

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diciembre siete (7) dos mil veintiuno (2021)

|                  |  |
|------------------|--|
| Expediente       | 17001-33-33-004-2018-00509-00          |
| Demandante       | CARMENZA ADRIANA RAMÍREZ GARCIA        |
| Demandado        | NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN |
| Medio de Control | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Sentencia        | No. 246                                |

### 1. ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del medio de control de la referencia.

### 2. ANTECEDENTES

#### 2.1. Pretensiones:

**PRIMERO:** Se inaplique por inconstitucional, según lo previsto en el artículo 4 Superior, la expresión “*y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*” contenida en el artículo 1 del Decreto 0382 de 2013, subrogado por el Decreto 22 de 2014.

**SEGUNDO:** Que se declare la nulidad del acto administrativo complejo conformado por el siguiente acto administrativo, así:

El oficio No. GSA – 31100-0541 del 27 de febrero de 2018, que dio respuesta del derecho de petición. 2) La resolución No. 22211 del 9 de julio de 2018 por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación.

**TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior se reconozca y pague a favor de la parte demandante la bonificación judicial prevista en el Decreto 382 del 6 de enero de 2013 como factor salarial y prestacional desde el momento de su creación, con incidencia en la liquidación de prima de servicios, prima de productividad, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por servicios prestados y

 (6) 8879640 ext 11118

 [admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co)

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

demás prestaciones que en virtud de la Ley (en su sentido material) correspondan a los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación.



**CUARTO:** Que se re-liquide y pague la diferencia resultante de la liquidación de prima de servicios, prima de productividad, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por servicios prestados, y demás prestaciones que en virtud de la Ley correspondan a los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación, generados desde la fecha de expedición del Decreto 382 de 2013.

**QUINTO:** Que se pague la sanción/indemnización moratoria por la no consignación total de las cesantías al fondo al que se encuentren afiliados la demandante.

**SEXTO:** Que se pague a título de daño emergente una suma equivalente al veinticinco por ciento (30%) del total de los valores reconocidos por concepto de honorarios profesionales del abogado por la gestión prejudicial.

**SÉPTIMO:** Que los valores reconocidos sean indexados en la forma prevista en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

## 2.2. Supuestos fácticos

- ✓ Que la Dra. CARMENZA ADRIANA RAMÍREZ GARCÍA, es funcionaria de la Fiscalía General de la Nación desde el 27 de agosto de 1990, tal y como aparece en las constancias de servicios prestados.
- ✓ Que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 382 de 6 de marzo de 2013 "Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones", creándose la Bonificación Judicial para los servidores de la Fiscalía General de la Nación y con efectos retroactivos al 01 de enero de 2013.
- ✓ Que desde el año 2013 se ha reconocido a la demandante, la bonificación judicial a que se hizo referencia en el hecho anterior, la cual ha venido siendo percibida periódicamente (mensualmente) y de la cual se efectúan aportes a salud y pensión, bonificación que percibe de manera habitual, permanente y periódica y como contraprestación directa del servicio y a causa del vínculo laboral con la Fiscalía General de la Nación.
- ✓ Que el Decreto 382 de 6 de marzo de 2013 vulnera el mandato de la Ley 4ª de 1992 y el bloque de constitucionalidad (Constitución) en tanto materializó la nivelación de la remuneración de los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación por medio de la creación de una bonificación no constitutiva de salario, salvo para "la base de

cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

3

- ✓ La Fiscalía General de la Nación, al momento de liquidar las prestaciones a que tiene derecho la demandante, no ha incluido la bonificación judicial como factor de salario con incidencia prestacional.
- ✓ Que el día 12 de febrero de 2018, presentaron reclamación administrativa, pretendiendo (i) se inaplique por inconstitucional la expresión “y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud” contenida en el artículo 1 del Decreto 0382 de 2013, subrogado por el Decreto 022 de 2014; (ii) se reconozca y pague la bonificación judicial como factor salarial y prestacional desde el momento de su creación; (iii) se reliquide y pague la diferencia resultante de la liquidación de prestaciones derivadas del salario desde la entrada en vigencia del Decreto 0382 de 2013; (iv) que se pague la sanción/indemnización moratoria por la no consignación total de las cesantías al respectivo fondo; (v) se indexen los valores reconocidos.
- ✓ Que mediante Oficio No. GSA – 31100-0541 del 27 de febrero de 2018, se les dio respuesta negativa a las pretensiones formuladas. Decisión notificada el 5 de marzo de 2018.
- ✓ Que el día 7 de marzo de 2018, presentaron recurso de apelación en contra de la decisión indicada en el hecho anterior, misma que fue recibida por la entidad.
- ✓ Que mediante Resolución No. 056 del 16 de marzo de 2018, se concedió el recurso de apelación y se resolvió el recurso de apelación, confirmándose la decisión. Decisión que le fue notificada por correo electrónico el 23 de abril de 2018.
- ✓ Mediante resolución No. 22211 del 9 de julio de 2018 se resolvió el recurso de apelación, confirmándose la decisión y agotándose debidamente la vía administrativa. Decisión notificada el 10 de julio de 2018 por correo electrónico.
- ✓ Que llevaron a cabo la conciliación prejudicial ante la Procuraduría 179 Judicial I para Asuntos Administrativos el 22 de noviembre de 2018, declarándose fallida por no haber ánimo conciliatorio por parte de la entidad convocada.
- ✓ Que a la fecha, no ha caducado ni prescrito el derecho de acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa para la revisión de legalidad del acto administrativo complejo demandado.

---

 (6) 8879640 ext 11118

 [admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co)

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

### **2.3. Normas violadas y concepto de violación:**

Preámbulo y los artículos 2, 4, 13, 25, 48, 53, 93, 150 y 250 y siguientes de la Constitución Política de Colombia.

Los convenios 01, 87, 95, 98, 100 y 111 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificados por el Estado Colombiano y por tanto conforme los previstos en el artículo 53 Superior, forman parte del bloque de constitucionalidad.

Los artículos 1, 2, 4, 10 y 14 de la Ley 4 de 1992.

El numeral 7 del artículo 152 de la Ley 270 de 1996.

Los artículos 24, 32 y 35 del Decreto Ley 546 de 1971.

El artículo 9 del Decreto 603 de 1977.

El artículo 8 del Decreto ley 244 de 1981.

El artículo 2 del Decreto 1726 de 1973.

El artículo 42 del Decreto Ley 11042 de 1978.

Los artículos 17, 32 y 33 del Decreto Ley 1045 de 1978.

El artículo 109 del Decreto 1660 de 1978.

El artículo 4 del Decreto 2916 de 1978.

El Decreto 247 de 1997.

El artículo 45 del Decreto 1042 de 1978.

El numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

### **2.4. Contestación de la demanda:**

#### **2.4.1. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.**

Se opuso a las pretensiones planteadas en la demanda, teniendo en cuenta que carecen de fundamentos fácticos y jurídicos, por cuanto los actos demandados se limitaron a señalar el cumplimiento de un deber legal que le impuso el legislador a la Fiscalía a través del Decreto 0382 de 2013, el cual

cuenta con plena vigencia y validez jurídica, al ceñirse a la Constitución y a la Ley.



Respecto a la pretensión de sanción moratoria por el no pago de las cesantías advierte que es improcedente dado que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado que la misma no opera en los casos de reliquidación de cesantías. Los cargos relacionados con daño emergente, dice que deben ser probados dentro del proceso; sin embargo, en el presente no existe prueba alguna en la que se acredite su ocurrencia. Sobre la condena en costas y agencias en derecho también se opone, en el entendido que en el presente caso no procede el reconocimiento y pago de lo pretendido.

Propuso como medios exceptivos de fondo los de: CONSTITUCIONALIDAD DE LA RESTRICCIÓN DEL CARÁCTER SALARIAL, APLICACIÓN DEL MANDATO DE SOSTENIBILIDAD FISCAL EN EL DECRETO 0382 DE 2013, LEGALIDAD DEL FUNDAMENTO NORMATIVO PARTICULAR, CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL, COBRO DE LO NO DEBIDO, INAPLICABILIDAD DE PERJUICIOS MATERIALES – DAÑO EMERGENTE, IMPROCEDENCIA DE LA SANCIÓN MORATORIA POR FALTA DE CONSIGNACIÓN Y/O PAGO DEL AUXILIO DE CESANTÍAS POR RELIQUIDACIÓN POSTERIOR, PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES, BUENA FE, GENÉRICA.

## **2.5. Traslado de excepciones.**

La parte demandante no se pronunció frente a las excepciones propuestas.

## **2.6. Alegatos de conclusión.**

Tanto las partes como el Ministerio Público no presentaron alegatos.

# **3. CONSIDERACIONES**

## **3.1. El fondo del asunto:**

Persigue la parte demandante se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- 1) El oficio No. GSA – 31100-0541 del 27 de febrero de 2018, que dio respuesta del derecho de petición.**
- 2) La resolución No. 22211 del 9 de julio de 2018 por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación.**

A través de los cuales se negó el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial para reliquidar las prestaciones sociales prima de

---

 (6) 8879640 ext 11118

 [admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co)

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

servicios, prima de productividad, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por servicios prestados y demás prestaciones que en virtud de la Ley correspondan a los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación.

### 3.2. Problema Jurídico:

***¿La bonificación judicial es constitutiva de factor salarial para liquidar las prestaciones sociales de la demandante?***

***¿Es procedente reajustar las prestaciones sociales devengadas por la demandante, al integrar la bonificación Judicial como factor constitutivo de salario a partir del 1 de enero de 2013?***

### 3.3. Argumento Central:

#### 3.3.1. Creación De La Bonificación Judicial En El Decreto 382 De 2013:

En aplicación del artículo 150 de la Constitución Nacional, el Congreso de la República expidió la Ley 4ª de 1992, por medio de la cual "(...) se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para **la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos**, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política".

De otra parte, el artículo 2º de la Ley 4ª de 1992 fijó los objetivos y criterios que el Gobierno Nacional debía acoger al momento de fijar el régimen salarial y prestacional de los funcionarios enumerados en el artículo 1º de la mencionada norma, así:

*"ARTÍCULO 2o. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:*

*"a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. **En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales**; (Destaco).*

En virtud de esta potestad otorgada por la citada ley, el Gobierno Nacional estableció los regímenes salariales y prestacionales de los servidores públicos de la Rama Judicial, la Fiscalía General de la Nación, la Justicia Penal Militar,

el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo por medio de los Decretos Nos. 51, 52, 53, 54 y 57 de 1993, entre otros.



A través del Decreto No. 53 de 1993 “*Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones*” el ejecutivo dispuso que este nuevo régimen sería de obligatorio cumplimiento para quienes se hubieren vinculado al servicio de la entidad con posterioridad a la vigencia del mismo (art. 1º) y al él podían optar por una sola vez antes del 28 de febrero de 1993; en caso contrario estos servidores continuarían rigiéndose por lo dispuesto en las normas legales vigentes a la fecha (art. 2º).

Posteriormente se expidió el Decreto 382 de 2013 (modificado por el Decreto 022/2014), en el que se estableció para los servidores de la Fiscalía General de la Nación, el derecho a percibir una bonificación judicial, en los siguientes términos:

*“**Artículo 1.** Crease (sic) para los servidores de la Fiscalía General de la Nación a quienes se aplica el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 53 de 1993, y que vienen rigiéndose por el decreto 875 de 2012 y por las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1º de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año, (...).*”

***ARTÍCULO 3.** Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente Decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10º de la Ley 4ª de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos. (...).*”

Empero, el reconocimiento de la bonificación judicial al personal vinculado a la Fiscalía General de la Nación no fue contemplada por el Gobierno Nacional como emolumento con carácter remuneratorio para todos los efectos legales y prestacionales de estos servidores, sino que por el contrario condicionó su naturaleza de manera exclusiva como factor salarial, a ser tenido en cuenta para el cálculo del ingreso base de liquidación y para el consecuente descuento con destino al sistema de salud y pensión, más no para liquidar el monto de las prestaciones sociales de los trabajadores.

### **3.3.2. Elementos constitutivos de salario y no constitutivos según la Jurisprudencia:**

---

 (6) 8879640 ext 11118

 [admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co)

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

La Constitución Política de 1991, en su artículo 53 facultó al Congreso de la República para expedir el estatuto del trabajo teniendo en cuenta para su creación el seguimiento de los principios de "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."

También dispuso que "Los convenios internacionales del trabajo, previamente ratificados y aceptados en debida forma, serían parte de la legislación interna". Igualmente dispuso que "**La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores**".

De esa manera, el bloque de constitucionalidad, los tratados y convenios internacionales son también aplicables y de obligatorio cumplimiento, como parámetro de legalidad de las actuaciones del Estado, de tal forma que si no se aplican se estaría vulnerando la propia Constitución. Aún más, los acuerdos, contratos y la misma ley no pueden desfavorecer los derechos de los trabajadores.

Ahora bien, como convenio internacional relevante en el tema bajo estudio, entre otros, se encuentra el Convenio sobre la Protección del Salario (Convenio, núm: 95, 1949), adoptado en Ginebra en la 322 reunión CIT, que tuvo su entrada en vigor el 24 de septiembre de 1952, ratificado por Colombia el 7 de junio de 1963, que legitimado por la propia Constitución, dispuso que "el **término salario** significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

La Corte Constitucional en sentencia C-521 del 16 de noviembre de 1995, mediante la cual resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra unos apartes de los artículos 15 y 16 de la Ley 50 de 1990, en relación a la noción de salario expuso:

**"Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito**

**o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones,** ni las prestaciones sociales, ni los pagos o suministros en especie, conforme lo acuerden las partes, ni los pagos que según su naturaleza y por disposición legal no tienen carácter salarial, o lo tienen en alguna medida para ciertos efectos, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando por disposición expresa **de las partes no tienen el carácter de salario, con efectos en la liquidación de prestaciones sociales**". (Subrayas y negrillas del Despacho).

De igual forma, en posterior pronunciamiento el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", radicado 2012-00260 (3568-15) del 02 de febrero de 2017, desarrolló el concepto de salario bajo el siguiente argumento:

*"Esta corporación<sup>1</sup> ha hecho la distinción de los conceptos devengar y salario, en tanto no son idénticos, y por ello no se pueden confundir. Devengar, es adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título; mientras que el Salario es la retribución por el servicio prestado y en este sentido, es uno de los posibles objetos del verbo devengar; de donde no todo lo devengado es salario, así como el salario no puede considerarse devengado para todos los efectos, en la medida su que pueden devengarse —causarse- rentas o ingresos a títulos diferentes.*

**Así las cosas, cuando la ley se refiere expresamente al salario como unidad de medida, todo pago que tenga un propósito retributivo, constituya un ingreso personal del funcionario y sea habitual, tiene naturaleza salarial y debe incluirse en la base de liquidación del derecho pretendido**". (rft)

En ese orden de ideas, cuando la ley estipula que lo devengado por un funcionario es la unidad de medida de un derecho, la misma ley será la que defina qué ingresos percibidos deben ser imputados en la liquidación del mismo. **Igualmente, cuando se refiera al salario debe entenderse que todo pago con carácter retributivo, que constituya un ingreso personal para el trabajador y que sea habitual, tiene tal naturaleza o característica**"

De conformidad con la ley, constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación, que adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del

<sup>1</sup> Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección A. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011). Radicación número: 50001-23-31-000-2006-00945-01 (1854-09)

trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas o comisiones.

Según la jurisprudencia, coinciden las altas cortes en el sentido en que si existe una relación laboral, la suma recibida corresponde a la contraprestación que el empleador debe al trabajar; no sólo por la prestación de sus servicios sino por el hecho de ponerse bajo la permanente subordinación del primero; que no corresponda a una gratuidad o mera liberalidad del empleador y que, además constituya un ingreso personal del trabajador y, por tanto, que no corresponda a lo que éste recibe en dinero o en especie para desempeñar a cabalidad las funciones encomendadas por el empleador.

Lo anterior permite indicar, la imposibilidad de que el salario ya no lo sea en virtud de la voluntad unilateral del empleador o por convenio individual o colectivo entre empleadores y trabajadores o por el título que se le imponga a la remuneración, pues si existen los elementos constitutivos de salario, este lo será sin importar la forma material de la disposición remuneratoria según el principio de primacía de la realidad sobre la formalidad.

En este orden de ideas, es preciso señalar que si la bonificación es reconocida por el empleador como retribución del trabajo y en razón al desempeño en el cargo, deberá entenderse que hace parte integrante del salario en los términos señalados en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

### 3.3.3. Sobre la Solicitud de Inaplicación del Artículo 1º del Decreto 382 de 2013:

El control de constitucionalidad por vía de excepción, está autorizado por el artículo 4º Superior, que reza "*La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...*", se autoriza pues la inaplicación que de una norma en un caso concreto, cuando resulta inconstitucional un precepto en un contexto en concreto, y por ello tal inaplicación está vinculada únicamente al preciso asunto puntualmente discutido.

La jurisprudencia en efecto advierte que corresponde al Juez, oficiosamente, inaplicar actos administrativos, lesivos al ordenamiento superior, en virtud de la denominada excepción de inconstitucionalidad, al referir:

*"Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución.*

2.2. De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución.

2.3. Por este hecho una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos erga omnes si la norma exceptuada es constitucional o no.

2.4. Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Corte que las excepciones de inconstitucionalidad que profieren las autoridades judiciales, administrativas o los particulares cuando tengan que aplicar una ley, no elimina la posibilidad que tiene la corporación de realizar el control de constitucionalidad de determinado precepto."<sup>2</sup>

El artículo 1º del Decreto 382 de 2013 no determina el carácter de no factor salarial de la bonificación judicial; no obstante ello, y en el caso concreto según lo expuesto, se estima que la norma en cita, contraría los postulados constitucionales sobre derechos laborales por lo que es viable inaplicar la expresión **UNICAMENTE** del artículo 1º del Decreto 382 de 2013 y que dice "Creáse (sic) para los servidores de la Fiscalía General de la Nación a quienes se aplica el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 53 de 1993, y que vienen rigiéndose por el decreto 875 de 2012 y por las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá **únicamente** factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud ...", en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, prevista en el artículo 4º de la Carta.

En el entendido que la bonificación judicial sí constituye factor salarial para liquidar las prestaciones sociales del demandante, dado que la norma la excluyó para liquidar dichas prestaciones.

En vista de lo anterior, se procede a resolver el problema jurídico planteado en relación con los hechos materia de controversia, consistente en determinar si

---

<sup>2</sup> Sentencia C122/2011, Corte Constitucional. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

la bonificación judicial creada por el Decreto 382 del 6 de marzo de 2013, para los servidores públicos que prestan sus servicios a la Fiscalía General de la Nación, tiene incidencia como factor prestacional.

Por un lado, la parte demandante señala que, la bonificación judicial es factor salarial y prestacional desde el momento de su creación, con incidencia en la liquidación de todos los emolumentos prestacionales, que por constitución y la ley correspondan a los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación, por tal motivo deberán reliquidarse teniendo en cuenta el valor percibido como "*bonificación judicial*".

De otra parte, la entidad pública demandada aduce que el contenido de las disposiciones del decreto objeto de demanda, contempla que la mentada bonificación únicamente constituye factor salarial para la base de cotización para el Sistema General de Pensiones y de Salud, y que su estructuración busca dentro de los límites constitucionales; establecer en su reconocimiento, unos efectos determinados que se encuadran dentro de la libertad de configuración de que gozan las autoridades legislativas y excepcionalmente las autoridades administrativas.

Ahora bien, de conformidad con la ley y la jurisprudencia arriba referenciadas y como primera medida; se precisa que la bonificación creada, al ser un reconocimiento mensual, implica su habitualidad y que al ser una remuneración derivada del servicio, lo convierte en un elemento constitutivo de salario. En suma, sí hace parte del monto para liquidar los aportes a la seguridad social, esto es al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, quiere decir que la bonificación judicial así creada hace parte del salario.

De otro lado, la restricción del artículo 1º del Decreto 382 de 2013, además de trasgredir lo dispuesto en el canon 17 de la Ley 344 de 1996; está basada en que la bonificación judicial, como lo interpreta la entidad demandada, no constituye salario en su integralidad; violando también lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, pues la referida bonificación cumple con todas sus características, como lo es el hecho de ser una remuneración fija, en dinero, como contraprestación directa del servicio, que ingresa real y efectivamente a su patrimonio, independiente de su denominación. Además porque la citada disposición al contemplar que dicho ingreso recibido por el trabajador constituye salario para efectos de descuentos de salud y pensión, no puede despojarla de su naturaleza al mismo tiempo, para convertirlo en no salario, porque se estaría modificando por vía de interpretación esta norma.

Al respecto se tiene que el Derecho Laboral Colombiano ha acogido la doctrina internacional del trabajo, expuesta por el maestro uruguayo Américo

Pía Rodríguez<sup>3</sup>, quien estableció como el primero de los principios del derecho del trabajo, el principio protector, cuyo fundamento responde al propósito de nivelar desigualdades, plasmando este principio en tres reglas: la *in dubio pro operario*, la de la norma más favorable y la de la condición más beneficiosa, que las definió así:

a) La regla *in dubio pro operario*, es un criterio que debe utilizar el juez o el intérprete para elegir entre varios sentidos posibles de una norma, aquél que sea más favorable al trabajador.

b) La regla de la norma más favorable. Determina que en caso de que haya más de una norma aplicable, debe optarse por aquella que sea más favorable, aunque no sea la que hubiese correspondido según los criterios clásicos sobre jerarquía de las normas.

c) La regla de la condición más beneficiosa. Criterio por el cual la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un trabajador.

Así mismo se tiene establecido que en el ámbito nacional la Corte Constitucional ha amparado este principio, para lo cual ha fijado su criterio así: Frente a su naturaleza protectora:

*"El principio del in dubio pro operario, característico del derecho laboral y que corresponde a su naturaleza protectora, está garantizado en la Carta Política y en el ordenamiento positivo laboral, para los casos de conflicto o de duda sobre la aplicación de normas vigentes en el tiempo (ley, convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, reglamento de trabajo), caso en el cual, prevalece la norma más favorable al trabajador, conforme lo disponen los artículos 58 y 26 superiores, pero ello no debe entenderse que se hable de favorabilidad como principio general frente a las apreciaciones o a los hechos materia u objeto de la prueba puesto que ellos pertenecen a la autonomía judicial."*<sup>4</sup>.

Respecto a la diferenciación con otros principios:

*"Este Tribunal ha distinguido el principio de la condición más beneficiosa del principio de favorabilidad y del principio in dubio pro operario, ya que todos apuntan invariablemente a la protección prevalente del trabajador, pero ante circunstancias precisas: "El principio de favorabilidad se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también*

---

<sup>3</sup> En su libro titulado "Los principios del Derecho del Trabajo", ediciones De la Palma, buenos Aires 1990. Segunda edición, pág. 9.

<sup>4</sup> T-555 de 2000

legal, Determina en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador. El principio in dubio pro operario (favorabilidad en sentido amplio), Implica que una o varias disposiciones jurídicas aplicables a un caso, permiten la adscripción de diversas interpretaciones razonables dentro de su contenido normativo, generando duda en el operador jurídico sobre cuál hermenéutica escoger. En esta hipótesis el intérprete debe elegir la interpretación que mayor amparo otorgue al trabajador. Mientras el principio de favorabilidad en sentido estricto recae sobre la selección de una determinada disposición jurídica, el principio in dubio pro operario lo hace sobre el ejercicio interpretativo efectuado por el juzgador al identificar el contenido normativo de una disposición jurídica."<sup>5</sup>

Ahora bien, como lo interpretó el Consejo de Estado "las partes deben disponer expresamente cuales factores salariales no constituyen salario, para efecto del pago de las prestaciones sociales y demás derechos laborales" bien sea que emane de la ley o por la expedición de un decreto, esta situación no se ve reflejada en la mencionada norma, por lo tanto se acogerá a la interpretación que más ampara al trabajador.

Por guardar íntima relación con el tema objeto de debate, se trae a colación el pronunciamiento del H. Consejo de Estado<sup>6</sup>, sobre la prima especial del 30% que perciben algunos servidores de la Rama Judicial de manera habitual y que el legislador limitó su incidencia en la liquidación de las prestaciones sociales a pesar de ser una remuneración directa percibida como contraprestación a sus servicios; la cual se constituyó como factor salarial, en esa oportunidad indicó:

"Posteriormente, con la expedición de la Carta Fundamental de 1991, el concepto mantiene identidad funcional con la manera como el régimen jurídico anterior se refirió a las primas para sobre su estructura representar básicamente **un incremento a la remuneración**; propiamente es posible reconocer que la Ley 4ª de 1992, retomó los elementos axiológicos de la noción, de manera que volvió a mencionar el concepto de prima como un fenómeno complementario **de adición a la remuneración** de los servidores públicos, tal como efectivamente quedó consagrado en los artículos 14 y 15 de dicha codificación; de forma que el entendimiento del concepto en vigencia del sistema de remuneración de los servidores públicos, luego de la Carta de 1991 y conforme a su ley marco, sigue situándose como un incremento, **un 'plus' para añadir el valor del ingreso laboral del servidor.**

"Lo anterior, amerita reflexionar en torno a si asiste razón a la tesis que considera que el concepto de prima dentro de los componentes que integran la remuneración de los servidores públicos, puede válidamente tener significado contradictorio, es decir, negativo a lo analizado o por lo

<sup>5</sup> T-157 de 2017

<sup>6</sup> Consejo de Estado en sentencia del 2 de abril de 2009.

menos, ambiguo para representar al mismo tiempo un agregado en la remuneración y contemporáneamente una merma de efecto adverso en el valor de la misma. Prima facie, es dable afirmar que una noción que representa al tiempo contenidos contradictorios, debe disolverse por la acción de la Justicia, es decir, es carga de la Judicatura entender los alcances del ordenamiento jurídico de forma consistente a la protección de los derechos de las personas - inciso 20 del artículo 53 de la Constitución Política -, todo ello dentro del contexto de un cometido que proporciona y justifica la existencia del Estado, de manera que, atendiendo esta mínima y básica realidad, no será posible asignar al concepto de prima usado por el Legislador en los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, una consecuencia diferente a la de representar un **incremento remuneratorio**. Este razonamiento, además, es consecuente con el **principio de progresividad**, constitucionalmente plasmado en el artículo 53 de la Carta Política, ya citado, pues deriva la noción de salario vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; justamente, hay que reconocer que la funcionalidad de las 'primas' en la remuneración de empleados y trabajadores, desarrolla y expresa esta característica conceptual con el alcance jurídico que precisamos dentro el sistema salarial vigente.

"Como resulta un contrasentido lógico, extraño al derecho, aceptar que las primas por más exentas que estén de su carácter salarial representen una merma al valor de la remuneración mensual de los servidores públicos, es consecuencia evidente de lo considerado, concluir que el artículo 7º del Decreto No. 618 de 2007, al tomar un 30% de la remuneración del funcionario para restarle su valor a título de prima especial sin carácter salarial, materialmente condensa una situación de violación a los contenidos y valores establecidos en la Ley 4ª de 1992 y por lo tanto habrá necesidad de excluirlo del ordenamiento jurídico.

**"El carácter negativo al valor del salario que justifica la anulación, se visualiza en el nexo que existe entre los conceptos salariales admitidos por el ordenamiento para esquematizar el elenco de factores que lo integran y los montos prestacionales que de manera ordinaria representan consistencia y coordinación con lo estrictamente salarial.**

Así pues, la exclusión del artículo en examen, demuestra además, porqué la norma demandada materializa una situación jurídica insostenible a la luz de los principios constitucionales y de la ley marco sobre el sistema y criterio de la estructura salarial de la función pública, y desde luego, a toda una tradición jurídica que consistentemente ha regulado el sistema salarial y prestacional para en su conjunto permitirle a la Sala precisar, que el alcance de las primas indicadas dentro de la Ley 4a de 1992 no puede ser otro que el aquí aludido". (Resaltado fuera de texto).

De conformidad con el alcance del concepto "**salario**", la jurisprudencia anteriormente citada y a partir del análisis interpretativo más favorable del artículo 1º del Decreto 382 de 2013; es dable concluir que la bonificación judicial, reviste un carácter salarial y tiene incidencia prestacional, a partir de su reconocimiento y de forma sucesiva a futuro, esto es, por el año 2013 y

siguientes, haciendo parte de la asignación mensual y ostentando entonces el carácter permanente de remuneración; generando por tanto la obligación de reliquidar las prestaciones sociales hasta la fecha en que cesó el vínculo laboral del actor.

#### 4. De lo probado en el proceso:

De acuerdo al material probatorio recaudado dentro del iter procesal, quedó establecido, que la demandante se encuentra vinculada a la Fiscalía General de la Nación y que devenga como factores salariales mensuales y periódicos anuales y semestrales, los siguientes:

| DEMANDANTE                      | FECHA RECLAMACIÓN                         | ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS  | FECHA ÚLTIMA VINCULACIÓN                 | ULTIMO CARGO DESEMPEÑADO   | Año                                  | Devengado mensual   | Factores periódicos anuales y semestrales  |
|---------------------------------|---|---|--|--|--------------------------------------|---|--|
| CARMENZA ADRIANA RAMÍREZ GARCÍA | 12/02/2018 (fls. 27 a 32 C1 Digitalizado) | GSA-31100-541 del 27 de febrero de 2018 (fls. 35 a 37 C1 digitalizado) y Resolución No. 22211 del 9 de julio de 2018 (fls. 46 a 49 C1 digitalizado) | 01/07/1992 (fl. 52 Y 53 C1 digitalizado) | FISCAL DELEGADO ANTE JUECES MUNICIPALES1 (fl. 3 archivo Ex HV CC30302044.pdf contenido dentro del archivo 03C2ExpActivo) | 2014<br>2015<br>2016<br>2017<br>2018 | Sueldo, gastos de representación y bonificación judicial (fl. 1 archivo Deven Ayda 2017 digitalizado) | Bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de prima de navidad, prima de vacaciones y prima de productividad (fls 1 a 7 archivo 02C1Fls54A59Nominas Dte.pdf). |

Se verifica que presentó reclamación administrativa solicitando se incluyera la bonificación judicial como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales y la bonificación por servicios prestados el **12/02/2018**.

La Fiscalía General de la Nación, dio respuesta negando el pedimento mediante la Resolución demandada que resolvió la petición y el recurso de apelación.

#### 5. Caso Concreto:

Con la documentación relacionada en las pruebas aportadas al proceso, se puede evidenciar que a la demandante CARMENZA ADRIANA RAMÍREZ GARCÍA, la accionada, le liquidó durante el año 2014 hasta el mes de diciembre de 2018, y la último desde el mes de enero de 2014 hasta febrero de 2018, la bonificación judicial y la asignación básica mensual.

Mediante escrito dirigido a la Fiscalía General de la Nación relacionado en el iter probatorio, solicitó que a la actora se le reconociera la bonificación judicial como factor salarial para liquidación de prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, cesantías, y demás emolumentos prestacionales prevista en el Decreto 382 del 6 de enero de 2013 y que se reliquide la diferencia resultante de la liquidación de dichos factores.

La Fiscalía General de la nación a través de la subdirección regional de apoyo y subdirectora de talento humano le resolvió negativamente la petición elevada a través de los actos administrativos demandados. Es decir, la entidad accionada no dio carácter de factor salarial a la bonificación judicial devengada por la demandante, por ende no tuvo en cuenta al liquidar los diferentes conceptos prestacionales dicha bonificación.

En consecuencia, la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la bonificación judicial creada por el Decreto 382 del 6 de marzo de 2013, como factor salarial a tener en cuenta en la base de liquidación de las prestaciones sociales percibidas, como primas, bonificación por servicios prestados y cesantías; esto a partir del **1º de enero de 2014 (tiempo que demostró devengó la bonificación judicial)** y mientras se causó en el tiempo; y a la reliquidación de los mencionados emolumentos siempre que hubieren sido percibidos con ocasión de los cargos desempeñados como empleada de la Fiscalía General de la Nación, en cuanto se trata de una remuneración habitual y periódica, percibida como contraprestación a los servicios prestados que forma parte del salario; sumas sobre la cuales deberán efectuarse el respectivo aporte al Sistema de Seguridad Social, si no se hubieren hecho, en la proporción que corresponda a la parte actora.

#### **6. Pago a título de daño emergente.**

El apoderado de la parte demandante solicita el pago a título de daño emergente una suma equivalente al veinticinco por ciento **25%** del total de los valores reconocidos por concepto de honorarios profesionales **del abogado por la gestión prejudicial.**

Esta pretensión ha de ser negada en razón que el daño emergente se trata de los gastos e inversiones efectivamente cancelados por la demandante y en el presente caso no está probado que la demandante le haya cancelado el **25%** al apoderado por concepto de honorarios profesionales por la gestión prejudicial.

Se vislumbra en el plenario los contratos de servicios profesionales (**fl. 60 C1 expediente digitalizado**) en el que indica que la demandante se compromete a cancelar en calidad de honorarios al apoderado el **25%** del valor reconocido por la bonificación judicial como factor prestación o salarial por

parte de la Fiscalía General de la Nación a los demandantes, y que el apoderado podrá pedir deducción sobre cualquier compromiso ante el ente que llegare a realizar el pago.

Por lo tanto no emerge como pago el **25%** al poderdante que pueda ser reconocido a título de daño emergente.

## 7. Indexación:

Se ordenará que la parte demandada pague a la actora las sumas de dinero dejadas de percibir, equivalentes a la diferencia entre lo efectivamente recibido por la demandante CARMENZA ADRIANA RAMÍREZ CARDONA, en materia salarial y prestacional, y lo que le corresponda al incluirse el valor devengado por concepto de Bonificación Judicial, con base en lo aquí ordenado.

De las sumas que resulten a favor de la demandante por concepto de la diferencia entre lo pagado y lo que se reconozca una vez efectuado el reajuste ordenado en los términos de esta providencia, se ajustarán en su valor, dando aplicación a la fórmula emplea por la jurisdicción de lo contencioso administrativo

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo periódico, la fórmula se aplicará separadamente período por período.

## 8. Prescripción

Una vez analizada la petición de la demandante se configura la prescripción trienal de la liquidación de las prestaciones sociales, como quiera que entre la fecha en la cual se hizo exigible su pago, **el 6 de marzo de 2013 fecha en que fue expedido el Decreto 382 que reconoció la bonificación judicial, y la fecha de radicación de las peticiones de reconocimiento** como factor salarial, que fue el **12-02-2018** pasaron más de 3 años, por lo tanto, se declarará probada la excepción de prescripción trienal, respecto de a la reliquidación de las prestaciones sociales causadas con anterioridad al **12-02-2015**.

## 9. Costas

El Despacho dispondrá condenar a la entidad demandada, partiendo del criterio objetivo que ha venido sustentando el H. Consejo de Estado para la imposición de las mismas, el cual concluye que no se debe evaluar a conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino aspectos objetivos respecto de su causación, tal como lo prevé el Código General del Proceso,

con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Al respecto<sup>7</sup> se indicó que:

*"...El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc."*

*Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del C.G.P, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme a los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8º de la ley 1123 de 2007..."*

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y a la remisión normativa señalada por el canon 506 ibídem en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, y atendiendo a un criterio objetivo valorativo en su imposición, se condenará a la parte demandada por el valor de las agencias en derecho, dado que se accede a las pretensiones y se tiene acreditada que la parte demandante desplegó actuación por intermedio de apoderado judicial.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA:**

**PRIMERO: DECLÁRESE NO PROBADAS** las excepciones propuestas por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, de CONSTITUCIONALIDAD DE LA RESTRICCIÓN DEL CARÁCTER SALARIAL, APLICACIÓN DEL MANDATO DE SOSTENIBILIDAD FISCAL EN EL DECRETO 0382 DE 2013, LEGALIDAD DEL FUNDAMENTO NORMATIVO PARTICULAR, CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL, COBRO DE LO NO DEBIDO, INAPLICABILIDAD DE PERJUICIOS MATERIALES – DAÑO EMERGENTE, IMPROCEDENCIA DE LA SANCIÓN MORATORIA POR FALTA DE CONSIGNACIÓN Y/O PAGO DEL AUXILIO DE CESANTÍAS POR RELIQUIDACIÓN POSTERIOR, BUENA FE, GENÉRICA, por lo expuesto en la parte considerativa.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección “A”, C.P. William Hernández Gómez, siete (7) de abril de dos mil dieciséis (201), Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01.

**SEGUNDO: DECLARESE PROBADA** la excepción de PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES por lo expuesto en la parte considerativa.

**TERCERO: INAPLÍQUESE** para el caso concreto la expresión subrayada contenida en el artículo 1º del Decreto 382/2013 **“Artículo 1º. Créase para los servidores de la Fiscalía General de la Nación y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el decreto 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud ...”**, en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, prevista en el artículo 40 de la Carta. En el entendido que la bonificación judicial sí constituye factor salarial para liquidar las prestaciones sociales de igual forma para liquidar la bonificación por servicios prestados del demandante, dado que el Decreto la excluyó para liquidar dichas prestaciones.

**CUARTO: DECLÁRESE LA NULIDAD** de los actos administrativos **contenido en el oficio No. GSA – 31100-0541 del 27 de febrero de 2018, que dio respuesta del derecho de petición y la resolución No. 22211 del 9 de julio de 2018 por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación**, actos administrativos que negaron la inclusión de la bonificación judicial, establecida en el Decreto 382 de 2013 como factor salarial de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**QUINTO:** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNESE** a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a reconocer a la demandante **CARMENZA ADRIANA RAMÍREZ GARCÍA**, la bonificación judicial como **factor salarial** a tener en cuenta en la base de liquidación de las prestaciones sociales percibidas, como primas, bonificación por servicios prestados y cesantías; con ocasión de los cargos desempeñados, esto a partir del **12 de febrero de 2015**, por haber operado la prescripción trienal, hasta la fecha y durante el tiempo que dure o duró su vinculación.

**SEXTO:** Las sumas reconocidas con la reliquidación ordenada en el numeral anterior deberán ser actualizadas, con fundamento en EL IPC certificados por DANE teniendo en cuenta para el efecto la fórmula: matemática financiera empleada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

**SÉPTIMO: NIÉGUESE** las demás pretensiones de la demanda.

**OCTAVO: CONDÉNESE** en costas del proceso a la parte demandada y a favor de la parte actora, las que serán liquidadas por la Secretaría en la oportunidad de ley.

21

**NOVENO:** La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

**DÉCIMO: EJECUTORIADA** esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere. **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI.

**NOTIFÍQUESE**

---

 (6) 8879640 ext 11118

 [admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co)

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

**Firmado Por:**

**Maria Isabel Grisales Gomez  
Juez Circuito  
Juzgado Administrativo  
004  
Manizales - Caldas**

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

Código de verificación: **dbccd08149a4ab5374e98a30989d8d5df8fb6bffe83d081de52c6b0acd1cefc**  
Documento generado en 07/12/2021 03:59:46 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

---

Manizales, diciembre siete (7) de dos mil veintiuno (2021)

|                          |   |
|--------------------------|---|
| <b>Medio de control:</b> | <b>Nulidad y Restablecimiento del Derecho</b>                             |
| <b>Radicado:</b>         | <b>17001-33-33-004-2015-00221</b>   |
| <b>Demandante:</b>       | <b>Ana Neisser Diossa de González</b>                                     |
| <b>Demandado:</b>        | <b>Nación – Ministerio de Educación Nacional y Departamento de Caldas</b> |
| <b>Sentencia</b>         | <b>245</b>  |

### 1. ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del medio de control de la referencia.

### 2. ANTECEDENTES

#### 2.1. Pretensiones:

**PRIMERO:** Declarar la nulidad del Acto Ficto o Presunto ante el silencio de la Secretaría de Educación Departamental de Caldas de resolver en tiempo oportuno y de fondo el derecho de petición del 19 de noviembre de 2014, donde se solicitó a favor de la señora ANA NEISER DIOSSA DE GONZÁLEZ, el reconocimiento y pago de la pensión sustitutiva por muerte o pensión post mortem, por fallecimiento de su legítimo esposo GABRIEL ANTONIO GONZÁLEZ DELGADO, ocurrida el 5 de enero de 1988 en Manizales.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de la anterior declaración se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – DEPARTAMENTO DE CALDAS el reconocimiento y pago de a Pensión Sustitutiva por muerte o pensión post mortem, por el fallecimiento del señor GABRIEL ANTONIO GONZÁLEZ DELGADO ocurrida el 5 de enero de 1988 en Manizales, prestación que deberá ser efectiva a partir del 19 de noviembre de 2011 debidamente indexada incluidas las primas de navidad, vacaciones, auxilio de transporte y la prima de alimentación, con efectos fiscales a partir desde la

misma fecha en razón a que opera el fenómeno de la Prescripción Trienal, que se interrumpió con la petición de noviembre de 19 de 2014.

TERCERO: Que se prevenga a la parte demandada para que se sirva dar estricto cumplimiento conforme lo establece los artículos 189, 192 y 195 del CPACA.

CUARTO: Condenar en costas a las entidades demandadas.

## 2.2. Supuestos fácticos:

La parte demandante sustentó sus pedimentos en los hechos que se resumen de la siguiente manera:

- Que la señora ANA NEISER DIOSSA DE GONZÁLEZ presentó derecho de petición el 19 de noviembre de 2014 con todos los documentos necesarios ante la Secretaría de Educación Departamental de Manizales (sic) para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación post mortem por fallecimiento de su esposo GABRIEL ANTONIO GONZÁLEZ DELGADO, y hasta la fecha se ha guardado silencio total frente al resultado de dicha prestación.
- Que como prueba del derecho está la Resolución No. 003198 del 17 de abril de 1990 expedida por CAJANAL, donde le reconoce a la señora ANA NEISER DIOSSA DE GONZALEZ la pensión gracia sustitutiva por la muerte de su esposo GABRIEL ANTONIO GONZÁLEZ DELGADO.
- Expresa que la señora ANA NEISER desconocía que los maestros nombrados por los entes territoriales que se vincularon a la docencia con carácter de nacionalizados, hasta el 30 de diciembre de 1980, tenía derecho a dos pensiones, esto es, la Pensión de Gracia y la Pensión Departamental o Legal, de ahí que apenas hasta el año anterior tuvo conocimiento de dichos beneficios y por ello inició los trámites administrativos correspondientes.
- Señala que las declaraciones extrajudicio rendidas bajo juramento que se presentaron para acreditar la convivencia de la mandante con su esposo dan fe que estuvieron casados durante unos 22 años de manera ininterrumpida (aduce que anexa fotocopia, que los originales reposan en la Secretaría de Educación Departamental de Caldas, pero al verificar la demanda se aprecia que las copias no fueron aportadas con la demanda).
- Colige que la señora ANA NEISER DIOSSA DE G., le asiste el derecho a ser beneficiaria de la sustitución de la pensión, por haber cumplido las exigencias de orden legal, cuyo retroactivo se solicita debidamente indexado, a partir del 19 de noviembre de 2011, con inclusión de todos los factores salariales que devengó el señor GABRIEL ANTONIO GONZÁLEZ D., durante el último año de servicios.

## 2.3. Normas violadas y concepto de la violación:

(6) 8879640 ext 11118

 [admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co)

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

Artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48 y 53 de la Constitución Nacional. Artículos 73, 85, 137, 206 y ss. del Código Contencioso Administrativo. Artículos 136, 137, 138, 161 y 162 del Código de Procedimiento Administrativo. Artículo 1 de las Leyes 33 y 62 de 1985 y Art. 45 del Decreto 1045 de 1978.

#### **2.4. Contestación de la demanda:**

##### **2.4.1. El Departamento de Caldas:**

La entidad demandada contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Explica que la Ley 91 de 1989 así como el Decreto 2831 de 2005, establece cuál es el procedimiento y en cabeza de qué entidad corresponde la obligación de reconocer y pagar las prestaciones económicas y sociales de los docentes y directivos docentes; agrega que en ninguna de estas prerrogativas legales contempla que la obligación del reconocimiento y pago de las prestaciones sea del Departamento de Caldas.

Además de haber planteado las excepciones previas de FALTA DE LEGITIMIDAD POR PASIVA y la de PRESCRIPCIÓN, planteó las de fondo INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY.

##### **2.4.2. El Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:** permaneció silente.

#### **2.5. Traslado de excepciones:**

De las excepciones propuestas se corrió traslado a la parte demandante quien no se pronunció frente a ellas.

#### **2.6. Traslados de alegatos:**

La parte demandante se ratificó en todos y cada uno de los hechos y pretensiones de la demanda.

Advierte que la confusión que se ha venido dando por parte la U.G.P.P. estriba en que allí se reconoció pensión por la muerte del señor GABRIEL ANTONIO GONZALEZ y se sustituyó a favor de la demandante como cónyuge sobreviviente, lo cual no se discute, pero que esta prestación no es otra que la comúnmente conocida como la PENSIÓN DEPARTAMENTAL, que venía siendo también reconocida como PENSION VEJEZ, por parte de las entidades territoriales.

Refiere que en este caso excepcional la entidad territorial Departamento de Caldas, direccionó los aportes para Pensión hacia la desaparecida CAJANAL hoy la UNIDAD.

Agrega que la Pensión de Jubilación GRACIA que se reclama es la prevista en la Ley 114 de 1913, a la cual tienen derecho los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 y que además hubieran sido nombrados por los entes territoriales (Departamento o Municipios) y el fallecido fue nombrado por la entidad territorial DEPARTAMENTO DE CALDAS, mediante Decreto No. 0034 de Enero 22/1963; además tiene como requisitos para su reconocimiento y pago, veinte (20) años de servicios en escuelas públicas y en los niveles preescolar, primaria o secundaria y el cumplimiento de cincuenta (50) años de edad. A estos docentes se les da la denominación de NACIONALIZADOS, los otros son

 (6) 8879640 ext 11118

 [admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co)

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

NACIONALES nombrados por el Ministerio de Educación Nacional y no tienen derecho a la Pensión Gracia.

Finalmente solicita que con fundamento en lo expuesto y se condene a la UNIDAD o U.G.P.P., al reconocimiento y pago de la PENSION DE JUBILACION GRACIA, a que tiene derecho por la muerte de su esposo GRABIEL ANTONIO GONZALEZ DELGADO, ocurrida el 05 de enero de 1988, teniendo en cuenta el fenómeno jurídico de la prescripción trienal.

### 3. CONSIDERACIONES

#### 3.1. El Fondo del asunto:

Suplica entonces la parte demandante que se declare la nulidad del acto ficto o presunto originado de la petición del 19 de noviembre de 2014 ante NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE CALDAS, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN que le negó el reconocimiento y pago de la sustitución de pensión de jubilación o pensión post mortem a la señora ANA NEISER DIOSSA DE GONZÁLEZ por el fallecimiento de su esposo GABRIEL ANTONIO GONZÁLEZ DELGADO con la inclusión de todos los factores salariales.

#### 3.2. Problema Jurídico:

*¿Tiene derecho la parte demandante a que se le reconozca y pague la pensión de jubilación post mortem como beneficiaria del causante GABRIEL ANTONIO GONZÁLEZ DELGADO por parte de la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE CALDAS, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, teniendo en cuenta todo lo devengado en el último año de servicios?*

#### 3.3. Argumento Central:

##### 3.3.1. Premisas normativas y jurisprudenciales:

###### 3.3.1.1. Normatividad que regula la pensión para docentes oficiales.

La Ley 6ª de 1945, en su artículo 17, literal b), estableció una pensión vitalicia de jubilación en favor de los empleados y obreros nacionales de carácter permanente que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios, con el siguiente tenor literal:

*“Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: (...) b) Pensión vitalicia de jubilación cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en*

(6) 8879640 ext 11118

 [admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co)

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

*cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión”.*

Esta ley se aplicó en el ámbito nacional hasta la expedición del Decreto 3135 de 1968<sup>1</sup>, el artículo 27, varió la edad de jubilación de los varones en los siguientes términos:

*“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 le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio”.*

Tanto el Decreto Ley 3135 de 1968, como su reglamentario (Decreto 1848 de 1969), se expidieron y aplicaron para servidores de la rama ejecutiva nacional del poder público. Respecto de los servidores de los entes territoriales, en materia pensional continuaron sometidos a la Ley 6 de 1945 y normas complementarias y modificatorias, hasta la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985. Esta ley exceptuó de su aplicación a los empleados oficiales que disfrutaban de un régimen especial de pensiones.

El monto pensional del 75% fue incorporado mediante el artículo 4 de la Ley 4 de 1966, modificando en lo pertinente el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945, con el siguiente tenor literal:

*“ARTICULO 4o. A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.”*

A su vez, los artículos 68 y 73 del Decreto 1848 de 1969 preceptúan:

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

*PARÁGRAFO. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación solamente se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) horas o más. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o labor no llegan al límite mínimo indicado, el cómputo se hará sumando las horas efectivamente laboradas y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga, se tomará como el de días laborados, los cuales se adicionarán con los de descanso remunerado y de vacaciones remuneradas”.*

*ARTICULO 73. CUANTÍA DE LA PENSIÓN. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin.”*

<sup>1</sup> Para los servidores territoriales fue subrogada por la Ley 33 de 1985.

El Decreto Ley No. 2277 de 1979, estatuto docente comprende el régimen “especial” de los educadores, pero esta disposición no regula las pensiones de jubilación u ordinarias de los mismos, de modo que es preciso remitirse a la regulación general de la Ley 33 de 1985.

Por mandato del artículo 1° de la Ley 33 de 1985 no sólo se equiparó la edad de la mujer con la del varón para efectos de jubilación, sino que se estableció la regla general para la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles y se consagraron unas excepciones. Su tenor literal es el siguiente:

*“ARTÍCULO 1°.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. Ver Artículo 45 [Decreto Nacional 1045 de 1978](#)*

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

*En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno. Modifica el Artículo 25 [Decreto Nacional 2400 de 1968](#) [Decreto Nacional 1950 de 1973](#) Artículo 86 [Decreto Nacional 1848 de 1969](#)*

(...)

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

*Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55), si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro. Ver Artículo 7 y ss. [Ley 71 de 1988](#)*

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

La ley 33 de 1985, rige desde el 13 de febrero de 1985, fecha de su promulgación, en el artículo 1°, parágrafo 2, ibidem, estableció un régimen de transición consistente en que los empleados que llevaran un tiempo de servicio de 15 años a la fecha de expedición de la ley, podían pensionarse con los requisitos del régimen anterior de pensiones contenido en la Ley 6 de 1945.

La Ley 33 de 1985, en su artículo 25, derogó los artículos 27 y 28 del Decreto Extraordinario 3135 de 1968, y las demás disposiciones que le fueren contrarias, con el siguiente tenor literal:

*“Esta ley rige a partir de su sanción y deroga los artículos 27 y 28 del Decreto extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que le sean contrarias.”*

(6) 8879640 ext 11118

 [admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co)

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

De su aplicación se exceptúan tres casos:

- Los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
- Los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones sobre EDAD PENSIONAL que regían con anterioridad.
- Y los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

Con posterioridad a la Ley 33 de 1985 se expidió la Ley 91 de 1989, que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Sobre el tema dispuso lo siguiente:

*“ARTÍCULO 1. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:*

*Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*

*Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.*

*Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.*

*PARÁGRAFO. Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.*

(...)

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

*(Ver art. 6 Ley 60 de 1993)*

*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.*

*(Ver Concepto 479 de 1992; Concepto 525 de 1993 Concepto 537 de 1993 Sala de Consulta y Servicio Civil)*

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

(...)

De conformidad con lo anterior, los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por

(6) 8879640 ext 11118

 [admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co)

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro, y los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial.

La Ley 60 de 1993, dispone en su artículo 6 que:

ARTICULO 6o.

(...)

*El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.*

(...)"

La Ley 100 de 1993, en el inciso 2º del artículo 279, excluyó a los docentes del Sistema Integral de Seguridad Social cuando expresó:

*“Así mismo, se exceptúan 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”.*

En esas condiciones, si el régimen general de seguridad social en materia de pensión de vejez (antes de jubilación) no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, entidad que tiene a cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los docentes, cabe concluir que estas prestaciones siguen sometidas al régimen legal anterior; esto es, la Ley 33 de 1985.

De igual forma el régimen pensional anterior a la Ley 33 de 1985 es el contemplado en la Ley 6 de 1945, el Decreto Ley 3135 de 1968, el Decreto Ley 1045 de 1978, según las circunstancias que consagra el régimen pensional “*general u ordinario*”.

Descendiendo al caso concreto, al señor GONZALEZ DELGADO (q.e.p.d.) lo gobernaban las normas anteriores a la Ley 33 de 1985 en virtud que al momento de entrada en vigencia la misma llevaba mas de 15 años laborando como docente.

### **3.3.1.2. Normatividad que regula el reconocimiento y pago de pensión post mortem docente.**

Se debe decir que las prestaciones sociales derivadas de la vinculación que como docente tuvo el señor GONZALEZ DELGADO, se encuentran regidas por las normas vigentes durante el período que duró su vinculación al Magisterio del 1-02-1967 al 5-01-1988 día del fallecimiento.

(6) 8879640 ext 11118

 [admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co)

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

Así, la enunciación de un régimen especial la hace el Decreto 3135 de 1968, que en sus artículos 5 y 6 establece que la regulación allí prevista será aplicable, entre otros, a empleados oficiales, como era el señor **González Delgado**, en su condición de docente del Departamento de Caldas.

El literal C) del numeral 2do del artículo 14 del mismo cuerpo normativo prevé que estará a cargo de las entidades de Previsión, la pensión de jubilación, prestación cuyo régimen es desarrollado por el artículo 68 y siguientes del Decreto 1848 de 1968, que consagra el régimen al que los servidores oficiales estarían sometidos para alcanzar su pensión de jubilación o vejez.

Ahora, el régimen previsto para quienes eran beneficiarios de un empleado oficial que fallece, se encuentra en el artículo 92 del decreto 1848 de 1968, que consagra dos requisitos:

1. Que el beneficiario inicial de la pensión por invalidez, jubilación o retiro por vejez haya fallecido.
2. Que el solicitante sea su cónyuge, o su hijo menor de dieciocho años, o que siendo mayor de edad, esté incapacitado para trabajar por hallarse estudiando o por estar en estado de invalidez.

Adicionalmente, en el mencionado artículo 92 del Decreto 1848 de 1969, se establecía que este beneficio, que denominaba “*transmisión de la pensión*”, se gozaría por dos años los cuales serían contados a partir del fallecimiento del funcionario; este régimen que había sido modificado en asuntos tangenciales por la ley 44 de 1980 y que mantenía dicha restricción, fue modificado en este aspecto por el artículo 3º de la ley 71 de 1988 que previó<sup>2</sup>:

*“Artículo 3.- Extiéndase las provisiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, **de la Ley 12 de 1975**, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 **en forma vitalicia, al cónyuge supérstite** compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen.”*

De esta forma, la restricción de dos años para el goce de la sustitución pensional se eliminó, permitiendo que la misma fuera de forma vitalicia para las cónyuges supérstite de los pensionados.

En cuanto a la condición vitalicia de la pensión, el CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA – SUBSECCIÓN “B”, Consejero ponente: ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO, Bogotá, D. C., febrero quince (15) de dos mil siete (2007), **Radicación número:** 15001-23-31-000-1999-02419-01(4840-04), sostuvo lo siguiente en un caso de igual referencia:

<sup>2</sup> Sentencia Tutela Corte Constitucional Referencia: expediente T-3085226, Acción de tutela instaurada por Cesar Augusto Numpaque Manrique, Magistrado Ponente, HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Bogotá D.C., siete (7) de octubre de dos mil once (2011)

“Desde la expedición de la Ley 33 de 1973, el derecho a la sustitución de la pensión que por una época fue temporal (cinco años), se convirtió en vitalicia. En efecto, dicha ley en el artículo 1° dispuso:

“Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, o un empleado o trabajador del sector público sea este oficial o semioficial con el mismo derecho, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia.”

No solo la aludida temporalidad cobijó a aquellos beneficiarios de la sustitución, que a partir de la fecha de promulgación de dicha ley se les fuera a reconocer, sino que también se aplicó a quienes ya venían disfrutando del beneficio en forma temporal. Así lo previó el parágrafo 2 del artículo 1° de la Ley 33 de 1973, en cuanto dispuso:

“A las viudas que se encuentren en la actualidad disfrutando, o tengan derecho a disfrutar de los cinco (5) años de sustitución de la pensión, les queda prorrogado su derecho dentro de los términos de esta ley.”

No resulta de recibo el planteamiento del recurrente, en el sentido de que dicha “normatividad no modificó las situaciones jurídicas de quienes hubieren servido entre dieciocho y veinte años, como es el caso de la referencia y por lo cual la norma aplicable era y sigue siendo el Decreto 224 de 1972”, **en razón de que, la Ley 33 de 1973 se aplicó en todos los órdenes: trabajadores particulares, empleados o trabajadores del sector público oficial o semioficial, tanto para quienes fueran a reclamar el derecho a la sustitución, como para quienes venían disfrutándolo, y derogó expresamente todas las disposiciones que le fueran contrarias: Así lo previó el artículo 4° de la ley en mención:**

“Art. 4°.- Esta ley rige a partir de la fecha de su sanción y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.”

Conforme a lo expuesto, GLADYS SANABRIA CIFUENTES le asiste el derecho a la sustitución de la pensión, no temporal como lo dispuso la entidad demandada en los actos acusados, sino en forma vitalicia, motivo por el cual la Sala comparte la decisión de primera instancia.”

Por su parte la ley 12 de 1975 consagró en el artículo primero lo siguiente:

**“El cónyuge supérstite, o la compañera permanente de un trabajador o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la ley, o en convenciones colectivas”**

A su vez la ley 113 de 1985 en el artículo primero señaló:

**“Para los efectos del artículo 1° de la ley 12 de 1975, se entenderá que es cónyuge supérstite el esposo o esposa de la persona fallecida, siempre y cuando se hallare vigente el vínculo matrimonial según la ley Colombiana en la fecha de la muerte.**

**Parágrafo: El derecho de sustitución procede tanto cuando el trabajador fallecido estaba pensionado como cuando había adquirido el derecho a la pensión”.**

(6) 8879640 ext 11118

 [admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co)

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

Las normas transcritas amparan el reconocimiento de la pensión de jubilación post mortem solicitada por la demandante ANA NEISER DIOSSA DE GONZALEZ, en virtud que al momento del fallecimiento de su esposo 5-01-1988 el régimen pensional que lo regía era el anterior a la Ley 33 de 1985.

### 3.3.1.3. Entidad competente para reconocimiento de la pensión ordinaria docentes, antes de la entrada en vigencia la Ley 91 de 1989.

Las normas aplicables son:

El Decreto 081 de 1976 (enero 20) por el cual se trasladan unas funciones a la Caja Nacional de Previsión Social, en su artículo 1 estableció:

*“La Caja Nacional de Previsión Social asumirá las funciones que hoy cumple la Sección de pensiones de la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, relativas a la liquidación y pago de las siguientes pensiones: (...)*

*g. Del personal que adquirió o adquiriera el derecho al servicio del magisterio de primaria.”*

Según lo anterior, la competencia del reconocimiento pensional de los docentes que en vigencia de dicha norma causaron su derecho pensional, sería en principio de la Caja Nacional de Previsión.

El artículo 2 de la ley 91 de 1989 “*Por el cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, determina en qué casos dicho Fondo queda obligado al pago de las prestaciones sociales de los docentes y en qué casos la competencia se mantiene en la Caja de Previsión a la que haya estado vinculado el beneficiario. El contenido literal de la disposición es el siguiente:

*“De acuerdo con lo dispuesto por la ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:*

*“1. Las prestaciones sociales del **personal nacional**, causados (sic) hasta la fecha de promulgación de la presente ley, así como los reajustes y la sustitución de pensiones son de cargo de la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional de Ahorro y en consecuencia seguirán siendo pagadas por dichas entidades, o las que hicieron sus veces.*

*2. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas hasta el 31 de diciembre de 1975, así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión, o las entidades que hicieron sus veces, a las cuales venía vinculado este personal y, en consecuencia, seguirán siendo pagadas por dichas entidades.*

*3. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas en el período correspondiente al proceso de nacionalización (1. de enero de 1976 a 31 de diciembre de 1980), así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de la*

 (6) 8879640 ext 11118

 [admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co)

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

*Nación o de las respectivas entidades territoriales o de las cajas de previsión, o de las entidades que hicieren sus veces. La Nación pagará, pero estas entidades contribuirán, por este período, con los aportes de ley, para la cancelación de las prestaciones sociales en los mismos porcentajes definidos en el Artículo 3 de la Ley 43 de 1975.*

**4. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas y no pagadas en el período comprendido entre el 10. de enero de 1981 y la fecha de promulgación de la presente Ley, serán reconocidas y pagadas por las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión social, o las entidades que hicieren sus veces, a las cuales estaba vinculado dicho personal. Pero para atender los respectivos pagos, la Nación tendrá que hacer los aportes correspondientes, tomando en consideración el valor total de la deuda que se liquide a su favor, con fundamento en los convenios que para el efecto haya suscrito o suscriba ésta con las entidades territoriales y las cajas de previsión social o las entidades que hicieren sus veces.**

*5. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.”*

De acuerdo con esta norma, las pensiones reclamadas por los docentes se reconocen teniendo en cuenta las siguientes reglas: (i) la fecha de causación de la pensión; (ii) la calidad del personal: Nacional o Nacionalizado y (iii) la Entidad a la cual se venían realizando los aportes por prestaciones sociales (entidad territorial, caja de previsión social o las entidades que hicieran sus veces). Además, sólo en el caso del numeral 5º (pensiones causadas con posterioridad a la promulgación de esa ley), la competencia pasó a ser del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio<sup>3</sup>.

Estas reglas han sido reiteradas por la jurisprudencia del Consejo de Estado en sus diferentes Salas<sup>4</sup>.

En el presente caso, la fecha de la causación del derecho a la prestación se dio el 5-01-1988 fecha de fallecimiento del señor Gabriel Antonio González, quien laboraba en calidad de docente nacionalizado, esposo de la señora Ana Neiser Diossa, y la entidad a quien le venía realizando los aportes por prestaciones sociales era CAJANAL desde febrero de 1967 al momento de su deceso.

### **3.4. El caso concreto:**

<sup>3</sup> Concordante con el artículo 4º de la misma Ley 91 de 1989, según el cual al Fondo Nacional de Prestaciones le compete el reconocimiento de las prestaciones de los docentes vinculados al servicio al expedirse la ley y de los que se vinculen a futuro

<sup>4</sup> Cfr. Sentencias: Sala de Consulta y del Servicio Civil. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. 19 de enero de 2006. Radicación No.: 110010306000200500014 00; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque. 22 de febrero de 2000. Radicación número: C443. Actor: Caja Nacional de Previsión Social; Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección "A", Consejero ponente: Jaime Moreno García. 1 de marzo de 2007. Radicación número: 25000- 23-25-000-2001-04697-01(0863-05) Actor: Cecilia Pinzón Pinzón, entre otras.

### 3.4.1. Sobre el reconocimiento de la prestación pretendida y la entidad competente.

Se recuerda que la parte actora, según los hechos y pretensiones de la demanda, aspira al: a) reconocimiento de la pensión de jubilación post mortem, que dice está a cargo de la entidad demandada NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (según lo mencionó en la demanda y su corrección<sup>5</sup>), y b) a la reliquidación de los factores salariales.

Por su parte el Departamento de Caldas, aduce que no es competente para el reconocimiento de la prestación solicitada. La entidad de carácter nacional guardó silencio.

De la fundamentación fáctica y los documentos allegadas al proceso, se tiene probado que:

- El causante GABRIEL ANTONIO GONZÁLEZ DELGADO nació el día 24 de agosto de 1940, según consta en el registro civil de nacimiento (fl.59 C.1) y contrajo matrimonio con la señora ANA NEISER DIOSSA USMA el día 22 de diciembre de 1965 según el registro civil de matrimonio (fls.17 y 72 C.1).
- Que el causante GABRIEL ANTONIO convivió con su esposa ANA NEISER compartiendo techo, lecho y mesa durante 22 años hasta el día del fallecimiento, hecho probado con las declaraciones extrajuicio (fl. 77 C1).
- Que el señor GABRIEL ANTONIO laboró como docente oficial desde el 20 de febrero de 1963 hasta el 5-01-1988 (fl. 11 a 15 C1).
- El Sr. GABRIEL ANTONIO GONZÁLEZ falleció el día 5 de enero de 1988, según consta en el registro civil de defunción (fl.19 y 61 C.1).
- La Secretaría de Educación de Caldas certificó mediante el Formato Único para Expedición de certificado de salarios No. 2916 que el señor GABRIEL ANTONIO GONZÁLEZ DELGADO, tenía la calidad de NACIONALIZADO, y en el último año devengó: asignación básica, prima de alimentación, prima de población y prima de navidad (fls. 14bis y 16 C1).
- Que mediante resolución No. 003198 del 17 de abril de 1990<sup>6</sup>, CAJANAL declaró con ocasión del fallecimiento del Sr. GABRIEL ANTONIO GONZÁLEZ DELGADO, causado el derecho a la pensión de jubilación en favor de la cónyuge supérstite Sra. ANA NEISER DIOSSA DE GONZÁLEZ, en virtud de la Ley 12 de 1975, mediante la cual se reconoce y sustituye simultáneamente la pensión por reunir los requisitos para tal fin, efectiva a partir del 6 de enero de 1988.

<sup>5</sup> "(...) procedo a subsanar el yerro que dio origen a la inadmisión de la demanda, en la forma que sigue: PUNTO PRIMERO: La demanda se dirige contra la Nación Ministerio de Educación Nacional, a pesar de que los aportes se hubieran hecho a Cajanal, porque la primera Pensión o sea la de Gracia, ya se reconoció, pero los docentes que gozan de un régimen exceptuado de pensiones, tienen derecho además de la pensión Gracia, a la Pensión de Vejez, que reconoce el Ministerio de Educación Nacional a través de la Fiduprevisora S.A., o Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. La pensión Gracia o pensión nacional, ya fue reconocida o Sustituida, falta la Pensión Departamental que reconoce el Fondo, independientemente que los aportes se hubieran hecho a Cajanal hoy la U.G.P.P., por ello la demanda va dirigida contra la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Gobernación de Caldas, Secretaría de Educación Departamental."

<sup>6</sup> "POR LA CUAL SE DECLARA CAUSADO EL DERECHO A UNA PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y SE RECONOCEN PRESTACIONES SOCIALES CAUSADAS POR FALLECIMIENTO A "CONTRATO CALDAS"

(6) 8879640 ext 11118

 [admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co)

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

- Que el reconocimiento pensonal se efectuó de conformidad “*con el Decreto 1848/69 - en concordancia con la ley 12/75, el primero que concede la pensión de jubilación a los docentes y la segunda que hace viable el otorgamiento de la pensión de jubilación a los beneficiarios del empleado que falleciere sin haber cumplido la edad cronológica*” (fls.11-12 C.1). Y además, de las normas mencionadas, el citado acto administrativo invoca como disposiciones aplicables las leyes 6 de 1945, 33 de 1985, 62 de 1985, 113 de 1985 y Decreto 01 de 1984.

Bajo estas condiciones, observa el despacho que dentro del expediente se encuentra acreditado que el señor GABRIEL ANTONIO GONZÁLEZ DELGADO ostentaba la calidad de docente NACIONALIZADO, el cual prestó sus servicios desde el mes de febrero de 1963 hasta el mes de enero de 1988 (fecha de su fallecimiento), razón por la cual su situación particular se rige por el artículo 15 de numeral 1 de la Ley 91 de 1989, en cuanto señala que, a los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de prestaciones económicas y sociales mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes.

Estos supuestos, dan cuenta que para el caso concreto se mantiene el régimen vigente que venía manejando la entidad territorial, esto es DEPARTAMENTO DE CALDAS, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, al momento del fallecimiento del señor GABRIEL ANTONIO (5-11-1988), dado que el derecho al reconocimiento prestacional (pensión de jubilación post mortem) se causó a partir de ese momento.

Respecto al régimen que venía manejando la entidad DEPARTAMENTO DE CALDAS en el año 1988, se tiene que según certificación expedida el 26 de enero de 2008, por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de CAJANAL EICE, la “entidad suscribió con el Departamento de Caldas un Contrato Interadministrativo para el reconocimiento y pago de prestaciones económicas y la prestación de servicios médico asistenciales a los empleados administrativos de dicho departamento, vigente entre el 1 de febrero de 1967 y el 31 de agosto de 1979; y de los docentes del Departamento, con vigencia entre el 1 de febrero de 1967 y el 31 de julio de 1990, por lo tanto las cuotas partes causadas por los tiempos de servicio prestados al Departamento por los funcionarios de Caldas, dentro de las vigencias citadas y en el respectivo carácter de servidores administrativos o docentes, son de cargo de Cajanal EICE”. (Fl. 15 del cuaderno prueba de oficio).

Se observa en el FORMATO ÚNICO PARA EXPEDICIÓN DE CERTIFICADO DE HISTORIA LABORAL, expedido el 24-07-2014 por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, que al señor GONZÁLEZ DELGADO (q.e.p.d.) durante todo su vínculo laboral 20-02-1963 al 5-01-1988 (fecha de su fallecimiento), realizó los aportes como docente a CAJANAL (Fl. 16).

Ahora bien, teniendo en cuenta el contrato interadministrativo mencionado en la referida certificación, firmado entre el Departamento de Caldas y CAJANAL EICE y los aportes que realizó el docente a CAJANAL, es que la última es la competente del reconocimiento de la prestación que reclama la actora. Ello en virtud del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 91 de 1989 que dispone “*Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas y no pagadas en el período comprendido entre el 1o. de enero de 1981 y la fecha de promulgación de la presente Ley, serán reconocidas y pagadas por las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión social, o las entidades que hicieron sus veces, a las cuales estaba vinculado dicho personal...*”

(6) 8879640 ext 11118

 [admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co)

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

Siendo así, advierte el despacho que **la pensión de jubilación ordinaria post mortem solicitada ya fue reconocida por CAJANAL a la señora ANA NEISER DIOSSA DE GONZÁLEZ, a través de la Resolución No. 003198 del 17 de abril de 1990**, ello se extrae de las normas que la sustentan; esto es, la ley 6 de 1945, Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, Ley 113 de 1985 y Decreto 01 de 1984, Decreto 1848 de 1969 y Ley 12 de 1975 que regulan este tipo de prestación.

Bajo esta tesis, no procede el reconocimiento de la prestación pretendida frente al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el DEPARTAMENTO DE CALDAS, porque en virtud al contrato interadministrativo firmado entre aquella y CAJANAL, le corresponde el reconocimiento de la prestación a CAJANAL EICE, como en efecto lo hizo. Por tal motivo se negarán las pretensiones de la demanda.

Dado lo anterior se declarará probada las excepciones de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA y INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY, propuestas por el DEPARTAMENTO DE CALDAS y de oficio las declara el juzgado para el MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

#### **3.4.2. Sobre la aplicación del principio de congruencia entre lo pedido y lo decidido.**

El apoderado en las alegaciones aclara que lo solicitado es que “**se condene a la UNIDAD o U.G.P.P., al reconocimiento y pago de la PENSION DE JUBILACION GRACIA**”; sin embargo, lo peticionado en los hechos y pretensiones del libelo introductor es el reconocimiento de la pensión de jubilación ordinaria post – mortem, ello en virtud a las normas que invoca como violadas que son los Decretos 690 de 1974, 1160 de 1989, Ley 71 de 1988, Ley 4 de 1966, 33 y 62 de 1985, que regulan este tipo de prestación.

Se recuerda que la pensión gracia es una pensión especial regulada en las leyes 114 de 1913 y 116 de 1928, Ley 37 de 1933, Ley 4 de 1966, Decreto 1743 de 1966, en favor de los maestros de las escuelas primarias oficiales, que hayan servido en el magisterio por un término no menor de 20 años, prestación a la que solo acceden aquellos docentes que hubieren prestado los servicios en planteles Municipales, Distritales o Departamentales.

Como se mencionó, una vez verificada las normas que sustentan la resolución 003198 de 1990 que reconoció la pensión de jubilación post mortem a la señora ANA NEISER DIOSSA, son el Decreto 1848 de 1969, Ley 12 de 1975, la ley 6 de 1945, Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, Ley 113 de 1985 y Decreto 01 de 1984 mismas que regulan la pensión de jubilación ordinaria más no la pensión gracia como lo mencionó por error en los supuestos fácticos la parte actora, y que ahora quiere enmendar en las alegaciones.

De hecho, la aludida prestación fue reconocida por CAJANAL en virtud que al momento de la causación del derecho<sup>7</sup> los aportes se realizaban a dicha entidad y aún no se había creado el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora bien, es en virtud al principio de congruencia, que la juez no debe pronunciarse sobre la aclaración o nuevo argumento que expone la parte demandante en las alegaciones

<sup>7</sup> A partir del día del fallecimiento del docente GABRIEL ANTONIO GONZÁLES DELGADO en el año 1988.

“se condene a la UNIDAD o U.G.P.P., al reconocimiento y pago de la PENSION DE JUBILACION GRACIA”.

Este principio se traduce en la concordancia debida entre el pedido en la demanda y su corrección, junto con las excepciones, con lo decidido en la sentencia y encuentra su fundamento en los artículos 55<sup>8</sup> de la Ley 270 de 1996 y artículo 42<sup>9</sup> del CPACA en concordancia con el 281 del C.G.P., que señala que “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”

Sobre este principio la Sección Segunda del Consejo de Estado se ha pronunciado anunciando que va aparejado con la garantía del derecho fundamental al debido proceso, así:

*“El principio de congruencia se erige como una verdadera garantía del derecho fundamental al debido proceso a las partes en el proceso judicial, en el sentido que al juez de la causa solo le resulta permitido emitir pronunciamiento con base en lo pretendido, lo probado y lo excepcionado dentro del mismo, sin que sea dable dictar sentencias por fuera (extra) o por más (ultra) de lo pedido (petita), y en caso de omitir pronunciarse sobre solicitado como pretensión tiene el deber de explicar de forma clara las razones de tal omisión”.*<sup>10</sup>

Siendo así y en virtud a que la parte demandante en escrito introductor lo que pretendió para la señora ANA NEISER DIOSSA DE GONZALEZ fue el reconocimiento de la pensión de jubilación ordinaria post mortem, dadas las normas invocadas, a causa del fallecimiento de su esposo GABRIEL ANTONIO GONZÁLEZ, y no la pensión gracia, es que este despacho no debe pronunciarse frente a esta última pretensión implorada en los alegatos dado el principio de congruencia.

Ahora, tampoco se vislumbra que se hayan agotado los recursos en sede administrativa frente a esa pretensión ante la U.G.P.P. como cuestión previa para demandar el reconocimiento de la pensión gracia post-mortem y tampoco lo trajo como parte pasiva en la litis.

Lo anterior no obsta para que la parte actora acuda a la administración a solicitar la pensión gracia post mortem.

### 3.5. Costas:

Se condenará a la parte demandante, partiendo del criterio objetivo que ha venido sustentando el Consejo de Estado para la imposición de las mismas, el cual concluye que no se debe evaluar a conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino aspectos objetivos

<sup>8</sup> “ARTÍCULO 55. ELABORACION DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES. Las sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales”.

<sup>9</sup> “Artículo 42. Contenido de la decisión. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada.

La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos.”

<sup>10</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCIÓN “B” Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS Bogotá, D. C., veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 25000-23-42-000-2014-01139-01(2458-15)

respecto de su causación, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Al respecto<sup>11</sup> se indicó que:

*“...El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.*

*Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del C.G.P, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme a los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8º de la ley 1123 de 2007...”*

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y a la remisión normativa señalada por el canon 506 ibídem en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, y atendiendo a un criterio objetivo valorativo en su imposición, se condenará a la parte demandante por el valor de las agencias en derecho, dado que se han negado las pretensiones y se tiene acreditada que la parte demandada desplegó actuación por intermedio de apoderado judicial.

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES, CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### 4. FALLA:

**PRIMERO: DECLARAR** probada las excepciones de "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA" e "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY", propuestas por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, y de oficio las declara el despacho para **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

**SEGUNDO: NEGAR** las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO inició ANA NEISER DIOSSA DE GONZÁLEZ en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, DEPARTAMENTO DE CALDAS**, por los argumentos expuestos en la parte considerativa.

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", C.P. William Hernández Gómez, siete (7) de abril de dos mil dieciséis (201), Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01.

 (6) 8879640 ext 11118

 [admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co)

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

**TERCERO: CONDENAR EN COSTAS** a la parte demandante y en favor del demandado, en la forma señalada en la parte motiva.

**CUARTO: LIQUIDAR** los gastos del proceso y efectuar devolución de los remanentes a que hubiere lugar.

**QUINTO: ARCHIVAR** la actuación, una vez **EJECUTORIADA** esta providencia, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

---

 (6) 8879640 ext 11118

 [admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:admin04ma@cendoj.ramajudicial.gov.co)

 Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales

 WhatsApp 318 241 0825

**Firmado Por:**

**Maria Isabel Grisales Gomez  
Juez Circuito  
Juzgado Administrativo  
004  
Manizales - Caldas**

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

Código de verificación: **dbdb16cb88e956a5bd9287f2bada7ebc17e66e6b9a351943cea0d754de9a5f39**

Documento generado en 07/12/2021 03:59:45 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, diciembre siete (7) de dos mil veintiuno (2021)

|                  |  |
|------------------|--|
| Radicación       | 17001-33-33-004-2019-00277-00          |
| Medio de Control | Nulidad y Restablecimiento del Derecho |
| Demandante:      | OLGA PATRICIA PÉREZ RÍOS               |
| Demandada:       | DEPARTAMENTO DE CALDAS                 |
| Sentencia No.:   | 247                                    |

### 1. ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia.

### 2. ANTECEDENTES

#### 2.1. Pretensiones:

Declarar la nulidad del acto administrativo No. UJ-SED 672 del 21 de septiembre de 2018 por medio del cual se negó a la demandante, el reconocimiento de los tiempos de servicios para efectos pensionales.

Que se declare la existencia de una relación laboral entre el Departamento de Caldas -Secretaría de Educación y la demandante, durante el tiempo que duró contratada por el sistema OPS, art. 31 Ley 80/93 y/o contrato de prestación de servicios.

Que como consecuencia de tal declaración y para efectos de pensión de jubilación, se ordene a la entidad demandada reconocer a la demandante los tiempos de servicios respectivos, desde el momento de su vinculación al ente territorial, hasta la fecha de suscripción del último contrato, por haber existido una relación laboral bajo la continua dependencia y subordinación como docente oficial.

Que, a título de restablecimiento del derecho, se ordene lo siguiente:

El envío de las cotizaciones para efectos pensionales, por parte del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- por los períodos reconocidos en los numerales primero y segundo de esta demanda.

Que sobre los aportes pensionales, aplique los reajustes de ley para cada año como lo ordena la C.N. y la ley.

Que se ordene a la entidad territorial dar cumplimiento al fallo en la forma prevista en el artículo 192 del CPACA y que expida certificado de historia laboral y/o tiempo de servicios a nombre de la accionante, incluyendo los tiempos laborados objeto de la presente demanda.

## **2.2. Supuestos fácticos:**

Que la demandante, OLGA PATRICIA PÉREZ RÍOS, laboró como docente por órdenes de prestación de servicios y/o contrato de prestación de servicios a cargo del Departamento de Caldas, durante los cuales no se reconoció tiempo de servicios para efectos pensionales.

Que tal situación choca con los artículos 12 y 13 de la Constitución, al no reconocer tiempo de servicios para efectos pensionales, pese a que cumplió con todos los requisitos exigidos en la Ley para tal fin.

Dice que se ha vulnerado el principio fundamental de la primacía de la realidad ante las formalidades contenido en el art. 53 de la Carta Fundamental, pues resulta claro que la parte demandante nunca prestó sus servicios de manera independiente, sino que laboró bajo un contrato de trabajo, lo que le da derecho a reclamar la contabilización de la totalidad del tiempo de servicios para efectos pensionales.

Que la labor docente tiene intrínseco en su esencia, la prestación personal del servicio, la subordinación a los reglamentos educativos, políticas fijadas por el Ministerio de Educación y la entidad territorial que administra el servicio, el pensum académico y calendario escolar, por lo que no es viable afirmar que se pueda desarrollar esta labor de manera independiente, lo cual ha sido fijado por el Consejo de Estado.

## **2.3. Normas violadas y concepto de la violación:**

Numeral 3 del Art. 32 de la Ley 80 de 1993.

Constitución Política, artículos 12, 13 y 53.

Trae unas citas jurisprudenciales mediante las cuales hace referencia a la vulneración del derecho al trabajo de la demandante y frente a las diferencias que existen entre el contrato de trabajo y la prestación de servicios, entre otras, las formalidades del contrato de trabajo y la primacía de la realidad sobre las formalidades establecida por los sujetos de la relación laboral.

## **2.4. Contestación de la demanda:**

La entidad territorial se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestando que no le asiste derecho a la accionante a dichas reclamaciones en tanto los contratos de prestación de servicios están regulados en el artículo 32 # 3 de la Ley 80 de 1993 estableciendo diferentes modalidades de selección o contractuales, contenidas también en los Decretos 735 de 2012 y 1510 de 2013, además de gozar de las competencias para ello de acuerdo a lo normado en los artículos 356 y 357 de la Constitución y las Leyes 115 de 1994 y 715 de 2001.

Afirmó también que la actividad docente necesaria y obligatoriamente se debe adecuar a ciertos parámetros sociales, psicológicos y de entorno que permitan que la educación impartida a los educandos sea la correcta, por lo que regula horarios del día y contenido, por ello no puede permitirse que los docentes tengan autonomía para la prestación del servicio en horario diferente al establecido y que, frente al tema se han pronunciado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Solicitó denegar las pretensiones de la demanda. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva; no cumplimiento de los requisitos esenciales que regulan un contrato laboral y prescripción.

## **2.5. Alegatos de conclusión:**

**2.5.1. Parte demandante:** Se ratifica en los hechos de la demanda y enfatiza que la actora laboró con la entidad demanda confluendo los elementos del contrato de trabajo y la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación de trabajo y por lo tanto, tiene derecho a que se liquiden las prestaciones sociales que no le fueron canceladas al momento de la terminación del contrato, conforme lo establecido en el Decreto Nacional 1042 de 1978. Que igualmente, deben reconocerse y pagarse a la mandante, las cotizaciones a pensión correspondientes a la entidad de previsión que se encuentre afiliada al momento del cumplimiento de la sentencia.

## **2.5.2. Departamento de Caldas:**

Refirió que la utilización de la modalidad del Contrato de Prestación del Servicio en el presente caso se dio acorde a derecho, se dio por necesidad del servicio y por el tiempo necesario para contrarrestar la anormalidad presentadas y no se configura una relación legal y reglamentaria ya que en el tema central de la subordinación, referente a las supuestas órdenes y dirección dada por la Administración me permito remitirme a la Ley 115 de 1994, que taxativamente consagra las características, condiciones y forma en que se debe prestar el servicio educativo con el fin de preservar y salvaguardar el derecho de los educandos –de los niños- y elevar la educación del país, adicional a ello, se trata de los intereses preferentes de los menores que en ningún caso están por encima.

Indicó también que el asunto en temas de docentes, ya fue dirimido por el Consejo de Estado en sentencia radicada No. 68001-23-15-000-2000-01793-

01(2094-07). Subsidiariamente indicó que, de accederse a las pretensiones, se niegue el reconocimiento y pago de los aportes a pensiones ya que la demandante no estuvo vinculada al FOMAG y un ordenamiento así, permitiría que cualquier contratista demandara en los mismos términos afectando la independencia y autonomía del ente territorial en la contratación.

**2.5.3. Concepto del Ministerio Público:** La Procuradora Judicial para Asuntos Administrativos guardó silencio.

### **3. CONSIDERACIONES**

#### **3.1. Cuestión Previa:**

Sea del caso precisar que en este asunto fue decretada una prueba de oficio una vez el proceso se encontraba a Despacho para sentencia, teniendo en cuenta que en el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de esta ciudad se había tramitado un proceso a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, iniciado por la ahora demandante, la señora Olga Patricia Pérez Ríos en contra de la misma entidad territorial.

Habiendo sido remitida la información por el Juzgado Quinto Administrativo, se observa que el proceso allí tramitado, si bien figuraron las mismas partes que ahora actúan en este proceso, lo cierto es que el objeto y causa difieren, pues en dicho expediente se plantearon como pretensiones la nulidad de actuaciones administrativas que negaron el reconocimiento de pago de la Bonificación por Servicios Prestados regulada por los artículos 45 y siguientes del Decreto 1042 de 1978, pedimentos que fueron negados en ambas instancias, conforme se observa en los fallos aportados a la actuación.

Siendo ello así, no queda sino concluir que no hay cosa juzgada, pues en el presente caso, se persigue es el reconocimiento de una relación laboral por el ejercicio de la labor docente cuando prestó funciones a través de contratos de prestación de servicios. Por lo tanto, se prosigue con la decisión de fondo en esta controversia.

#### **3.2 El Fondo del asunto:**

Se trata de determinar la legalidad del acto demandado, contenido en el oficio No. UJ-SED 672 del 21 de septiembre de 2018 por medio del cual se negó a la parte demandante el reconocimiento de una relación laboral y con ello el tiempo de servicio para efectos pensionales.

#### **3.3. Problema Jurídico:**



¿La vinculación de la demandante con el Departamento de Caldas a través de Órdenes de Prestación de Servicios configura una verdadera relación laboral? En caso afirmativo, ¿Hay lugar al reconocimiento de los aportes pensionales reclamados con ocasión de dicho vínculo?

5

### 3.4. Argumento Central:

#### 3.4.1. Premisas jurisprudenciales y normativas:

#### - El principio de primacía de la realidad sobre las formas en materia laboral y su relación con el contrato realidad

El mencionado principio ha sido decantado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>1</sup> en los siguientes términos:

*Al consagrar los principios mínimos fundamentales de las relaciones de trabajo, el artículo 53 de la Constitución dispone que uno de ellos concierne a la “primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”. Este principio indica que al momento de determinar la naturaleza del vínculo que relaciona a una persona que presta sus servicios con aquella que se beneficia de ellos, debe dar prioridad a la verdad que se deriva de la labor empírica que se desempeña, cuando a través de ella se exterioriza una relación laboral, más que a la nominación que las partes le pretendan dar al contrato que las une.*

*Así las cosas, por encima de las formalidades, impera la realidad objetiva y empírica que consolida una relación, sin importar la modalidad contractual adoptada y la denominación empleada para el contrato. En la práctica, este principio busca privilegiar el reconocimiento por parte de los jueces de los hechos vinculados sustantivamente con un contrato de naturaleza laboral, impidiendo que a través de actos formales se oculte o disfrute una relación de trabajo, con el único propósito de evadir las obligaciones que se derivan de esta categoría de negocio jurídico.*

*Sobre el particular, en la Sentencia C-665 de 1998, este Tribunal manifestó que: “[c]onforme lo establece el artículo 53 de la Carta (...), el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades.”*

*Por su parte, el Consejo de Estado ha dicho que “el verdadero sentido del principio de primacía de la realidad (...) implica que se reconozca con certeza y efectividad todo derecho que deviene del despliegue real de una actividad laboral”, siempre que por parte del interesado se acredite, de forma incontrovertible, los elementos que identifican dicha relación, esto es, la prestación de una actividad personal, el reconocimiento de un salario o retribución por dicho servicio, y la continuada subordinación o dependencia.*

*La naturaleza jurídica de este principio se identifica entonces a partir de dos finalidades que le son propias, por una parte, se convierte en un mecanismo de preservación del ordenamiento jurídico laboral, pues impide que derechos de orden público y de naturaleza cierta e indiscutible sean desconocidos por las partes a través de actos simulados que*

<sup>1</sup>Sentencia C-185/19. Referencia: Expediente D-12890. Magistrado Sustanciador: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ. Bogotá DC, ocho (8) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

*pretenden ocultar la realidad de una relación de trabajo; y por la otra, impide el fraude a las garantías mínimas de los trabajadores, a través de convenios que buscan prescindir de la existencia de las normas protectoras y de tutela que brinda el derecho laboral.*

*En este contexto, el principio de primacía de la realidad sobre las formas tiene una aplicación de naturaleza concreta, subjetiva y específica frente a los casos en los que se oculta la presencia de una relación laboral. Ello implica, por un lado, que le corresponde al interesado en desentrañar la naturaleza real del vínculo, probar y acreditar los elementos esenciales que lo identifican; y por el otro, que —a partir de dicha exigencia probatoria— no cabe su uso de manera general o universal frente a categorías jurídicas abstractas definidas por el legislador.*

*Así lo ha sostenido el Consejo de Estado, al señalar que “[p]ara efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.”*

*En el mismo sentido, la Corte ha expresado que, en cada caso “que los jueces competentes encuentren que se desnaturalizó la relación (...) de trabajo [deben proceder] a declarar la existencia del verdadero contrato celebrado, sin que sea relevante el nombre acordado, y ordenarán ajustar los derechos económicos a lo que corresponda en justicia y derecho.”*

*En conclusión, el principio de primacía de la realidad se aplica en los casos donde se aprecie una desconformidad entre la práctica (hechos) y el contrato (formalidad) suscrito. No obstante, su reconocimiento no opera de forma general o universal frente a las distintas categorías jurídicas de naturaleza contractual definidas por el legislador, toda vez que su operancia depende de cada caso concreto, en donde se debe acreditar por el interesado que se presentan los tres elementos esenciales que identifican la relación laboral.*

Se establece entonces que el principio de primacía de la realidad sobre las formas tiene una aplicación concreta cuando en una vinculación contractual en la modalidad de contrato de prestación de servicios (inciso 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993), la cual no genera ninguna relación laboral como tampoco el pago de salarios y prestaciones sociales, se verifica en la realidad una verdadera relación de trabajo a partir del cumplimiento de sus componentes, esto es, la prestación personal del servicio, la retribución y la subordinación, por lo cual emerge una relación de trabajo que conlleva a que el contratista acceda a las prestaciones sociales y demás emolumentos a los que tienen derecho los trabajadores o empleados que cumplen iguales funciones.

Ahora bien, sobre la **naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios**, se trae a colación lo expuesto por el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación jurisprudencial<sup>2</sup>:

*“...El contrato estatal de prestación de servicios, por ser uno de los instrumentos de gestión pública y de ejecución presupuestal más importantes de la Administración para satisfacer sus necesidades y asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, es un tipo de negocio*

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. William Hernández Gómez, radicación 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).



*jurídico que expresamente recoge el estatuto general de contratación pública; se trata, por tanto, de un contrato típico, pues está definido en el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece lo siguiente:*

*“3. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.*

*85. Ahora bien, para los propósitos que animan a la Sala a proferir esta sentencia de unificación, es necesario mencionar, además, que la regulación del contrato de prestación de servicios ha sido complementada por otras disposiciones legales y reglamentarias, entre las cuales se destacan las contenidas en la Ley 1150 de 2007 y en los decretos reglamentarios 855 de 1994, 1737, 1738 y 2209 de 1998, 2170 de 2002, 66 de 2008, 2474 de 2008, 2025 de 2009, 4266 de 2010 y 734 de 2012; muchas de ellas modificadas, subrogadas, derogadas e incluso compiladas en el Decreto 1082 de 2015 «por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional», cuyo Libro 2, Parte 2, Título 1, reúne, hoy en día, la mayor parte de las disposiciones reglamentarias de las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.*

*86. Así pues, con base en las anteriores disposiciones de rango legal y reglamentario que complementan su regulación, y de un amplio acervo jurisprudencial de esta corporación, se pueden considerar como características del contrato estatal de prestación de servicios las siguientes:*

*87. (i) Solo puede celebrarse por un «término estrictamente indispensable» y para desarrollar «actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad», y no cabe su empleo para la cobertura indefinida de necesidades permanentes o recurrentes de esta.*

*88. (ii) Permite la vinculación de personas naturales o jurídicas; sin embargo, en estos casos, la entidad deberá justificar, en los estudios previos, porqué las actividades «no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados». 25*

*89. (iii) El contratista conserva un alto grado de autonomía para la ejecución de la labor encomendada. En consecuencia, no puede ser sujeto de una absoluta subordinación o dependencia. De ahí que el artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993 determina que «En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales». 26*

*90. A este respecto, conviene aclarar que lo que debe existir entre contratante y contratista es una relación de coordinación de actividades, la cual implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente del objeto contractual, como puede ser el cumplimiento de un horario o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados. 27*

*91. En definitiva, los contratistas estatales son simplemente colaboradores episódicos y ocasionales de la Administración, que vienen a brindarle apoyo o acompañamiento transitorio a la entidad contratante, sin que pueda predicarse de su vinculación algún ánimo o vocación de permanencia...”*

**Y sobre el objeto del contrato de prestación de servicios puntualizó la citada Alta Corporación:**



“92. El objeto del contrato de prestación de servicios es bastante amplio. Esto es así, toda vez que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 no solo contempla varios tipos de contratos distintos, sino que, además, dispone que cualquier contrato de prestación de servicios tiene por objeto genérico «desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad»<sup>3</sup>. No obstante, la celebración del contrato de prestación de servicios debe formalizarse a través de las modalidades de la contratación directa, pues así lo dispone el artículo 2, numeral 4, literal h), de la Ley 1150 de 2007, cuyo tenor literal es el siguiente:

[...] Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos: [...] h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales

93. Por lo tanto, la Administración Pública puede celebrar contratos de prestación de servicios que comprendan, como objeto, atender funciones ocasionales por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra pública —como peritos, técnicos y obreros—; y, también, de manera excepcional y temporal, cumplir funciones pertenecientes al objeto misional de la respectiva entidad, siempre que no haya suficiente personal de planta o se requieran conocimientos especializados.

Y sobre los **criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios**, el H. Consejo de Estado consignó las siguientes consideraciones en la citada sentencia de unificación:

“... Si bien el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 establece, de manera expresa, que los contratos de prestación de servicios no son fuente de una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales, la jurisprudencia de esta corporación y de la Corte Constitucional, ha admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de una relación laboral.

96. Esto es así, en virtud del mandato superior (artículo 53) que consagra la prevalencia de la realidad frente a las formas, caso en el cual debe concluirse, que si bajo el ropaje externo de un contrato de prestación de servicios se esconde una auténtica relación de trabajo, esta da lugar al surgimiento del deber de retribución de las prestaciones sociales a cargo de la Administración. No obstante, aun cuando se acrediten los mencionados elementos del contrato de trabajo, lo que emerge entre el contratista y la entidad es una relación laboral, gracias a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, por lo que, en ningún caso, será posible darle la categoría de empleado.

97. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala reúne las siguientes manifestaciones, que habrán de servirle al juez contencioso-administrativo como parámetros o indicios de la auténtica naturaleza que subyace a cada vinculación contractual.

### **2.3.3.1. Los estudios previos**

98. La Administración Pública debe dar aplicación a un plan en cada uno de sus procesos de selección, en especial, en los que lleva a cabo de forma directa. Así lo consideró el legislador al redactar el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, donde, en este último, bajo la figura denominada «maduración de proyectos», 31 dispuso la exigencia de elaborar estudios, diseños y proyectos, y los pliegos de condiciones, según corresponda, con anterioridad a la apertura de un proceso de selección o a la firma de

<sup>3</sup> Artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993.

*un contrato si la modalidad de contratación es la directa. 32 En la práctica, al conjunto de estas exigencias se le ha designado «estudios previos».*

*99. El mencionado artículo 87 de la Ley 1474 de 2011 resume los estudios previos como el análisis de conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, la tramitación de las autorizaciones y las aprobaciones necesarias para la contratación o el desarrollo de los estudios, diseños y proyectos requeridos para tal fin.*

*100. En el caso del contrato estatal de prestación de servicios profesionales, que es la modalidad que se examina en el marco de esta litis, el análisis del sector depende del objeto del contrato y de las condiciones de idoneidad y/o experiencia que permiten contratar a la persona natural o jurídica que está en condiciones de desarrollarlo. No obstante, al ser un contrato temporal, el término por el cual se celebra debe estar consignado en los estudios previos dentro del objeto contractual. Así lo ha interpretado la Corte Constitucional, al precisar que el objeto del contrato de prestación de servicios está conformado por «la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada». 33*

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

### **2.3.3.2. Subordinación continuada**

*102. De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye el elemento determinante que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio. 4*

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

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

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A; sentencia de 24 de abril de 2019; radicado 08001-23-33-000-2013-00074-01(2200-16); C.P. William Hernández Gómez.

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

106. iii) **La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar.** Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del *ius variandi*,<sup>35</sup> la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

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

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

### **2.3.3.3. Prestación personal del servicio**

109. Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este; <sup>36</sup> pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Al respecto, véase, entre otras sentencias, la del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; de 1 de marzo de 2018; radicado 2013-00117-01 (3730-2014); C.P. Carmelo Perdomo Cuéter

#### **2.3.3.4. Remuneración**

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

Así las cosas y teniendo en cuenta el desarrollo jurisprudencial que sobre el contrato realidad ha establecido el Consejo de Estado, debe la parte demandante desvirtuar el tipo de vinculación contractual, por lo que la carga de la prueba le compete a fin de demostrar la relación laboral y con ello el pago de las prestaciones y emolumentos que se deriven de ella. Así lo ha precisado el Consejo de Estado<sup>6</sup>:

*“...La vinculación por contratos de prestación de servicios se rige por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. El artículo mencionado prevé expresamente que, en ningún caso, dicho tipo de contratos «[...] generan relación laboral ni prestaciones sociales [...]».*

*De acuerdo con el aparte transcrito del artículo 32 ejusdem, debe entenderse que el legislador reglamentó en dicha norma una presunción según la cual, la celebración de contratos de prestación de servicios no genera en ningún caso una relación laboral entre contratante y contratista o el derecho al pago de prestaciones sociales en favor de este último.*

*En materia de presunciones, el ordenamiento jurídico colombiano permite dos tipos de esta: la presunción iure et de iure o de pleno derecho, y la presunción iuris tantum o de ley. La primera es excepcional, determinada expresamente por la ley y tiene como principal característica que no admite prueba en contrario. Por su parte, la segunda sí admite prueba en contra, es decir, permite ser controvertida y desvirtuada.*

*Bajo ese supuesto, el artículo 166 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, regula:*

**«Artículo 166. Presunciones establecidas por la ley.** *Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados.*

*El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.»*

*En ese sentido, debe entenderse que el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 contiene una presunción iuris tantum o de ley, motivo por el cual el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado, así como la relación laboral que se oculta a través de este sí puede ser demostrada.*

**De acuerdo con lo anterior, precisa esta Subsección que, quien pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral escondida bajo la modalidad de contratación por prestación de servicios, tiene el deber de demostrar, a**

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, C.P.: William Hernández Gómez, veintiuno (21) de febrero de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 54001-23-33-000-2014-00287-01(1243-16).

**través de los medios probatorios a su disposición, la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo...**

**- Vinculación de docentes a través de contratos de prestación de servicios:**

En lo que se refiere a la vinculación de docentes a través de contratos de prestación de servicios, sea lo primero advertir que el artículo 2 del Decreto ley 2277 de 1979<sup>7</sup> define como docente a quien ejerce la profesión de educador, es decir, *"... el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo"*.

Asimismo, les impone la citada normativa una serie de obligaciones<sup>9</sup> y prohibiciones<sup>10</sup>, entre las que se destacan: (i) "Cumplir las órdenes inherentes a sus cargos que les impartan sus superiores jerárquicos", (ii) "Cumplir la jornada laboral y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias de su cargo" y (iii) no "... abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorización previa". La mencionada definición de la labor docente fue reafirmada por el artículo 104<sup>11</sup> de la Ley 115 de 1994<sup>12</sup> (Ley General de Educación) al prever que *"El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos..."*, norma en la que además se consideró al servicio educativo como público y de responsabilidad de la Nación y de las entidades territoriales, debidamente reglamentado por el gobierno nacional, por intermedio del Ministerio de Educación Nacional en coordinación, con las secretarías de educación departamentales, municipales y distritales, bajo el denominado plan nacional de desarrollo educativo de revisión decenal. Ahora bien, en relación con las actividades y/o funciones de los docentes temporales<sup>13</sup> y docentes - empleados públicos, en el párrafo primero del artículo 6º de la Ley 60 de

<sup>7</sup> "Por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente."

<sup>8</sup> Se aclara que esta norma no fue derogada por la Ley 60 de 1993, "por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".

<sup>9</sup> Decreto 2277 de 1979, artículo 44º. "Deberes de los docentes. Son deberes de los docentes vinculados al servicio oficial, a. Cumplir la constitución y las leyes de Colombia; b. Inculcar en los educandos el amor a los valores históricos y culturales de la Nación y el respeto a los símbolos patrios; c. Desempeñar con solicitud y eficiencia las funciones de su cargo; d. Cumplir las órdenes inherentes a sus cargos que les impartan sus superiores jerárquicos; e. Dar un trato cortés a sus compañeros y a sus subordinados y compartir sus tareas con espíritu de solidaridad y unidad de propósitos; f. Cumplir la jornada laboral y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias de su cargo; g. Velar por la conservación de documentos, útiles, equipos, muebles y bienes que le sean confiados; h. Observar una conducta pública acorde con el decoro y la dignidad del cargo; i. Las demás que para el personal docente, determinen las leyes y los reglamentos ejecutivos.

<sup>10</sup> Decreto 2277 de 1979, artículo 45: "Prohibiciones. A los docentes les está prohibido abandonar o suspender sus labores injustificadamente o sin autorización previa.

<sup>11</sup> "Artículo 104. El educador. El educador es el orientador en los establecimientos educativos, de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos, acorde con las expectativas sociales, culturales, éticas y morales de la familia y la sociedad. Como factor fundamental del proceso educativo: a) Recibirá una capacitación y actualización profesional;

b) No será discriminado por razón de sus creencias filosóficas, políticas o religiosas; c) Llevará a la práctica el Proyecto Educativo Institucional, y d) Mejorará permanentemente el proceso educativo mediante el aporte de ideas y sugerencias a través del Consejo Directivo, el Consejo Académico y las Juntas Educativas".

<sup>12</sup> "por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros".

<sup>13</sup> Ante la imposibilidad de crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria con cargo a la Nación por restricción legal, entre otras normas, el párrafo 2º del artículo 54 de la Ley 24 de 1988, subrogada por el artículo 9 de la Ley 29 de 1989, en algunas entidades territoriales optaron por vincular mediante contratos de prestación de servicio (de conformidad con el Decreto ley 222 de 1983, vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 80 de 1993) a los denominados "docentes temporales", para suplir las necesidades de cubrir el servicio educativo requerido.

1993<sup>14</sup> se dispuso un régimen transitorio de seis años, con el objeto de incorporar progresivamente a las plantas de personal a aquellos vinculados por medio de contratos de prestación de servicios, precepto que alentaba la disparidad entre dichos regímenes jurídicos y fue objeto de censura constitucional en la sentencia C-555 de 1994<sup>15</sup> por infracción al artículo 13 superior, ya que con la citada incorporación progresiva<sup>16</sup> de los "docentes-contratistas" se afianzaba su vocación de permanencia sin discusión alguna y "... la semejanza material de su actividad respecto a la que desempeñan los demás maestros y profesores", pues de mantenerse la norma, se permitiría una desigualdad material<sup>17</sup> prohibida en la Constitución Política.

La Corte Constitucional, en las consideraciones del citado fallo, sostuvo además que la aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, de conformidad con "*Las características asociadas a la celebración de contratos administrativos de prestación de servicios con docentes temporales, por las notas de permanencia y subordinación que cabe conferir a la actividad personal que realizan, pueden servir de base para extender a ésta la protección de las normas laborales*". Este criterio coincide con la línea jurisprudencial consolidada<sup>18</sup> de las subsecciones de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el sentido de que la labor del docente contratista no es independiente, sino que el servicio se presta de manera personal y subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación. Igualmente, es menester anotar que la actividad docente no se desarrolla en virtud de la coordinación imperante en los contratos de prestación de servicios<sup>19</sup>, comoquiera que se cumple conforme

<sup>14</sup> 7 "Artículo 6°. Administración de Personal. Corresponde a la Ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales. ( ... ) Parágrafo 1 Los docentes temporales vinculados por contrato a los servicios educativos estatales antes del 30 de junio de 1993 que llenen los requisitos de la carrera docente, serán incorporados a las plantas de personal de los departamentos o de los distritos en donde vienen prestando sus servicios, previo estudio de necesidades y ampliación de la planta de personal La vinculación de los docentes temporales será gradual, pero deberá efectuarse de conformidad con un plan de incorporación que será proporcional al incremento anual del situado fiscal y con recursos propios de las entidades territoriales y en un término no mayor a los seis años contados a partir de la publicación de la presente ley" (La Ley 60 de 1993 fue derogada por el artículo 113 de la Ley 715 de diciembre 21 de 2001).

<sup>15</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de 6 de diciembre de 1994, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, que, entre otros, declaró inexecutable el parágrafo primero del artículo 6° de la Ley 60 de 1993 y el parágrafo tercero del artículo 105 de la Ley 115 de 1994.

<sup>16</sup> "Artículo 105. Vinculación al Servicio Educativo Estatal. (...)

Parágrafo tercero. A los docentes vinculados por contrato contemplados en el parágrafo primero del artículo 6° de la ley 60 de 1993 se les seguirá contratando sucesivamente para el período académico siguiente, hasta cuando puedan ser vinculados a la planta de personal docente territorial".

<sup>17</sup> Igualmente, en esa sentencia C-555 de 1994, se dijo: "En fin, pese a que la transitoriedad se estime como una forma legítima para reducir la desigualdad, dentro de la misión promocional que a este respecto le corresponde realizar al Estado según lo indicado en el inciso segundo (2°) del artículo 13 de la C.P., la inexecutable se impone, pues este precepto se refiere a las desigualdades materiales existentes en la sociedad y no aquellas que la misma ley establece, genera y suscita, las cuales se prohíben en la Carta al prescribir: Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley (C.P. Art. 13)".

<sup>18</sup> Al respecto véanse las sentencias de (i) 30 de octubre de 2003 de la subsección B, C.P. Jesús María Lemos Bustamante, número interno 24602003, actora: Sonia Stella Prada Cáceres, (ii) 30 de marzo de 2006 de la subsección B, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, expediente 52001233100019990121502 (466904), demandante: María Carmela Guerrero Benavides, (iii) 14 de agosto de 2008 de la subsección A, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 68001231500020020090301 (015708), (iv) 1° de octubre de 2009 de la subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, expediente 04882009, actor: Liliana Esmeralda Jaimes Jaimes, (v) 4 de noviembre de 2010 de la subsección A, C.P. Víctor Remando Alvarado Ardila, expediente 07612010, actor: Marisel Bohórquez Sarmiento, (vi) 16 de febrero de 2012 de la subsección B, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, expediente 196111, actor: María Edilma Barrera Reyes, y (vii) 24 de octubre de 2012 de la subsección A, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, expediente 6800123310002003 0256801(120112), actor: Héctor Alfonso Cáceres Gómez.

<sup>19</sup> La sala plena: de la Corporación, en providencia de 18 de noviembre de 2003, expediente JJ0039, consejero ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, actora: María Zulay Ramírez Orozco, indicó que era inaceptable reconocer la existencia de una relación laboral en circunstancias en las cuales el contratista coordina con su contratante la prestación del servicio y precisó: "*Es inaceptable reconocer la existencia de una relación laboral en circunstancias en las cuales el contratista coordina con su contratante la prestación del servicio y precisó: "Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales*".

a las instrucciones, directrices y orientaciones de sus superiores en el centro escolar, la secretaría de educación territorial y el Ministerio de Educación Nacional, es decir, no bajo su propia dirección y gobierno<sup>20</sup>, de lo cual se infiere que la subordinación y la dependencia se encuentran inmersas en dicha labor, esto es, connaturales al ejercicio docente sujeto a los reglamentos propios del magisterio.

A manera de conclusión y de acuerdo con los derroteros trazados por ambas subsecciones, concluyó la Sala que *la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes contratistas merecen una protección especial por parte del Estado.*

### **3.4.2. De los hechos probados:**

En el escrito demandatorio, la actora reclama la nulidad del acto administrativo UJ-SED 672 del 21 de septiembre de 2018 que negó el reconocimiento de los tiempos de servicio pensional por los servicios prestados a través de contratos de prestación de servicios.

El acervo probatorio arrojado a la actuación permite acreditar lo siguiente:

- a) El 13 de septiembre de 2018, la señora OLGA PATRICIA PÉREZ RÍOS solicitó a la entidad demandada, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales por el tiempo que laboró con la entidad, sin que estas le fueran canceladas.
- b) La Secretaría de Educación Departamental respondió desfavorablemente la petición mediante Oficio J-SED 672 del 21 de septiembre de 2018, por considerar que no se configuró relación laboral entre ésta y la demandante.
- c) Según certificación expedida el 11 de septiembre de 1995 por la Contraloría General del Departamento, la actora prestó sus servicios al Departamento así:

5/05/1992 a 30/06/1992 PROGRAMAS ESPECIALES - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

<sup>20</sup> Esta posición se sostuvo en decisión de la subsección B de esta sección de 4 de noviembre de 2004, expediente 15001233100019990256101 (36612003), con ponencia del entonces consejero Alejandro Ordóñez Maldonado, demandante: Marlén Fúquene Ramos.

13/07/1992 al 4/12/1992 PROGRAMAS ESPECIALES - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

3/02/1993 AL 20/11/1993 SOLUCIÓN EDUCATIVA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

7/03/1994 AL 30/11/1994 SERVICIOS TÉCNICOS - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

d) Se allegaron igualmente certificaciones de las siguientes instituciones educativas que dan cuenta de la labor de docente realizada por la accionante, así:

- El Rector del Instituto Oficial Mixto San Peregrino, a través de la cual certifica que la demandante prestó sus servicios como DOCENTE DE TIEMPO COMPLETO en dicha institución en los siguientes tiempos y bajo la modalidad de contrato de solución educativa:

- . Del 5 de mayo de 1992 al 4 de diciembre de 1992.
- . Del 3 de febrero de 1993 al 20 de noviembre de 1993.
- . Del 26 de agosto de 1998 al 30 de noviembre de 1998, cubriendo Licencia de enfermedad.

- El Rector del Colegio Oficial Mixto Adolfo Hoyos Ocampo, certificó que la demandante, OLGA PATRICIA PÉREZ RÍOS, se desempeñó como profesora en esa institución entre el 1 de febrero de 1994 y el 30 de noviembre de 1994; y entre el 3 de febrero y el 19 de marzo de 1997, cubrió licencia de maternidad.

- El Coordinador Académico del Colegio Santa Teresita de San José, Caldas, certificó que la accionante, laboró como docente de dicha institución educativa entre el 10 de octubre de 1997 y el 25 de agosto de 1998 mediante orden de Prestación de Servicios.

- El Rector del Instituto Técnico Alfonso López de La Dorada, Caldas, certificó que OLGA PATRICIA PEREZ RÍOS laboró allí como docente de Ciencias Naturales y Matemáticas durante 1999 y 2000.

e) Se allegó copia del contrato de prestación de servicios suscrito entre el Departamento de Caldas y PÉREZ RIOS OLGA PATRICIA -sin fecha y firmas-

Se observa entonces que la demandante prestó sus servicios como maestra (docente) en diferentes instituciones educativas del Departamento de Caldas, mediante contratos de prestación de servicios, durante los siguientes períodos:

- Del 5 de mayo de 1992 al 4 de diciembre de 1992 (7 meses)
- Del 3 de febrero de 1993 al 20 de noviembre de 1993 (9 meses).
- Del 1 de febrero de 1994 y el 30 de noviembre de 1994 ((9 meses)
- Del 3 de febrero y el 19 de marzo de 1997 (1 mes)

Del 10 de octubre de 1997 y el 25 de agosto de 1998 (11 meses)

Del 26 de agosto de 1998 al 30 de noviembre de 1998 (3 meses)

De las pruebas anteriormente enunciadas y teniendo en cuenta los pronunciamientos jurisprudenciales anteriormente referidos, la naturaleza de la función docente cumplida por la demandante a través de las órdenes de prestación de servicios, desentraña una verdadera relación de trabajo similar a los maestros que están sujetos a un específico régimen legal y reglamentario.

Asimismo, está demostrado con las certificaciones de tiempo de servicio la existencia de dos de los elementos de la relación laboral, por un lado, **la prestación personal del servicio**, por cuanto efectivamente la demandante fue contratada por el Departamento de Caldas como maestra, lo que implica que fue quien prestó el servicio, y por otro, **la remuneración por el trabajo cumplido**, comoquiera que en dichos contratos de prestación de servicios se estipuló un "*valor del contrato*" con cargo a los recursos presupuestales de la entidad territorial, es decir, la suma de dinero que tenía derecho a percibir y la modalidad del pago, lo que se entiende como la remuneración pactada por el servicio o el trabajo prestado, independientemente de su denominación (honorarios o salario). Sin embargo, cabe anotar que si bien no se aportó prueba de los pagos recibidos ni la periodicidad en qué se realizó el mismo, la entidad demandada no lo discutió ni se opuso a ello, razón por la cual ha de entenderse que sí los efectuó, al cumplir sus obligaciones contractuales.

En relación con la **subordinación**, como último elemento de la relación laboral, se observa que la actora pese a vincularse como docente mediante contratos de prestación de servicios celebrados bajo los principios de la Ley 80 de 1993, la ejecución de su actividad docente necesariamente implicó la prestación de sus servicios intelectuales de manera directa y sin independencia en el cumplimiento de su labor, pues por el contrario debió cumplir el horario y los parámetros fijados por los reglamentos del servicio público de educación, por lo que se generó dependencia y subordinación con la entidad territorial para la cual trabajaba.

Por lo tanto, las actividades desarrolladas por la demandante revisten las características propias de empleo de carácter permanente, pues estuvo aproximadamente 5 años como maestra al servicio del Departamento de Caldas, las que cumplió de manera subordinada por la naturaleza misma del ejercicio docente sujeta a los reglamentos propios del magisterio y bajo igualdad de condiciones que los docentes servidores públicos; motivo por el cual es procedente acceder al reconocimiento de la existencia de una relación laboral.

En este orden de ideas, a la presente controversia le es aplicable el principio de "*la primacía de la realidad sobre formalidades*", pues es indudable que la demandante se encontraba en las mismas condiciones de los docentes nombrados en planta, en tanto desempeñaba personalmente la labor, en un cargo que revestía la característica de permanente, motivo por el cual estaba sujeta a subordinación y dependencia.

Por lo anterior, si bien es cierto que la accionante se vinculó como maestra al Departamento de Caldas a través de sucesivos contratos de prestación de servicios, también lo es que se desdibujaron las características propias de este tipo de vínculo, circunstancia que originó una relación laboral distinguida por su permanencia y continuidad en la prestación de los servicios y la correspondiente subordinación.

Lo antes manifestado, como ya se ha dicho por el órgano de cierre contencioso Administrativo, pese a hallarse probados los elementos configurativos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación o dependencia), no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, ya que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el artículo 122 superior<sup>21</sup>.

Así las cosas, se puede validar el tiempo laborado por la demandante para que sea contabilizado a efectos de lograr los aportes por dicho tiempo para el reconocimiento pensional, teniendo en cuenta que esa fue la única pretensión relativa al restablecimiento del derecho.

En pronunciamiento más reciente, el Consejo de Estado precisó sobre este punto que<sup>22</sup>:

*“...Ahora, estima la Sala que el pronunciamiento que se efectúe en el proceso ordinario de reconocimiento de la pensión de jubilación con inclusión de tiempos laborados a través de contratos de prestación de servicios encierra puede darse en dos escenarios con connotaciones diferentes:*

*(i) la primera es que en caso de que persiga la declaración de existencia de contrato con realidad con todas sus connotaciones laborales y prestacionales debe darse previamente el agotamiento de la vía administrativa y convocar como demandada a la entidad territorial con la cual se suscribieron los contratos, a efectos de garantizar el derecho al debido proceso de la entidad responsable y así mismo el total cumplimiento de la sentencia.*

*(ii) La segunda se presenta en los casos en que únicamente se persigue el cómputo de los periodos laborados a través de contratos de prestación de servicios para el reconocimiento de la pensión de jubilación, escenario en el que es posible que el proceso ordinario se adelante únicamente con la comparecencia de la entidad de previsión. Esto por cuanto el Decreto 1848 de 1969 «Por el cual se reglamenta el Decreto 3135<sup>23</sup>» permite la acumulación de tiempos de*

<sup>21</sup> Sentencia de 28 de junio de 2001 MP. TARSICIO CÁCERES TORO, Exp. 232400.

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, C. P. Gabriel Valbuena Hernández, seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020), Radicación número: 54001-23-33-000-2014-00363-01(2960-15).

<sup>23</sup> «ARTÍCULO 75.- Efectividad de la pensión.

1. La pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicios requerido por la ley, si para entonces se hubiere retirado del servicio oficial sin tener la edad exigida para tal fin, o por la entidad de previsión a que esté afiliado al tiempo del retiro, si e ntonces cumple los requisitos de tiempo de servicios y edad señalados para el goce de la pensión.

2. Si el empleado oficial no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial, el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad o empresa oficial empleadora.

3. En los casos de acumulación de tiempo de servicios a que se refiere el artículo 72 de este Decreto, la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, a prorrata del tiempo de servicios en cada una de aquellas. En este caso, se procederá con sujeción al procedimiento señalado al efecto en el Decreto 2921 de 1948 y, si transcurrido el término de quince (15) días del traslado a que se refiere el artículo 3o. del citado decreto la entidad obligada a la cuota pensional no ha contestado, o lo ha hecho oponiéndose sin fundamento legal, se entenderá que acepta el proyecto y se procederá a expedir la resolución definitiva de reconocimiento de la pensión.

*servicio con la posibilidad de exigir la cuota parte de las otras entidades oficiales, al indicar que la pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicios requerido por la ley y que en los casos de acumulación de tiempo de servicios la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, a prorrata del tiempo de servicios en cada una de aquellas.*

*Igualmente es de anotar que esta corporación ha reconocido tiempos laborados a través de contratos de prestación de servicios para reconocimientos de la pensión gracia dentro de un mismo proceso judicial, tal como lo ha señalado la Subsección B<sup>24</sup>, Sección Segunda, al señalar:*

*«[...] conforme a los precedentes que sobre la materia ha debatido recientemente esta corporación, se han validado esos períodos para que sean computados con el ejercido en propiedad, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, dado que esa situación particular desentraña una verdadera relación de trabajo sobre la apariencia que haya querido ocultarla, y porque los maestros vinculados bajo esa modalidad de contratación cumplen similares funciones a los de planta que están sujetos a un específico régimen legal y reglamentario y, además, porque deben acreditar iguales condiciones de formación y experiencia<sup>25</sup>.»*

*Adicionalmente, en materia de aportes pensionales, en la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del consejero dr. Carmelo Perdomo Cuéter, de 25 de agosto de 2016, dentro del proceso radicado 230012333300020130026001 (00882015) se indicó que, 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, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA)<sup>30</sup>, y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo». Igualmente señaló:*

*«Consecuentemente, tampoco es exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables (condición que prevé el numeral 1 del artículo 161 del CPACA para requerir tal trámite<sup>31</sup>), en armonía con el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial»*

*Establecido lo anterior y como en este caso nos encontramos en el segundo de los escenarios propuestos, donde se persigue el computo de los tiempos laborales únicamente para efectos pensionales, estima la Sala como válido que dicha pretensión se trámite de manera conjunta dentro del proceso de reconocimiento de pensión docente, toda vez su declaración solo tendrá incidencia en cuanto a los aportes pensionales frente a los cuales no opera la prescripción, ni la caducidad, y por cuanto la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda.*

El expresado término comenzará a correr desde la fecha en que la entidad correspondiente reciba el proyecto de reconocimiento de la pensión.» (Negrilla de la Sala).

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Subsección B, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá, D. C., Bogotá, D. C., veintitrés (23) de febrero de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 15001-23-31-000-2012-00276-01(2922-15).

<sup>25</sup> En el mismo sentido se puede consultar: Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, sentencias (i) del 1º de diciembre de 2016, radicación 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014); (ii) del 1º de diciembre de 2016, radicación 15001-23-31-000-2010-01554-01 (3333-2015); y (iii) del 23 de febrero de 2017, radicación 7000123-33-000-2013-00205-01(3183-2014). M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

*Lo anterior no obsta para señalar que debe cumplirse con la carga probatoria que encierra el contrato de prestación de servicios docente, a efectos de establecer con claridad el periodo de inicio y terminación de cada contrato, su objeto, la entidad con la cual se celebró el contrato y la entidad a la cual se efectuaron los aportes pensionales, para efectos de determinar la posibilidad de perseguir la cuota parte pensional y la entidad de previsión o ente responsable de ella...”*

En consecuencia, se decretará la nulidad del acto administrativo demandado, en cuanto negó a la accionante el reconocimiento de la existencia de una relación laboral y se ordenará al ente territorial accionado, atendiendo las reglas jurisprudenciales fijadas por el Honorable Consejo de Estado citadas en precedencia, que durante los tiempos comprendidos entre el 5 de mayo de 1992 al 4 de diciembre de 1992; el 3 de febrero de 1993 al 20 de noviembre de 1993; el 1 de febrero de 1994 y el 30 de noviembre de 1994; el 3 de febrero y el 19 de marzo de 1997; el 10 de octubre de 1997 y el 25 de agosto de 1998 y el 26 de agosto de 1998 al 30 de noviembre de 1998; tome el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para lo anterior, la actora deberá acreditar ante la entidad, las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

Se declarará que el tiempo laborado por la demandante como maestra bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios con el Departamento de Caldas en los tiempos atrás mencionados, se debe computar para efectos pensionales.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de aportes para pensión se actualizarán de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = Rh \cdot \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

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

### **3.4.3. De la prescripción:**

Sobre la prescripción, se debe decir que no hay lugar a declararla, pues como se expuso en apartes anteriores, el restablecimiento del derecho se contrae solo al reconocimiento de los aportes pensionales, ante lo cual el Consejo de Estado ha fijado las siguientes reglas de unificación:

*“...i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.*

***ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.***

*iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.*

*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).*

*v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.*

*vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).*

***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...”<sup>26</sup>*

### 3.5. Condena en costas:

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16

La norma que regula la condena en costas en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo dispone:

**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.*

El Consejo de Estado sobre la interpretación de la norma ha precisado:

*“La lectura interpretativa que la Sala otorga a la citada regulación especial gira en torno al significado del vocablo disponer, cuya segunda acepción es entendida por la Real Academia Española como «2. tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse».*

*Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución (artículo 366 del CGP).*

*En tal virtud, a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.*

*Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, cuando por ejemplo sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; se aduzcan calidades inexistentes; se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP).*

*Así las cosas, frente al resultado adverso a los intereses del demandante, se tiene que ejerció de forma legítima el reclamo por la vía judicial del derecho que le asistía de acceder a la pensión gracia, pues con base en el ordenamiento que la rige y los lineamientos jurisprudenciales en la materia, así lo consideró...”<sup>27</sup>*

Siendo ello así, y considerando que en el presente asunto las costas se han causado, por lo menos en lo que tiene que ver con las agencias en derecho, en la medida en que la parte demandante ha actuado a través de apoderado judicial habrá de condenarse a su pago en contra del demandado y en favor de la parte demandante, liquidación que se hará conforme a las normas del C.G. del P., antes referida.

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 20001-23-39-000-2014-00335-01(2392-16).

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### 4. FALLA

**PRIMERO: DECLARAR** no probadas las excepciones de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; NO CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS ESENCIALES QUE REGULAN UN CONTRATO LABORAL Y PRESCRIPCIÓN propuestas por el DEPARTAMENTO DE CALDAS.

**SEGUNDO: DECRETAR** la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. UJ-SED 672 del 21 de septiembre de 2018 mediante el cual negó las súplicas de la demanda.

**TERCERO: DECLARAR**, como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, que entre la señora OLGA PATRICIA PÉREZ RÍOS y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS existió una relación laboral - con algunas interrupciones- en los períodos indicados en la parte motiva, en los que laboró como Docente del Departamento de Caldas.

**CUARTO: ORDENAR** al DEPARTAMENTO DE CALDAS, la devolución de los aportes al sistema de seguridad social realizados por la demandante, para lo cual deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 5 de mayo de 1992 al 4 de diciembre de 1992; el 3 de febrero de 1993 al 20 de noviembre de 1993; el 1 de febrero de 1994 y el 30 de noviembre de 1994; el 3 de febrero y el 19 de marzo de 1997; el 10 de octubre de 1997 y el 25 de agosto de 1998 y el 26 de agosto de 1998 al 30 de noviembre de 1998; tome el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

**QUINTO: PRECISAR** a la actora que, para lo anterior, deberá acreditar ante la entidad, las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

**SEXTO: DECLARAR** que el tiempo laborado por la demandante OLGA PATRICIA PÉREZ RÍOS, como maestra bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios con el Departamento de Caldas en los tiempos atrás mencionados, se debe computar para efectos pensionales.

**SÉPTIMO: ADVERTIR** que las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por aportes para pensión, se actualizarán de acuerdo con la fórmula

jurisprudencial desarrollada por el Consejo de Estado y anunciada en la parte motiva de esta providencia.

23

**OCTAVO: CONDENAR** en costas al DEPARTAMENTO DE CALDAS y en favor de la demandante, cuya liquidación y ejecución se hará por Secretaría conforme al Código General del Proceso.

**NOVENO: ADVERTIR** al DEPARTAMENTO DE CALDAS, que el cumplimiento de este fallo debe darse dentro del término establecido en el artículo 192 del CPACA.

**OCTAVO: ORDENAR** la expedición de las copias que soliciten las partes, conforme a lo previsto en el artículo 114 del Código General del Proceso.

**NOVENO: DISPONER** que por Secretaría se liquiden los gastos del proceso y la devolución de remanentes si a ello hay lugar, a la firmeza de la decisión.

**DÉCIMO: ARCHIVAR** el expediente previa anotación en el aplicativo “Justicia Siglo XXI”, una vez en firme esta decisión.

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

**Maria Isabel Grisales Gomez**  
**Juez Circuito**  
**Juzgado Administrativo**  
**004**  
**Manizales - Caldas**

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

Código de verificación: 4930de8cfc939367fcd953bca82570e6aa74a8f0348627b563b2dc98db43d8f0

Documento generado en 07/12/2021 03:59:47 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>