a prestar servicio en el Aeropuerto La Nubia de Manizales.

Informó que su labore implicaba estar de manera permanente en las instalaciones de la terminal área, que allí permaneció desde mediados del año 1995 hasta el 2002, regresó en el 2003 hasta el 2012; que conoció al actor en el año 1995 cuando él empezó a laborar allá, pero que el demandante ya llevaba como 6 meses, desde 1994, y por ello no tiene conocimiento de la manera cómo fue vinculado.

Sobre el trabajo que realizaba el actor y la subordinación y dependencia en síntesis declaró que ingresaba con los demás compañeros de trabajo a las 5 a.m. y permanecía en las instalaciones del aeropuerto hasta que saliera el último vuelo o el último pasajero.

Que este grupo de maleteros se encargaba de abrir las puertas de acceso al público, encendían luces, hacían aseo de las instalaciones, espantaban garzas con pólvora,

efectuaban reparaciones locativas, limpiaban ventanales, reemplazaban empleados de Inficaldas cuando llegaban tarde, abrían y cerraban las puertas de la sala de abordaje y de la sala de equipajes, lavaban los carros de Inficaldas, entre otras; tareas que ejecutaba el demandante junto con sus compañeros por órdenes expresas y directas del administrador del aeropuerto.

En relación con el control de horario de trabajo manifestó que el administrador era el que estaba pendiente del ingreso del personal y si llegaban tarde devolvía la persona, independiente del empleado que fuera. Y que cuando no podía estar allá para revisar el ingreso de manera personal lo hacía a través de las cámaras de vídeo.

En cuanto a la seguridad social señaló que tenía conocimiento que cuando se enfermaban estos empleados maleteros, Inficaldas en el aeropuerto tenía un servicio médico para atender las urgencias que se presentaban en el lugar y ellos tenían autorizado ir allá a que el galeno los revisara.

En relación con el uniforme o carnet que los identificaba respondió que tenían dotación que la proveía Inficaldas, que eran camisetas u overoles con el logo de la entidad y además carnets, porque Inficaldas ordenaba que se carnetizaran los empleados y ellos estaban incluidos ahí. También informó que el actor debía asistir a capacitaciones de seguridad aeroportuaria.

Mencionó que los maleteros eran sancionados cuando llegaban tarde al lugar de trabajo, cuando no asistían a capacitaciones, no acataban órdenes o se ausentaban sin permiso; sanción que generalmente consistía en suspenderlos de prestar el servicio. Que de esta situación tiene conocimiento porque a ellos como policías les informaban para que no los dejaran ingresar.

Explicó que asumía a los maleteros como empleados de Inficaldas porque la administración carnetizaba las áreas de las distintas empresas que laboraban allá por normatividad, y el carnet de los maleteros estaba a la par de los empleados de Inficaldas, identificados con el cargo y dependencia, que era la administración.

José Alirido Escobar Marín: manifestó ser compañero de labor del actor, ya que pertenecían al mismo grupo de maleteros.

Sobre la forma de la vinculación informó que ingresó en enero de 1994 a laborar en el Aeropuerto La Nubia y que el actor comenzó en diciembre de ese mismo año.

Señaló que entraban a las 5:00 a.m., reclamaban unas llaves en el parqueadero y procedían a abrir la puerta de la sala de equipaje. Luego apagaban las luces del aeropuerto y movían el motor de la maquina transportadora de maletas para ver si estaba buena o no; que en el puesto de información reclamaban las banderas y las colocaban en la mañana, y en la tarde las quitaban; apagaban las luces del parqueadero; revisaban los baños para ver si había algún daño; quemaban pólvora para espantar garzas; recogían las basuras; hacían aseo y luego se iban a la sala de equipajes a esperar los viajeros. Que todos los maleteros hacían todas esas labores y tenían que mantener disponibles para lo que el administrador dijera. Incluso narró que una vez el aeropuerto duró cerrado 28 días por la ceniza, y a ellos diariamente les tocaba ir a barrer la pista y mantenerla limpia por si algún avión podía aterrizar.

Que cuando no cumplían las órdenes de la administración, llegaban tarde o no asistían a capacitaciones eran suspendidos por el administrador. Que estos llamados de atención y sanciones se realizaban de forma verbal; y que la suspensión era el correctivo que se aplicaba, podía ser de un día o más.

Con respecto a la forma de vinculación señaló que nunca firmó un contrato u otro documento, y que no tiene conocimiento que el actor haya suscrito algún papel. Pero que sí había que llevar la hoja de vida y que cada año debían llenar un formulario, llevar el pasado judicial y una foto para que les dieran el carnet y así poder seguir prestando sus servicios.

Sobre la dotación indicó que les suministraron varias camisetitas con jean, una faja y el carrito para transportar maletas.

Sobre capacitaciones señaló que eran citados a través de circulares y que incluso al final de estas debían llenar una planilla de asistencia. Que estas capacitaciones eran sobre idiomas, seguridad aeroportuaria y otros temas, y que su asistencia a ellas era obligatoria.

Sobre el control de horario señaló que la jornada iniciaba a las 5:00 a.m. y que la administración era la que vigilaba el ingreso a través de las cámaras.

Sobre la seguridad social explicó que nunca les pagaron pensión y que en caso de enfermarse tenían autorizado asistir al médico del aeropuerto; él los valoraba, les daba medicinas y si era del caso les decía que se fueran para la casa.

Con respecto a la forma de desvinculación señaló que todos los maleteros se desvincularon el mismo día, que fue en el día 7 de marzo, cuando los llamaron a una reunión en la terraza del aeropuerto a la que además asistieron el administrador en compañía de unos policías y una persona de Inficaldas, y les dijeron que no había más trabajo y que era decisión de la gerente.

Con respecto al carnet institucional manifestó que este tenía un color y que eso determinaba el acceso a ciertos lugares del aeropuerto; carnet que era entregado por el administrador de Inficaldas, y que por esa razón no cualquier persona podía prestar el servicio de maletero, solo los que portaban el carnet.

José Helver Zapata Mendieta: manifestó ser compañero de labor del actor desde el año 2002 cuando ingresó a prestar sus servicios en el Aeropuerto La Nubia, pero que el demandante ya trabajaba ahí; que pertenecían al mismo grupo de maleteros.

En relación con la jornada laboral señaló que el ingreso era entre las 5:00 y 6:00 a.m. hasta las 6:00 p.m. más o menos, porque el último vuelo llegaba a las 5:30 p.m.; de lunes a domingo, y que el horario era controlado por la administración a través de las cámaras. Que cuando llegaban por la mañana debían reclamar las llaves en el parqueadero para proceder a apagar las luces de la terraza, plataforma y parqueadero. Luego prendían la banda transportadora y colocaban las banderas. Seguidamente, los llamaba el administrador para que fueran a quemar pólvora para espantar las garzas y palomos de la pista. Añadió que como el primer vuelo llegaba a las 6:30 a.m. debían dirigirse a la sala de equipajes a prender la banda transportadora, y que en la parte de afuera de esta área había una cinta que diariamente debían rotarse para cuidarla y que así no ingresaran los familiares de los pasajeros. También tenían que revisar basuras, estar pendientes de los baños y las cámaras. Cuando se iba el agua tenían que llamar los carros de bomberos y llenar dos canecas de agua y estar pendientes que el baño no quedara sucio. Hacían reemplazos en el punto de información cuando la persona no iba, o en otras dependencias de la administración. Estaban pendientes de las cámaras, baños y basuras; y los fines de semana les tocaba barrer el parqueadero, sacar las basuras de la administración, bomberos, Avianca y cafetería. Que también hacían labores de mensajería. Que todos los maleteros ejecutaban estas tareas y tenían que mantener disponibles para lo que el administrador

dijera, que incluso una vez el aeropuerto duró cerrado 28 días por la ceniza, y a ellos diariamente les tocaba barrer la pista y la plataforma.

Que cuando no cumplían las órdenes del administrador eran suspendidos por parte de ese funcionario, y que todo esto era verbal; la suspensión era impidiéndoles trabajar por un día o más.

Con respecto a la forma de vinculación señaló que escuchó comentarios de la gente en el aeropuerto y que también oyó un anuncio en una emisora diciendo que necesitaban maleteros. Que entonces llevó la hoja de vida y como a los 15 días lo llamaron. Que para empezar a laborar entregó dos fotocopias de la cédula, fotocopia del pasado judicial y llenó un formulario con sus datos personales, y ese documento, por orden de la administración del aeropuerto, lo tuvo que llevar a Inficaldas del centro, y al otro día empezó a trabajar. No firmó ningún contrato ya que todo fue verbal, pero añadió que cada año como cambiaban de carnet les tocaba llenar ese formulario.

Sobre la dotación indicó que tenían varias camisetas que decían Inficaldas y, además, el carnet y un carrito para transportar maletas.

Sobre capacitaciones señaló que cada mes había capacitaciones en el aeropuerto, especialmente sobre seguridad aeroportuaria, y que tocaba llenar planilla de asistencia. Sobre la seguridad social explicó que cuando ellos se enfermaban los autorizaba en la administración para ir donde el médico que permanecía en las instalaciones del aeropuerto para que este los valoraba. Incluso el testigo comentó que una vez estuvo muy enfermo de un brazo y le tocó acudir al sistema de salud a través del Sisben.

Con respecto a la forma de desvinculación adujo que todos los maleteros se desvincularon el mismo día, que fue en marzo de 2018, el día 7, cuando el administrador en compañía de una policía y el doctor Gaitán, empleado de Inficaldas, los citaron en la terraza y les dijeron que entregaran los carnets que no había más trabajo, que era orden de la gerencia de la entidad. Hasta ese día trabajaron.

Con respecto al carnet institucional señaló que este les permitía ingresar a cualquier dependencia del aeropuerto, y que el carnet tenía el membrete de la entidad y el logotipo de Inficaldas; el nombre de la persona, cédula y decía Aeropuerto La Nubia; en cargo se consignaba auxiliar de equipaje o maletero, y que no cualquier persona podía prestar el

servicio de equipaje, solo los que tenían carnet suministrado por Inficaldas, y eso lo verificaba la policía; y que el que el carnet debía llevarse a la altura del pecho.

De las anteriores probanzas es fácil deducir que el actor estaba sometido a las órdenes y disposiciones que a bien señalara el administrador del Aeropuerto La Nubia de Manizales, el que conforme a las funciones del cargo tenía bajo su mando la operación de esta terminal, lo que denota una clara subordinación y dependencia al menos con quien jerárquicamente era el jefe del personal de Inficaldas en el aeropuerto.

Debe advertirse que la Sala no comparte el actuar que durante casi 24 años, en el caso del demandante, mantuvo la entidad y que solo fue advertido cuando en el año 2017 se hizo una auditoría a Inficaldas en la cual se concluyó la existencia de personal no vinculado oficialmente sobre el que se debían tomar las medidas legales correspondientes, lo cual deja entrever que la misma institución al recibir el informe se da cuenta de la irregularidad por la existencia de este grupo de trabajadores, situación que le podría causar alguna responsabilidad al ente oficial.

Ahora, alegar que la administración desconocía sobre la labor por ellos ejecutada no es una excusa aceptable, menos cuando el actor realizó esta actividad a ciencia y paciencia de la administración por espacio de casi 24 años; más bien, es indicadora de que esa actividad era recibida y aceptada por las directivas, y generó confianza legítima en el actor frente a Inficaldas.

Para este Tribunal, por todo lo reseñado, también está acreditado el requisito de subordinación o dependencia.

iii) Remuneración

Conforme a la declaración de los testigos y el mismo demandante, sus servicios eran retribuidos de la siguiente manera:

El administrador del aeropuerto fijaba una tarifa que podían cobrar los maleteros a los usuarios del aeropuerto; tarifa que incluso se fijaba en sitios públicos para que el usuario conociera el valor de la misma. Cada maletero al prestar sus servicios en forma individual cobraba ese precio a los usuarios y al finalizar la jornada diaria, en las instalaciones de la parte administrativa, cada maletero entregaba lo obtenido en el día por sus servicios a un coordinador o supervisor, todo ello organizado con un servidor de la administración; luego,

se procedía a distribuir en partes iguales entre todos los maleteros lo obtenido por el grupo en el día.

Esto se desprende de los siguientes testimonios recaudados dentro del proceso:

Reinel Rodríguez Arenas: en cuanto a la forma de remuneración que recibía el actor indicó que la administración fijó una tarifa al usuario por el servicio. Ese dinero que recogían en el transcurso del día por la prestación de ese servicio al final de la jornada era entregado en la administración, y luego se les repartía por partes iguales a todos los maleteros.

José Alirido Escobar Marín: señaló que el administrador de manera verbal les indicaba cada año la tarifa que podían cobrar. Que ellos llenaban un papel con los turnos que había realizado cada uno en el día y además entregaban el dinero recaudado, el cual era repartida por un empleado de Inficaldas de la administración. Explicó que ese era el sueldo de ellos, y que él nunca reclamó nada adicional, como prestaciones, porque no es una persona estudiada y además necesitaba un ingreso económico como medio de subsistencia para él y su familia. Resaltó que ellos no podían cobrar más de lo que estaba estipulado por la entidad porque podían ser suspendidos.

José Helver Zapata Mendieta: explicó que en relación con la remuneración le indicaron que el pago era una tarifa establecida por Inficaldas de \$3.000, que con eso se reconocía el día y que el pago se realizaba por la tarde en la administración. Que esa tarifa se establecía directamente en Inficaldas del centro a través de una circular que se pegaba en varios sitios del aeropuerto. Que el dinero que se recogía se distribuía por partes iguales. Resaltó que ellos no podían cobrar más de lo que estaba estipulado por la entidad porque podían ser suspendidos.

La parte demandada señaló enfáticamente que la supuesta tarifa a cobrar no provenía de ninguna decisión o resolución administrativa que así lo dispusiera; sin embargo, lo cierto es que los testigos sí son contestes en señalar que la tarifa era publicada y que el aviso provenía de la entidad.

Como consecuencia de lo anterior, la Sala considera que se demostraron los elementos indispensables para declarar que entre el actor e Inficaldas se presentó una verdadera relación laboral, por lo que así se reconocerá, lo que lleva a declarar la nulidad de los actos que negaron este reconocimiento.

La anterior decisión hace que no haya lugar a estudiar el interrogante relativo al funcionario de hecho, por lo que la Sala pasará a resolver el segundo problema jurídico.

Segundo problema jurídico

¿Conforme a las labores realizadas por el actor, en qué tipo de servidor público se podría clasificar, si empleado público o trabajador oficial?

Tesis: La Sala Mayoritaria, considera que las labores que realizaba el actor, como no fueron de construcción de obra o mantenimiento de obra, deberá entenderse como las propias de un empleado público.

Para poder resolver el anterior problema jurídico, debemos primero precisar los tipo y las diferencias existentes entre trabajadores oficiales y los empleados públicos.

La constitución política, establece en sus artículos 123 y 125, que:

«ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.»

«ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

Con respecto a las categorías de empleados públicos y trabajadores oficiales, el artículo 5 del D.L. 3135 de 1968, señala:

“ARTICULO 5. EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. <Aparte entre paréntesis declarado INEXEQUIBLE> Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. (En los estatutos de los establecimientos Públicos se precisará que actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo).

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”.

Con respecto a que en los estatutos de los establecimientos públicos, se autorice a precisar qué tipo de actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas con contrato de trabajo, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-484 de 1995, en la cual se sostuvo:

ESTABLECIMIENTO PUBLICO-No pueden determinar cuáles actividades pueden desempeñarse por trabajadores oficiales

Los establecimientos públicos no se encuentran en capacidad de precisar qué actividades pueden ser desempeñadas por trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo, puesto que usurparían la función legislativa de clasificar los empleos de la administración nacional, que desde luego, para entidades en las que se cumplen funciones administrativas corresponde a la categoría de los empleados públicos por principio, con las excepciones que establezca la ley. La atribución de precisar qué tipo de actividades de la entidad deben desarrollarse por contrato laboral, se encuentra limitada y debe contraerse a la clasificación de los empleos hecha por la Constitución y por la ley.

Así las cosas, para el caso de establecimientos públicos, sean del orden nacional o territorial, son trabajadores oficiales, aquellos que sus labores corresponden a la construcción y sostenimiento de obras públicas, los demás serán servidores públicos

Así mismo, en la Ley 03 de 1986, por la cual se expidieron normas sobre la administración departamental y se dictan otras disposiciones, se dispuso en el artículo 13 lo siguiente.

Artículo 13. Los servidores departamentales son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos departamentales se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Quienes presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales y en las sociedades de economía mixta departamental con participación estatal mayoritaria, son trabajadores oficiales. No obstante, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”.

Sin embargo, la anterior expresión, también tuvo la misma suerte que el artículo 5 del D.L. 3135 de 1968, esto es fue objeto de declaratoria de inexecutable, en esta ocasión la sentencia C-537 de 1996, en la que se dijo:

En lo que se refiere a la facultad de los establecimientos públicos para clasificar a los empleados a través de sus propios estatutos. Es claro que al permitir, a los establecimientos públicos determinar en sus propios estatutos qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo, se quebranta el ordenamiento constitucional, ya que dicha facultad es potestad propia del legislador no susceptible de ser trasladada a los establecimientos públicos, ya que por expresa disposición de orden superior, corresponde exclusivamente al Congreso "determinar la estructura de la administración nacional", a las Asambleas "en lo departamental", y a los Concejos "en lo municipal y distrital".

Así las cosas, únicamente quien desempeñen labores de construcción de obra y mantenimiento de obra, pueden determinarse como trabajadores oficiales.

El Consejo de Estado, también ha tenido oportunidad, en su Sala de Consulta y Servicio Civil, consejero ponente Edgar González López, en concepto de fecha 5 de septiembre de 2018, No interno (2386) referirse a que se debe entender por Contrato de obra y mantenimiento de obra, y señaló:

El numeral 1º del artículo 32 del ECE, define el contrato de obra como aquél cuyo objeto es la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. Debe entenderse necesariamente que la parte contratante corresponde a una entidad estatal, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 1º y 2º de la ley 80 de 1993. (...) El legislador limitó la naturaleza de los contratos de obra a las actividades de trabajos materiales exclusivamente sobre bienes inmuebles, independientemente de su modalidad de ejecución y pago. De esta forma, acogió la posición de una parte de la doctrina y del derecho comparado, que vinculan la tipificación del contrato de obra a aquellas actividades realizadas sobre bienes inmuebles. La ejecución de obras sobre otro tipo de bienes, no estarán regulados por el contrato estatal de obra y podrán corresponder a una prestación de servicios general, o a cualquier otra modalidad típica o atípica, nominada o innominada que pueda celebrarse entre la entidad estatal y un contratista, en los términos de la autonomía de la voluntad de las partes, de acuerdo con lo previsto en los artículos 32 y 40 de la ley 80 de 1993. El legislador acogió entonces el criterio restrictivo de obra pública, que se diferencia del concepto más amplio, también reconocido en la doctrina comparada, del "trabajo público", y lo limitó a un trabajo material sobre bienes inmuebles. (...) El contrato de obra tiene como finalidad la ejecución de una obra pública, considerándose dentro del alcance de la misma todo trabajo que tiene por objeto, crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles incorporándose a dicho concepto trabajos como la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de los bienes inmuebles, así como la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de aquellos bienes destinados a un servicio público o al uso común

Conforme a lo anterior, es claro que cuando se habla de contratos de construcción de obra y mantenimiento de las mismas, se refiere a todo trabajo que tiene por objeto, crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles.

Ahora, conforme a los estatutos de INFICALDAS, se trata de un establecimiento público del orden departamental adscrito a la Gobernación, con personería jurídica, autonomía administrativa, presupuestal y patrimonio propio e independiente, es decir, que se debe someter en cuanto a clasificación de su talento humano a lo anteriormente señalado.

Esto quiere decir que, conforme a los hechos probados, el actor no realizó labores de construcción o mantenimiento de obra, sus labores son en consecuencia las propias de un empleado público

Solución al tercer Problema Jurídico

¿Hay lugar, a título de restablecimiento del derecho, a que Inficaldas le reconozca y pague las prestaciones que reclama?

Tesis: la Sala defenderá la tesis de que a pesar de que en el expediente no quedó probado exactamente el monto de la remuneración que percibía el actor, en virtud de la especial protección constitucional al trabajo, la base para reconocer las prestaciones a las que tiene derecho, se determinará por el salario mínimo legal mensual vigente de los años en que se reconoce el pago de la indemnización.

Sobre este punto debe advertirse que, aunque está demostrado que hubo remuneración, lo cierto es que esta Sala no cuenta con un monto concreto para efectos de tener como base para la liquidación de la indemnización a que haya lugar.

Sin embargo, acudiendo a los principios fundantes de nuestro Estado Social de Derecho en el cual el trabajo es uno de ellos, y al artículo 53 de la Constitución Política que busca una especial protección constitucional al trabajo, lo más justo y razonable para efectos de la indemnización es que se tome como base el salario mínimo legal mensual vigente para los años en que se conceda el pago de esa indemnización.

Situación similar ha aplicado el Consejo de Estado en su Sección Tercera en los casos de reparación directa cuando se demuestra el daño, pero para liquidar el perjuicio no se conoce el valor del ingreso, por lo que se ha acudido al salario mínimo legal mensual vigente.

Sobre la afirmación de la parte demandada en el sentido que nunca se pagó suma alguna a estos señores “maleteros” al menos del presupuesto de la entidad, y que por ello no se demostró este rubro y por ende la relación laboral, se deberá señalar que la forma en que se hizo la remuneración se acordó entre el director del aeropuerto y el grupo de empleados, y ellos así aceptaron esta forma de pago por sus servicios, pero no por ello no existió remuneración.

Además, es obvio que probada como está la prestación personal del servicio y la subordinación, el pago por ese servicio es la consecuencia natural que surge de las anteriores, y no aceptarlo así, sería tanto como admitir que en la institución se presentó una relación de esclavitud, abolida afortunadamente desde los albores de la república.

Prescripción

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 consagra: *“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible”* (subrayado Sala de Decisión). Según lo señalado en la norma, la persona tendría 3 años desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible para realizar el reclamo respectivo, so pena que opere el aludido fenómeno procesal.

Teniendo en cuenta que la Sala no se puede amparar en la jurisprudencia de unificación sobre prescripción de derechos en casos de contrato realidad derivados de una relación contractual ya que en este caso no existió un contrato de esta naturaleza, deberá aplicar la disposición anterior en toda su extensión.

Como en este caso la reclamación se radicó el 7 de marzo de 2018, fecha misma de la desvinculación, se entienden prescritos los derechos anteriores al 7 de marzo de 2015.

Lo anterior, sin perjuicio del pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones y cesantías, los que se pagarán por todo el lapso laborado en atención a los siguientes precedentes jurisprudenciales:

Frente a los aportes a pensiones, el Máximo Tribunal Administrativo en providencia del 25

de agosto de 2016² estableció que:

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

[...]

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados.

“...Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales...

Quedó probado de los testimonios, que a la parte actora no se le hicieron los aportes al sistema de seguridad social, siendo que como se señaló se demostró una relación laboral.

En consecuencia, le asiste derecho a que por el tiempo efectivamente laborado, esto es, del 4 de diciembre de 1994 hasta el 7 de marzo de 2018, se le hagan aportes al sistema de pensiones que señale en su oportunidad el demandante, teniendo como base el salario mínimo legal mensual vigente para cada año en que se prestó la labor, pues conforme a la jurisprudencia los mismos son imprescriptibles.

² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, de fecha veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16,

Frente a las cesantías, la Sala mayoritaria considera que debe darse aplicación al precedente establecido por la Sección Segunda, Subsección A de fecha 2 de mayo de 2013, número interno (1555-12) en la que se señaló:

c) el auxilio de cesantías se hace exigible a la terminación del contrato de trabajo, independientemente del régimen que las regule, dado que, es a partir de ese momento cuando el trabajador puede disponer libremente de dicho concepto; por ello, el término prescriptivo para tal derecho comienza a contabilizarse desde la finalización de la relación laboral y no antes.

Teniendo en cuenta la anterior jurisprudencia, y como esta sentencia sería el título constitutivo del derecho, las cesantías se liquidarán desde el 4 de diciembre de 1994 hasta el 7 de marzo de 2018.

Restablecimiento del Derecho

Consecuencia de la nulidad del acto demandado, la entidad accionada debe reconocer que le asiste al actor el derecho a que se le pague una indemnización equivalente a las prestaciones sociales devengadas por los empleados de planta con cargo de servicios generales que sirvieron a la entidad en el período en que ejerció las labores el actor.

Frente al restablecimiento del derecho en casos de contrato realidad, el Consejo de Estado en providencia del 15 de agosto de 2013³ fue claro al manifestar que por el hecho de reconocer la relación laboral no se le puede otorgar al demandante la calidad de empleado público; sin embargo, esto no obsta para que se le reconozcan a manera de indemnización las prestaciones sociales dejadas de percibir basados en los honorarios que devengó:

El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas (...).

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las

³ consejo de estado; sala de lo contencioso administrativo; sección segunda; Subseccion b; consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve; Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil trece (2013); radicación número: 18001-23-31-000-2001-00087-01(1622-12)

prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia⁴ (Líneas fuera del texto).

Para el caso *sub examine*, y en atención a lo solicitado en la demanda, se ordenará a Inficaldas reconocer y pagar al demandante, teniendo como base el salario mínimo legal mensual vigente para cada año, las prestaciones a que un empleado de cargo de auxiliar de servicios generales código 740, grado 01 tenía derecho para el lapso del 7 de marzo de 2015 al 7 de marzo de 2018. Con excepción de las mesadas pensionales y las cesantías que se liquidarán desde el 4 de diciembre de 1994 hasta el 7 de marzo de 2018. Como se señaló en el acápite anterior.

En atención a que en las pretensiones de la demanda se reclama el reconocimiento de sanción moratoria sobre las cesantías y de indemnización por despido injusto considera esta Sala que no es factible su reconocimiento, como quiera que solo a partir de esta sentencia es que se está declarando la existencia de una relación laboral; y, en consecuencia, a partir de este momento es que surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado⁵.

De los valores a reconocer, se autoriza a la entidad demandada descontar los aportes que conforme a la ley le correspondería al trabajador para el sistema de seguridad social en pensiones.

Se declarará además que el tiempo laborado por el demandante se deberá computar para efectos pensionales.

Las sumas que debe cancelar la entidad serán ajustadas con sujeción a la siguiente fórmula:

$$VP = VH \frac{Ind. E.}{Ind. I.}$$

Dónde:

⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sent. del 19 de febrero de 2009. Rad. 3074-05. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

⁵ Ver sentencia del 4 de marzo de 2010, radicado 85001-23-31-000-2003-00015-01(1413-08); sentencia del 23 de febrero de 2011, radicado 25000-23-25-000-2007-00041-01 (0260-09), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; sentencia del 19 de enero de 2015, radicado 47001-23-33-000-2012-00016-01(3160-13), Actor: Esteban Paternostro Andrade, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren entre otras, sentencia de fecha 6 de octubre de 2016, radicado 41001-23-33-000-2012-00041-00(3308-13), M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

VP = Suma actualizada

VH = Suma a actualizar

Ind. F. = Índice de precios al consumidor vigente a la fecha de la sentencia.

Ind. I. = Índice de precios al consumidor vigente en cada uno de los meses en los que se causa el derecho.

Se aclara que, por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, conforme el índice inicial que es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Además, que de los valores a reconocer se deberá descontar el porcentaje que la ley señale para aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

Conclusiones

De las pruebas que reposan dentro del expediente, y en aplicación de los principios de primacía de la realidad, confianza legítima y en especial al ser el trabajo un principio fundante de la Constitución Política Colombiana, se puede afirmar que en este caso se reúnen los elementos de prestación personal del servicio, subordinación o dependencia y el de remuneración que permiten a esta Sala determinar que existió una verdadera relación laboral entre Inficaldas y el actor.

Que a pesar de que en el expediente no quedó probado exactamente el monto de la remuneración, en virtud de la especial protección constitucional al trabajo, la base se determinará por el salario mínimo legal mensual vigente de los años en que se reconoce el pago de la indemnización.

Frente a las prestaciones de intereses de cesantías, sanción moratoria e indemnización por despido injusto se negarán, por cuanto hasta ahora con esta sentencia se está reconociendo la vinculación laboral.

Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021, en el presente asunto no se condenará en costas, en atención a que las pretensiones prosperaron parcialmente.

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

FALLA

PRIMERO: DECLÁRESE NO PROBADAS las excepciones denominadas *“no existen presupuestos jurídicos ni jurisprudenciales para que se presente la figura de un funcionario de hecho”* y *“cobro de lo no debido”* formuladas por **INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS - INFICALDAS**.

SEGUNDO: DECLÁRESE la nulidad del acto administrativo G.G.180-2018 expedido el 22 de marzo de 2018 por Inficaldas.

TERCERO: A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO CONDÉNASE al **INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS - INFICALDAS** a pagar al señor **OSCAR ANTONIO ARISTIZÁBAL GIRALDO** todas las prestaciones y factores salariales a los que un empleado de esa entidad en cargos de auxiliar de servicios generales código 740, grado 01 tendría derecho, tomando como base el salario mínimo legal mensual vigente, en el período del 7 de marzo de 2015 al 7 de marzo de 2018, teniendo en cuenta la prescripción trienal.

No obstante, se deberán realizar los aportes que le corresponden al empleador al Sistema de Seguridad Social en pensiones y directamente al fondo de pensiones que señale la parte actora, por todo el periodo de servicios, esto es, del 4 de diciembre de 1994 hasta el 7 de marzo de 2018, y pagar también las cesantías por el mismo lapso.

Se declarará, además que el tiempo laborado por el demandante se debe computar para efectos pensionales.

Los valores a pagar deberán ser reajustados conforme a la fórmula señalada en la parte considerativa de esta providencia.

Se autoriza a Inficaldas para que de la suma a pagar al actor se descuenten las sumas que correspondan para el pago en el porcentaje que el trabajador deba hacer al sistema de seguridad social en pensiones.

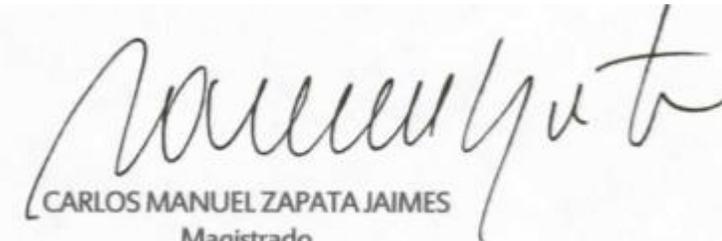
CUARTO: NEGAR las demás pretensiones.

QUINTO: SIN COSTAS por lo brevemente expuesto.

SEXTO: La demandada deberá dar cumplimiento de la sentencia en los términos señalados en el artículo 192 del CPACA.

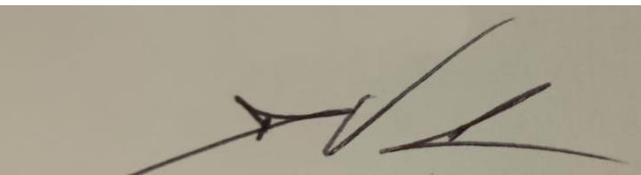
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Sentencia proferida en Sala de Decisión Virtual realizada el 18 de marzo de 2021 conforme al Acta n° 013 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado
Aclara el Voto

JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado ausente por incapacidad

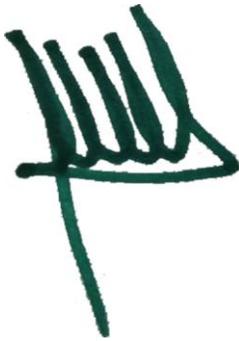


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 051 del 24 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, dieciocho (18) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO No.	17001-23-33-000-2020-00016-00
CLASE	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ACCIONANTE	MARTHA LUCIA SALAZAR MONTOYA
ACCIONADO	MUNICIPIO DE MANIZALES, CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS - CORPOCALDAS

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a estudiar la aprobación del pacto de cumplimiento celebrado entre las partes en la audiencia consagrada en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

La parte actora solicita se ordene a las accionadas:

Adoptar las medidas administrativas, jurídicas, presupuestales, técnicas e institucionales necesarias para realizar las siguientes actividades:

- Realizar las obras de perfilamiento de talud en donde se viene presentando el deslizamiento en la vereda de la cuchilla del salado con el fin de mitigar el riesgo que se presenta.
- Realizar acciones de prevención y obras de mitigación del riesgo que sean necesarios.

HECHOS

Como sustento de las pretensiones la actora sostiene que:

En la Vereda la Cuchilla del Salado en el control de busetas se presentó un deslizamiento del talud allí ubicado, lo que ha generado riesgo para las viviendas ubicadas en el sector.

En una visita técnica por parte de la Unidad de Riesgo del municipio se estableció la necesidad de realizar unas obras con el fin de estabilizar el talud.

TRÁMITE DE LA DEMANDA

Este Despacho mediante auto del 23 de enero de 2020 admitió la demanda y ordenó su notificación al señor Agente del Ministerio Público, al representante legal del Municipio de Manizales, al representante legal de la Corporación Autónoma Regional de Caldas¹. Se corrió traslado a las entidades demandadas por el término de diez (10) días dentro de los cuales podrían contestar la demanda, solicitar la práctica de pruebas y proponer excepciones.

INTERVENCIÓN DE LAS ACCIONADAS

- **CORPOCALDAS:** a través de apoderado judicial la entidad manifestó, que se opone a las pretensiones de la actora de un lado porque Corpocaldas no ha vulnerado derecho colectivo alguno puesto que de acuerdo a sus funciones a dado las recomendaciones técnicas y de otro, porque las acciones que se deben implementar en el sector recaen en cabeza de la autoridad municipal.

De igual forma, de acuerdo a las visitas realizadas por parte de la entidad se hicieron unas recomendaciones técnicas en cuanto a las obras que se pueden realizar para mitigar la problemática que se presenta en el lugar de los hechos.

Así las cosas, solicita se desvincule a Corpocaldas del presente trámite, proponiendo como excepción la falta de legitimación en la causa por pasiva, sustentado la misma en las razones ya expuestas.

¹ De ahora en adelante Corpocaldas

- **MUNICIPIO DE MANIZALES:** manifestó que se opone a las pretensiones de la parte actora, argumentando que al encontrarse la zona en un predio particular le corresponde a los propietarios implementar las recomendaciones realizadas por CORPOCALDAS.

Como excepciones propone las que denomina improcedencia de la acción, inexistencia de los presupuestos legales para incoar la acción y carencia de prueba que constituya presunta vulneración de derechos colectivos, sustentando los mismos en el hecho de que la zona afectada al encontrarse en un predio particular no le corresponde a la entidad municipal realizar las obras de mitigación del riesgo recomendadas por la entidad ambiental.

AUDIENCIA ESPECIAL DE PACTO DE CUMPLIMIENTO

El 28 de octubre del año 2019 se celebró audiencia de pacto la cual fue suspendida ante la necesidad de vincular al ICBF, toda vez que se pudo establecer en la diligencia que, si bien el talud no afecta la vivienda de la actora, si puede llegar a afectar un hogar infantil que se ubica en la zona.

Pese a que se notificó el ICBF esta entidad guardo silencio.

El 8 de febrero de 2021 se continuó la audiencia de pacto, en ella se presentaron las partes y demás intervinientes debidamente representados; luego de la exposición por parte del representante de Corpocaldas, el municipio se compromete a realizar las obras recomendadas por Corpocaldas y la Unidad de Riesgo del municipio para intervenir el talud ubicado en la Vereda Cuchilla del Saldo en el sector del control de busetas, que actualmente representa un riesgo bajo para la seguridad de las viviendas. Las partes están de acuerdo con esta fórmula de pacto, sin embargo, el Magistrado ponente consideró previo a pasar a la sala de decisión correspondiente la aprobación del pacto, que el municipio de Manizales allegara el concepto previo y favorable del Comité de Conciliación del municipio.

El municipio de Manizales allegó el acta del Comité Técnico en donde se establece que el municipio de Manizales realizará las obras de perfilado y empradizado del talud, pantalla con anclajes pasivos y canal para el manejo de la escorrentía, la cual se realizará en la vigencia fiscal 2021 a través del convenio n° 2011250556 suscrito entre Corpocaldas y el Municipio de Manizales, cuyo objeto es "AUNAR ESFUERZOS ADMINISTRATIVOS, TÉCNICOS Y FINANCIEROS, ENTRE EL MUNICIPIO DE MANIZALES Y CORPOCALDAS, PARA LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES RELACIONADAS CON LA GESTIÓN INTEGRAL

DEL RIESGO Y LA ADAPTACIÓN AL CAMBIO CLIMATICO, COMO PARTE INTEGRAL DEL PLAN DE GESTIÓN, EN LA CIUDAD DE MANIZALES”.

CONSIDERACIONES

Procede entonces esta Sala de Decisión a pronunciarse sobre la legalidad del pacto de cumplimiento suscrito entre las partes que intervienen en la acción popular de la referencia logrado en audiencia especial celebrada el día 8 de febrero de 2021 y aprobada por parte del Comité Técnico del municipio de Manizales.

La jurisprudencia del Consejo de Estado² frente a los requisitos del pacto de cumplimiento, ha descrito los siguientes:

“De la norma trascrita se desprenden como presupuestos formales y de fondo para la existencia de pacto de cumplimiento, los siguientes: -La asistencia a la audiencia especial de todas las partes interesadas. -La proposición por las partes, a iniciativa del juez, de un pacto de cumplimiento que determine la forma de protección de los derechos o el restablecimiento de las cosas a su estado anterior de ser posible. -Que las partes consientan en las correcciones realizadas por el juez al proyecto de pacto. En estos términos, el pacto de cumplimiento viene previsto para hacer efectiva la primacía del derecho sustancial sobre el procesal y los principios de economía, eficacia y celeridad, a través de un acuerdo de naturaleza conciliatoria o mecanismo de concertación tendiente a ponerle fin al debate judicial originado mediante el ejercicio de la acción popular. Respecto de la aprobación del pacto de cumplimiento la Sección Primera del Consejo de Estado ha señalado lo siguiente: “El Pacto de Cumplimiento es un acuerdo de naturaleza conciliatoria, en el cual el juez, con citación de las personas interesadas, y de la autoridad que realiza el agravio o agresión al derecho colectivo buscará un compromiso mediante el cual, se suspenda la amenaza o agresión del derecho colectivo, y el establecimiento de las cosas a su estado anterior, obviamente, de ser esto posible. Tal Pacto de Cumplimiento, si es suficiente para poner fin a la violación de los derechos, se aprobará por el Juez mediante sentencia. Si no es suficiente, el Juez continuará con la etapa probatoria”.

De acuerdo con la jurisprudencia en cita, se pueden precisar como requisitos que debe reunir el pacto de cumplimiento los siguientes: i. Las partes deberán formular un proyecto de pacto de cumplimiento. ii. A su celebración deberán concurrir todas las partes interesadas. iii. Se debe determinar la forma de protección de los derechos colectivos que se señalan como vulnerados. Cuando sea posible, determinar la forma en que se restablezcan las cosas a su estado anterior.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 22 de noviembre de 2007. Rad. 2005-01640. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que la decisión mediante la cual se aprueba el pacto de cumplimiento, debe partir de la verificación de la conducta que se estima como violatoria de los derechos colectivos que se estiman vulnerados y la constatación de que el compromiso adquirido entre las partes es efectivo y suficiente para cesación de tal conducta.

Procede este Tribunal a abordar en concreto el acuerdo reseñado en precedencia, comenzando por examinar si existe mérito para solicitar la protección de los derechos colectivos dada la vulneración que según los accionantes se ha dado en este asunto.

Las demandantes atribuyeron a las entidades accionadas la vulneración o amenaza de los derechos colectivos relativos a la seguridad y salubridad públicas, el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente y la realización de edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes; como consecuencia de que en la Vereda Cuchilla del Salado existe un talud que representa un riesgo para las vivienda ubicadas en el control de busetas.

Ahora bien, la fórmula de pacto de cumplimiento aprobada por las partes, con la anuencia del Ministerio Público, y aprobada por el Comité Técnico del municipio de Manizales, fue la siguiente:

“Atender la solución técnica propuesta por Corpocaldas en comunicado 2019-IE-00027943 de octubre 29 de 2019 y ratificada por el concepto técnico UGR 135-21 de febrero de 2021 emitido por la Unidad de Gestión del Riesgo -UGR, la cual consiste en perfilado y empradizado del talud, pantalla con anclajes pasivos y canal para el manejo de aguas de la esorrentía, si es posible realizarla durante la presente vigencia fiscal 2021, a través del convenio No. 2011250556 suscrito entre Corpocaldas y el Municipio de Manizales, cuyo objeto es “AUNAR ESFUERZOS ADMINISTRATIVOS, TÉCNICOS Y FINANCIEROS, ENTRE EL MUNICIPIO DE MANIZALES Y CORPOCALDAS, PARA LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES RELACIONADAS CONKA GESTIÓN INTEGRAL DEL RIESGO Y LA ADAPTACIÓN AL CAMBIO CLIMATICO, COMO PARTE INTEGRAL DEL PLAN DE GESTIÓN, EN LA CIUDAD DE MANIZALES”.

De esta manera, en criterio de la Sala, los compromisos adquiridos por el municipio de Manizales y Corpocaldas, se encuentran adecuados e idóneos, tanto para la satisfacción de

las pretensiones contenidas en la acción popular, como para la protección efectiva de los derechos colectivos que podrían resultar eventualmente conculcados, toda vez que la realización del acuerdo logrado es factible económica, material y jurídicamente hablando, como quiera que de acuerdo a la manifestación de las entidades el municipio cuenta con un convenio para ejecutar las obras que recomendó Corpocaldas y la Unidad de Gestión del Riesgo del municipio, convenio en virtud del cual se ejecutarán las obras en compañía de Corpocaldas.

Se observa que esta fórmula de arreglo contiene una solución integral para satisfacer las pretensiones de la demanda y la protección específica de los derechos e intereses colectivos mencionados, como quiera que al señalar la realización de las obras necesarias para intervenir el talud y la vigencia de su ejecución, se abarca de manera general una solución específica a la problemática planteada, logrando una verdadera eficacia y economía de la administración en el entendido de que ésta asume directamente las responsabilidades por sus acciones u omisiones y así evita la imposición de condenas aún más perjudiciales para su correcto funcionamiento.

En síntesis, la íntegra satisfacción de las pretensiones que dieron origen a esta acción popular y la protección de los derechos colectivos en ella denunciados que podían resultar comprometidos con la acción u omisión de las entidades demandadas; aunado al plazo razonable dentro del cual las mismas se comprometieron a efectuar las actividades que conjuran la amenaza denunciada, constituyen razones suficientes para que este Tribunal apruebe el pacto de cumplimiento celebrado en la audiencia especial llevada a cabo el día 8 de febrero de 2021, el cual cuenta con la anuencia del Comité Técnico del municipio de Manizales, dentro del plazo otorgado, esto es 1 mes desde la celebración de la audiencia pública contemplada en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998.

Finalmente, se ordenará la conformación del respectivo Comité de Verificación de Cumplimiento de la Sentencia, el cual estará integrado por un delegado de la Personería del municipio de Manizales quien lo presidirá, convocará e informará a esta Corporación; un representante de la parte accionante, un delegado de Corpocaldas y un delegado del municipio de Manizales.

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

RESUELVE:

PRIMERO: APROBAR el pacto de cumplimiento suscrito por las partes en la audiencia especial celebrada el día 8 de febrero de 2021, aprobado por el Comité Técnico del municipio de Manizales dentro del término otorgado, dentro del trámite de la acción popular promovida por **MARTHA LUCIA SALAZAR MONTOYA** en contra del **MUNICIPIO DE MANIZALES Y CORPOCALDAS**, cuyo texto es el siguiente:

Atender la solución técnica propuesta por Corpocaldas en comunicado 2019-IE-00027943 de octubre 29 de 2019 y ratificada por el concepto técnico UGR 135-21 de febrero de 2021 emitido por la Unidad de Gestión del Riesgo -UGR, la cual consiste en perfilado y empedrado del talud, pantalla con anclajes pasivos y canal para el manejo de aguas de la escorrentía, la cuales se realizarán durante la presente vigencia fiscal 2021, a través del convenio No. 2011250556 suscrito entre Corpocaldas y el Municipio de Manizales, cuyo objeto es "AUNAR ESFUERZOS ADMINISTRATIVOS, TÉCNICOS Y FINANCIEROS, ENTRE EL MUNICIPIO DE MANIZALES Y CORPOCALDAS, PARA LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES RELACIONADAS CON LA GESTIÓN INTEGRAL DEL RIESGO Y LA ADAPTACIÓN AL CAMBIO CLIMÁTICO, COMO PARTE INTEGRAL DEL PLAN DE GESTIÓN, EN LA CIUDAD DE MANIZALES.

SEGUNDO: NOMBRASE un Comité de Verificación de Cumplimiento de la Sentencia que estará integrado, por un delegado de la Personería Municipal de Manizales, quien lo presidirá, convocará e informará a esta Corporación, un representante de la parte la accionante, un delegado de Corpocaldas, y un delegado del municipio de Manizales.

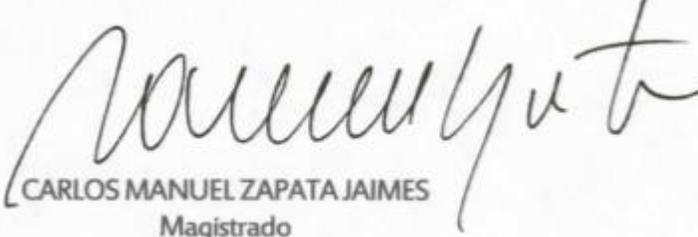
Dicho comité deberá reunirse dentro de los nueve (9) meses siguientes a la ejecutoria del presente pacto, para rendir un informe a este Tribunal sobre la ejecución de las obras de estabilidad de la ladera ubicada en la Vereda Cuchilla del Salado en el control de busetas.

TERCERO: COMUNÍQUESE esta decisión a la Personería del Municipio de Manizales para lo de su competencia.

CUARTO: PUBLÍQUESE la parte resolutive de esta providencia en un diario de amplia circulación nacional, a costa del municipio de Manizales. Una vez realizada la publicación mencionada, entidad territorial deberá allegar constancia de su realización.

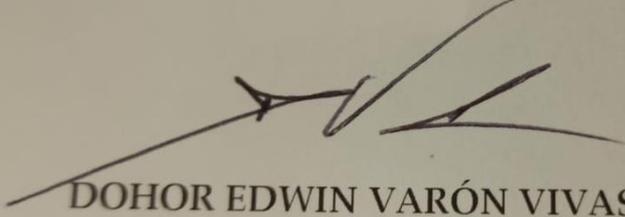
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 18 de marzo de 2021 conforme Acta n° 013 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

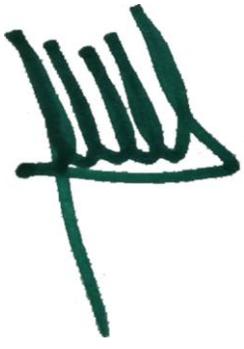
JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado ausente por incapacidad



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 051 del 24 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, dieciocho (18) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO No.	17-001-33-39-007-2018-00131-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	GLORIA LUZ CARMONA ARISTIZÁBAL
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra el fallo que negó a pretensiones, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales en audiencia inicial celebrada el 12 de diciembre de 2019, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Solicitó declarar la nulidad parcial de la Resolución nro. 1279-6 del 31 de enero de 2018, en cuanto negó el reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establecido en la Ley 71 de 1988.
2. Que se declare que la actora tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988.

A título de restablecimiento del derecho:

1. Condenar a la entidad demandada a que reconozca y pague, la diferencia entre lo pagado y lo que se ha debido pagar desde el año siguiente al inicio del disfrute de la pensión de jubilación, es decir, desde el año 2016.

2. Condenar a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a que dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.
3. Condenar a la demandada en costas en los términos del artículo 188 del CPACA.
4. Que en el evento de que se disponga la citación al trámite a la entidad territorial de la cual hace parte la secretaría de Educación que expidió el acto administrativo, se resuelva su situación jurídica en el tema debatido en la respectiva sentencia.

HECHOS

- A la señora Gloria Luz Carmona Aristizábal por cumplir los requisitos de ley le fue reconocida una pensión mediante la Resolución nro. 5868-6 del 26 de julio de 2016 por valor de \$2.222.751, la cual además reconoció que se tenía derecho al reajuste de la pensión de conformidad con la Ley 71 de 1988 y la Ley 238 de 1995, y que eran disposiciones aplicables la Ley 6 de 1945; Ley 33 de 1985; Ley 91 de 1989; Ley 238 de 1995; Ley 812 de 2003 y el Decreto 3752 de 2003.
- Esbozó que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio es la entidad encargada de pagar la mesada pensional de la parte actora, y realizar los ajustes anuales de incremento salarial desde el año 2016, fecha en que adquirió el estatus pensional, y para el incremento toma como punto de referencia el ajuste establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, esto es, el aumento del índice de precios al consumidor (IPC) del año inmediatamente anterior, sin tener en cuenta que dicho reajuste debe realizarse teniendo en cuenta el porcentaje establecido con base en el salario mínimo legal mensual, conforme lo prevé la Ley 71 de 1988, por remisión expresa del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.
- Mediante petición se solicitó el reconocimiento y pago del reajuste de las mesadas pensionales de conformidad con la Ley 71 de 1988, solicitud que fue negada mediante Resolución nro. 1279-6 del 31 de enero de 2018.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Consideró como violados los artículos 48, 53 y 58 de la Constitución Política; 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989; artículo 1º de la Ley 71 de 1988; Ley 238 de 1995; artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993; y el Decreto 2831 de 2005.

Analizó el régimen jurídico que reguló los ajustes de las mesadas pensionales de acuerdo al incremento del salario mínimo legal mensual vigente establecido en la Ley 71 de 1988, así como el reajuste anual que luego se estableció por la Ley 100 de 1993, para indicar que la entidad demandada aplicó la Ley 71 de 1988, amparada en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Expuso que con la expedición de la Ley 238 de 1995 la accionada comenzó a reajustar las pensiones de jubilación a partir del año 1995 conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y que para los años 1996, 1998, 2000 y siguientes hasta el año 2018, los reajustes anuales de las pensiones de jubilación se realizaron por debajo del aumento del salario mínimo legal mensual vigente.

Aludió a los presupuestos normativos contenidos en el artículo 58 de la Constitución Política y pronunciamientos jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional respecto al alcance de los derechos adquiridos y los supuestos sustanciales que los caracterizan.

Indicó que se vulneró el principio de favorabilidad al omitir el estudio de la normatividad prevista en las Leyes 71 de 1989 y 238 de 1995, y no ajustar las mesadas pensionales con el salario mínimo legal sino con el IPC.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones de Sociales del Magisterio: en primer momento, se opuso a la totalidad de las pretensiones; y, seguidamente, adujo que no le constaban ninguno de los hechos de la demanda.

Como excepciones propone las que denominó:

- **Omisión de requisito de procebilidad:** hizo alusión a la vulneración a los derechos de defensa y al debido proceso previstos en el artículo 29 de la Constitución Política, ya que no se aportó con la demanda prueba de haberse agotado el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001.

- **Falta de integración del contradictorio – litis consorcio necesario:** consideró, con apoyo en las Leyes 715 de 2001, 91 de 1989, 60 de 1993 y el Decreto 2831 de 2005, que el

reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a cargo del fondo se efectúa a través de las secretarías de Educación de las entidades territoriales y con el visto bueno de la fiduciaria, por lo que es procedente vincular al departamento de Caldas y a la Previsora S.A, esta última con soporte en el contrato de fiducia mercantil 0083 de 1990, lo que corrobora que la Nación – Ministerio de Educación no tiene injerencia alguna en este asunto.

- **Vinculación de litisconsorte:** solicitó la vinculación de la fiduciaria La Previsora S.A con fundamento en el contrato mercantil 0083 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:** con base en lo preceptuado en el artículo 52 de la Ley 114 de 1994 y la Ley 715 de 2001, adujo que las competencias de la entidad en materia de educación se centran en ser ente rector de las políticas educativas dada su función de trazar los lineamientos generales en la prestación del servicio, 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:** hizo alusión a 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 la 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, 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 Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Añadió 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 y no destina los recursos para cancelar las prestaciones.

- **Inexistencia de causa por inexistencia de causa jurídica:** precisó que el ajuste de la pensión de jubilación es el establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y no el previsto en la Ley 71 de 1988. Además, señaló que la Ley 812 de 2003 integró a los docentes al régimen pensional de prima media, con lo cual se deriva la derogatoria tácita de la normativa anterior.
- **Caducidad:** con fundamento en el artículo 164 del CPACA resaltó que la demanda se radicó por fuera del término establecido en esta norma.
- **Prescripción:** solicitó se declare la prescripción de los derechos reclamados prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.
- **Cobro de lo no debido:** indicó que la entidad no tiene competencia en el trámite para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes; además, que los recursos son manejados por la sociedad de economía mixta fiduciaria y, por tanto, cualquier gasto que afecte el presupuesto de la fiduciaria debe contar con la respectiva apropiación presupuestal.
- **Buena fe:** enfatizó que el pago de las prestaciones sociales de los docentes no solo 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:** pidió se declare cualquier otra excepción que se encuentre probada.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 12 de diciembre de 2019, negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problemas jurídicos: i) si procedía el reajuste de la pensión de jubilación de la demandante conforme el reajuste salarial fijado por el Gobierno cada año para el salario mínimo legal mensual, tal y como lo dispone el artículo 1° de la Ley 71 de 1988; ii) si los docente se encontraban exceptuados del incremento previsto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993, en virtud de lo preceptuado en el artículo 279 *ibídem*.

La juez de instancia analizó la normativa atinente al reconocimiento de la pensión de jubilación de los docentes, así como el incremento de esta establecido en el sistema de seguridad social, para concluir que resultaba viable colegir que la Ley 100 de 1993 determinó en su artículo 14 el reajuste de pensiones conforme el IPC, norma que de igual manera en su artículo 279 consagró los regímenes exceptuados de la aplicación del régimen general de pensiones; pero que la Ley 238 de 1995 adicionó esta última disposición y determinó que los beneficios contenidos en los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993 también se aplicaban a los sectores excluidos en el mencionado artículo 279.

Al descender al caso concreto decidió que debían negarse las pretensiones, pues a la demandante le era aplicable para efectos del incremento de su pensión lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, según el análisis normativo efectuado en el párrafo anterior; y, además, porque con la expedición de la Ley 100 de 1993 quedó sin efectos el artículo el artículo 1° de la Ley 71 de 1988.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora apeló la sentencia mediante memorial que reposa de folio 98 a 113 del expediente.

Insistió en que existe una excepción al régimen general de pensiones, el cual debe ser aplicado en armonía con el principio de favorabilidad pensional, contemplado para los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, bajo la previsión establecida en el Ley 71 de 1988.

Refirió los alcances de la Ley 238 de 1995, en el sentido que esta norma no pretendió modificar el sistema actualizado pensional de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues lo que hizo fue recuperar el poder adquisitivo de las pensiones en aquellos casos en que el régimen especial fuera desfavorable, pero para el caso de los docentes se mantuvo, en aplicación del régimen especial.

Aludió a los reajustes prestacionales aplicados a los miembros de la Fuerza Pública, afiliados a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional; y, con apoyo en los pronunciamientos jurisprudenciales de la Sección Segunda del Consejo de Estado, precisó que este sector, como el de los docentes del Magisterio, están exceptuados de la Ley 100 de 1993; pero en caso de ser el régimen general más beneficioso se le puede aplicar la Ley 238 de 1995, bajo el principio de favorabilidad.

Afirmó que por disposición normativa los docentes afiliados hasta la expedición de la Ley 812 de 2003 se encontraban bajo la disposición contenida en la Ley 91 de 1989 y Ley 71 de 1988 para el reajuste de las pensiones; luego, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003 se reajusta la prestación al índice de precios al consumidor. En consecuencia, dado que la actora fue vinculada antes del 27 de junio de 2003, el régimen al que debe acudir es el previsto en el artículo 1° de la Ley 71 de 1988.

Insistió que conforme a lo previsto en los artículos 40 y 41 del Decreto 692 de 1994 y la sentencia C-432 de 2004 si bien existen dos regímenes pensionales, a los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003 se les debe aplicar la Ley 71 de 1988, lo que denota que su pensión se debe reajustar de acuerdo al salario mínimo legal mensual vigente.

Solicitó inaplicar con efectos inter partes los actos administrativos demandados conforme lo prevén los artículos 4 de la Constitución Política y 148 de CPACA por vulnerar los artículos 48 y 53 de la Carta Política y 1° de la Ley 71 de 1988; y con base en el artículo 91 del CPACA aludió a la ineficacia del acto administrativo, y, en consecuencia, al reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Pidió entonces se revoque la sentencia de primera instancia, y se acceda a las súplicas de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: ratificó los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: en síntesis, indicó que la Ley 100 de 1993 en su artículo 279 dispuso que el sistema de seguridad social no se aplicaría, entre otros, a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, exceptuando los vinculados con posterioridad a la Ley 812 de 2003. Pero que esta misma norma determinó que esa excepción no incluía los artículos 14 y 142 de la Ley 100, por lo que es claro que el reajuste pensional determinado en el artículo 14 también debe aplicarse a los docentes.

Ministerio Público: mediante concepto 75-2020, el señor Procurador Judicial solicitó se confirme la sentencia de primera instancia.

Como argumentos de su concepto, expuso en primer momento el marco normativo relacionado con el ajuste anual de pensiones que incluyó la Ley 71 de 1988, los artículos 14 y 289 de la Ley 100 de 1993, la Ley 238 de 1995 y la sentencia C-529 de 1994, para concluir que la disposición relativa al ajuste de pensiones prevista en la primera norma quedó derogada por la Ley 100 de 1993, independiente de lo que implicó la incorporación de la Ley 238 de 1995 al ordenamiento jurídico, norma que de igual manera ratificó que el régimen de seguridad social en pensiones se aplicaba a los regímenes exceptuados respecto del reajuste anual de pensiones.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales en lo rituado en segunda instancia, que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo la litis.

Problema jurídico

¿La parte demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, con la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

Lo probado

- Mediante la Resolución nro. 5868-6 del 26 de julio de 2016 se reconoció la pensión de jubilación a la demandante por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en cuantía de \$2.222.751 (fol. 19)
- Se elevó solicitud ante la demandada con la finalidad que se reconociera y pagara el reajuste de la pensión de jubilación de los años 2016 y 2017 con base en el porcentaje de incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando este reajuste fuera superior al IPC (fol. 21 a 24 C.1).

➤ Mediante la Resolución nro. 1279-6 del 31 de enero de 2018 se negó la docente accionante el reconocimiento y pago del incremento periódico de las pensiones conforme al aumento fijado por el Gobierno Nacional para el salario mínimo legal mensual (fol. 17 y 18 C.1).

Solución al problema jurídico

¿La parte demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, con la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

Tesis: la demandante no tiene derecho a que su mesada pensional se reajuste de conformidad con el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones dicha norma quedó derogada por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

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. Así mismo, se garantiza como un derecho irrenunciable y un servicio prestado por entidades públicas y privadas que brindan los recursos destinados al 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 1993¹, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y la 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.

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

Por su parte el artículo 11 *ibídem*, modificado por el artículo 1º 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 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.
Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.*

Ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones

El artículo 1º de la Ley 4 de 1976 determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto del Seguro Social, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustaría de oficio cada año teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Luego, el artículo 1º de la Ley 71 de 1988² precisó que las pensiones referidas en el artículo 1º de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que fuera incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989 y precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1º lo siguiente:

² Ley 71 de 1988 *por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras*
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=307>

Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional.

Del recuento normativo citado se concluye que por mandato constitucional es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones; y que inicialmente desde la Ley 4 de 1976 se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, según el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

A su turno la Ley 100 de 1993, en el artículo 289, indicó en relación con las vigencias y derogatorias lo siguiente:

*La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y **deroga** todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1966, el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, **el párrafo del art. 7o. de la Ley 71 de 1988**, los artículos 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen.*

O sea, que al derogarse el párrafo del artículo 7 de la Ley 71 de 1988 se derogó la norma que disponía un régimen de reconocimiento pensional para las personas que tuvieran 10 años o más de afiliación en una o varias de las entidades y 50 años o más de edad, si era varón, o 45 años o más, si era mujer, a quienes continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

Además, este párrafo del artículo 7 de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-012 de 1994.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados del sistema integral de seguridad social contenido en esa norma, quedando contemplado, entre otros, el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; y, además, señaló que estas excepciones no implicaban negación de los beneficios y derechos determinados en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra el reajuste anual de las pensiones con el IPC:

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.
(...)

PARÁGRAFO 4o. 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.

Concerniente al reajuste de las pensiones, el régimen general de pensiones previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 precisó:

ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.

Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994³ donde señaló:

Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.
“...
”

³ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; REF.: expediente No. D-529. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-387-94.htm>

“Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

“...

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, por que su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

“Veamos el comportamiento de la tasa de inflación y el porcentaje de incremento del salario mínimo, durante los últimos diez años:

“Año Inflación Salario mínimo

1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%

“Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá

del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada.

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional alude a la determinación de incrementar las pensiones con el salario mínimo **solo para los pensionados que devengan la pensión mínima**, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensiones que se **encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos**; a su vez, que la determinación del índice de precios al consumidor **para los demás pensionados** para establecer el incremento pensional, se ajusta a circunstancias económicas y políticas.

De otro lado, la Ley 238 de 1995⁴ dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 **a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición**; al respecto señaló:

ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente parágrafo:

"Parágrafo 4. 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.

Si bien el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 dispuso las excepciones de su aplicación al personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, posteriormente la Ley 238 de 1995 integró a este sector **en la aplicación del reajuste pensional contemplado en el régimen general de pensiones.**

Bajo el tema en cuestión, referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado⁵ en providencia del 17 de

⁴ Ley 238 de 1995; http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

⁵ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección A- Consejero ponente: William Hernández Gómez - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

agosto del 2017 emitida dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso **que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988:**

Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

«[...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994.[...]

En esas condiciones, no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

Conclusión: Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales.

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella.

En consideración al postulado jurisprudencial precitado, se extrae que si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 cuentan con un régimen anterior al del sistema de seguridad social integral, esto no quiere decir que el incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones dicha norma quedó derogada por esta última, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

Referente a los motivos que alega el libelista de aplicar artículo 1º de la Ley 71 de 1988, en armonía con el principio de favorabilidad, es pertinente traer a colación los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos por la Máxima Corporación Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad, mediante la cual se demandó la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 concerniente al reajuste de pensiones según la variación porcentual del índice de precios al consumidor así:

Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la garantía de la seguridad social” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método más favorable al pensionado”. Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional.

(...)

*Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión **“tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”**, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. **De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”***

(...)

*Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador **específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”**. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementaran en el mismo porcentaje que ese salario, “con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna”[94].*

*Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión **“tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”**, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”[95].*

*Por lo tanto, **se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor***

pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.

(...)

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles.

En consecuencia, conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados, se tiene que la Constitución Política facultó al legislador bajo su autonomía para fijar las fórmulas específicas de reajuste periódico de las pensiones teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor; parámetro que se adoptó obedeciendo a las satisfacciones de las necesidades de orden familiar, material, social, cultural y educativo, y con el fin de garantizar los fines del salario mínimo, en aras de actualizar el monto de las pensiones y de contrarrestar el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Conclusiones

En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados por la parte actora dado que, conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados, se observa que no le asiste razón al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar según el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, esto es, conforme al salario mínimo, y no de según lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, porque la Ley 100 de 1993 reajustó las mesadas de los regímenes del sistema general de pensiones, y en aras de mantener su poder adquisitivo ordenó el ajuste según la variación porcentual del índice de precios al consumidor; además con la expedición de dicha norma se entendió derogada la Ley 71 de 1988.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia que data del 12 de diciembre de 2019

Costas en segunda instancia

Conforme al artículo 188 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021, aunque la sentencia de primera instancia será confirmada no se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante, ya que la Sala no evidencia en el presente caso una falta absoluta de fundamento jurídico para presentar la demanda.

Por lo discurrido, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

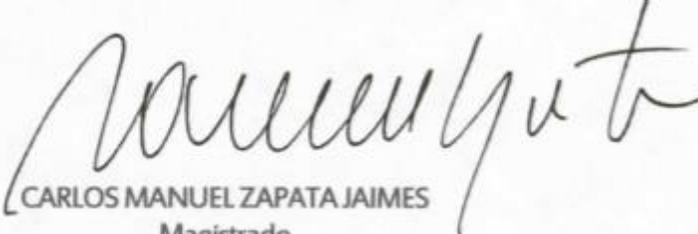
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2019 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **GLORIA LUZ CARMONA ARISTIZÁBAL** en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por lo brevemente expuesto.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

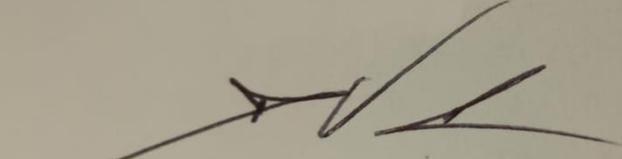
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 18 de marzo de 2021 conforme Acta 013 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maestrado

JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado ausente por incapacidad



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. 051 del 24 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 PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, dieciocho (18) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

RADICADO	17001-33-39-006-2017-00258-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	MARÍA LUCELLY ESTRADA CHICA
ACCIONADO	HOSPITAL DE CALDAS E.S.E
VINCULADOS	NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, EL DEPARTAMENTO DE CALDAS Y EL MUNICIPIO DE MANIZALES

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo proferido el día 5 de diciembre de 2019, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales.

PRETENSIONES

Se suplica por la parte actora, que se hagan los siguientes pronunciamientos:

1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución HC-039 del 27 de abril de 2015, por medio de la cual se resolvió de manera negativa una petición de ajuste pensional.

A título de restablecimiento del derecho:

2. Ordenar a la entidad demandada a que proceda a efectuar la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante a partir de la fecha en que adquirió el estatus de pensionada (1° de septiembre de 1998), en una suma equivalente al 75% de la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios.

3. Ordenar al Hospital de Caldas el pago, con efectos retroactivos, de las sumas de dinero dejadas de percibir por la señora Estrada Chica desde el momento de consolidación del derecho (1° de septiembre de 1998), equivalentes a la diferencia entre lo efectivamente recibido por concepto de cada mesada pensional de jubilación y lo que

corresponda al liquidarse en debida forma, y hasta la fecha en que sea objeto de inclusión en nómina.

4. Ordenar al Hospital de Caldas que, sobre el monto inicial de la primera mesada pensional debidamente reliquidada, y las subsiguiente, sean aplicados los reajustes respectivos a través de las fórmulas de corrección monetaria periódica para cada año, como lo ordena la normativa vigente.

5. Ordenar al Hospital de Caldas que el pago futuro de las mesadas pensionales reliquidadas y reajustadas conforme lo decreta la sentencia, se efectúe oportunamente y en favor de la demandante.

6. Ordenar a la entidad demandada el reconocimiento de la indexación monetaria de los valores correspondientes a las diferencias de las mesadas pensionales decretadas, en atención a la fórmula establecida por el Consejo de Estado.

7. Ordenar al Hospital de Caldas el reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que sea objeto de cumplimiento integral la condena impuesta.

8. Ordenar al Hospital de Caldas a dar cumplimiento a la sentencia dentro del término previsto en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

9. Ordenar a la accionada el reconocimiento y pago de las costas del proceso, de conformidad con el artículo 188 del CPACA.

HECHOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

✓ La señora María Lucelly Estrada Chica nació el 27 de octubre de 1946, por lo que cumplió 50 años el 27 de octubre de 1996.

✓ La demandante prestó sus servicios por más de 20 años al Hospital de Caldas como auxiliar de laboratorio clínico, desde el 14 de febrero de 1969 al 30 de agosto de 1998.

- ✓ El Hospital de Caldas le reconoció y pagó una pensión de jubilación a la demandante mediante Resolución nro. RHPS-nro. 464 del 28 de agosto de 1998 a partir del 1° de septiembre de ese mismo año, en cuantía de \$334.218,25.
- ✓ Mediante oficio radicado el 23 de abril de 2015 se solicitó la reliquidación de la pensión de la demandante, petición que fue negada mediante Resolución nro. HC-039 del 27 de abril de 2015.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Constitución Política: artículos 2, 13 y 53; Código Laboral: artículo 21; Ley 100 de 1993: artículos 12 y 36; Ley 6 de 1945; Decreto 3135 de 1968; Ley 33 de 1985: artículo 1° y siguientes; Decreto Ley 1045 de 1978: artículo 45; Circular 054 de noviembre de 2010; Ley 1437 de 2011: artículo 10.

Señaló que la entidad demandada violó normas de carácter constitucional y legal toda vez que, a la demandante no se le reconoció la pensión con un IBL conformado por el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios sino con el promedio de los últimos 5 años, lo que contravino el Decreto Ley 3135 de 1968, el Decreto 1045 de 1978 y el hecho de que ella se encontraba cubierta por el régimen de transición de la Ley 33 de 1985.

Así mismo, resaltó que se desconoció el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, ya que para casos como el presente debe aplicarse la sentencia de unificación del Consejo de Estado proferida el 4 de agosto de 2010, que determinó la forma de liquidar la pensión en este tipo de casos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

HOSPITAL DE CALDAS: En cuanto a los hechos afirmó que eran ciertos los relacionados con la vinculación de la demandante a la entidad y con los actos administrativos proferidos en relación con la pensión de jubilación.

Sobre las pretensiones se opuso a la prosperidad de las mismas, al considerar que la pensión fue reconocida de conformidad con la ley, sin que existan fundamentos de hecho o de derecho para expedir un nuevo acto administrativo.

Propuso la excepción de caducidad de la acción, al considerar que se encontraba superado el término para ser presentada la demanda.

Como razones de defensa indicó frente a la aplicación de la Ley 100 de 1993 que, el artículo 36 de dicha normativa mantuvo respecto del régimen anterior la edad, el tiempo de servicios y el monto, pero que el IBL no fue considerado en él; en tal sentido, este se calcula según los lineamientos de la norma mencionada tal como lo determinó la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015.

Sobre los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1989 aseveró que los beneficios de la transición están circunscritos a la aplicación de las disposiciones del régimen anterior al cual se encontraban afiliados los trabajadores en lo relacionado con la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión; en los demás requisitos y condiciones, por expreso señalamiento de la ley, se rigen por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, sobre el Decreto 1045 de 1978, precisó que el mismo no es aplicable para efectos de la determinación de la base salarial con la cual se calculó la pensión; y resaltó, además, que el mismo se aplica de manera exclusiva al sector nacional, no a los niveles territoriales.

Propuso la excepción previa de:

- **Falta de integración de litisconsorcio necesario – solicitud de integración litisconsorcio necesario e integración del contradictorio:** con base en que, de un lado, siendo el Fondo Territorial de Pensiones el mayor contribuyente en el pago de la prestación periódica de la demandante le asiste interés directo en el asunto que se somete a debate judicial, por lo que debe vincularse a la acción a través de sus administradores actuales, municipio de Manizales y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Y de otro lado, como el departamento de Caldas contribuye con recursos al citado fondo, también se vería afectado por cualquier decisión que eventualmente se llegare a adoptar en relación con la liquidación pensional de la accionante.

Propuso las excepciones de fondo que denominó:

- **Falta de legitimación pasiva:** señala que en el hipotético caso que la demandante tuviera derecho a la reliquidación de la pensión, la misma no estaría a cargo del Hospital de Caldas, pues los tiempos de servicios por los cuales se haría responsable presuntamente la entidad son tiempos en los cuales no era la directa comprometida al pago con recursos propios, pues la mayor parte de ellos se deben requerir a la concurrencia para el sector salud que determinó el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues con apoyo en la Ley 60 de 1993, la Ley 715 de 2001, el Decreto 306 de 2004 y la Ley 1438 de 2011, aseguró que son dineros que deben ser pagados como pasivo prestacional del sector salud público.

- **Cobro de lo no debido:** que a la demandante se le reconoció la pensión de conformidad con las normas que regulan el tema, sin que pueda afirmarse que se le adeuda dinero alguno por concepto de reajuste pensional.

- **Adecuada determinación del monto de la pensión e ingreso base:** afirma que la pensión de la demandante fue liquidada con el 75% del promedio de lo devengado entre el 1° de julio de 1995 al 30 de junio de 1996 según el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual mantuvo respecto al régimen anterior la edad, el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y el monto, ya que el IBL no fue considerado, al señalar la norma que para liquidar las pensiones de quienes les faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho se debería tener en cuenta el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para ello.

- **Prescripción trienal de mesadas pensional y prescripción de la acción:** pide que en la eventualidad de demostrarse que la accionante tiene o tenía algún asomo de derecho frente a la reclamación, deben ajustarse las mesadas trienales de años anteriores a la reclamación con el fenómeno de la prescripción, ante la inactividad de la actora.

CONTESTACIÓN DE LAS VINCULADAS

MUNICIPIO DE MANIZALES: frente a los hechos hizo alusión al artículo 159 del CPACA y 173 del CGP, y con esa prevención indicó que algunos eran ciertos, y que otros no le constaban.

Seguidamente, se pronunció sobre las pretensiones y se opuso a la prosperidad de las mismas, especialmente porque el vínculo laboral de la actora fue con el Hospital de Caldas y no con el ente territorial.

Como argumentos de defensa expuso sobre el contrato de concurrencia, con apoyo en el oficio OP-SH-137-19 suscrito por el secretario de despacho de la secretaría de Hacienda del municipio de Manizales, que la demandante figura como beneficiaria del convenio de concurrencia del sector salud suscrito entre el Ministerio de Salud, el departamento de Caldas y el municipio de Manizales, y por ello tiene derecho al bono pensional.

Para apoyar su posición, citó los artículos 61, 62 y 63 de la Ley 715 de 2001, la sentencia C-264 de 2008, el Decreto 1338 de 2002 y el Decreto 306 de 2004. Y concluyó que, el artículo 61 de la Ley 715 de 2001 suprimió el Fondo del Pasivo Prestacional para el sector salud creado por el artículo 33 de la Ley 60 de 1993, y determinó que con el fin de atender la responsabilidad financiera a cargo de la Nación para el pago de las cesantías y pensiones de las personas beneficiarias de dicho fondo, se haría en adelante con la suscripción de los convenios de concurrencia; que la administración de los recursos existentes en el fondo del pasivo pensional y los demás recursos que por ley se encontraban destinados al fondo, serían trasladados al Ministerio de Hacienda y Crédito Público; que la financiación del pasivo causado hasta el 31 de diciembre de 1993 por concepto de cesantías y pensiones sería únicamente de aquellos trabajadores del sector salud que hubiesen sido reconocidos como beneficiarios de dicho fondo; que la dirección general de regulación económica de la seguridad social, y no el municipio de Manizales, era el responsable de la preparación técnica y actuarial de los convenios de concurrencia, así como de su revisión y actualización; que en el pasivo prestacional del sector salud causado a 31 de diciembre de 1993 están incluidas las pensiones de jubilación y vejez, invalidez y sustituciones pensionales que las entidades beneficiarias tenían a su cargo; que en el pasivo prestacional del sector salud en materia de pensiones únicamente pueden considerarse como beneficiarios aquellos servidores públicos y trabajadores privados que no fueron certificados como tales por el Ministerio de Salud de conformidad con la normativa entonces vigente; y que los recursos para la concurrencia celebrada fueron calculados teniendo en cuenta los factores salariales de la Ley 33 de 1985, es decir, sin incluir los factores salariales que está pidiendo la parte actora, situación que a todas luces resulta violatoria del principio de equilibrio contractual entre las partes.

Frente a la reliquidación de la pensión indicó que la misma no es procedente, en atención a lo determinado en la sentencia SU-230 de 2015 y C-258 de 2013.

Propuso las excepciones de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** que el municipio de Manizales no tiene responsabilidad alguna en la elaboración de las listas de beneficiarios, ni en la administración de los recursos, ni en la inclusión de nuevos beneficiarios, tal como lo consagran la Ley 715 de 2001, el Decreto 1338 de 2002 y el Decreto 306 de 2004.
- **Inexistencia del derecho que se reclama:** señala que a la demandante no le asiste derecho a la reliquidación de la pensión por inclusión de nuevos factores salariales sobre los cuales no realizó cotización alguna.
- **Genérica:** pidió declarar cualquier otra excepción que se encuentre probada.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO: manifestó que no le asiste responsabilidad en el asunto, ya que no es garante de los derechos solicitados, y no es, ni ha sido, la caja de previsión ni el empleador de la demandante.

Resaltó que en cumplimiento de las obligaciones legales derivadas del contrato de concurrencia nro. 1186 de 1997 y sus modificatorios, para colaborar con la financiación de la reserva pensional de activos (bonos pensionales), el ministerio ha girado los recursos que le corresponden al patrimonio autónomo constituido por el municipio de Manizales para el pago de los bonos pensionales de quienes, como en el presente caso, quedaron registrados como activos en el certificado de calidad de beneficiarios, por lo que el pasivo por el tiempo laborado hasta el 10 de agosto de 1991 por la demandante se encuentra financiado.

Por otro lado, hizo alusión a los efectos de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional en relación con el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, como la C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, que concluyeron que el ingreso base de liquidación no es un aspecto que esté incluido en el régimen de transición, y por ello son las reglas generales establecidas en la Ley 100 de 1993 las que deben tenerse en cuenta para calcular la pensión de las personas que estén incluidas en el supuesto fáctico determinado en el artículo 36 *ibídem*; precedentes que asegura tiene fuerza vinculante.

Propuso las excepciones de:

- **Inexistencia de la obligación:** que el Ministerio de Hacienda ha dado cumplimiento a sus obligaciones en los términos del contrato de concurrencia nro. 1186 de 1997 y sus modificatorios.
- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** señala que la entidad no está vinculada ni funcional ni materialmente con las reclamaciones que formuló la demandante para obtener el reajuste de su pensión.
- **Indebida representación de la Nación:** que al no ser el ministerio la autoridad que expidió el acto administrativo demandado debe ser desvinculado del proceso.
- **Inepta demanda por inexistencia de hechos que sustenten las pretensiones contra la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público:** afirma que no existe ninguna obligación que vincule al ministerio con la parte demandante, ni con el pago de una eventual sentencia condenatoria.

DEPARTAMENTO DE CALDAS: señaló que la mayoría de los hechos no le constan.

A continuación, hizo alusión al convenio de concurrencia para resaltar que, tuvo aplicación hasta el 10 de agosto de 1991, y que además las pretensiones no están relacionadas con el mismo, ya que lo que se busca es una reliquidación pensional, la cual está cargo únicamente del Hospital de Caldas.

Propuso las excepciones de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** dice que lo que pretende la actora está relacionado con una reliquidación de su pensión de jubilación por parte del Hospital de Caldas, aspecto que no está relacionado con el contrato de concurrencia, tal como lo expuso el Tribunal Administrativo de Caldas en el proceso con radicado 2010-0254.
- **Cobro de lo no debido:** que, frente al actuar de la entidad territorial, se presenta un cobro de lo no debido.
- **Prescripción:** con apoyo en el artículo 152 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, señala que la demandante tenía 3 años contados a partir de la fecha en que la obligación se hizo exigible para hacer valer sus derechos, término que fue superado.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El 5 de diciembre de 2019 el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia a través de la cual negó pretensiones, tras plantearse como problemas jurídicos: i) cuál era el monto de la pensión de vejez en aquellos casos de aplicación del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993; ii) cuáles eran los factores salariales que debían tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión de vejez de la demandante; iii) cuál era la entidad que debía asumir el pago de la reliquidación pensional; y iv) si se había configurado la prescripción.

Para resolver el aspecto central de la litis tras relacionar el material probatorio, hizo alusión al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para concluir que la demandante era beneficiaria de el régimen de transición de esta norma.

Citó la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 del Consejo de Estado, la cual le permitió inferir que, para la liquidación de la pensión en casos como este, se debía dar aplicación al artículo 21 o, el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para establecer el IBL; y como en este caso a la actora le faltaban menos de 10 años al 1º de abril de 1994 para consolidar el derecho a la pensión, el acto administrativo se ajustaba a derecho ya que la prestación se había calculado de conformidad con las normas que regulaban la materia, es decir, con el promedio de lo devengado en el tiempo que le faltaba para adquirir el derecho.

La parte resolutive del fallo quedó así:

PRIMERO: *DECLARAR FUNDADAS las excepciones de “Cobro de lo no debido”, “Adecuada determinación del monto de la pensión e ingreso base de liquidación” y “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, conforme a lo descrito en la parte motiva de esta sentencia.*

SEGUNDO: *NEGAR las pretensiones de la demanda dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaurado por la señora MARÍA LUCELLY ESTRADA CHICA contra el HOSPITAL DE CALDAS E.S.E, LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, DEPARTAMENTO DE CALDAS Y EL MUNICIPIO DE MANIZALES.*

TERCERO: *SIN COSTAS, por lo considerado.*

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia a través de memorial que reposa de folio 268 a 278 del expediente.

Adujo que, la sentencia identificó erradamente el régimen jurídico que le aplicaba a la demandante, al concluir que era beneficiaria de la transición de la Ley 100 de 1993 y desconocer que estaba amparada por el régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985, lo que significa que deben aplicarse la Ley 6 de 1945, el Decreto 3135 de 1968 y el Decreto 1045 de 1978.

Reseñó las pruebas que reposan en el expediente para reforzar el tema atinente al régimen pensional que cubre a la actora; y resaltó, además, que el Tribunal Administrativo de Caldas, antes y después de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, ha acudido a los factores salariales enlistados en el Decreto 1045 de 1978 para los casos de pensiones reconocidas bajo el amparo de la Ley 6 de 1945, es decir, de la transición de la Ley 33 de 1985.

Con base en lo anterior, insistió que en este caso es posible reajustar la pensión de la demandante con los factores salariales percibidos en el último año de servicios, tal como se pidió en la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: insistió que en este caso debe accederse a las pretensiones, toda vez que el régimen aplicable a la demandante es el establecido en la Ley 6 de 1945, la Ley 33 de 1985, el Decreto 3135 de 1968 y el Decreto 1045 de 1978, normas que fueron desconocidas por la jueza de primera instancia al proceder a estudiar el caso con fundamento en el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual asegura no es el que cubre a la accionante.

Hospital de Caldas: guardó silencio

Ministerio de Hacienda y Crédito Público: manifestó que debía mantenerse incólume la providencia proferida por el juzgado; y nuevamente hizo alusión a las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de legitimación en la causa por pasiva del ministerio.

Municipio de Manizales: arguyó que la sentencia de primera instancia se ajustó a derecho, y que además el municipio no es el llamado a atender las pretensiones de la demandante.

Departamento de Caldas: con apoyo en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 del Consejo de Estado, indicó que la pensión de la demandante estaba reconocida de conformidad con las normas que regían su situación pensional, tal como lo determinó el fallo de primera instancia.

MINISTERIO PÚBLICO.

No presentó concepto.

CONSIDERACIONES

Al no observarse alguna irregularidad en lo rituado en segunda instancia, que pueda generar nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver de fondo la impugnación.

Los problemas jurídicos a dilucidar en esta instancia son los siguientes:

1. ¿Cuál es el régimen de pensiones aplicable a la actora?
2. ¿Qué factores salariales tiene derecho la señora María Lucelly Estrada Chica se le tengan en cuenta al momento de conformar el ingreso base de liquidación de su pensión ordinaria?
3. ¿Qué entidad es la responsable de la reliquidación de la pensión de la demandante?

Lo probado en el proceso

- Que mediante Resolución RHPS-464 del 28 de agosto de 1998 se reconoció a la señora María Lucelly Estrada Chica, a partir del 1° de septiembre de 1998, una pensión de jubilación en cuantía de \$334.218,25, la cual se calculó con el 75% del promedio de lo devengado entre el 1° de julio de 1995 al 31 de agosto de 1998 con los factores consagrados en el Decreto 1158 de 1994 (fols. 29 a 33 C.1).

En este mismo acto administrativo se consignó que la actora prestó sus servicios por más de 20 años a la entidad, desde el 14 de febrero de 1969 hasta el 31 de agosto de 1998, ya que renunció a partir del 1° de septiembre de 1998, lo cual se corrobora con el certificado expedido por el gerente del Hospital de Caldas visible a folio 27 del C.1.

- Que mediante petición la accionante solicitó la reliquidación de su pensión de conformidad con el Decreto Ley 3135 de 1968 y el Decreto 1045 de 1978, en cuantía equivalente al 75% de los salarios devengados en el último de servicios: salario, incentivo, incapacidad, recargo nocturno, dominicales, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, vacaciones y prima de antigüedad (fol. 34 a 44 C.1).
- Mediante Resolución HC-039 del 27 de abril de 2015 se resolvió la solicitud de la accionante de manera negativa (fols. 46 a 48 C.1).
- Según certificado de factores salariales expedido por el asesor jurídico del Hospital de Caldas E.S.E, la accionante devengó en el año 1997 y 1998: ordinario diurno, dominicales, recargo nocturno, 15% incentivo, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, prima de antigüedad, reajuste recargo nocturno, reajuste dominical, reajuste salario y reajuste 15% incentivo (fol. 28 C.1).
- Que según el contrato interadministrativo de concurrencia nro. 001186 de 1997, celebrado entre el Ministerio de Salud – Fondo Nacional de Pasivo Prestacional sector Salud, el *Departamento de Caldas y el Municipio de Manizales*, el objeto del mismo se centraba: *“En virtud del presente contrato las partes concurren, en los términos señalados en el aval de fecha 4 de agosto de 1997, expedido por la Dirección de Presupuesto Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para el pago de la deuda prestacional correspondiente a los funcionarios y ex funcionarios de los Hospitales de Caldas E.S.E Geriátrico San isidro E.S.E y ASSBASALUD E.S.E reconocidos como beneficiarios del pasivo prestacional”* (fols. 131 a 142 C.1).

Primer problema jurídico

¿Cuál es el régimen de pensiones aplicable a la actora?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que a la parte demandante no la cubre la transición de la Ley 100 de 1993 sino la de la Ley 33 de 1985; y, en consecuencia, su pensión se debe reajustar conforme a la Ley 6 de 1945, el Decreto 3135 de 1968 y el Decreto 1045 de 1978.

Ha de comenzar la Sala precisando que, en la sentencia de primera instancia el estudio del caso se realizó a la luz del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, pese a que en los hechos de la demanda se hizo alusión a que la pensión de jubilación le fue reconocida a la demandante bajo los presupuestos de la Ley 6 de 1945, la Ley 33 de 1985, el Decreto 3135 de 1968 y la Ley 100 de 1993.

Al revisar este Tribunal lo consignado en la resolución que reconoció la pensión y en el certificado que da cuenta del tiempo de servicios, se avizora que la demandante laboró en el Hospital de Caldas del 14 de febrero de 1969 al 31 de agosto de 1998, lo que permite inferir que es beneficiaria de la transición de la Ley 33 de 1985, no de la establecida en la Ley 100 de 1993, por lo siguiente.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 reza:

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

Ahora bien, el parágrafo 2º de la Ley 33 de 1985 estableció:

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

Conforme a las pruebas allegadas, para el día 13 de febrero de 1985, fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, la demandante tenía más de 15 años de servicios, hecho que hace que se encuentre cubierta por el régimen de transición de esta norma frente a la

edad para pensión, de conformidad con lo estipulado en el párrafo 2º del artículo primero.

A pesar de que el párrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 establece que el beneficio de transición de esa ley aplica en lo relativo a la edad de jubilación, lo cierto es que el H. Consejo de Estado, en virtud del principio de inescindibilidad y de favorabilidad, extendió la transición a todos los aspectos del régimen de pensiones. Al respecto, el Consejo de Estado señaló lo siguiente¹:

(...) Al 13 de febrero de 1985, fecha de vigencia de la ley 33, el actor se encontraba en la segunda hipótesis aludida. Hasta antes de la expedición de la Ley 33 de 1985 la pensión de jubilación de los empleados territoriales se regía por la ley 6ª de 1945, siendo aplicable esta ley y las normas que la modificaron antes de la vigencia de la Ley 33 de 1985, como lo ha precisado esta Sección. A pesar de que el régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985, sólo remite a la edad de jubilación que regía con anterioridad a su entrada en vigencia y no señaló nada en cuanto a la liquidación, considera la Sala que en este aspecto se debe aplicar también el régimen anterior, porque resulta más favorable al actor.

De no hacerse así, se desconocería el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la Carta Política que establece la "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho". Sobre el particular, la Corte Constitucional señaló en sentencia C-168/95: "... De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador

Igualmente, el Consejo de Estado, en virtud del principio de inescindibilidad ha sostenido reiteradamente que la norma anterior aplicable debe serlo en su integridad. Al respecto, en sentencia proferida por la Subsección A, Sección Segunda de esta Corporación, de 20 de octubre de 2005, M. P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, radicado interno No. 3701-04. En consecuencia, el reconocimiento pensional efectuado al demandante debe sujetarse en su totalidad a lo establecido por la Ley 6ª de 1945, y las normas que la modificaron o adicionaron, en lo referente a la edad, tiempo y monto

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A". Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. siete (7) de octubre de dos mil diez (2010).

pensional, pues si se diera aplicación a una normatividad diferente, como la Ley 100 de 1993, o la Ley 33 de 1985 se estaría desmembrando el régimen transitorio.

Por su parte, el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, norma anterior a la Ley 33 de 1985, estableció:

ARTÍCULO 27. PENSIÓN DE JUBILACIÓN O VEJEZ. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia o de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio (Subrayado del Tribunal).

De acuerdo al anterior recuento normativo, la accionante tiene derecho a que su pensión de jubilación sea equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.

Segundo Problema Jurídico

¿Qué factores salariales tiene derecho la señora María Lucelly Estrada Chica se le tengan en cuenta al momento de conformar el ingreso base de liquidación de su pensión ordinaria?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que la pensión de vejez de la demandante deberá incluir en el IBL los factores salariales percibidos en el último año de servicios, de conformidad con la lista establecida en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

En este caso la norma aplicable al *sub lite* es el Decreto 3135 de 1968, el cual indicó que la pensión de jubilación será equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios. En este caso la E.S.E. demandada al momento de liquidar la pensión de la accionante fraccionó las normas a aplicar, siendo claro que no podía tomar parte de la legislación anterior en virtud de la garantía del régimen de transición, sino que debía aplicar en forma plena la disposición normativa conforme a la cual el beneficiario hubiese adquirido su derecho. Ello, en garantía del principio de inescindibilidad y las garantías mínimas en materia laboral pese a las transiciones normativas.

Por su parte, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, establece:

ARTÍCULO 45: DE LOS FACTORES DE SALARIO PARA LA LIQUIDACIÓN DE CESANTÍA Y PENSIONES. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual*
- b) Los gastos de representación y la prima técnica*
- c) Los dominicales y feriados*
- d) Las horas extras*
- e) Los auxilios de alimentación y transporte*
- f) La prima de navidad*
- g) La bonificación por servicios prestados*
- h) La prima de servicios*
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio.*
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto Ley 710 de 1.978.*
- k) Prima de vacaciones*
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.*
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968 (subrayado Sala de Decisión).*

Según la norma reproducida, solamente los factores enlistados en esta disposición devengados durante el último año de prestación de servicios, que en este caso es del 1° de septiembre de 1997 al 31 de agosto de 1998, serían los que sirven de base para calcular la prestación periódica, previa deducción de los descuentos que por aportes dejaron de efectuarse, en caso de que no se hubieran realizado en su momento.

Debe advertirse que en el acto administrativo que reconoció la pensión no se señaló cuáles factores salariales fueron los que se incluyeron en la pensión, simplemente se indicó que eran los percibidos entre el 1° de julio de 1995 al 31 de agosto de 1998 según el Decreto 1158 de 1994²

² asignación básica mensual; gastos de representación; prima técnica, cuando sea factor de salario; primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario; remuneración por trabajo dominical o festivo; remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, y bonificación por servicios prestados.

Según el certificado de factores salariales aportado al proceso, la demandante devengó además de la asignación básica (ordinario diurno) en el último año de servicios los rubros de: dominicales, recargo nocturno, 15% incentivo, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, prima de antigüedad, reajuste recargo nocturno, reajustes dominicales, reajuste salario y reajuste 15% incentivo.

En relación con el 15% incentivo, su reajuste y la prima de antigüedad, se desprende que no están enlistados en el Decreto 1045 de 1978, por ello no deben hacer parte del IBL, pese a haberse percibido; y sobre las vacaciones, debe advertirse que tampoco pueden ser tenidas en cuenta para conformar el IBL, por cuanto el Máximo Tribunal Administrativo ha precisado que las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador.

Finalmente, sobre la prima de servicios, si bien está consagrada en la norma antes señalada, la misma no es procedente incluirla en el IBL de la pensión, por cuanto se ha precisado que los factores salariales consagrados en el Decreto 1042 de 1978, entre ellos el mencionado rubro, únicamente hacen parte del régimen salarial de los empleados públicos del nivel central.

Así mismo, la Ley 10 de 1990 solo extendió a los empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial el régimen prestacional (no salarial) de los empleados del nivel central; y el Decreto 1919 de 2002 solamente hizo extensivo a los empleados públicos territoriales el régimen de prestaciones sociales (no salarial) propio de los del orden nacional.

Sobre los derechos adquiridos, el artículo 58 de nuestra Carta Política estipula:

ARTICULO 58. Modificado por el art. 1, Acto Legislativo No. 01 de 1999. el nuevo texto es el siguiente: Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.

En consecuencia, en Colombia, por norma superior, se garantizan los derechos adquiridos conforme a la ley.

Por lo anterior, aunque se probó con el certificado de factores salariales que la demandante percibió la prima de servicios en el último año laboral, es claro que al tratarse de un factor salarial reconocido únicamente para los empleados públicos del orden nacional, la misma se percibió en contra de las disposiciones legales, situación que impide que se genere un derecho adquirido para que pueda incluirse en la base de liquidación de la pensión de jubilación de la demandante, quien fungía como empleada pública del orden territorial.

Deberá dejarse claro que, en caso que sobre la prima de servicios, 15% incentivo y su reajuste, la prima de antigüedad y vacaciones se hubieran efectuado descuentos para aportes a pensión, la entidad demandada debe proceder a reembolsarlos, pues lo contrario sería consentir un enriquecimiento sin causa.

En tal sentido, la demandante tiene derecho a que el IBL de su pensión esté conformado por los factores salariales de asignación básica (ordinario diurno), dominicales, recargo nocturno, prima de vacaciones, prima de navidad, reajuste recargo nocturno, reajuste dominicales y reajuste salario percibidos en el último año de prestación de servicios, comprendido entre 1° de septiembre de 1997 al 31 de agosto de 1998.

Tercer problema jurídico

¿Qué entidad es la responsable de la reliquidación de la pensión de la demandante?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que en este caso la entidad responsable de la reliquidación de la pensión es el Hospital de Caldas, en tanto es la que reconoció la pensión y profirió los actos administrativos que negaron su reajuste.

En el *sub lite* también fueron vinculadas al proceso la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el municipio de Manizales y el departamento de Caldas, en atención al contrato de concurrencia para responder por el pasivo pensional del sector salud.

Sobre este tema, debe señalar la Sala que en el presente caso al adentrarse a estudiar de fondo el asunto se encuentra que, efectivamente quién expidió el acto administrativo de reconocimiento de la pensión, y, por consiguiente, la negativa de la reliquidación, fue el Hospital de Caldas. Y si bien en la demandada ha insistido que, en virtud de unos contratos y de disposiciones legales, el pasivo pensional de los trabajadores o servidores públicos que prestaron sus servicios antes del año 1993 debe ser asumido por las vinculadas, es importante recordar que el objetivo del proceso no es determinar cómo participan otras entidades en el costo del pago de esta pensión, o las denominadas cuotas partes, ya que esta es una discusión que no es de resorte de este proceso, y que debe darse inicialmente al interior de las diferentes cajas que deben participar en el pago de la misma.

Por otra parte, se sabe, que la entidad ante la cual se aportó al sistema pensional en el último año de servicios, es la encargada de reconocer la prestación periódica, y por tanto también la competente para decidir sobre su reliquidación. Y la otra discusión sobre qué otras entidades deben participar en el costo de la pensión, esto es, la compartibilidad, es un tema de resorte en primer término administrativo entre las diferentes entidades responsables del pago de la pensión de la actora, y por ello en este momento es una disputa que está por fuera del proceso.

Como argumento adicional, se encuentra precedente horizontal, sentencia del 26 de septiembre de 2013³ con ponencia de la Dra. Patricia Varela Cifuentes, mediante la cual se pronunció sobre la improcedencia de resolver situaciones de tipo administrativo, como

³ Tribunal Administrativo de Caldas. Sala de Decisión. Magistrada Ponente: Dra. Patricia Varela Cifuentes. Sentencia nº 0276 del 26 de septiembre de 2013. Radicado: 17-001-33-31-005-2010-00254-02. Demandante: María Stella Londoño Sánchez. Demandado: E.S.E. Hospital de Caldas.

lo es la determinación de las cuotas partes pensionales, que resulta externa al derecho de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación. En efecto, en aquella providencia se sostuvo:

La entidad accionada, E.S.E. Hospital de Caldas desde la contestación de la demanda y en su recurso de apelación ha sostenido que en el presente asunto debe vincularse en la calidad de litisconsortes necesarios a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento de Caldas y al Municipio de Manizales, con sustento en que dichos entes concurren en el financiamiento del Fondo Territorial de Pensiones.

Al respecto considera la Sala que la petición no tiene procedencia toda vez que habiendo sido la E.S.E. Hospital de Caldas la entidad que reconoció y liquidó la pensión de la señora María Stella Londoño de Sánchez, es la responsable prima facie, ante la controversia de un acto suyo; igualmente fue ante ésta entidad frente a la cual se agotó la vía gubernativa, resolviéndose de fondo las peticiones encausadas al reajuste pensional y si bien en la Resolución RHPS-Nº 461 98 del 28 de agosto de 1998, se establece que la mesada pensional fue dividida a prorrata entre: Pasivo Prestacional (F.T.P.) y el Hospital de Caldas E.S.E. y pagaderas a través del Fondo Territorial de Pensiones, ello no puede incidir en forma alguna al goce efectivo del derecho de la señora Londoño Sánchez.

Lo anterior si se tiene en cuenta que las situaciones de tipo administrativo, esto es la determinación de cuotas partes pensionales, monto de obligaciones entre co-responsables y demás formas jurídicas que se desarrollen al interior de la entidad demandada para efectos de reconocer y pagar la pensión de jubilación a la accionante, le son externas a su derecho. No puede pretenderse por parte de la demandada, incluir en la discusión jurídica sobre la correcta determinación del monto pensional a entes que no incidieron en forma directa en el reconocimiento, circunscrito ello al acto administrativo que le dio nacimiento en cabeza de la demandante a exigir el pago de las mesadas, máxime que los actos que definieron la concurrencia en el pago de la pensión de la actora son anteriores al reconocimiento de dicha prestación, concurrencia que no demostró el Hospital que haya variado a la fecha.

Es decir no es relevante al proceso la forma en que internamente se defina el pago, es decir, de dónde es financiada la prestación, sino que por el contrario el problema jurídico que estudia esta jurisdicción es el correcto reconocimiento del derecho pensional, lo que obedece a derechos de carácter constitucional sobre los cuales no es admisible traba para su efectivo goce y disfrute, por haber

sido reconocido conforme a leyes vigentes.

Por lo anterior se descarta la solicitud de vinculación litisconsorcial, toda vez que no tiene relación con el asunto principal de debate. (Resalta la Sala).

En consecuencia, es del caso señalar que esta Sala también comparte los argumentos jurídicos allí expuestos, los cuales ha aplicado a otros procesos con supuestos fácticos similares al presente, y por ello la entidad con legitimación en la causa por pasiva material para hacerse responsable de la reliquidación de la pensión de la actora es el Hospital de Caldas E.S.E pues fue la que reconoció el derecho, y conforme a la jurisprudencia anterior, no obsta para que en virtud del contrato de concurrencia, y mediante el procedimiento administrativo correspondiente, se asignen las cuotas partes que le corresponde asumir a cada una de las entidades que deban participar en la concurrencia.

Por lo anterior, la entidad responsable en este caso de la reliquidación pensional será el Hospital de Caldas, y frente a las otras entidades se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasivo material planteada por el municipio de Manizales, el departamento de Caldas y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Decisión de segunda instancia

En el caso concreto, el Tribunal considera que se impone revocar la providencia del 5 de diciembre de 2019 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito, y en consecuencia declarar la nulidad de la Resolución HC-039 del 27 de abril de 2015, y acceder a la reliquidación de la pensión para que en el IBL se incluyan los factores de: asignación básica (ordinario diurno), dominicales, recargo nocturno, prima de vacaciones, prima de navidad, reajuste recargo nocturno, reajuste dominicales y reajuste salario percibidos en el último año de prestación de servicios, el cual va del 1° de septiembre de 1997 al 31 de agosto de 1998.

De conformidad con el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, como el reconocimiento de la pensión se realizó mediante Resolución RHPS-464 del 28 de agosto de 1998; en la petición mediante la cual se solicitó el reconocimiento de la pensión aparece como fecha de recibido el 24 de abril de 2015; y la demanda se radicó el 2 de junio de 2017, es claro que el escrito de petición interrumpió la prescripción pero solo 3 años hacia atrás, por lo que efectivamente se configuró este fenómeno procesal frente a las mesadas anteriores al

24 de abril de 2012. Por ello, se declarará probada la excepción de prescripción planteada por la entidad demandada.

Las sumas reconocidas serán reajustadas conforme la siguiente fórmula:

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

R= suma actualizada

Rh= suma a actualizar

Índice final= índice de precios al consumidor vigente a la fecha de la sentencia

Índice inicial= índice de precios al consumidor vigente en cada uno de los meses en los que se causa el derecho.

Por tratarse de pagos sucesivos o continuos, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, por cada mesada pensional debida teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

También se autorizará a que si sobre los factores que se ordenan incluir no se realizaron los descuentos de ley, la entidad los efectúe en el porcentaje que le correspondía al trabajador, debidamente indexados.

Se autoriza además a que si sobre los factores de prima de servicios, 15% incentivo y su reajuste, la prima de antigüedad y vacaciones se realizaron descuentos para aportes a pensión, los mismos sean reintegrados a la actora en el porcentaje que a este le correspondía, de manera indexada.

Costas

En el presente asunto no se condenará en costas, en atención a que las pretensiones de la demanda prosperaron parcialmente.

Finalmente, se reconocerá personería para actuar en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público al abogado José Saúl Valdivieso Valenzuela.

Y se reconocerá personería para actuar en nombre y representación del municipio de Manizales al abogado Jorge Eduardo Cuervo Echeverri.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 5 de diciembre de 2019 dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovió **MARÍA LUCELLY ESTRADA CHICA** contra **HOSPITAL DE CALDAS E.S.E**, y como vinculadas **LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, EL DEPARTAMENTO DE CALDAS Y EL MUNICIPIO DE MANIZALES** según lo consignado en la parte motiva, y en su lugar:

DECLARAR NO PROBADAS las excepciones denominadas “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “cobro de lo no debido” y “adecuada determinación del monto de la pensión e ingreso base de liquidación”, planteadas por el Hospital de Caldas, según lo analizado en las consideraciones del caso.

DECLARAR PROBADA la excepción de “prescripción” planteada por el Hospital de Caldas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

DECLARAR PROBADA la excepción de “falta de legitimación en la causa por pasiva material” propuesta por La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el municipio de Manizales y el departamento de Caldas.

DECLARAR la nulidad de la Resolución HC-039 del 27 de abril de 2015.

A título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** al Hospital de Caldas E.S.E reliquidar la pensión de jubilación que devenga la señora **MARÍA LUCELLY ESTRADA CHICA** tomando como base el 75% del promedio de los factores salariales de asignación básica (ordinario diario), dominicales, recargo nocturno, prima de vacaciones, prima de navidad, reajuste recargo nocturno, reajuste dominicales y reajuste salario percibidos en el último año de

prestación de servicios, el cual va del 1° de septiembre de 1997 al 31 de agosto de 1998, pero con efectos fiscales a partir 24 de abril de 2012, por prescripción trienal.

Las sumas de dinero reconocidas en la sentencia a favor de la demandante deberán ser ajustadas en su valor aplicando la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia. De los mayores valores determinados, se autoriza a la demandada a realizar las deducciones para el sistema pensional respecto de los factores salariales ahora reconocidos, siempre que en su oportunidad no se hubieren realizado los descuentos y en el porcentaje que le correspondía al trabajador, debidamente indexados.

Se autoriza a que si sobre los factores de prima de servicios, 15% incentivo y su reajuste, la prima de antigüedad y vacaciones se realizaron descuentos para aportes a pensión, los mismos sean reintegrados a la actora en la proporción que estos rubros hayan influido en el valor total del aporte que le correspondía como trabajadora, debidamente indexados.

La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, **PREVINIÉNDOSE** a la parte actora de la carga prevista en el inciso 2° del precepto citado.

TERCERO: SIN COSTAS por lo brevemente expuesto.

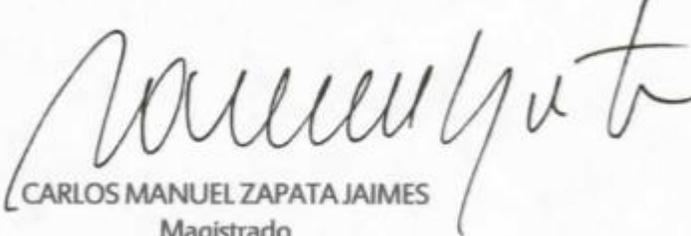
CUARTO: SE RECONOCE PERSONERÍA para actuar en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público al abogado José Saúl Valdivieso Valenzuela, portador de la tarjeta profesional 262.541 del CSJ, de conformidad con el poder visible a folio 27 y el documento que reposa a folio 28 del cuaderno 3.

SE RECONOCE PERSONERÍA para actuar en nombre y representación del municipio de Manizales al abogado Jorge Eduardo Cuervo Echeverri, portador de la tarjeta profesional 83.644 del CSJ, de conformidad con el poder visible a folio 3 vuelto, y los documentos que reposan a folio 4 a 11 del cuaderno 2.

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

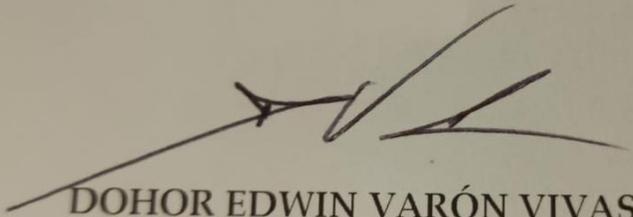
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Proyecto discutido y aprobado en reunión de Sala de Decisión Virtual realizada el 18 de marzo de 2021 conforme al Acta n° 013 de la misma fecha.

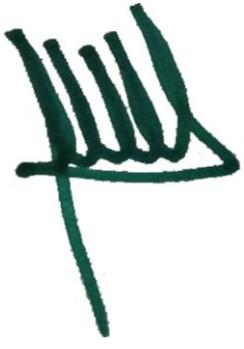


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado ausente por incapacidad



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. 051 del 24 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 PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, dieciocho (18) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO	17001-33-39-007-2018-00411-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	RODRIGO YEPES CASTRILLÓN
DEMANDADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el fallo proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 7 de noviembre de 2019.

PRETENSIONES

1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución nro. 5019-6 del 8 de junio de 2018, en cuanto reconoció y/o reliquidó una pensión vitalicia de jubilación y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios.
2. Declarar que el demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación a partir del 3 de abril de 2017, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en se retiró del servicio, que son los que constituyen la base de liquidación pensional.

A título de restablecimiento del derecho pidió:

1. Condenar a la entidad demandada que reconozca y pague, una pensión ordinaria de jubilación a partir del 3 de abril de 2017, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses

anteriores al momento en que se efectuó el retiro definitivo del cargo docente, que son los que constituyen la base de la reliquidación de la pensión.

2. Que del valor reconocido se le descuenta lo que fue reconocido y cancelado en virtud de la Resolución nro. 5019-6 del 8 de junio de 2018, que reconoció la pensión vitalicia de jubilación.

3. Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que, sobre el momento inicial de la pensión aplique los reajustes de la ley para cada año, como lo ordena la Constitución Política y la ley.

4. Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de las mesadas atrasadas desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

5. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este, tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA.

6. Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo tomando como base el IPC.

7. Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento de los intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla en su totalidad la condena.

8. Condenar en costas a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

9. Que las sumas que resultaren a favor del demandante se descuenta lo cancelado en virtud de la resolución que reconoció el derecho a la pensión de jubilación.

HECHOS

- El demandante laboró más de veinte años al servicio de la docente oficial, por lo que al cumplir con los requisitos de ley le fue reconocida una pensión de jubilación por parte de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

- La base de la liquidación pensional incluyó en su momento solo la asignación básica y dejó por fuera del IBL la prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos en el último año de servicios.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Artículo 15 de la Ley 91 de 1989; artículo 1º de la Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985 y Decreto Nacional 1045 de 1978.

Explicó que de conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, que estableció el régimen prestacional de los docentes, este depende de la fecha de su vinculación. Así, si aquella fue anterior a la entrada en vigencia de la ley referida (27 de junio de 2003), como en el presente caso, el régimen corresponderá al previsto en la Ley 91 de 1989; pero si se dio de manera posterior, la normativa aplicable será la Ley 100 de 1993.

Indicó que, por lo anterior, para la liquidación de la pensión de jubilación debe acudir a la Ley 33 de 1985, la cual si bien no estableció de manera taxativa los factores salariales que debían incluirse, tal circunstancia no es un impedimento para tener en cuenta todo lo devengado por el trabajador en el último año de servicios, como lo ha entendido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Adujo que el acto demandado desconoce la previsión hecha por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que remitió al Decreto 1045 de 1978, con base en el cual la liquidación de la pensión debe incluir la totalidad de los factores devengados por el empleado.

Manifestó que, en el evento de no haberse realizado los respectivos aportes a pensión por concepto de los factores a incluir, la entidad debe realizar los descuentos correspondientes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: no contestó la demanda.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 7 de noviembre de 2019, negó pretensiones, tras plantearse como problema jurídico si procedía el reajuste de la pensión de jubilación del demandante con inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios.

Para resolver el asunto se adentró a estudiar el régimen pensional docente, y con fundamento en la Ley 91 de 1989, determinó que esta norma resultaba aplicable al demandante en tanto estaba vinculado antes de Ley 812 de 2003, lo que generaba que su situación pensional debiera resolverse al tenor de lo establecido en la Ley 33 de 1985.

A continuación, analizó el tema de los factores salariales que debían tenerse en cuenta en el ingreso base de liquidación, para lo cual citó varias sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado, especialmente la del 28 de agosto de 2018 y la del 25 de abril de 2019; esta última aclaró el tema del IBL para los docentes, y concluyó que, al tenor de la Ley 62 de 1985, solo pueden incluirse en el IBL aquellos factores salariales sobre los cuales se hubiera cotizado al sistema.

Al descender al caso concreto, explicó que en este caso estaba acreditado que al actor se le incluyó en su ingreso base de liquidación el sueldo mensual, la prima de navidad, la prima de vacaciones, la bonificación mensual y el sobresueldo de coordinador; y aunque también se probó que recibió prima de servicios en el año de retiro, aclaró que este factor se encontraba por fuera de la lista establecida en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, por lo que no había fundamento legal para incluirlo en el IBL de la pensión.

Por estas razones negó las pretensiones de la demanda, pero no condenó en costas en atención al cambio del precedente jurisprudencial sobre el tema.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte demandante presentó recurso de apelación en forma oportuna, mediante memorial visible a folios 149 a 156 del cuaderno 1.

Sostuvo que, aunque el fallo recurrido se basó en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, en la que se estableció la base de liquidación de las pensiones de los docentes, debe tenerse en cuenta que, la demanda se presentó con fundamento en la posición que el Máximo Tribunal Administrativo tenía para ese momento, según la sentencia de unificación del 26 de agosto de 2010.

Por ello, solicitó que en desarrollo de lo que la jurisprudencia ha denominado como confianza legítima en la administración de justicia, y por respeto al principio de seguridad jurídica, el proceso sea resuelto conforme al precedente que existía para el momento en el cual fue radicada la demanda.

En tal sentido, aseguró que los docentes vinculados al fondo que ingresaron con anterioridad al 27 de junio de 2003 aportaban sobre todos los factores salariales pagados, y por ello la pensión debe reconocerse en los términos solicitados.

Pidió entonces se revoque la sentencia de primera instancia y se aplique el precedente judicial que sobre el tema estableció el Consejo de Estado, vigente al momento de instaurar la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: reiteró los planteamientos expuestos en el recurso de apelación, particularmente el relacionado con el principio de seguridad jurídica y confianza legítima en la administración de justicia.

Parte demandada: hizo énfasis en la improcedencia de reajustar la pensión en los términos solicitados, especialmente en atención a lo establecido por el Consejo de Estado en

sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, en la cual se concluyó que para el reconocimiento de las pensiones de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se deben tener en cuenta en el IBL los factores salariales sobre los que hayan cotizado.

Ministerio Público: mediante concepto nro. 74-2020, el señor Procurador Judicial pidió confirmar la sentencia de primera instancia.

Para emitir su concepto analizó las sentencias de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 y 25 de abril de 2019, así como el Acto Legislativo 01 de 2005, con base en los cuales concluyó que, a los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 solo se les puede incluir en el IBL de su pensión, de conformidad con la Ley 33 de 1985, los factores salariales establecidos en la Ley 62 de 1985 sobre los cuales se hubieran efectuado aportes al sistema de seguridad social; lo que lo llevó a concluir que la prima de servicios devengada en el último año de servicios por el actor no podía incluirse en el IBL de la pensión, pues no constituía factor salarial de acuerdo con la última norma citada.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales en lo rituado en la segunda instancia, que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo la *litis*.

Problemas jurídicos

¿Es procedente para el caso concreto reliquidar la pensión de jubilación del señor Rodrigo Yepes Castrillón con la inclusión en el IBL de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios?

Lo probado

➤ Al señor Rodrigo Yepes Castrillón se le reconoció una pensión de jubilación a través de la Resolución nro. 5305-6 del 14 de julio de 2017, la cual fue reajustada a través de Resolución 5019-6 del 8 de junio de 2018 que aumentó el valor de la mesada a la suma de \$3.303.287, efectiva a partir del 03/04/2017. El monto de su pensión fue equivalente al 75% de un IBL conformado por los factores salariales de sueldo mensual, prima de navidad,

prima de vacaciones, bonificación mensual y sobresueldo coordinador, percibidos en el último año de servicios - 2016 y 2017- (fol. 20 C.1).

➤ En el formato único para la expedición de certificado de salarios visible a folio 22, se marcó con una "equis" la casilla que indica que el actor no está activo en el servicio. Además, se evidencia que devengó en el año 2017: prima de navidad, prima de servicios, asignación adicional coordinador 20% y asignación básica.

Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹ que reguló dos eventos:

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.
- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Pensiones: [...]

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

Para el caso concreto, aunque no se conoce la fecha de vinculación al servicio docente del demandante, se sabe que, se le reconoció una pensión de jubilación a través de la Resolución nro. 5305-6 del 14 de julio de 2017, como para reconocer esa pensión, era necesario haber prestado veinte años de servicio, se deduce que su vinculación fue anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y por ello le es aplicable en materia pensional el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

Así lo precisó igualmente el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación del 25

de abril de 2019², en la que indicó que *“El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados³, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁴”*.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso: *“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”*.

Ingreso base de liquidación pensional y factores salariales a reconocer

Como se indicó anteriormente, el literal b del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispuso que los docentes que cumplieran los requisitos de ley, tendrían derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicios. Los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación y la manera de establecerlo, debe precisarse que a la parte demandante no le es aplicable la Ley 100 de 1993 ni el régimen de transición previsto en dicha normativa en razón de la fecha de su vinculación al servicio docente y, por ende, no le es predicable la regla⁵ y primera subregla⁶

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Radicado número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-2017).

³ Cita de cita: Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

⁴ Cita de cita: “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

⁵ De conformidad con la sentencia de unificación, la regla es la siguiente: **“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”** (negrilla es del texto).

⁶ Atendiendo lo indicado en la sentencia de unificación, la primera subregla es la siguiente:

“La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”.

establecidas en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018⁷, relacionadas con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por el contrario, tal como quedó expuesto en sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, *“La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985”*.

En punto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta en la respectiva liquidación, el Consejo de Estado fijó la siguiente regla en la misma sentencia de unificación referida: *“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo”*.

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, estableció la liquidación de las pensiones de jubilación de la siguiente manera:

Artículo 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 28 de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ).

Aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes

En la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 ya citada, el Consejo de Estado precisó los efectos de la decisión con la cual se fijaron las reglas jurisprudenciales en materia de los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional obtenida bajo la Ley 33 de 1985, específicamente para el caso de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Indicó que el nuevo criterio señalado se aplicaría en forma retrospectiva, esto es, a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias, salvo aquellos en los que hubiere operado la cosa juzgada, que en virtud del principio de seguridad jurídica resultarían inmodificables.

Para resolver este caso la Sala considera que debe acudir al precedente vigente sobre la materia, dado que el presente asunto se encuentra pendiente de decisión y no ha operado cosa juzgada.

Reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante

Para el caso que convoca la atención de esta Sala, se observa que al señor Rodrigo Yepes Castrillón le reconocieron pensión de jubilación, en cuyo reajuste se incluyeron la asignación básica, la prima de navidad, la prima de vacaciones, la bonificación mensual y el sobresueldo coordinador.

En la demanda promovida, la parte actora reprocha que se hubieran omitido incluir los demás factores salariales devengados en el año de retiro del servicio.

Conforme a la regla fijada por el Consejo de Estado en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, los factores que deben tenerse en cuenta son sólo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es, únicamente los señalados expresamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, así: asignación básica mensual, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación cuando fueran factor de salario, dominicales y festivos, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En ese orden de ideas, la parte demandante no tiene derecho a la reliquidación que reclama, pues no puede tomarse como factor salarial la prima de servicios, que fue el único

factor que no se incluyó al momento de reajustar la pensión, dado que aquella no constituye base de liquidación de los aportes.

De conformidad con el Decreto 1545 de 2013, que creó la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media la prima de servicios, se estableció que aquella constituiría factor salarial desde el momento de su causación únicamente para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas: vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad.

De otro lado, debe aclarar la Sala que, pese a que en la Resolución nro. 5019-6 del 8 de junio de 2018 se tuvieron en cuenta factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985, dicho acto de reconocimiento pensional no puede modificarse en ese aspecto, pues este juez no tiene competencia ya que la demanda solo pretende la nulidad parcial por no incluir otros factores salariales.

Llegar a una conclusión diferente implicaría vulnerar el principio de congruencia externa, y como lo sostuvo el Consejo de Estado⁸ no sólo desbordar el objeto del litigio fijado sino que afectaría principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

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 demandante no le asiste derecho a que su pensión de jubilación se reliquide incluyendo la prima de servicios como factor salarial devengado en el último año de prestación de servicios, tal como lo decidió el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales en sentencia del 7 de noviembre de 2019.

Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021, aunque la sentencia de primera instancia será confirmada, no se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante, ya que la demanda fue interpuesta conforme a la

⁸ Así lo precisó en la sentencia de unificación del 29 del 25 de abril de 2019 ya citada.

jurisprudencia vigente del Consejo de Estado para dicha época y por lo tanto no se observa carencia absoluta de fundamento legal.

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

FALLA

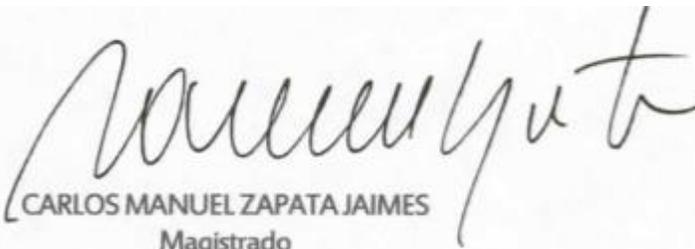
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 7 de noviembre de 2019 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor **RODRIGO YEPES CASTRILLÓN** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: NO SE CONDENA EN COSTAS por lo brevemente expuesto en la parte considerativa.

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

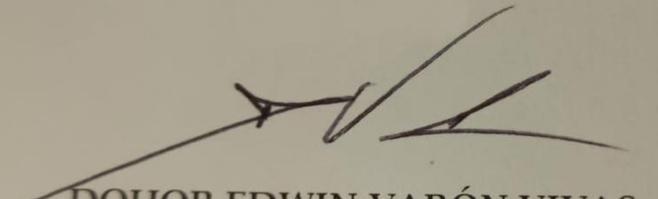
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 18 de marzo de 2021 conforme Acta n° 013 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado ausente por incapacidad



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. 051 del 24 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 PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, dieciocho (18) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO No.	17-001-23-33-000-2018-00576-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP
ACCIONADO	CÉSAR AUGUSTO FRANCO GUZMÁN
TERCERO INTERESADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Se suplica por la parte demandante que se hagan los siguientes pronunciamientos:

1. Que se declare la nulidad de las Resoluciones n° 54124 del 14 de noviembre de 2007, PAP 014490 del 21 de septiembre de 2010, UGM 47097 del 18 de mayo de 2012 y UGM 054359 del 14 de agosto de 2012, expedidas por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, por medio de las cuales se reconoció una pensión a favor del señor César Augusto Franco Guzmán.
2. Que, como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene al señor Franco Guzmán reintegrar la totalidad de las sumas canceladas en virtud del acto administrativo que le reconoció la prestación periódica, ya que no le asiste derecho a que le sea reconocida pensión de jubilación por no cumplir los requisitos exigidos; sumas que deberá ser indexada al momento del pago.
3. Declarar que al señor Guzmán Franco no le asiste derecho a la pensión por no ser beneficiario del régimen de transición.

HECHOS

- El señor Cesar Augusto Franco Guzmán prestó los siguientes tiempos de servicio:
 - Ministerio de Defensa Nacional desde el 7 de febrero 1977 al 30 de enero de 1979 como soldado en el Batallón de Infantería no. 10 Girardot.
 - Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario Inpec desde el 6 de septiembre de 1983 al 28 de febrero de 2010.

- El último lugar de prestación de servicios del señor Franco Guzmán fue el Centro Carcelario de Mujeres de Manizales, en el que laboró como Inspector.

- Mediante Resolución n.º 54124 del 14 de noviembre de 2007 la liquidada Cajanal reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación a favor del señor Cesar Augusto Franco de conformidad con lo establecido en la Ley 32 de 1986, efectuando la liquidación con el 75% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años.

- A través de las Resoluciones n.º. PAP 014490 del 21 de septiembre de 2010, UGM 47097 del 18 de mayo de 2012, y UGM 054359 del 14 de agosto de 2012 se reliquidó la pensión de jubilación del actor, incluyendo otros factores salariales que no se le habían tenido en cuenta.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Luego de transcribir varias jurisprudencias relacionadas con el régimen de transición la apoderada de la parte demandante esgrime que, a la entrada en vigencia de la Ley 100 el demandado no tenía 20 años de servicio, ni la edad para ser beneficiario de dicho régimen, por lo que es claro que no es beneficiario del régimen de transición.

Apoyándose en los artículos de la Ley 100 de 1993, de la Ley 32 de 1986; y de la Ley 797 de 2003, concluye que al demandado no le asiste derecho a que se le hubiera reconocido su pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 32 de 1986 por no ser beneficiario del régimen de transición.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

CESAR AUGUSTO FRANCO GUZMAN: se opone a todas y cada una de las pretensiones de la UGPP; como razones de defensa esgrime que es beneficiario del régimen de transición por lo que su pensión se reconoció conforme a la normativa que le era aplicable.

Señala además que conforme al Acto Legislativo 01 de 2005 a los miembros del INPEC que hubieren ingresado al servicio antes del 2003 se les aplicará para el reconocimiento de su pensión lo regulado en la Ley 32 de 1986.

COLPENSIONES: al contestar la demanda esgrime que, se opone a todas y cada una de las pretensiones de la UGPP; como razones de defensa señala que, la pensión del demandado debe ser reconocida por la UGPP tal y como se hizo, por ser esta la entidad en cabeza de quien se encuentra dicha obligación.

Como excepciones propone las que denomina “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, sustentando la misma en el hecho que, los aportes a pensión se han realizado a la UGPP por lo que es esta entidad la responsable del reconocimiento y pago de la pensión de vejez del demandado. De igual forma esgrime que al ser el actor beneficiario del régimen de transición debe darse aplicárseles las normas de la Ley 32 de 1986.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante: guardó silencio en esta etapa procesal.

Parte demandada: ratificó en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, solicitando se nieguen las pretensiones de la demanda, al estar debidamente reconocida la pensión del señor Franco Guzmán.

COLPENSIONES: se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, solicitando se declare probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva teniendo en cuenta que. la obligación de reconocer y pagar la pensión del demandado se encuentra en cabeza de la UGPP.

MINISTERIO PUBLICO: guardó silencio.

CONSIDERACIONES

No observa esta Sala irregularidades procedimentales en los ritos después de la audiencia inicial, que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí ritado, y procederá en consecuencia a tomar una decisión de fondo en el presente litigio.

Problemas jurídicos

En audiencia inicial se establecieron como problemas jurídicos:

1. ¿Qué régimen pensional le es aplicable al señor Franco Guzmán, es decir es beneficiario del régimen especial de los servidores del Inpec o es beneficiario del régimen general?
2. ¿Qué entidad debe reconocer la pensión del señor Franco Guzmán?

En caso de determinarse que no le asiste derecho al señor Franco Guzmán al reconocimiento pensional deberá resolverse:

3. ¿Se presenta decaimiento de los actos administrativos por medio de los cuales se ordena la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios?

Lo probado en el proceso

- El señor Cesar Augusto Franco Guzmán nació el 25 de enero de 1959 conforme a la fotocopia de la cédula aportada en el expediente, y que obra a folio 249 del cuaderno 1A.
- Conforme a los hechos aceptados por las partes, el señor Franco Guzmán tiene los siguientes tiempos de servicios públicos:
 - Ministerio de Defensa Nacional desde el 7 de febrero 1977 al 30 de enero de 1979 como soldado en el Batallón de Infantería no. 10 Girardot.
 - Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario Inpec desde el 6 de septiembre de 1983 al 28 de febrero de 2010.
- Que conforme al certificado allegado por Colpensiones, el señor Franco Guzmán tiene

cotizadas a esta entidad 189.57 semanas, que van desde el 02/08/1976 hasta el 29/01/1982 en entidades del orden privado, y tiene unas cotizaciones realizadas por el INPEC del 01/08/2009 al 28/02/2010 (folio 2 del cuaderno 2)

- Que conforme al certificado de historia laboral desde el 06/09/1983 hasta el 31/07/2009 las cotizaciones a pensión se le realizaron por parte del INPEC a la extinta CAJANAL hoy UGPP, y del 01/08/2009 al 28/02/2010 al ISS (folio 320, C.1A)
- Que mediante las Resoluciones n° 54124 del 14 de noviembre de 2007, PAP 014490 del 21 de septiembre de 2010, UGM 47097 del 18 de mayo de 2012 y UGM 054359 del 14 de agosto de 2012, expedidas por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, se reconoció una pensión a favor del señor César Augusto Franco Guzmán al ser beneficiario del régimen de transición (folios 159 a 162 cuaderno 1, folios 255 a 259 del cuaderno 1A)
- Que mediante Resolución n° 1579 del 16 de febrero de 2010 el señor Franco Guzmán fue retirado del servicio a partir del 28 de febrero de 2010 (Fol. 258 Cuaderno 1A)

Primer problema jurídico

¿Qué régimen pensional le es aplicable al señor Franco Guzmán, es decir es beneficiario del régimen especial de los servidores del INPEC o es beneficiario del régimen general?

Régimen pensional aplicable

La Ley 100 de 1993 por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones, en el artículo 11, modificado por el artículo 1º de la Ley 797 de 2003, determina su campo de aplicación con el siguiente tenor literal:

“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 (...)”.

De conformidad con el artículo 2º del Decreto 691 de 29 de marzo de 1994, el Sistema General de Pensiones previsto por la Ley 100 de 1993 entró a regir el 1º de abril de 1994 para los servidores públicos del orden nacional señalados en el artículo 1º de ese decreto.

Por su parte, el artículo 36 *ibidem*, previó un régimen general de transición en materia pensional, así:

“Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley. (...)”. Negrillas y subrayas fuera del texto.

Siguiendo la normativa en cita, y según el acervo probatorio, el señor Franco Guzmán a 1º de abril de 1994, fecha máxima de entrada en vigencia de la Ley 100/93, contaba con 35 años, teniendo en cuenta que según su cédula de ciudadanía nació el 25 de enero de 1959 (folio 249, C.1), pero contaba con 17 años de servicios, teniendo cuenta el certificado aportado por Colpensiones y los hechos aceptados por las partes, por el cual es evidente que está cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

De otro lado el Acto legislativo 01 de 2005 en su parágrafo 5 estipuló:

"Parágrafo transitorio 5o. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su

labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes"

Así las cosas, se tiene que el demandante al cumplir con el presupuesto del mencionado régimen de transición, y al estar en la situación descrita en el parágrafo 5 del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es haber ingresado al INPEC antes del 2003, se hace beneficiario del mismo; por tanto, le son aplicables las disposiciones que hasta entonces gobernaron el régimen pensional con las correspondientes condiciones relativas a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, luego, el régimen pensional previsto para los funcionarios del INPEC se encuentra regulado en la Ley 32 de 1986, por el cual se adopta "ESTATUTO ORGÁNICO DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA", normativa que consagró en su artículo 96:

"Pensión de jubilación. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta su edad". (Subraya la Sala).

Por su parte el artículo 114 *ibídem* dispuso como normas subsidiarias que:

"En los aspectos no previstos en esta Ley o en sus decretos reglamentarios, a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, se les aplicarán las normas vigentes para los empleados públicos nacionales" (También subraya la Corporación).

Posteriormente se expidió la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario), que otorgó con su artículo 172 facultades extraordinarias al presidente de la República, así:

"De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese de precisas facultades extraordinarias al presidente de la República, por el término de seis (6) meses contados a partir de la fecha de la promulgación del presente Código, para dictar normas con fuerza de ley sobre las siguientes materias:

[...]

"6. Régimen salarial, prestacional y pensional, **que no podrá desmejorar los derechos y garantías vigentes de los actuales servidores...**" /Se resalta por la Sala/

De otro lado, se expidió el Decreto 407 de 1994, que estableció el “Régimen de Personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario”, el cual en su artículo 168 confirma el régimen especial de la pensión de jubilación según lo dispuesto en el artículo 96 de la ley 32 de 1986:

“Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que a la fecha de la vigencia del presente decreto se encuentren prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986. El tiempo de servicio prestado en la fuerza pública se tendrá en cuenta para estos efectos (...)

PARÁGRAFO 1º. Las personas que ingresen a partir de la vigencia de este decreto, al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho a una pensión de vejez en los términos que establezca el Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993 para las actividades de alto riesgo (...)”

El mencionado Decreto entró en vigencia el 21 de febrero de 1994, fecha para cual el actor se encontraba vinculado al INPEC, y el mismo tuvo vigencia hasta la expedición del Decreto 2090 de 2003.

En este orden de ideas, las pruebas arrimadas al cartulario permiten colegir que, para la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, no le era aplicable el mismo al demandante, pues se estarían desconociendo derechos que ya había adquirido por las disposiciones del artículo 168 del Decreto 407/94.

Sobre los regímenes especiales, el H. Consejo de Estado¹ ha expuesto que,

“Los empleados del cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, de conformidad con lo preceptuado por el Artículo 1 de la Ley 33 de 1985, están exceptuados del régimen pensional general de que trata dicha Ley por gozar de un régimen especial consagrado en la Ley 32 de 1986 y en el Decreto 407 de 1994”

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda; M.P. Dr. Jaime Moreno García, sentencia de 10 de agosto de 2006, Rad. 25000-23-25-000-2002-12679-01(2556-04).

Asimismo, en otra oportunidad, el mismo Supremo Tribunal razonó sobre la materia en análisis que²,

“(…) MIEMBROS DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA PENITENCIARIA INPEC - Régimen de transición. Régimen pensional

El artículo 168 del Decreto 407 de 1994, derogado por el artículo 11 del Decreto 2090 de 2003, estableció que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional que, a la fecha de su entrada en vigencia, esto es, el 21 de febrero de 1994 se encontraran prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, tendrían derecho a gozar de una pensión de jubilación en los términos previstos en la Ley 32 de 1986. En efecto, el artículo 96 de la citada Ley 32 de 1986, disponía los requisitos necesarios para reconocer la pensión de jubilación a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC. Así se lee en la referida norma: (...). No obstante, lo anterior, el 1 de abril de 1994 entró a regir el Sistema de Seguridad Social en pensiones para el nivel nacional, creado por la Ley 100 de 1993 el cual dispuso la aplicación general de sus disposiciones (artículo 11) y no incluyó al INPEC dentro de los exceptuados de las mismas (artículo 279). Sin embargo, la citada Ley 100 de 1993 al establecer el régimen transición, previsto en su artículo 36, permitió que la situación particular de los empleados que se encontraban, en ese momento, próximos a adquirir su estatus pensional, se siguiera rigiendo, en cuanto a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, por las disposiciones normativas existentes con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo régimen general de pensiones. (...) Sobre este particular, debe decirse que la disposición en materia pensional vigente antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, para los empleados oficiales del orden nacional era la Ley 33 de 1985 la cual, si bien es cierto en su artículo 1 fijó los requisitos de tiempo y edad necesarios para el reconocimiento de una pensión de jubilación no lo es menos, que excluyó de esta regla a los empleados oficiales que disfrutaban de un régimen especial de pensiones, como es el caso de los integrantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional del INPEC. (...) Bajo estos supuestos, para que a un empleado del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le fuera reconocida una pensión de jubilación con aplicación del régimen especial previsto en los artículos 96 de la Ley 32 de 1986 y 168 del Decreto 407 de 1994 debía acreditar una de las condiciones descritas en el artículo 36 de la citada Ley 100 de 1993, estas son, edad o tiempo de servicio (...).”

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION “B” Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE Bogotá, D.C., doce (12) de abril de dos mil once (2011) Radicación número: 11001-03-15-000-2011-00286-00(AC)

En consideración a lo esbozado, no queda asomo de duda alguna frente al régimen aplicable al demandante y las prerrogativas de las cuales es beneficiario.

Segundo problema jurídico

¿Qué entidad debe reconocer la pensión del señor Franco Guzmán?

Respecto de la competencia para el reconocimiento pensional de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en decisión del 08 de junio de 2016³ expuso:

4.3. Los derechos pensionales de los servidores públicos con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y las competencias para su reconocimiento

a) El régimen de transición

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, inciso segundo, dispuso:

“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.”

La norma transcrita fue reglamentada por los Decretos 813 de 1994 y 2527 de 2000, para identificar las condiciones particulares de los servidores públicos en relación con las competencias para los reconocimientos pensionales a cargo de las cajas, fondos o entidades públicas de previsión social, mientras existieran, así como las hipótesis en las cuales tales competencias se trasladarían al ISS.

b) El Decreto 813 de 1994⁴

Respecto de los servidores públicos, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 fue reglamentado en el artículo 6° del Decreto 813 de 1994, así:

“Artículo 6°. Transición de las pensiones de vejez o jubilación de servidores públicos. Tratándose de servidores públicos afiliados a cajas, fondos o entidades de previsión social, para efectos de la aplicación del régimen de

³ C.E; SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL; C.P: GERMAN ALBERTO BULA ESCOBAR; Bogotá, D. C., ocho (8) de junio de dos mil dieciséis (2016); Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00008-00(C)

⁴ Decreto 813 de 1994 (Abril 21) “Por el cual se reglamenta el artículo 36 de la ley 100 de 1993.”

transición previsto en el artículo primero del presente Decreto, se seguirán las siguientes reglas.

a) Cuando a 1 de abril de 1994 el servidor público hubiese prestado 15 más años continuos o discontinuos de servicio al Estado, cualquiera sea su edad, o cuente con 35 años o más de edad si es mujer o 40 años o más de edad si es hombre, tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación o vejez a cargo de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encuentre afiliado, cuando cumpla con los requisitos establecidos en las disposiciones del régimen que se le venía aplicando.

Corresponderá al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de los servidores públicos, conforme a las disposiciones del régimen que se venía aplicando, en los siguientes casos:

i) Cuando el servidor público se traslade voluntariamente al Instituto de Seguros Sociales

ii) Cuando se ordene la liquidación de la caja, fondo o entidad a la cual se encontraba afiliado el funcionario público.

iii) Cuando los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición no se encontraban afiliados a ninguna caja, fondo o entidad de previsión del sector público, con anterioridad al 1 de abril de 1994, seleccionen el régimen de Prima Media con Prestación Definida.

b) Los servidores públicos que se vinculen al Instituto de Seguros Sociales voluntariamente o por liquidación de la caja, fondo o entidad de previsión a la cual se encontraba afiliado, tendrán derecho al reconocimiento de bono pensional, calculado en la forma como lo determine el gobierno nacional”.

Entonces, en los términos del Decreto 813, los servidores públicos destinatarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se pensionarían con la caja, fondo o entidad de previsión a la que estuvieran afiliados cuando cumplieran los requisitos del régimen que les fuera aplicable.

Pero el ISS asumiría el reconocimiento de la pensión si al reunir los requisitos para causar el derecho se diera alguna de tres hipótesis: (i) afiliación voluntaria con el ISS; (ii) liquidación de la caja, fondo o entidad de previsión que originalmente correspondía, (iii) afiliación al régimen de prima media con prestación definida sin haber estado afiliado a ninguna caja, fondo o entidad de previsión del sector público antes del 1º de abril de 1994.

c) El Decreto 2527 de 2000⁵

El Decreto 2527 de 2000 reglamentó los artículos 36 y 52 de la Ley 100 para establecer los casos, taxativos, en los que las cajas, fondos o entidades públicas de previsión social, mientras subsistieran, continuarían reconociendo las pensiones de los servidores públicos.

⁵ Decreto 2527 de 2000 (diciembre 4) “Por medio del cual se reglamentan los artículos 36 y 52 de la Ley 100 de 1993, parcialmente el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 y se dictan otras disposiciones”.

Dijo el artículo 1° del Decreto 2527:

"Artículo 1°. Reconocimiento a cargo de las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones. Las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones, continuarán reconociéndolas o pagándolas mientras subsistan dichas entidades respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, exclusivamente en los siguientes casos (subrayas de la Sala):

1. Cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades del orden nacional hubieren cumplido a 1° de abril de 1994, los requisitos para obtener el derecho a la pensión y no se les haya reconocido, aunque a la fecha de solicitud de dicha pensión estén afiliados a otra administradora del régimen de prima media.

2. Cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades del orden territorial hubieren cumplido los requisitos para obtener el derecho a la pensión a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones en la entidad territorial del domicilio de la caja, fondo o entidad pública y la pensión no se les haya reconocido, aunque a la fecha de solicitud de dicha pensión estén afiliados a otra administradora del régimen de prima media.

3. Cuando los empleados públicos y trabajadores oficiales que a la fecha de entrada en vigencia del sistema, a nivel nacional o territorial según el caso, hubieren cumplido veinte años de servicio o contaren con las cotizaciones requeridas en la misma entidad, caja o fondo público, aunque a la fecha de solicitud de la pensión estén o no afiliados al sistema general de pensiones. También podrán hacerlo respecto de sus afiliados y en los mismos casos, las entidades a las cuales corresponda el reconocimiento de pensiones antes de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones.

En estos casos no se aplicará el literal c) del artículo 36 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 15 del Decreto 1513 de 1998."⁶

Como la Ley 100 de 1993 previó la supresión de las cajas, fondos y entidades de previsión social del sector público en armonía con el mandato de conservar al ISS como único administrador del régimen de prima media, las hipótesis de que trata el decreto reglamentario 2527 están condicionadas a que dichas entidades de previsión existan. En caso de ser suprimidas, el ISS asumiría el reconocimiento pensional.

d) El Decreto 2196 de 2009

La supresión y consiguiente liquidación de CAJANAL fueron ordenadas en el artículo 1° del Decreto 2196 de 2009:

⁶ Decreto 1748 de 1995 (Octubre 12) "Por el cual se dictan normas para la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales y se reglamentan los Decretos leyes 656, 1299 y 1314 de 1994, y los artículos 115, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993." // Decreto 1513 de 1998 (agosto 4) "Por el cual se modifican y/o adicionan algunos artículos de los Decretos Reglamentarios 1748 de 1995 y 1474 de 1997 y se dictan otras disposiciones."

Artículo 1o. SUPRESIÓN Y LIQUIDACIÓN. Suprímase la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, creada por la Ley 6ª de 1945 y transformada en empresa industrial y comercial del Estado, descentralizada de la rama ejecutiva del orden nacional, mediante la Ley 490 de 1998, vinculada al Ministerio de la Protección Social. Para todos los efectos utilizará la denominación "Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación".

En consecuencia, a partir de la vigencia del presente decreto, dicha entidad entrará en proceso de liquidación...".

El artículo 4º del Decreto 2196 en cita ordenó trasladar los afiliados de CAJANAL al ISS dentro del mes siguiente a la entrada en vigencia del mismo decreto, plazo que venció el 12 de julio de 2009.⁷

El artículo 3º, inciso segundo, del mismo Decreto 2196 dispuso:

"Artículo 3º. (...)

En todo caso, la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE en Liquidación adelantará, prioritariamente, las acciones que permitan garantizar el trámite y reconocimiento de obligaciones pensionales y demás actividades afines con dichos trámites, respecto de aquellos afiliados que hubieren cumplido con los requisitos de edad y tiempo de servicio para obtener la pensión de jubilación o de vejez a la fecha en que se haga efectivo el traslado a que se refiere el artículo 4º del presente Decreto, de acuerdo con las normas que rigen la materia. Igualmente, CAJANAL EICE en Liquidación continuará con la administración de la nómina de pensionados, hasta cuando estas funciones sean asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP, creada por la Ley 1151 de 2007. (Subraya la Sala).

Para tales efectos atenderá las solicitudes y peticiones que se le presenten y celebrará los contratos de administración u operación que sean necesarios."

Es decir, que las pensiones de los afiliados de CAJANAL que se hubieran causado antes del 12 de julio de 2009, continuaba a cargo del proceso liquidatorio hasta tanto la UGPP las asumiera.

Más adelante, cuando se inició el alistamiento de la UGPP para iniciar actividades, el Decreto 4269 de 2011, reglamentario del Decreto Ley 254 de 2000 modificado por la Ley 1105 de 2006⁸, distribuyó las competencias para la atención y reconocimiento de derechos pensionales entre CAJANAL EICE en liquidación y la UGPP, así:

Artículo 1º. Distribución de competencias. La ejecución de los procesos misionales de carácter pensional y demás actividades afines que se indican

⁷ El Decreto 2196 de 2009 entró a regir a partir de la fecha de su publicación (artículo 28), publicación que se surtió el 12 de junio de 2009, Diario Oficial No. 47.378.

⁸ Decreto 254 de 2000 (febrero 21) "Por el cual se expide el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional." // Ley 1105 de 2006 (diciembre 13) "Por medio de la cual se modifica el Decreto-ley 254 de 2000, sobre procedimiento de liquidación de entidades públicas de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional y se dictan otras disposiciones."

a continuación, será ejercida por la Caja Nacional de Previsión Social — CAJANAL EICE en Liquidación y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social — UGPP, en los siguientes términos:

1. Atención de solicitudes relacionadas con el reconocimiento de derechos pensionales y prestaciones económicas

Estarán a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social — UGPP, las solicitudes de reconocimientos de derechos pensionales y prestaciones económicas, radicadas a partir del 8 de noviembre de 2011.

A cargo de la Caja Nacional de Previsión Social — CAJANAL EICE en Liquidación estarán las solicitudes de reconocimiento de derechos pensionales y prestaciones económicas, radicadas con anterioridad al 8 de noviembre de 2011.

Conforme a lo anterior, se permite la Sala extraer las siguientes conclusiones en relación con la distribución de las competencias que actualmente tienen asignadas la UGPP y Colpensiones para reconocer y pagar pensiones en el régimen solidario de prima media con prestación definida:

- a. Compete a la UGPP el reconocimiento de las pensiones de aquellas personas que antes del 12 de junio de 2009⁹ adquirieron el derecho a pensión, es decir, cumplieron los requisitos de edad y número de semanas cotizadas o tiempo de servicios exigidos, siempre y cuando estuvieran afiliadas para entonces a Cajanal EICE.
- b. Compete también a la UGPP el reconocimiento de las pensiones de aquellas personas que, estando afiliadas a Cajanal o a otras cajas, fondos o entidades públicas autorizadas por el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 para administrar pensiones en el régimen de prima media, cumplieron el requisito de tiempo de servicios (o número de semanas cotizadas) exigido por la ley, y se retiraron o desafiliaron del régimen de prima media con prestación definida antes de la cesación de actividades de la respectiva caja, fondo o entidad, para esperar el cumplimiento de la edad.
- c. En los demás casos, el reconocimiento y pago de las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida compete a Colpensiones, como administradora principal de dicho régimen en la actualidad, entidad que reemplazó en sus funciones al Instituto de Seguros Sociales, luego de su liquidación.

⁹ Fecha en la cual se realizó el traslado masivo de afiliados de Cajanal en Liquidación al ISS, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009.

Ahora bien, refiriéndonos al caso concreto tenemos que el señor Franco Guzmán estuvo afiliado a la extinta CAJANAL del 06/09/1983 hasta el 31/07/2009, pasando el 01/08/2009 a cotizar al ISS, todo ello estando vinculado al INPEC (Fol. 320 Cuaderno 1A)

De otro lado, y conforme a la historia laboral del señor Franco Guzmán, este cumplió los 20 años de servicios en el INPEC el 06/09/2003 (Fol. 320, C.1A), y cumplió 50 años el 25 de enero de 2009.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta su edad, encuentra esta Sala que el actor consolidó su derecho a la pensión de vejez el 06/09/2003.

Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta las reglas establecidas por el Consejo de Estado en materia de reconocimiento pensional de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición, el competente para reconocer la pensión del señor Franco Guzmán es la UGPP, toda vez que Compete a la UGPP el reconocimiento de las pensiones de aquellas personas que antes del 12 de junio de 2009 adquirieron el derecho a pensión, es decir, cumplieron los requisitos de edad y número de semanas cotizadas o tiempo de servicios exigidos, siempre y cuando estuvieran afiliadas para entonces a Cajanal EICE, condiciones que sin lugar a dudas cumple el demandado.

Debe en este punto señalar la Sala que, al actor le fue reconocida su pensión mediante la Resolución 54124 del 14 de noviembre de 2007 por parte de la extinta CAJANAL, la cual se encontraba condicionada al retiro definitivo del cargo, que efectivamente se dio a partir del 28 de febrero de 2010 según Resolución n° 1579 del 16 de febrero de 2010 (Fol. 258 Cuaderno 1A)

Finalmente, conforme a lo señalado anteriormente, no se ve necesario resolver el tercer problema jurídico planteado.

Conclusiones

Conforme a lo expuesto, encuentra esta Sala que al actor le asiste el derecho a que se le reconozca la pensión de vejez conforme al régimen especial del INPEC siendo el

competente para reconocer y pagar esta prestación la UGPP, por lo que habrá de negarse las pretensiones de la parte actora.

Costas

Respecto de la condena en costas el artículo 188 del CPACA adicionado por la Ley 2080 de 2021, dispuso:

ARTÍCULO 188. *Condena en costas.* Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.

En este orden de ideas, una vez revisado el expediente, se advierte que no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen la condena en costas en esta instancia, motivo por el cual, la Sala no condenará en costas en esta instancia.

Es por lo expuesto que **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

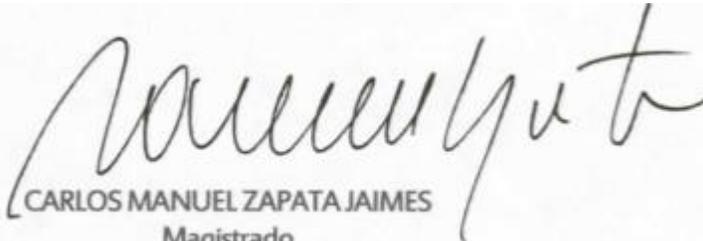
PRIMERO: NEGAR las pretensiones incoadas por la **LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, dentro de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuso contra **CESAR AUGUSTO FRANCO GUZMÁN**.

SEGUNDO: SIN COSTAS por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

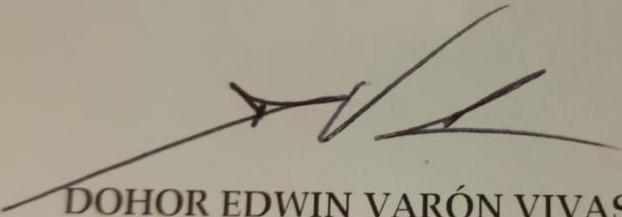
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Sentencia proferida en Sala de Decisión Virtual realizada el 18 de marzo de 2021 conforme Acta n° 013 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado ausente por incapacidad



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 051 del 24 de marzo de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE CONJUECES**

Tomás Felipe Mora Gómez
Conjuez Ponente

Manizales, veintitrés (23) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a emitir la sentencia de primera instancia, después de haber superado con éxito las etapas previas para emitir decisión de fondo en este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** en el que es demandante el señor **JOSE RICARDO ROMERO CAMARGO** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, con ponencia del **Dr. TOMAS FELIPE MORA GOMEZ**, y con la participación de los Conjueces Revisores **Dr. JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ** y **Dr. RODRIGO GIRALDO QUINTERO**.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

Se tiene que en el presente proceso se surtieron con éxito las siguientes etapas procesales:

Presentación de la demanda el 16 de marzo de 2017, declaración de impedimento de la Sala Plena de este Tribunal el 4 de abril de 2017, auto acepta impedimento del Consejo de Estado el 4 de septiembre de 2017 y sorteo de Conjueces el 2 de febrero de 2018 (fls. 1-47), admisión de la demanda el 14 de febrero de 2018 y notificación electrónica de la demanda el 22 de febrero de 2018 (fl. 48-57), declaración de impedimento del Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales y su aceptación de 19 de junio de 2018 (fl. 63-69), traslado de excepciones n° 085 de 11 de octubre de 2018 (fl. 70-71), auto fija fecha audiencia inicial de 8 de marzo de 2019, acta de audiencia inicial, notificación de la demanda a la Nación-DEAJ-Rama Judicial-Seccional Quindío (fl. 72-83), traslado de excepciones n° 060 de 29 de agosto de 2019 (fl. 95-96), auto fija audiencia inicial, acta de audiencia inicial por animo conciliatorio (97-107), constancia de suspensión de los términos por cuenta de la Emergencia Económica, Social y Ecológica a través del *decreto 417 de 17 de marzo de 2020* declarada por el Gobierno Nacional, por la amenaza del COVID-19 en concordancia con los *Acuerdos PCSJA2011517 de 15 de marzo de 2020*, *PCSJA2011521 de 19 de marzo de 2020*, *PCSJA2011526 de 22 de marzo de 2020* y *PCSJA2011532 de 11 de abril de 2020*, auto fija fecha reanudación de audiencia inicial con alegaciones y su acta

de 26 de octubre de 2020, constancia de pasa a despacho para proferir sentencia de 2 de febrero de 2021.

3. PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES

3.1. Demandante.

3.1.1. En la demanda:

Constancia laboral de tiempos de servicio emitida por el área de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial seccional Armenia de 8 de abril de 2016 (fl. 10 y vto), Constancia laboral de tiempos de servicio y emolumentos n° 446 emitida por el área de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial seccional Manizales de 7 de abril de 2016 (fl. 11-19), derecho de petición a la Nación-DEAJ-Rama Judicial nivel central (fl. 20-23), cuadro contable de los sueldos recibidos por el demandante en el cargo de Magistrado de Tribunal y las diferencias adeudadas (fl. 24-27), resolución n° 130 de 16 de marzo de 2017 “*Por medio de la cual se admite y se declara fallida una conciliación*” (fl. 28-29).

- **Pruebas decretadas y negadas.**

En audiencia inicial continuada el 26 de octubre de 2020, se incorporaron todas las pruebas aportadas por las partes en la demanda y sus respuestas y al no existir solicitud especial de pruebas por ninguna de las partes, se dio por precluida la oportunidad probatoria.

4. ASUNTO

Actuando a través de apodera judicial, el demandante **JOSE RICARDO ROMERO CAMARGO** instauró demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** contra la **NACION – RAMA JUDICIAL – DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL**, para solicitar el reconocimiento y pago de la incidencia adeudada entre la bonificación por compensación regulada por el Decreto 610 de 1998 equivalente al 80% de lo que por todo concepto devenga un Magistrado de Alta Corte y la prima especial regulada por el artículo 15 de la Ley 4ª de 1992, para Magistrados de Alta Corte y equivalente al 100% de lo que por todo concepto devengan los miembros del Congreso de la Republica.

5. DECLARACIONES Y CONDENAS

Fueron definidas en la fijación del litigio, realizado en la pasada diligencia inicial, iniciada el 15 de noviembre de 2019, así;

6.1 Declaraciones.

- **Declarar** la nulidad *acto administrativo ficto presunto negativo*.
- **Condenar** a la demandada a reintegrar y pagar al demandante las salariales adeudadas por concepto de prima especial se servicios regulada por el artículo 15 de la Ley 4 de 1992 en concordancia con el artículo 1° del decreto 10 de 1993, por el periodo comprendido entre el 24 de mayo de 2006 y en adelante, mientras ocupe el cargo de Magistrado de Tribunal, sumas que deben liquidarse, tomando todos los ingresos laborales totales anuales de carácter permanente, incluidas las cesantías, devengados por los Magistrados de Alta Corte, equivalente al 100% de lo que por todo concepto devenga un Senador de la Republica.
- **Ordenar** a la demandada que los pagos que haga, al demandante, sean debidamente indexados.
- **Ordenar** a la demandada que el pago de la sentencia se ajuste a los postulados descritos en el artículo 195 del CPACA.

6. HECHOS

El doctor **JOSE RICARDO ROMERO CAMARGO** labora al servicio de la Rama Judicial en el cargo de Magistrado de Tribunal, desde el 24 de mayo de 2006 y al momento de la presentación de esta demanda, aun ocupada dicho cargo.

7. RECLAMACION ADMINISTRATIVA

El demandante solicitó ante la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL-NIVEL CENTRAL** el reconocimiento y pago de la incidencia adeudada entre la bonificación por compensación regulada por el Decreto 610 de 1998 equivalente al 80% de lo que por todo concepto devenga un Magistrado de Alta Corte y la prima especial regulada por el artículo 15 de la Ley 4ª de 1992, para Magistrados de Alta Corte y equivalente al 100% de lo que por todo concepto devengan los miembros del Congreso de la Republica. La entidad demandada no resolvió su petición, lo que configuro el *acto administrativo ficto presunto negativo* y dio por terminada la reclamación administrativa.

8. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

8.2. Normas Constitucionales vulneradas: artículos 1, 2, 13, 53 , 58 y 150.

8.3. Normas de carácter nacional vulneradas: artículo 15 de la Ley 4ª de 1992, artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, artículos 1 y 2 del Decreto 10 de 1993, artículos 1, 2 y 3 del Decreto 610 de 1998 y los artículos 10, 102, 189 y 269 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA).

8.4. Normas de carácter internacional vulneradas: Bloque de constitucionalidad artículo 53 de la Carta Política, artículo 01 del acto legislativo de 1999 y los convenios de la OIT firmados por Colombia.

Colombia es un Estado Social de derecho a la luz del artículo 1° de la Constitución Nacional, y sus fines esenciales, conforme el artículo 2 ibidem, son entre otros el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y la razón de ser de las autoridades de la republica radica en la protección de todas las personas residentes en este país y la vigilancia por el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, en armonía con las finalidades del estado social de derecho enmarcado en la videncia de un orden social justo.

A su turno, la prima especial de servicios de que trata la Ley 4ª de 1992 en su artículo 15 es un derecho real y cierto que se adquiere cuando el Gobierno Nacional, lo regula a través del Decreto 610 de 1998, con lo que buscó acercar la brecha entre los salarios percibidos por los Magistrados de Tribunal respecto de los que devengaban los Magistrados de Alta Corte como superior jerárquico de estos, sin embargo, hubo una errada interpretación del Estado frente a la aplicación de esta norma a los beneficiarios de ella.

Lo anterior significa que por disposición del Decreto 610 de 1998, los Magistrados de Tribunal tienen derecho a devengar el 80% de lo que, por todo concepto, devengan los Magistrados de Alta Corte, a partir del año 2001 sin hacer exclusión de ningún factor salarial como mal lo interpreta la demandada. Esta nivelación afecta a toda la erogación dineraria que por concepto de salario devengan los Magistrados de Tribunal, lo que significa que la demandante adquirió este derecho por cuenta de su nombramiento y posesión en el cargo de Magistrada de Tribunal y a partir del año 2001.

A su vez, dice el artículo 15 de la Ley 4ª de 1992 y para los funcionarios allí mencionados, que tienen derecho a devengar el 100% de lo que por todo concepto devengan los miembros del congreso y el artículo 16 ibídem estipula que los Magistrados de Alta Cortes, tendrán la misma asignación laboral.

9. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y DE SU REFORMA.

9.1. Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial- Seccional Manizales.

Manifestó que el origen de la remuneración de un Magistrado de Alta Corte es el 100% frente a lo que devenga un Senador de la Republica y es derecho de los Magistrados de Tribunal devengar lo correspondiente al 80% de lo que por todo concepto devenga su superior. Esta diferencia se denomina bonificación por compensación, en virtud del Decreto 610 de 1998 la cual se hace el cálculo primero anual y luego se divide en 12 (número de meses del año) y se paga mes a mes.

Agregó que el procedimiento asumido por la demandada y de lo que a la bonificación por compensación se trata, ha sido conforme a la ley, ahora tener en cuenta el pago de emolumentos agregados a este 80% sería una afrenta contra el

principio que predica que *el inferior no puede devengar más que su superior*, y de acuerdo con lo que predica el artículo 15 de la Ley 4ª de 1992, esta es un beneficio únicamente para Magistrados de Alta Corte y la demandante es Magistrada de Tribunal, lo que significa que si la doctora López Bedoya no es destinataria de este beneficio, mal haría la demandada reconocerlo como propio y pagárselo.

Conforme lo anterior solicitó se nieguen las pretensiones, de la demanda.

9.2. La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial-Seccional Armenia.

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda y solicito sean negadas. Sustentó su petición en que la reliquidación y pago que pretende el demandante es contrario a la Ley, toda vez que a la luz de los artículos 6 y 15 de la Ley 4 de 1992, (i) será igual a la diferencia entre los ingresos laborales totales anuales recibidos por los miembros del Congreso y los que devengan los funcionarios que tienen derecho a ella; (ii). Que se entiende que los ingresos laborales anuales percibidos por los miembros del Congreso son los de carácter permanente, incluyendo la prima de navidad y (iii). Que la prima se pagará mensualmente y no tiene carácter salarial.

10. TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES.

El día 11 de agosto de 2018, se surtió traslado a las excepciones *i)*. Ausencia de causa petendi, *ii)*. Cobro de lo no debido y, *iii)* Prescripción trienal, propuestas por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Seccional Manizales; y frente a las excepciones formuladas por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Seccional Armenia se corrió traslado el 29 de agosto de 2019 respecto de *iv)*. Cobro de lo no debido, *v)*. Integración de la Litis consorcio necesaria, *vi)* innominada y *vii)*. Prescripción trienal laboral.

11. AUDIENCIA INICIAL

Iniciada el 8 de marzo de 2019, se suspendió pues se ordenó la notificación de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial Seccional Armenia, solo se surtieron los numerales 1 a 5 del artículo 180 del CPACA. Se reanudo el 15 de noviembre de 2019, se evacuaron los numerales 1 a 8 del mencionado artículo, y se suspendió a petición de las partes, por existir animo conciliatorio. Finalmente, superados los traumatismos relacionados con la emergencia nacional de salud y económica, generada por el Covid-19, el 26 de octubre de 2020, se reanudo la diligencia inicial, en la etapa de conciliación, sin ser posible un acuerdo entre las partes, por lo que se dio paso al decreto de pruebas, en el cual solo se ordenó la incorporación de las pruebas aportadas por las partes en la demanda y sus respuestas, al no existir peticiones especiales de pruebas por ninguno, se dio por terminada la oportunidad probatoria y se corrió el traslado para presentar alegatos de conclusión, por escrito.

12. ALEGACIONES FINALES

Solo la parte demandante alegó de conclusión, en esta ocasión reafirmó la tesis planteada en el escrito de su demanda y sin agregar nada nuevo.

13. PRUEBA PARA MEJOR PROVEER

Estando el proceso a Despacho para sentencia, en ejercicio de análisis correspondiente al proceso, para tomar una decisión el Despacho encontró un vacío imposible de superar, por lo que es precisó decretar prueba de oficio para mejor proveer, en aras de requerir a la parte demandante y/o demandada, con el fin de que informen la fecha exacta, en que se interpuso o en que se hizo el envío por correo certificado del derecho de petición que inicio la reclamación administrativa.

En consecuencia y a través del auto de sustanciación n° 022 de 11 de marzo de 2021, se decretó esta prueba.

14. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a la cuantía de la demanda y al factor territorial y a esta Sala de Conjuces, atendiendo la orden emitida por el Consejo de Estado en auto de 14 de septiembre de 2017 (fl. 36-37) que aceptará el impedimento presentado por la totalidad de los Magistrados que integran esta Corporación y a este Conjuce por sorteo de conjuces realizado el pasado 2 de febrero de 2018 (fl. 42-47).

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

Se surtió en la diligencia de audiencia inicial, iniciada el 26 de octubre de 2020, en la cual se hizo un recuento de todas las etapas procesales surtidas hasta esa ocasión, sin encontrar vicio de ninguna índole que anule la actuación y tampoco fue propuesto en su momento por las partes en conflicto.

c. PROBLEMA JURÍDICO:

1). ¿Si corresponde declarar la nulidad de los actos administrativos demandados?

2). ¿Tiene derecho el demandante al reconocimiento y pago de las diferencias salariales causadas entre el sueldo que ha venido devengando y el sueldo al que realmente tiene derecho, conforme a la diferencia entre la bonificación por compensación equivalente al 80% de lo que por todo concepto devenga su superior y la prima especial de servicios regulada por el artículo 15 de la Ley 4 de 1992, para Magistrados de Alta Corte equivalente al 100% del salario devengado por los miembros del Congreso, por el periodo reclamado?

Y en consecuencia;

3). *¿Tiene derecho el demandante a la reliquidación de todas sus prestaciones sociales, incluyendo la diferencia salarial solicitada y por el periodo reclamado?*

4). *¿Opera el fenómeno de la prescripción trienal laboral, en el presente asunto?*

d. ANALISIS

Antes de iniciar con el estudio del presente caso, fuerza decir que la Sala acoge en su integridad lo dispuesto en la *Sentencia de Unificación de 18 de mayo de 2016, C.P. Jorge Iván Acuña Arrieta, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda del Consejo de Estado*, en cumplimiento con lo dispuesto en los artículos 102, 269, 271 del CPACA, los cuales infieren el efecto de obligatorio cumplimiento que tienen las sentencias de unificación.

13.1. BINIFICACION POR COMPENSACIÓN

La Ley 63 de 1988 “*por la cual se fija la remuneración mínima mensual de los magistrados de los tribunales y otros funcionarios*”, dispuso reconocer a los Magistrados de Tribunal, un trato remuneratorio que no fuera inferior al otorgado a los Magistrados Auxiliares de Alta Corte por la Ley 10 de 1987. Es así, como el artículo 1 de la Ley 63 consagró que: “*la remuneración mínima mensual de los Magistrados de los Tribunales Superiores, Contencioso Administrativo de Aduana y Fiscales*” no sería “*inferior a la señalada en el artículo 1° de la Ley 10 de 1987 para los Magistrados Auxiliares de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado*”.

Entrada en vigencia la Constitución Política de 1991, el Congreso de la República expidió la Ley 4° de 1992, mediante la cual señaló “*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*” que en desarrollo de las normas generales, se expidió el Decreto 610 del 30 de marzo de 1998, “*por el cual se establece una bonificación por compensación de los Magistrados de Tribunal y otros funcionarios*”. En su artículo 1°, creó entonces “*una Bonificación por Compensación, con carácter permanente, que sumada a la prima especial de servicios y a los demás ingresos laborales actuales iguale al sesenta por ciento (60%) de los ingresos laborales que por todo concepto perciben los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura*”.

La mencionada bonificación fue creada a favor de: (i) *los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Contencioso Administrativo, Nacional y Superior Militar; (ii) de los Magistrados Auxiliares de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado; (iii) de los Abogados Auxiliares del Consejo de Estado; (iv) de los Fiscales y Jefes de Unidad ante el Tribunal Nacional;*

(v) de los Fiscales del Tribunal Superior Militar, (vi) de los Fiscales ante el Tribunal de Distrito y de los jefes de Unidad de Fiscalía ante Tribunal de Distrito.

Igualmente, se indicó entre otros, que “para la vigencia fiscal siguiente”, el ajuste igualaría “al setenta por ciento (70%)” de lo que devengarán “por todo concepto” los magistrados de las Altas Cortes y que “a partir del año correspondiente a la tercera vigencia fiscal” ese porcentaje se elevaría al 80%...” según consta en las consideraciones del Decreto 610 de 1998, el esquema al cual se acaba de hacer referencia pretendía “superar la desigualdad económica entre los dos niveles mencionados”.

Con ocasión de las decisiones adoptadas por el Consejo de Estado, y dentro del propósito de obtener el reconocimiento y pago de la “Bonificación por Compensación” de conformidad con lo establecido en los Decretos 610 y 1239 de 1998, algunos funcionarios titulares de dicha prestación elevaron la respectiva solicitud ante la Dirección Nacional de Administración Judicial, quien les negó su reconocimiento. Amparados en la decisión adoptada por la Dirección Nacional de Administración Judicial, algunos funcionarios titulares de la “Bonificación por Compensación” acudieron en acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la pretensión de hacer cumplir los Decretos 610 y 1239 de 1998 y, en consecuencia, obtener el reconocimiento y pago de una asignación mensual que en el año de 1999 fuera equivalente al 60% de todo lo recibido por los magistrados de las Altas Cortes, al 70% en el año 2000 y al 80% a partir del año 2001. Señaló la Corte que el Decreto 610 de 1998 “está en armonía total con lo que dispone la ley marco”, pues “no hace más que conferir una bonificación a los funcionarios de la Rama Judicial que permita superar la desigualdad económica entre ellos”.

Consecuencia de lo anterior y ante el volumen de demandas, fue expedido el Decreto 4040 del 3 de diciembre de 2004, el cual modificó el Decreto 610 de 1998 y en consecuencia se creó “una Bonificación de Gestión Judicial para los Magistrados de Tribunal y otros funcionarios”, con carácter permanente, “que sumada a la asignación básica y demás ingresos laborales iguale al setenta por ciento (70%) de lo que por todo concepto devenguen los Magistrados de las Altas Cortes”.

A los beneficios que contempló este decreto, solo podían acceder al reconocimiento y pago de la “Bonificación de Gestión judicial”, quienes habiendo iniciado acciones judiciales relacionadas con el reclamo de la “Bonificación por Compensación” desistieran de sus pretensiones y, en los términos del artículo 342 del Código de Procedimiento Civil, expresamente renunciaran a la posibilidad de iniciar nuevamente acciones. De igual manera, también podían acceder al reconocimiento y pago de la “Bonificación de Gestión judicial”, todos aquellos que, no habiendo efectuado reclamaciones judiciales, suscribieran contratos de transacción “para precaver litigios futuros relacionados con la Bonificación por Compensación”, para lo cual el decreto 4040 de 2004 exigió para quienes quisiera recibir este beneficio, acogerse a él, suscribiendo contrato de transacción o aportando un documento en el

que desistieran de las acciones judiciales vigentes y, a no demandar en el futuro por este mismo tema.

En contraposición a lo anterior, previó también dicho ordenamiento, que los funcionarios que no optaren por el régimen de “Bonificación de Gestión Judicial”, se les pagaría la “Bonificación por Compensación”, pero no en la cuantía prevista por los Decretos 610 y 1239 de 1998 -tal y como fueron interpretados por el Consejo de Estado-, sino en una cuantía específica definida por el artículo 4° del propio Decreto 4040 de 2004, que en todo caso es inferior a la reconocida para la “Bonificación de Gestión Judicial”, es decir, inferior al 70% de lo que por todo concepto devenguen los Magistrados de las Altas Cortes.

Finalmente, el Consejo de Estado, mediante sentencia de 14 de diciembre de 2011 ejecutoriada el 12 de enero de 2012, se declaró la nulidad del Decreto 4040 de 2004 es decir anulo la “bonificación por gestión judicial”, porque encontró que redujo ampliamente los beneficios laborales consagrados en la bonificación por compensación y con ello cobro vigencia el Decreto 610 de 1998, por consiguiente es a partir de aquí, es que la Rama Judicial reconoce el derecho de los Magistrados de Tribunal al beneficio de esta bonificación, equivalente al 80% de lo que por todo concepto devengan los Magistrados de Alta Corte, como único régimen laboral para estos servidores y despeja la confusión generada por la existencia de ambos regímenes, y desde ese momento inicia la normalización de todos los Magistrados de esta categoría del país, tanto los antiguos como la demandante, como los nuevos que ingresaron en años posteriores, se les aplica esta bonificación automáticamente.

13.2 PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS (Artículos 15 y 16 de la Ley 4ª de 1992)

La ley 4ª de 1992 a través de sus artículos 15 y 16 establece una prima especial de servicios, que busca igualar los salarios de los altos funcionarios públicos con los de los miembros del Congreso, así continua la Ley 4ª de 1992 en su artículo 16 aclarando que *la remuneración, las prestaciones sociales y los demás derechos laborales de los Magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura y los Fiscales del Consejo de Estado serán idénticos.*

“ARTÍCULO 15. L <Aparte tachado INEXEQUIBLE > Los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Registrador Nacional del Estado Civil tendrán una prima especial de servicios, ~~sin carácter salarial~~, que sumada a los demás ingresos laborales, igualen a los percibidos en su totalidad, por los miembros del Congreso, sin que en ningún caso los supere. El Gobierno podrá fijar la misma prima para los Ministros del Despacho, los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública.

ARTÍCULO 16. La remuneración, las prestaciones sociales y los demás derechos laborales de los Magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura y los Fiscales del Consejo de Estado serán idénticos.”

Así las cosas, los Magistrados de Altas Cortes, el Fiscal General de la Nación, y los funcionarios con la misma categoría tienen derecho a recibir un sueldo equivalente al 100% de lo que por todo concepto devengan los miembros del Congreso de la República, aclarando que no se trata de equiparar a las mismas prestaciones sociales, sino, igualar el monto dinerario que devengan los funcionarios del alto Gobierno.

Finalmente, el Consejo de Estado, ha resaltado la relación que existe entre esta prima y la bonificación por compensación, toda vez que al liquidar esta última, la demandada no tuvo en cuenta, ni el auxilio de cesantías, como tampoco la prima de navidad, al interpretar que la norma disponía la distinción entre salario y prestaciones sociales, al decir de la demanda, estas prestaciones sociales no entran en tal liquidación, por ser conceptos que se pagan anualmente y mensualmente, como las demás prestaciones sociales, sin embargo, el propio artículo 16 de la Ley 4 de 1992, no hace esta distinción, por el contrario, es clara en manifestar que la liquidación se hace frente a los ingresos laborales totales, sin distinción de ninguna índole;

“(…). Teniendo en cuenta que la Ley determina como finalidad de la prima especial de servicios la equiparación de los ingresos percibidos por los Magistrados de Altas Cortes a aquellos que devengan los Miembros del Congreso de la República, mal podría señalarse que un decreto que cumple la función de reglamentar dicha Ley podía establecer cosa distinta. De hecho, el decreto 10 de 1993 no lo hizo. Todo lo contrario, tal cuerpo normativo desarrollo de manera precisa los términos en que debía darse la equiparación en el ingreso de los más altos funcionarios de varias ramas del poder público al señalar que había de efectuarse sobre la totalidad de los ingresos laborales anuales recibidos por unos y otros.

*Es claro, entonces, que en ninguna de las normas que contienen el régimen de la prima especial de servicios se hizo distinción entre salario y prestaciones sociales. Se habló, en cambio, de ingresos **laborales** totales.”*

Y más, adelante la misma jurisprudencia precisó;

“(…). Las cesantías percibidas por los miembros del Congreso de la República han sido consideradas ingresos laborales anuales permanentes por la jurisprudencia del Consejo de Estado en ocasiones anteriores¹, lo que tiene plena razón de ser, pues se trata de una erogación que realiza el empleador anualmente a favor de su trabajador y que se causa por cada día de trabajo del empleado.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala de Conjuces, Sentencia de 4 de mayo de 2009, Rad. N° 250002325000200405209 02, CP. Dr. Luis Fernando Velandía Rodríguez.

Este régimen tiene una clara incidencia en la determinación de la bonificación por compensación de los servidores públicos que se encuentran sujetos al decreto 610 de 1998 pues el mismo, de manera semejante al artículo 1° del decreto 10 de 1993, previó la nivelación salarial al 60%, 70% y 80%, 'de lo que por todo concepto devenguen los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado', para los años 1998, 1999, 2000 y siguientes, respectivamente.

(...).

Habiendo señalado que el auxilio de cesantías es un ingreso laboral percibido de manera permanente por los jueces de mayor jerarquía de todas las jurisdicciones, es evidente que resultaría violatorio del principio de igualdad que surte del artículo 13 de la Constitución Política de Colombia el señalar que esta prestación social carece de tal naturaleza únicamente con el propósito de disminuir la base de liquidación de la bonificación por compensación de la que son acreedores los funcionarios mencionados en el artículo 2° del decreto 610 de 1998.

En consecuencia, se concluye que únicamente teniendo en cuenta los pagos que el Estado debe realizar a los Congresistas por concepto de cesantías puede calcularse la diferencia total entre lo que ellos perciben y la asignación de los Magistrados de las Altas Cortes para, así, determinar el valor de la prima especial de servicio a la que tienen derecho estos últimos.

Teniendo en cuenta que la prima especial de servicios no solo es un ingreso laboral que perciben los Magistrados de las Altas Cortes, sino que además '...constituirá factor de salario solo para la cotización y liquidación de la pensión de jubilación de acuerdo con las normas nacionales vigentes que regulan el régimen prestacional de los funcionarios señalados², y que el decreto 610 de 1998 garantiza que sus beneficiarios perciban un porcentaje del total de los ingresos laborales devengados por estos funcionarios, también debe concluir que es necesario que el monto percibido por los Magistrados de las Altas Cortes por este concepto, y que haya sido liquidado teniendo en cuenta las cesantías percibidas por los Congresistas, debe ser un factor para determinar el valor de la bonificación por compensación a la que tiene derecho el actor''

Se deduce entonces, que en efecto el estudio realizado por el Consejo de Estado, frente a casos similares, encontraron que en efecto el régimen contemplado en la bonificación por compensación, regulada por el decreto 610 de 1998, viene siendo mal liquidada, al desconocer prestaciones sociales propias de los miembros del Congreso de la Republica, como el auxilio de sus cesantías y la prima de navidad, y que en un efecto dominó, afectó la prima especial de servicios regulada por los

² Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-681 de 6 de agosto de 2003, C.P. Dra. Ligia Galvis Ortiz.

Magistrados de Alta Corte y por ende, la bonificación por compensación a la que tiene derecho el demandante.

13.3 PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DEL DERECHO

Como ya se mencionó, a la luz de los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del decreto 1848 de 1969 “*Las acciones estipuladas en este decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible*” y como lo ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado, frente al tema de la bonificación por compensación y los temas relacionados directamente con esta, se hizo exigible el derecho a partir del 28 de enero de 2012, fecha de ejecutoria de la sentencia que anuló el decreto 4040 de 2004, creador de la bonificación por gestión judicial, el cual desde el 1 de enero de 2005, surgió a la vida jurídica a la par que la bonificación por compensación, creando tal confusión entre los funcionarios mencionados en el artículo 2 del decreto 610 de 1998, entre ellos los Magistrados de Tribunal, que estos funcionarios, se quedaron sin saber, sobre qué régimen exigir su derecho. Así lo dispuso el Consejo de Estado en la sentencia de unificación antes citada:

“El asunto que se debate en torno a la aplicación de la prescripción trienal, es que, ante la coexistencia de dos regímenes salariales diferentes, no es posible hablar de exigibilidad del derecho a reclamar, debido a que para los beneficiarios de los derechos existía la disyuntiva del decreto 610 de 1998, que reconoce la bonificación por compensación judicial y el régimen salarial del decreto 4040 de 2004, que reconocía la bonificación por gestión judicial. Es decir, no se podía establecer con exactitud cuál de los regímenes era el aplicable, ante lo cual resultaba imposible referirse a la exigibilidad del derecho. En este sentido solo puede hablarse de exigibilidad de la bonificación por compensación, a partir de la fecha de ejecutoria del fallo que declaró la nulidad del decreto 4040 de 2004, es decir del 28 de enero de 2012”.

Corolario de lo anterior, la prescripción en este caso, opera del 28 de enero de 2012, en adelante, pero todos los periodos anteriores a esta fecha, están protegidos y sobre ellos no se configuró el fenómeno de la prescripción trienal laboral.

15. CASO CONCRETO

Obra prueba dentro del expediente que el demandante **JOSE RICARDO ROMERO CAMARGO** labora al servicio de la Rama Judicial, desde el **25 de mayo de 2006**, desempeñando el cargo de Magistrado de Tribunal y a la presentación de esta demanda, aún se encontraba ocupando este cargo.

Así mismo del análisis minucioso de las constancias laborales contenidas en el cartulario a folios 10-19 y del cuadro contable visible a folios 24 a 27 del C.1, es claro que efectivamente existe una disminución en el salario del demandante, respecto de la bonificación por compensación, de ahí que sea necesario declarar la nulidad del acto administrativo ficto presunto negativo y en consecuencia y, a título

del restablecimiento del derecho se **ORDENA** a **LA NACION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL**, proceda a **RELIQUIDAR** las prestaciones sociales y el salario y **PAGAR** al demandante **JOSE RICARDO ROMERO CAMARGO**, la diferencia de la bonificación por compensación, conforme a lo señalado en el Decreto 610 de 1998, con la incidencia de la prima especial regulada en el artículo 15 de la Ley 4 de 1992 (incluyendo las cesantías de los congresistas), por el periodo comprendido entre el **24 de mayo de 2006 y Hasta la fecha en que radique los documentos de la reclamación de esta sentencia**, siempre y cuando el demandante siga ocupando el cargo de Magistrado de Tribunal u otro de igual categoría o, hasta la fecha de su retiro, siempre que la demandada no haya corregido el error, en caso tal, deberá pagar el periodo anterior a esta corrección. Además, deberá la demandada evitar a futuro seguir incurriendo en este yerro.

De igual manera, frente a la prescripción en los mismos términos antes mencionados, sobre todo el periodo anterior al 28 de enero de 2012, no opero el fenómeno prescriptivo, es decir, desde el **24 de mayo de 2006 y hasta el 28 de enero de 2012**, el cual deber ser re liquidado y pagado por la demandada en iguales términos antes mencionados. Ahora bien, el demandante inició la reclamación administrativa ante la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial-Nivel Central el 19 de abril de 2016, lo que le deja una protección de tres (3) años, atrás, hasta el 28 de enero de 2012, es decir que sobre el periodo reclamado por el demandante solo operó el fenómeno prescriptivo entre **el 29 de enero de 2012 y el 18 de abril de 2013**, por el contrario, para los periodos comprendidos entre **el 24 de mayo de 2006 y el 19 de abril de 2013 y hasta el día en que radique ante la demandada, los documentos para cobrar esta sentencia, siempre que se encuentre ejecutoriada**, no ha prescrito.

16. EXCEPCIONES

Pasa la Sala a pronunciarse frente a las excepciones, propuestas tanto por las Direcciones Ejecutivas de Administración Judicial-Rama Judicial, Seccionales Manizales y Armenia, así; **i). Ausencia de causa petendi, ii). Cobro de lo no debido, iii) Prescripción trienal, iv). Innominada e, v). Integración de la Litis consorcio necesaria.**

Al respecto, conforme se dijo en precedencia, ha de declararse no probadas las excepciones de *ausencia de causa petendi, cobro de lo no debido, innominada e integración de la litis consorcio necesaria*, y parcialmente probada la excepción de *prescripción trienal*, porque contrario a lo que afirman las demandadas en sus respuestas, el demandante tuvo razones de peso para reclamar su derecho por la vía contenciosa administrativa, por lo que las excepciones de ausencia de causa petendi, cobro de lo no debido e innominada, se caen por su propio peso, ahora bien, frente a la excepción de integración de la Litis consorcio necesaria, tampoco tiene asidero, lo planteado por la parte demandada seccional Manizales, toda vez que la reclamación administrativa fue radicada únicamente frente a la demandada Rama Judicial, sin que en la producción del acto administrativo ficto presunto negativo, hubiese

participación del Gobierno Nacional, finalmente a la luz de la Ley 270 de 1996, la Rama Judicial tiene autonomía presupuestal y la decisión de pagar los salarios a sus funcionarios, no está condicionada al aval de ningún organismo gubernamental.

Finalmente, y frente a la excepción de prescripción trienal laboral, como ya se dijo, el derecho se hizo exigible para estos funcionarios, a partir del 28 de enero de 2012, fecha de ejecutoria de la sentencia de 14 de diciembre de 2011, que declaró la nulidad del decreto 4040 de 2004, y de paso, dejó como único régimen laboral la bonificación por compensación, por lo que, en el caso del demandante, sobre el periodo reclamado operó parcialmente el fenómeno de la prescripción trienal laboral, al respecto de una parte mínima del periodo reclamado.

17. COSTAS.

Se dice que las costas se componen de las Costas procesales y de las Agencias en Derecho, entendida la primera como aquellos gastos procesales en que incurrió la parte demandante, para por así decirlo impulsar el proceso y las segundas son los honorarios por el trabajo realizado por el apoderado de la demandante, sin embargo, para fijar las agencias en derecho, el Consejo Superior de la Judicatura emitió el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016.

Ahora bien, conforme la hoja de gastos procesales visible a folio 53 del C. 1, fue necesario enviar por correo certificado los traslados de las demandas, con un costo total por valor de **OCHO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA (\$8.850.00)**, los cuales le corresponde asumirlos a la parte vencida.

Al respecto de las agencias en derecho y conforme el n° 1 del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016;

“...ARTÍCULO 5°. Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son:

1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

(...).
En primera instancia.

a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:

(i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.
(...).”

Ahora bien, el artículo 25 del C.G.P., frente a las cuantías dice:

“Artículo 25. Cuantía. Cuando la competencia se determine por la cuantía, los procesos son de mayor, de menor y de mínima cuantía.

Son de mínima cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que no excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv).

Son de menor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv) sin exceder el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv).

Son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv).

(...).”

Respecto a este tema la misma sentencia de unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado se pronunció;

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado³, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”

De acuerdo con lo anterior al no avizorarse mala fe o maniobras dilatorias por la parte vencida, la Sala de Conjuces considera que no hay lugar a emitir condena en costas-agencias en derecho.

Sumas dinerarias que serán liquidadas en favor del señor **JOSE RICARDO ROMERO CAMARGO**, siendo ajustados sus los valores en los términos del artículo 178 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

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

Según la cual el valor presente se determina multiplicando el valor histórico (Rh), Qué es el que corresponde a la prestación social por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria está sentencia por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el numeral 4° del artículo 195 del CPACA.

³ Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control n° 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez « (...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia.

La mencionada sentencia preciso que si bien es cierto la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en o costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderará tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada...».

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada reliquidación prestacional.

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

18. FALLA

PRIMERO: ACOGER íntegramente lo consignado en la *Sentencia de Unificación de 18 de mayo de 2016, C.P. Jorge Iván Acuña Arrieta, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda del Consejo de Estado.*

SEGUNDO: ACCEDER a las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Declárese **NO PROBADAS** las excepciones *i). Ausencia de causa petendi, ii). Cobro de lo no debido, iii) Integración de la Litis consorcio necesaria iv). Innominada* y **PARCIALMENTE PROBADA** la excepción de *v). Prescripción trienal*, propuestas por la accionada y conforme las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: DECLARAR la nulidad del *acto administrativo ficto presunto negativo.*

QUINTO: En consecuencia y a título del restablecimiento del derecho se **ORDENA** a **LA NACION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL**, proceda a **RELIQUIDAR** las prestaciones sociales y el salario y **PAGAR** al demandante **JOSE RICARDO ROMERO CAMARGO**, la diferencia de la bonificación por compensación, conforme a lo señalado en el Decreto 610 de 1998, con la incidencia de la prima especial regulada en el artículo 15 de la Ley 4 de 1992 (incluyendo las cesantías de los congresistas), por los periodos comprendidos entre *el 24 de mayo de 2006 y el 19 de abril de 2013 y hasta el día en que radique ante la demandada, los documentos para cobrar esta sentencia, siempre que se encuentre ejecutoriada*, siempre y cuando el demandante siga ocupando el cargo de Magistrado de Tribunal u otro de igual categoría o, hasta la fecha de su retiro, siempre que la demandada no haya corregido el error, en caso tal, deberá pagar el periodo anterior a esta corrección. Además, deberá la demandada evitar a futuro seguir incurriendo en este yerro.

SEXTO: Declarar **PRESCRITO** el periodo comprendido entre el *el 29 de enero de 2012 y el 18 de abril de 2013*, de acuerdo a lo discutido en precedencia.

SEPTIMO: CONDENAR a la demandada en costas; **(i). GASTOS DEL PROCESO** a pagar a favor del demandante la suma de **OCHO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA (\$8.850.00)**, y **(ii). AGENCIAS EN DERECHO: NO CONDENAR** frente a este tópico, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

OCTAVO: Sin necesidad de auto que lo ordene, ejecutoriada esta sentencia y a petición de parte interesada, emitir **COPIAS AUTÉNTICAS**. Por **SECRETARIA** hacer las anotaciones en la base de datos **SIGLO XXI**.

NOVENO: Evacuadas todas las etapas procesales de este proceso y una vez este ejecutoriada la última providencia emitida, **ARCHIVASE** las diligencias.

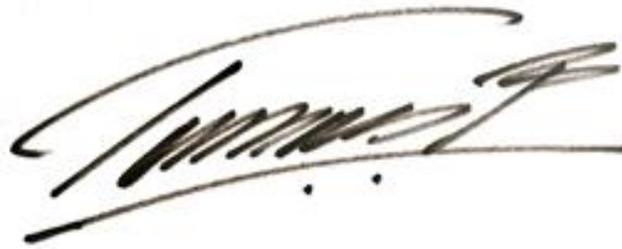
DECIMO: ORDENAR a la demandada que el cumplimiento de la sentencia se ajuste a los postulados descritos en el artículo 195 del CPACA.

DECIMO PRIMERO: CONTRA esta decisión procede el recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto por el artículo 243 del CPACA.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada sala virtual celebrada el 23 de marzo de 2021.

Los Conjuces:



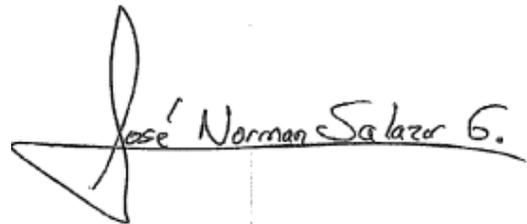
TOMAS FELIPE MORA GOMEZ

Ponente



RODRIGO GIRALDO QUINTERO

Revisor



JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ

Revisor



17-001-23-33-000-2021-00294-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veintitrés (23) de MARZO de dos mil veintiuno (2021)

A.I. 083

Decide el Despacho la solicitud de suspensión provisional de los Autos N° 350 de 29 de agosto de 2019, y 88 de 31 de enero de 2020, demandados en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **GERMÁN SARASTY MONCADA** contra la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA

Impetra el demandante, se anulen los Autos mencionados, con los cuales fue declarado fiscalmente responsable por la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**; como consecuencia, solicita sea retirado del boletín de responsables fiscales de la entidad demandada y se ordene cancelar a su favor el valor de los perjuicios que le fueron causados con el proceso de responsabilidad fiscal.

LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

En escrito separado (PDF N° 4), el actor pide se suspendan provisionalmente los efectos jurídicos de los actos identificados, aduciendo que en la actualidad se hallan produciendo efectos y pueden ocasionarle perjuicios.

En primer término, sostiene que la responsabilidad fiscal declarada en su contra se fundamenta en una norma expedida con más de 10 años de posterioridad a los hechos que sirvieron de base a dicha investigación administrativa, como es la Ley 1474 de 2011, siendo los hechos investigados del año 2002, lo que denota una

flagrante vulneración de su derecho fundamental al debido proceso y la seguridad jurídica como principio medular del Estado de derecho.

El otro motivo que a juicio del nulidisciente lo legitima para acceder a la petición de cautela, es que operó la caducidad de la investigación fiscal, elemento que contextualiza indicando que los hechos que sirvieron de base a dicha averiguación de la Contraloría, ocurrieron en el año 2002, cuando el actor, entonces servidor de la INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS, supuestamente cometió un error en la liquidación de los impuestos por exportación de licores a cargo de esa empresa, lo que denota que la investigación iniciada por el órgano de control a partir de una denuncia datada en 2013, supera con creces el término previsto en el artículo 9° de la Ley 610 de 2000. A partir de esta explicación, controvierte la tesis de la demandada, para quien el daño se estructuró en el año 2013, cuando la ILC pagó los impuestos y se tuvo certeza del menoscabo al patrimonio público.

Si bien el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, prosigue, enlista otras serie de requisitos que no son aplicables a la suspensión provisional de los actos administrativos, los mismos también se cumplen en el presente caso, toda vez que la demanda se halla razonablemente fundada en derecho y no es temeraria, está probada la titularidad del demandante respecto a los derechos en litigio, su vivienda actualmente se halla embargada producto de la decisión demandada, y podría ser rematada, lo que sumado a su carácter de persona de la tercera edad, podría representarle un perjuicio irremediable.

LA OPOSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La parte accionada se pronunció con escrito que reposa en el documento PDF N° 16 del expediente electrónico. Refiere que la solicitud de medida cautelar de suspensión no debe prosperar, en atención a que no se cumplen los requisitos de ley, y únicamente se basa en la interpretación que la parte demandante realiza de la caducidad de la responsabilidad fiscal; no obstante, expone, es claro que el daño patrimonial al Estado se da cuando ocurre el pago y no antes, cuando apenas es una mera expectativa.

Sobre los perjuicios alegados por la parte actora, plantea que no es suficiente probar que se es dueño de una casa embargada para que se acredite un perjuicio irremediable, y que ninguna prueba se allega en tal sentido; en cambio, sí se

causaría un grave perjuicio al interés público de accederse a la medida deprecada, pues se suspendería la facultad que ostenta la Contraloría de recuperar el patrimonio público, prerrogativa que tiene su asiento en el artículo 268 numeral 5 de la Carta fundamental.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA 4a UNITARIA DE DECISIÓN**

La atención esta Sala Unitaria se contrae a determinar si se cumplen los presupuestos normativos para suspender provisionalmente los efectos jurídicos de los Autos N° 350 de 29 de agosto de 2019 y 88 de 31 de enero de 2020, con los cuales fue declarado fiscalmente responsable el demandante, señor GERMÁN SARASTY MONCADA.

**(I)
SUSPENSIÓN PROVISIONAL
DE LOS EFECTOS DE UN ACTO ADMINISTRATIVO**

La fuente constitucional de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos se encuentra en el artículo 238 Superior, que indica que esta jurisdicción especializada *“podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”*.

El canon 231 de la Ley 1437 de 2011, por su parte, indica en su inciso 1° los requisitos esenciales para la viabilidad de la suspensión provisional deprecada:

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

menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos...” /Subrayas y negrillas extra texto/.

En tal sentido, los requisitos sustanciales para que proceda dicha suspensión se restringen a que el acto acusado viole la norma o las normas superiores invocadas como vulneradas, y si se implora restablecimiento del derecho e (entiéndase y/o) indemnización de perjuicios, probar sumariamente la existencia del derecho o del perjuicio.

Es de resaltar que la actual normativa excluyó el elemento de “manifiesta” violación que consagraba el artículo 152 del anterior C.C.A. (Decreto 01/84), de lo que también insurge que este tipo de medida provisional resulta siendo más expedito ahora que el tratamiento que a la figura le daba la legislación vigente hasta el 1º de julio de 2012.

(II)

EL CASO CONCRETO

El demandante SARASTY MONCADA fundamenta la petición de suspensión provisional en dos situaciones claramente determinadas: 1) la presunta violación de su derecho al debido proceso, y 2) la caducidad de la acción fiscal adelantada en su contra por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

Para resolver, se tiene:

✚ Mediante Auto N° 350 de 29 de agosto de 2019, la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA - GERENCIA DEPARTAMENTAL DE CALDAS, profirió fallo con responsabilidad fiscal a título de culpa grave, por los daños al patrimonio público de la INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS, por valor de \$ 1.543'105.619., en forma solidaria, contra los señores GERMÁN SARASTY MONCADA (en su calidad de Subgerente General de la entidad) y CÉSAR HUMBERTO LADINO (Jefe de la División de Ventas Nacionales e Internacionales).

En el numeral 5 dispuso el ente de control fiscal, ‘MANTENER las medidas cautelares decretadas mediante Auto N° 675 de 27 de diciembre de 2018, las cuales continuarán vigentes hasta el proceso de jurisdicción coactiva, de acuerdo con la parte motiva del proveído’.

✚ La decisión adversa al accionante GERMÁN SARASTY MONCADA fue confirmada en sede de apelación por medio del Auto N° 088 de 31 de enero de 2020, también demandado.

Como antecedentes fácticos de la investigación iniciada por la Contraloría General, se indica en el fallo con responsabilidad fiscal de primera instancia, que ‘La presente actuación tiene origen en el hallazgo con incidencia fiscal producto de la actuación especial, practicada como consecuencia de la solicitud de control excepcional remitida inicialmente mediante correo electrónico calendado del veintiséis (26) de agosto de dos mil trece (2013) radicado con el número 2013ER0091879, y complementada posteriormente el veintiocho (28) del mismo mes y año con número de radicado 2013ER0093163 por la señora Lina María Mejía Gamboa actuando en su calidad de Presidente de la entidad denominada "Veeduría Ciudadana Nueva Frontera"; control excepcional desarrollado por la Gerencia Departamental de Caldas de la Contraloría General de la República a la Industria Licorera de Caldas - ILC, por las supuestas irregularidades en algunas exportaciones de licor durante el año 2002, que propiciaron una serie de sanciones impuestas a la Industria Licorera de Caldas por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - Dian Seccional Manizales, con ocasión de la inexactitud en las declaraciones del impuesto de valor agregado - IVA de los seis (06) bimestres de tal anualidad’ /Resalta el Tribunal/.

El artículo 9° de la Ley 610 de 2000, regula la caducidad en los procesos de responsabilidad fiscal que son de cargo de las Contralorías. El texto vigente para el momento de la investigación adelantada contra el accionante establecía en su tenor literal (fue modificado posteriormente a través del Decreto 403 de 2020):

“La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto.

...” /Resalta el Tribunal/.

Al diferenciar la caducidad de la prescripción en los procesos de responsabilidad fiscal, el Consejo de Estado profundizó en la naturaleza de este instituto jurídico en los siguientes términos (Sentencia de 9 de agosto de 2018, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Exp. 25000-23-24-000-2012-00195-01):

“El artículo 9° de la Ley 610 de 2000, “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, consagra dos fenómenos jurídicos plausibles de configurarse en los procesos de responsabilidad fiscal: (i) caducidad y (ii) prescripción. Frente al primero, la norma indica que la acción fiscal caduca si transcurridos 5 años desde la ocurrencia del hecho que genera el daño al patrimonio público, no se ha dictado el auto por medio del cual se da apertura al proceso de responsabilidad fiscal, esto es, se extingue el derecho de acción que tienen las contralorías para iniciar formalmente un proceso de responsabilidad fiscal. Respecto del segundo fenómeno (prescripción), la norma dispone en el inciso segundo que la responsabilidad fiscal prescribe en 5 años, contados a partir del auto que da apertura al proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de ese lapso las contralorías no han dictado la providencia en firme que la declare, esto es, los entes de control fiscal pierden el derecho a atribuir responsabilidad al implicado”.

Como se ha anotado de manera preliminar, la investigación fiscal adelantada contra el accionante GERMÁN SARASTY MONCADA, surgió a partir de las presuntas inexactitudes (hecho) en las declaraciones del impuesto sobre las ventas (IVA) de la INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS en el año 2002, cuando fueron declaradas ventas al exterior que no se realizaron, procedimiento en el cual la contraloría atribuyó participación, y luego responsabilidad, al demandante SARASTY MONCADA, a la sazón Subgerente General de aquella Empresa Industrial y Comercial del Departamento.

Uno de los puntos medulares que soporta la petición de medida cautelar, se entrelaza con la caducidad de la acción fiscal, pues según el demandante, los contratos que dieron origen a la actuación administrativa de la DIAN y la CONTRALORÍA fueron suscritos en 2002, mientras que la investigación del ente de control dio inicio en el año 2013, superando de manera evidente el término consagrado en el artículo 9° de la Ley 610 de 2000.

Como lo señala el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, la procedencia de la medida de suspensión provisional de los efectos de los actos enjuiciados está condicionada a que se evidencie la vulneración del ordenamiento jurídico, la misma que debe emerger del juicio de confrontación de los actos cuestionados con las prescripciones normativas que les sirven de base, o de las pruebas aportadas con la demanda y la petición de suspensión temporal.

En este punto, resulta importante señalar que, además de los racionios de la parte actora, al debate sobre la caducidad de la acción fiscal deben añadirse otros elementos que marcaron la actuación de la entidad demandada, y que influyen de manera positiva en la fecha de estructuración del daño al patrimonio público con base en el cual la contraloría adelantó la investigación fiscal.

Dichos elementos surgirán del análisis probatorio marcado entre otros aspectos, por los antecedentes administrativos de los actos demandados que, en el caso concreto, incluyen a título de enunciación, las decisiones de apertura de investigación fiscal, la imputación, los escritos de defensa y los

medios de convicción recaudados en sede administrativa, documentos que todavía no obran en este expediente judicial, atendiendo la temprana etapa en la que se halla este trámite, y a que con la demanda solo fueron allegadas algunas de dichas piezas documentales.

Ante esta situación, el único referente de análisis con el que cuenta el Tribunal en función de los argumentos planteados por el demandante, es el contenido de los actos demandados que declararon la responsabilidad fiscal, en cuyos antecedentes se denotan otras situaciones que, como se anticipó, deben ser tenidas en cuenta en el estudio de la eventual ocurrencia de la caducidad de la acción fiscal adelantada por el aparato fiscalizador, y que, al menos, involucran los siguientes aspectos:

(i) Los contratos de compraventa de licor para su distribución en el exterior, fueron suscritos por la INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS en el año 2002.

(ii) La DIAN formuló requerimiento especial a la ILC, proponiendo enmiendas a las declaraciones del impuesto sobre las ventas de los 6 bimestres de 2002, actos preparatorios que según se indica en el acto demandado, tuvieron lugar en el año 2005. Las Liquidaciones Oficiales de Revisión producto del requerimiento fueron practicadas por la DIAN en el año 2007. Contra estos actos, la empresa presentó sendos recursos de reconsideración, los que fueron resueltos por la administración tributaria, según se anota en los antecedentes del acto demandado, a través de las Resoluciones N° 100772006000012 y 100772006000017 de 29 de enero, 100772006000013 de 3 de febrero, 100772006000014 de 8 de febrero, y 100772006000015 y 100772006000016, ambas de 9 de febrero, todas estas del año 2007.

(iii) En firme las actuaciones administrativas de la DIAN, la INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS inició 6 procesos de nulidad y restablecimiento del derecho; en 5 de los cuales la decisión le fue adversa tanto en primera como en segunda instancia, y solo en uno el máximo tribunal de lo contencioso administrativo aprobó acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes. Según

se reseña en los actos cuestionados, las decisiones que dieron culminación a esos procesos en segunda instancia datan del año 2011.

(iv) Finalmente, en el recuento fáctico que se hace en el acto sometido a estudio de legalidad, consta que, 'Ante las decisiones adversas, la ILC se acogió al beneficio otorgado por el artículo 148 de la Ley 1607 del 26 de diciembre de 2012, en procura de una rebaja del monto de la sanción, cancelando en definitiva a favor de la DIAN la suma de \$4.669.187.000 tal como consta en las certificaciones N° 00197 del 31 de octubre de 2013 y 00123 del 29 de julio de 2014, emitidas por la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Manizales' /Destaca el Tribunal/.

Como se mencionó con antelación, la decisión sobre la caducidad de la acción fiscal implica el análisis de la fecha real de la estructuración del daño al patrimonio público de la INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS, que en últimas, es la génesis de la investigación adelantada contra el accionante SARASTY MONCADA, y para ello, deben considerarse tres (3) supuestos jurídicos, a saber: o, a) que el daño tuvo lugar en el año 2002 con la firma de los contratos de compraventa de licor como lo sostiene el demandante; o, b) que el estropicio se produjo con la firmeza de los actos que contienen las Liquidaciones Oficiales de Revisión; o, c) que el menoscabo a las finanzas estatales se concretó en 2013, cuando la ILC pagó a la DIAN los impuestos y sanciones discutidas, y solo en ese momento, tal afectación adquirió certeza, postura última que es la prohijada por la Contraloría.

Los escenarios que se acaban de describir, permiten concluir que si bien se halla el Tribunal en una etapa incipiente del proceso y con elementos de juicio primarios, no es suficiente para impedir una medida cautelar como la perseguida cuando aparece la violación de una norma superior; por el contrario, sí hay argumentos que permiten, al menos en función de la suspensión de los efectos de los actos demandados, que se aborde en el caso concreto la caducidad de la acción fiscal a partir de la segunda de las hipótesis esgrimidas en el párrafo que antecede, desde luego, sin que ello constituya el juicio definitivo que ha de emprender esta corporación una vez haya agotado en su integridad el debate probatorio, que le permita a la Sala

analizar los extremos temporales propuestos por cada una de las partes como base de dicho conteo; además, teniendo como cardinal criterio el consagrado en el inciso 2° del canon 229 de la Ley 1437 de 2011, según el cual, esta decisión no implica prejuzgamiento.

Bajo esta perspectiva, se dejó anotado que las liquidaciones oficiales de revisión proferidas por la DIAN contra la INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS por las presuntas inexactitudes en las que incurrió en las 6 declaraciones de IVA del año 2002 (puede reputarse falta continuada), fueron recurridas por esa empresa industrial y comercial del Estado, siendo resueltos los 6 recursos de reconsideración mediante los actos ya identificados, todos proferidos entre enero y febrero de 2007, con lo cual dable es concluir que en ese momento cobró firmeza la actuación administrativa fiscalizadora, en los términos del artículo 87 del C/PA, y que fueron los que determinaron el valor del daño económico irrogado al fisco nacional, y a la vez los rubros que debía pagar la destilería local, independientemente de los procesos judiciales iniciados luego, y en los cuales ninguna injerencia tenía el sujeto activo de esta acción contenciosa administrativa.

En este orden, si lo que dio origen a las averiguaciones de la CONTRALORÍA fue el supuesto daño patrimonial ocasionado a las finanzas de la INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS por la inexactitud en la determinación de un impuesto a su cargo, lógico resulta concluir que dicho menoscabo o afectación adquirió entidad y certeza una vez culminaron los procesos de determinación del tributo, esto es, cuando quedaron en firme las liquidaciones oficiales proferidas por la administración de impuestos, en las que se determinó el valor a pagar por la empresa de licores, lo cual ocurrió, según la información que obra en el expediente, en el mes de febrero de 2007.

De ahí que computar la caducidad de la acción fiscal desde el momento de la cancelación de la obligación tributaria, o desde que se aprobó un acuerdo de pago entre la industria en mención y la DIAN -en lo que nada tenía que ver el actor, se itera-, no resulta ajustado a derecho por injusto e inequitativo; primero, porque en el pago de lo adeudado por la empresa nada tiene que ver en el surgimiento de una obligación que ya existía, sino en su extinción,

y segundo, porque someter, o mejor, diferir el inicio del conteo del plazo de caducidad al momento en el que fuera cancelada la obligación por parte de la ILC, equivaldría a dejar sin seguridad jurídica un término previsto en una norma de orden público, es decir, sería dejar al vaivén de situaciones inciertas el plazo preclusivo de la institución de la caducidad.

A propósito de la relación de la caducidad de la acción fiscal con la seguridad jurídica y su incidencia en la prerrogativa fundamental al debido proceso, la Corte Constitucional sostuvo (Sentencia T-1159-01, M.P. Jaime Córdoba Triviño):

“Pretender hacer uso de la acción fiscal cuando el término legal ya se encontraba superado, constituye una conducta violatoria del derecho fundamental al debido proceso del demandante. Así, cuando el Estado desarrolla una investigación contra uno de sus funcionarios, para determinar si éste incurrió en una conducta irregular de la cual se pueda desprender un tipo de sanción, debe ceñirse al procedimiento que para tales circunstancias ha previsto la ley, y dicho acatamiento incluye a su vez un límite en el tiempo para ejercer las acciones que ponen en marcha el correspondiente proceso, pues no son de recibo en nuestro sistema jurídico investigaciones indefinidas. Por lo tanto, si la entidad fiscalizadora, representada en este caso por la Contraloría de Bogotá, dio inicio a la acción fiscal, vencido el plazo para ello, la caducidad ya había operado” /Resaltado de la Sala/.

Haciendo acopio de los elementos con los que en este momento procesal cuenta el Tribunal, el daño al patrimonio estatal que motivó la investigación fiscal se consolidó, para esta Sala Unitaria, en febrero de 2007, con la culminación y firmeza del procedimiento tributario de determinación de impuestos, en el que se hicieron patentes las inexactitudes en las declaraciones del IVA del año 2002, momento a partir del cual la Contraloría contaba con 5

años para ejercer la acción fiscal de que trata la Ley 610 de 2000, plazo que feneció en el mes de febrero de 2012.

Entretanto, según se consagra en los antecedentes de los actos demandados, la investigación fiscal inició en el año 2013, es decir, más de 5 años después de causado el daño patrimonial al Estado determinado en varios actos administrativos tributarios, y casi 11 años después de suscribirse los contratos de compraventa de licores, lo que, en este marco de análisis, debe señalarse, indubitadamente, que la facultad del ente fiscalizador le había precluido o caducado.

A propósito de la figura de la caducidad en materia de procesos de control fiscal, también la Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2013 (M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), después de referirse a sus antecedentes anteriores a la Ley 610 de 2000, razonó bajo el siguiente temperamento jurídico:

“... ”

Ahora bien, tanto la caducidad como la prescripción “permiten determinar con claridad los límites para el ejercicio de un derecho”[Sentencia C-227/09] y, tratándose del proceso de responsabilidad fiscal, la Corte ha apuntado que el señalamiento de un término de caducidad “constituye una garantía para la efectividad de los principios constitucionales de la seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general”, idea esta que justificó la aplicación de lo preceptuado en el Código Contencioso Administrativo cuando la ley reguladora del proceso fiscal no contemplaba la caducidad[Sentencia T-973 de 1999].

Ciertamente, siempre que esté involucrada la gestión fiscal y que se encuentren comprometidos los recursos

del erario, se evidencia un interés general, cuya protección se confía al actuar de la Contraloría General de la República y a las contralorías territoriales, llamadas a adelantar las averiguaciones del caso y a determinar si existe mérito para la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal, lo que deben hacer de conformidad con el procedimiento legalmente previsto y dentro de los términos igualmente fijados por el legislador.

La previsión de un término de caducidad cumple el propósito inicial de permitir que las contralorías cuenten con tiempo suficiente para adelantar las actuaciones que les corresponden, ya que, conforme lo ha destacado esta Corporación, antes del auto de apertura, con el cual comienza el proceso de responsabilidad fiscal, tiene lugar una indagación preliminar que, “si bien puede contribuir a la precisión y determinación de los elementos necesarios a la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, formalmente no hace parte del mismo”, a tal punto que tal indagación puede concluir en un auto de archivo, hipótesis en la que no existirá proceso de responsabilidad fiscal, pues “su presencia se anuncia solo a partir del auto de apertura”, cuya fecha es “el extremo que marca la consolidación quinquenal de la caducidad de la acción fiscal”[\[1\]](#).

La existencia de un término de caducidad de la acción fiscal pretende, también, asegurar el actuar diligente de las contralorías, pues, pese a que esté involucrado el interés general, no pueden mantener indefinidamente las indagaciones o postergar sin límite temporal alguno la iniciación del proceso fiscal, porque, de lo contrario, “el sistema jurídico se vería abocado a un estado de

permanente latencia en donde la incertidumbre e imprecisión que rodearían el quehacer estatal, entorpecería el desarrollo de las funciones públicas”[2].

Razones de estabilidad ligadas con la seguridad jurídica explican que se prevea un momento a partir del cual ya no sea posible “controvertir algunas actuaciones”[3], de manera que el conocimiento del término de caducidad, previa y expresamente fijado en la ley, para el ejercicio de la acción fiscal implica que tanto la Contraloría General de la República, como las contralorías territoriales, asumen una carga jurídica que, en aras de la protección del patrimonio estatal, les impone interesarse en el asunto y obrar con prontitud y en su debida oportunidad, so pena de que pierdan la posibilidad de iniciar el correspondiente proceso de responsabilidad por desatender el límite temporal propio de la caducidad y debido a que la actitud negligente y el retardo que desborde el término no pueden ser objeto de respaldo jurídico.

Así pues, la limitación del plazo busca impedir la parálisis de los organismos encargados de llevar a cabo el control fiscal, pretende comprometerlos con el adecuado ejercicio de su actividad controladora y promueve su actuación eficaz, pero la previsión de ese término no solo incide en el ámbito competencial asignado a los órganos controladores, puesto que también tiene incidencia en la situación de los sujetos que eventualmente pudieran hallarse expuestos a enfrentar un proceso de responsabilidad fiscal.

...

...

A la diferencia de situaciones se suma, entonces, la de los bienes jurídicos afectados con la fijación del término de caducidad, cuyo establecimiento pretende, además, armonizar los principios que, según el artículo 209 superior, gobiernan la función administrativa, con las garantías que les correspondan a los sujetos que pudieran ser llamados a responder en un proceso de responsabilidad fiscal.

De ahí que la seguridad jurídica tiene que ver con ambas partes e igualmente los derechos, porque, de un lado, “el interés del legislador de atribuirle efectos negativos al paso del tiempo, es el de asegurar que en un plazo máximo señalado perentoriamente por la ley” se ejerzan las actividades que permitan iniciar el proceso de responsabilidad fiscal y, del otro, los posibles sujetos pasivos de la acción fiscal “tienen derecho a saber con claridad y certeza hasta cuando pueden estar sometidos a requerimientos (...) por una determinada causa”, de todo lo cual se deduce que, en uno y otro caso, se trata “de no dejar el ejercicio de los derechos sometido a la indefinición, con menoscabo de la seguridad procesal, tanto para demandante como demandado”[6].

De las precedentes consideraciones se desprende que no le asiste razón al demandante al sostener que, en el caso de la responsabilidad fiscal, solo existe la potestad de la Contraloría en guarda del patrimonio público y ningún interés o derecho en cabeza de quienes enfrentan la posibilidad de ser sujetos pasivos de la respectiva acción, pues ésta, en todo caso, se encuentra sujeta “a la oportunidad que le otorgan las figuras de la caducidad y la prescripción”[7] que, junto con otras contempladas en la Ley 610 de 2000, “buscan asegurar que las autoridades administrativas ejerzan sus

competencias respetando las garantías del implicado a un debido proceso, permitiendo a éste el derecho a ser oído, a defenderse y a intervenir activamente en el proceso, e incluso en la indagación preliminar, ya sea directamente o a través de apoderado”[8].

No de otro modo se explica que esta Corte, en sede de revisión de las decisiones relacionadas con la acción de tutela de los derechos fundamentales, haya amparado los invocados por personas a las que les fue iniciado proceso fiscal cuando ya había operado la caducidad de la acción y ello, porque tal actuación vulnera “la garantía constitucional del debido proceso administrativo, que consagra el artículo 29 de la Carta”[9].

...
...”

En esos términos, está llamado a prosperar el primero de los escenarios planteados por el accionante como fundamento de la suspensión deprecada, ello sin que obste insistir, que las conclusiones plasmadas en este proveído corresponden al estudio primigenio marcado exclusivamente por el contexto de la suspensión provisional prevista en los artículos 229 y ss de la Ley 1437 de 2011, por lo que no señala ni orienta el debate de fondo que corresponderá a esta misma colegiatura al momento de proferir el fallo.

Es del caso dejar precisado, por último, que cualquier acción diferente, como el proceso coactivo del que se da cuenta, tiene un rumbo y manejo administrativo y judicial distinto, por lo que la decisión que aquí se adopta, que es estrictamente transitoria o provisional, se mantendrá, una vez cobre ejecutoria, hasta el momento en que este proceso judicial se defina en la sentencia.

Es por lo expuesto que la Sala 4ª Unitaria de Decisión Oral,

RESUELVE

SUSPENDER provisionalmente los efectos jurídicos de los Autos N° 350 de 29 de agosto de 2019 y 88 de 31 de enero de 2020, demandados en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **GERMÁN SARASTY MONCADA** contra la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, hasta tanto se profiera sentencia ejecutoriada que ponga fin a este contencioso subjetivo de anulación.

Se reconoce personería para actuar al togado **GERMÁN SARASTY QUINTERO**, identificado con la C.C. N° 75'088.609 y la T.P. N° 182.843, como apoderado de la parte actora, en los términos del poder que milita en el PDF N° 21, entendiéndose revocado el mandato inicialmente conferido al abogado **JAVIER MAURICIO BETANCOURTH PATIÑO**.

De igual manera, **RECONÓCESE** personería al abogado **JUAN CLAUDIO ARENAS PONCE**, identificado con la C.C. N° 80'198.100 y la T.P. N° 191.850 como vocero judicial de la parte demandada, en los términos del poder a él conferido, que obra en el documento PDF N° 15.

NOTIFÍQUESE



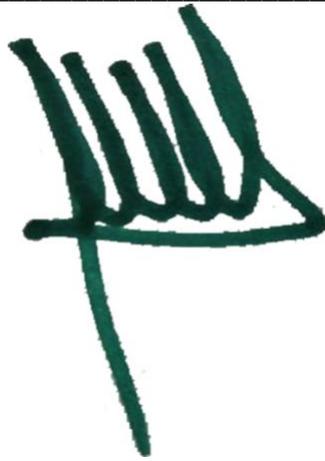
AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 051 de fecha 24 de Marzo de 2021.

Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales,



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario