

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN**

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 142

Manizales, veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022).

RADICADO: 17-001-33-33-002-2017-00301-02
NATURALEZA: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Fundación Pequeño Corazón
DEMANDADO: Fiduprevisora S.A. – PAR Caprecom Liquidado

Se emite fallo con ocasión del recurso apelación impetrado por la demandada contra la sentencia que accedió a las pretensiones de la actora.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones.

La parte demandante solicita se declare la nulidad de las Resoluciones: AL-005566 de 2016 *“POR MEDIO DE LA CUAL SE CALIFICAN Y GRADÚAN UNAS ACREENCIAS...”*; 12219 *“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN PRESENTADO CONTRA LA RESOLUCIÓN AL 00566 DE 2016”* y AL-13970 *“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN PRESENTADO CONTRA LA RESOLUCIÓN AL-12219”*. Que en consecuencia se ordene a la Fiduprevisora como agente liquidador de Caprecom reconocer y pagar la suma de \$27.451.917,40 -con su debida indexación.

1.2. Sustento fáctico relevante.

La Fundación Pequeño Corazón suscribió con Caprecom los contratos de prestación de servicios CR-0128-2014 del 13 de octubre de 2014 y CR 17-0057-2015 del 2 de febrero de 2015, cuyo objeto era la prestación de servicios de cardiología adulta y pediátrica de los afiliados de dicha EPS.

Que con ocasión del proceso de liquidación de Cajanal, se establecieron unos cronogramas y mecanismos para la presentación de las acreencias que dicha entidad adeudaba, ante lo cual, la accionante radicó los documentos que acreditaban los valores a ella adeudados por los referidos contratos.

La Fiduciaria La Previsora en su calidad de Liquidadora de Caprecom, mediante Resolución AL 0566 de 2016, rechazó la acreencia presentadas por la accionante, por valor de \$89.571.349, *grosso modo* señalando que, los documentos aportados no permitían validar la existencia de las sumas reclamadas.

Que por lo anterior, interpuso recurso de reposición, el cual fue desatado de manera parcialmente favorable a través de la Resolución AL-12219 de 2016, reconociendo la existencia del crédito por valor de \$61.232.832, empero reducido por la imputación de unos pagos anticipados efectuados por Caprecom.

Que en la imputación de pagos realizada en dicha resolución, se incurrió en un error aritmético al no tener en cuenta que la accionante desde el inicio de su reclamación ya había descontado tales valores, imputándose así una doble deducción por los pagos anticipados hechos por Cajanal, circunstancia por la cual se solicitaron las respectivas correcciones, petición que fue atendida de manera negativa mediante Resolución AL-13970 del 2016.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión.

Se invocaron, la Constitución Política, artículos 1, 2, 90 y 209; y Ley 1437 de 2011, artículos 1, 2, 3, 93, 138 y 206 al 214. Se arguye que, los actos demandados adolecen de falsa motivación, al no efectuarse las operaciones aritméticas en debida forma, pues frente a las facturas 4695, 46958 y 47457 se efectuó una doble contabilización del valor descontado, ya que por un lado la Fundación realiza la deducción de dichas sumas aplicándola a las referidas facturas y luego se objeta ese valor en la liquidación. Agrega que también existe un error aritmético en la contabilización de las facturas 42336, 46974 y 46975, las cuales no fueron objeto de reclamación, por cuanto las mismas ya estaban totalmente canceladas.

2. Contestación de la demanda.

Mediante proveído del 31 de octubre de 2019 emitido en audiencia inicial se dispuso dar por no contestada la demanda.

3. Sentencia de primera instancia.

El *a quo*, **accedió a las pretensiones de la demandante**, por lo que dispuso la nulidad de los actos enjuiciados y ordenó el reconocimiento y pago a la Fundación Pequeño Corazón de la suma de \$28.338.517, como una acreencia establecida dentro del proceso de Liquidación de Caprecom E.I.C.E.

Para ello, tras el análisis de las pruebas concluyó que, las Resoluciones AL005566 del 05 de julio de 2016; 12219 del 13 de julio de 2016 y 13970 del 15 de noviembre de 2016

adolecen de falsa motivación, pues si bien reconocen el crédito existente en favor de la Fundación Pequeño Corazón, el cómputo del valor adeudado resulta erróneo, pues en dichos actos se realizó un doble descuento, respecto de los giros directos por valor de \$27.454.917 y de anticipo por valor de \$883.600; situación que conllevó a que de los \$89.571.349 reclamados y adeudados, únicamente se reconociera \$61.323.831 y quedará excluida la diferencia entre esos dos valores, es decir \$28.338.517.

4. Apelación.

La **accionada** solicitó revocar la sentencia y negar las pretensiones de la demandante, para ello señaló que, se configuró la caducidad del medio de control en tanto, el cómputo del lapso para su interposición debió efectuarse desde la notificación de la Resolución AL-12219 del 13 de julio de 2016.

Sustenta lo anterior en que, contra la Resolución AL-05566 de 2016, la accionante interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante Resolución AL-12219 de 2016, última contra la cual solo procedía recurso de reposición en relación con lo dispuesto frente a la prelación legal de acreencia o en caso de imposición de glosas no contempladas; sin embargo, el recurso presentado tuvo como fundamento la solicitud de corrección de error aritmético, causal que no estaba contemplada dentro de las que podían ser objeto de recurso de reposición y por tanto dicho recurso no interrumpe ni revive los términos de caducidad.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

De conformidad con los argumentos del recurso de apelación, la litis en esta instancia se centra en establecer si: *¿Se presentó el fenómeno de la caducidad en el presente medio de control?*

2. Tesis del Tribunal

No se presentó el fenómeno de caducidad del medio de control, pues la accionante contaba con el término de cuatro meses para su interposición, el cual debe ser computado desde la fecha de notificación de la Resolución AL-13970 de noviembre 15 de 2016, esto es, desde el 12 de diciembre de 2016.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) los hechos relevantes acreditados para la solución del problema jurídico; ii) el término de caducidad y iii) el análisis del caso concreto.

3. Hechos relevantes acreditados.

- Mediante la Resolución AL-05566 del 05 de julio de 2016¹ la accionada actuando como agente liquidador de Cajanal, rechazó la acreencia presentada por la Fundación Pequeño Corazón, por un valor de \$89.571.349, por incumplimiento de requisitos formales (facturas, soportes, entre otros), y señaló la procedencia en su contra del recurso de reposición (fls. 29-83, exp. digital, archivo: “01Folio”).
- La Fundación Pequeño Corazón interpuso el recurso de reposición, el cual fue resuelto a través de la Resolución AL-12219 de septiembre 13 de 2016², aceptando parcialmente la acreencia presentada, en un monto de \$61.232.832 -destacando que dicho monto fue obtenido una vez se descontaron los valores previamente cancelados-; esta resolución señaló la procedencia de recurso horizontal *“en relación con lo dispuesto frente a la prelación legal de la acreencia o en caso de imposición de glosas no contempladas inicialmente”* (fls. 1-15, exp. digital, archivo: “02Folios”).
- La Fundación Pequeño Corazón, el 03 de noviembre siguiente, solicitó la *“...corrección aritmética de la resolución No. AL-12219 de 2016”* al considerar que, el acto que aceptó parcialmente la acreencia reclamada incurrió en un error de cómputo, al deducir doblemente algunos pagos efectuados por Cajanal (fls. 16-22, exp. digital, archivo: “02Folios”).
- La Fiduprevisora expidió la Resolución AL-13970 de noviembre 15 de 2016 - notificada el 12 de diciembre de 2016- *“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN PRESENTADO CONTRA LA RESOLUCIÓN AL-12219”*, en la cual dispuso:

“ARTICULO PRIMERO.- CONFIRMAR LA ACEPTACIÓN PARCIAL de la Resolución No. AL-12219 de 2016 por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo.

ARTICULO SEGUNDO.- MODIFICAR la calificación de la acreencia A31.00663 contenida en la Resolución AL-12219 de 2016, para en su lugar adoptar la calificación que hace parte del presente acto administrativo - cuadro de calificación.

ARTÍCULO TERCERO.- CONFIRMAR la graduación de la acreencia contenida en la Resolución AL-12219 de 2016 en el sentido de precisar que conforme a la prelación de créditos prevista en la Ley 1797 de 2016, corresponde a un crédito de PRELACIÓN B)...”.

4. Término para la interposición de la demanda.

El literal d) del numeral 1 del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, establece:

¹ Acto del cual no obra en el expediente constancia u otro documento de notificación.

² *Idem at supra.*

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

...

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales(...).”

5. Análisis sustancial del caso concreto

Del análisis de los actos administrativos demandados, observa la Sala que, mediante Resolución AL-05566 del 05 de julio de 2016³ la accionada rechazó la acreencia presentada por la Fundación Pequeño Corazón; contra esta decisión, la Fundación interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante Resolución AL-12219 de 2016; contra esta decisión, la Fundación solicitó la corrección de un error aritmético; la cual fue resuelta por la accionada mediante Resolución AL-13970 de 15 de noviembre de 2016, indicando que, a través de ella *“SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN PRESENTADO CONTRA LA RESOLUCIÓN AL-12219”*.

Se evidencia además que, frente a la Resolución AL-12219 de 2016, la Fiduprevisora otorgó a la Fundación Pequeño Corazón la posibilidad de interponer recurso de reposición, señalando los temas sobre los cuales podía referirse tal oposición; y con fundamento en dicha posibilidad, la accionante formuló una solicitud de corrección aritmética, siendo la propia demandada la que optó por dar a dicha solicitud, el trámite del recurso de reposición.

En tal sentido es claro que, se presentó una situación formal que indujo a la aquí accionante a considerar que la interposición de demanda debía presentarse a partir de la notificación de la Resolución AL-13970 de 15 de noviembre de 2016, como es el hecho de que la misma entidad que la expidió y que hoy pretende desconocerla, para efectos del cómputo de caducidad, manifestó mediante aquella, resolver un recurso en contra de la Resolución AL-12219 de 2016.

Así las cosas, si la Fiduprevisora consideraba que la *“solicitud de corrección aritmética”* formulada por la Fundación Pequeño Corazón se tornaba improcedente o se circunscribía a una situación ya resuelta, así debió manifestarlo, para que en este orden de ideas, la aquí demandante dispusiera lo pertinente sobre la interposición del medio de control a partir del acto anterior.

Empero, al haber expedido la Resolución AL-13970 de 15 de noviembre de 2016

³ Acto del cual no obra en el expediente constancia u otro documento de notificación.

resolviendo de fondo dicha solicitud, como un recurso de reposición, dio lugar a que el afectado con la decisión administrativa computara desde su notificación el término de interposición de la demanda.

Ahora bien, sin restar relevancia a la anterior situación, pero destacando su mayor importancia en razón de su naturaleza sustancial, advierte esta Colegiatura que, en todo caso, la Resolución AL-13970 de 15 de noviembre de 2016 se erigió como el acto definitivo que concluyó en sede administrativa, la situación particular y concreta que en calidad de acreedor formuló la Fundación Pequeño Corazón ante la entidad aquí demandada, pues el referido acto administrativo señaló en forma puntual las razones por las cuales consideró que el valor de la acreencia aceptada -inferior al reclamado- había sido debidamente computado, esto al señalar en su parte motiva, que:

“En relación con la solicitud del recurrente de realizar la corrección aritmética a las facturas No. 46957, 46958 y 47457 reclamadas dentro del proceso liquidatorio, se procede a analizar los valores reclamados frente a los valores netos de la factura, así:

...

Así las cosas, se evidencia que no existe un error aritmético en el valor de las facturas reclamadas, pues se evidenció que dentro del soporte documental allegado por el recurrente se encuentran dichas facturas y corresponden al valor total de la factura, diferente es que la reclamación de las mismas corresponda a un menor valor el cual fue reconocido en su totalidad, por contar con los requisitos necesarios para su reconocimiento, sin embargo, se aclara que las Facturas No. 46957 y 46958.

Ahora bien, en relación con la Factura No. 47457, se hace necesario ilustrar al recurrente, respecto de la anotación contable contenida en el código identificado con el número 2.2, pues será confirmado en el presente acto, como quiera que se deriva de un pago por valor de DOCE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL CIENTO SESENTA Y OCHO PESOS (\$12.899.168.00) M/CTE, soportado en un Comprobante de Egreso No. 1266936 de 28 de octubre de 2015, siendo esta factura la única que presenta glosa contable.

Así las cosas, es pertinente aclarar que los descuentos por concepto de giro directo y anticipos que el recurrente aduce afectan a las facturas recurridas, se le informa que no se evidencia que dichas sumas correspondan a los valores que disminuyen el valor reconocido a favor de la Entidad en Liquidación por giro directo, por lo tanto se mantiene la calificación inicial en cuanto a los valores reconocidos en las facturas...”

Así las cosas, la Resolución AL-13970 de noviembre 15 de 2016 no solo fue expedida resolviendo un recurso de reposición, sino que en efecto desató en forma definitiva - en sede administrativa- la disputa del derecho individual que como acreedor discutió la Fundación Pequeño Corazón, dado que, incluso en los actos anteriores, esto es, las resoluciones AL-05566 y AL-12219 de 2016 no se había controvertido por modo alguno el monto de la acreencia, en razón de los pagos efectuados con anterioridad, pues en

dichos actos únicamente se discutió el cumplimiento de los requisitos formales que comprobaban su existencia; empero la discusión sobre su monto -en razón de los supuestos pagos efectuados- únicamente se dio en la Resolución AL-13970 de noviembre 15 de 2016.

6. Conclusión

Con sustento en lo anterior concluye la Sala que, no se presentó el fenómeno de caducidad del presente medio de control, pues la aquí accionante contaba con el término de cuatro meses para su interposición, el cual debe ser computado desde la fecha de notificación de la Resolución AL-13970 de noviembre 15 de 2016, esto es, del 12 de diciembre de 2016.

Por lo que, al haberse presentado la solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría Judicial Administrativa, el 07 de abril de 2017; y haberse emitido constancia de no acuerdo el 09 de junio siguiente⁴, fecha en que precisamente se radicó de la demanda, se concluye que su presentación fue oportuna.

Así las cosas, en consideración a que no se configuró el fenómeno de la caducidad, siendo este el único cargo de apelación propuesto por la entidad accionada, se impone confirmar la sentencia de primera instancia.

7. Costas

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP), no se impondrá condena en costas en esta instancia teniendo en cuenta que no se vislumbras actuaciones por parte de los apoderados que puedan generar agencias en derecho, como tampoco que estas hayan incurrido en gastos procesales.

Por lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2021 por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la Fundación Pequeño Corazón contra Fiduprevisora S.A. – PAR Caprecom Liquidado.

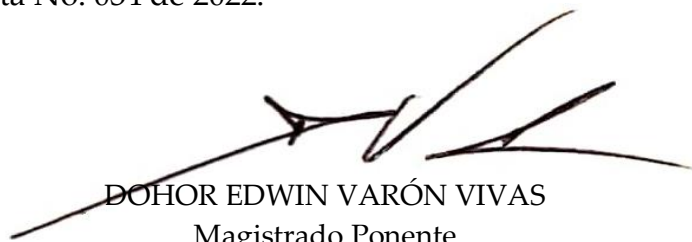
SEGUNDO: SIN COSTAS por lo expuesto.

⁴ Fls. 25-28, exp. digital, archivo: "01Folio".

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

NOTIFICAR

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 034 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 143

Manizales, veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17-001-33-33-002-2017-00425-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y de Parafiscales de la Protección Social = UGPP
Demandada: Nohelia Londoño De García

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia que accedió parcialmente a sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante en síntesis solicita, se declare la nulidad de la Resolución 20219 del 14 de Julio de 2005 que revocó la Resolución 24348 del 17 de noviembre de 2004 por cuanto no se dio cumplimiento en sentido estricto al fallo de tutela proferido por el Juzgado Penal Especializado del Circuito de Manizales y se reliquidó la pensión de jubilación gracia con el 85% de lo devengado en el último año efectiva a partir del 28 de Julio de 1986.

Que como consecuencia de la declaración anterior se ordene a la demandada reintegrar las sumas recibidas por concepto de la reliquidación de la pensión gracia, a partir del 28 de Julio de 1986, y que se declare que la demandada no le asiste derecho a la reliquidación de la pensión gracia con el 85% de lo devengado en el último año de servicios.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, la demandada es titular de una pensión de jubilación gracia. Que por virtud de un fallo de tutela se ordenó la reliquidación de la pensión sobre el 85% de lo devengado en el último año de servicios.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas los artículos 2°, 4°, 6°, 48, 121, 122, 123 y 209 de la Constitución Política; 1° de la ley 114 de 1913; 6° de la ley 116 de 1928; 3° de la ley 37 de 1933; 1° del de la ley 24 de 1947; 4° de la ley 4° de 1966; 5° del decreto 1743 de 1966; 52 de la ley 224 de 1972; 9' de la ley 7 de 1978; 1° de la ley 33 de 1985; 15 de la ley 91 de 1989; 10- del decreto 1160 de 1989, 115 de la ley 115 de 1994 y 279 de la ley 100 de 1993. En el concepto de la violación explica que, conforme a las normas especiales que rigen la pensión de jubilación gracia, esta se liquida con el 75% del promedio obtenido en el último año de servicios previo a la consolidación del derecho.

2. Medida cautelar

La UGPP dentro del libelo solicitó la suspensión provisional del acto demandado, teniendo en cuenta que, la reliquidación de la pensión gracia contraría la normatividad especial prevista para esta clase de pensión, por cuanto en el fallo proferido por el Juzgado Penal Especializado del Circuito de Manizales, se aplicó un porcentaje que no corresponde a la mencionada pensión especial, la cual debió liquidarse con el 75% del promedio obtenido en el último año de servicios, inmediatamente anterior a aquel en que se consolidó el status de pensionado.

El *a quo* en providencia del 6 de abril de 2018 decretó la medida cautelar solicitada, respecto al monto que exceda del 75% de los factores salariales acreditados durante el último año de servicios, inmediatamente anterior a la adquisición del derecho a la pensión gracia, que lo fue para julio de 1986.

3. Contestación de la demanda

La demandada se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de:

- *“Existencia de herramientas jurídicas diferentes a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de lesividad para definir esta controversia”*: El fallo de tutela que dio origen al acto acusado no fue impugnado ni revisado por la Corte Constitucional, razón por la cual se mantuvo en firme la reliquidación pensional. Que la competencia para revisar el acto acusado es del Consejo de Estado o de la Corte Suprema de Justicia mediante el recurso extraordinario de revisión, la cual no intentó la demandante por lo que la presente actuación viola el principio de seguridad jurídica.

- *“Actuación de mi mandante ceñida en todo momento al principio constitucional de buena fe, e inexistencia de la obligación de devolver o reintegrar las sumas de dinero pagadas por concepto de reliquidación pensional”*: Conforme a los artículos 164 de la ley 1437 de 2011 y 83 de la Constitución, se presume la buena fe en las actuaciones de los particulares ante las autoridades. El acto demandado lo produjo la administración en cumplimiento de un fallo de tutela en el cual no tuvo injerencia la demandada quien siempre ha actuado de buena fe.

4. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probada la excepción de “Actuación de mi mandante ceñida en todo momento al principio constitucional de buena fe, e inexistencia de la obligación de devolver o reintegrar las sumas de dinero pagadas por concepto de reliquidación pensional”, alegada por la demandada. En consecuencia, declaró la nulidad de la Resolución 20219 del 14 de julio de 2005 expedida por la extinta Cajanal y negar las demás pretensiones de la parte actora.

Señaló que, al ser demandado el acto administrativo de reliquidación, arropado desde entonces por la presunción de legalidad, y por el principio de buena fe, tanto en la administración como en la beneficiarla, y por lo mismo no estar ésta en la obligación de devolver lo que por ese concepto se le ha pagado.

5. Recurso de apelación

La UGPP solicitó se revoque la negativa de ordenar el reintegro de los sumas recibidas por la demandada con ocasión de los actos demandados de los cuales se declaró la nulidad y en su lugar se le ordene reintegrar las sumas solicitadas.

Para ello señaló que, la reliquidación que logró la demandada, las obtuvo a través de acciones de tutela. Que en el caso concreto se acudió a la tutela por fuera de las condiciones de procedibilidad, no se acreditó la afectación debido proceso ni a la seguridad social y las decisiones del Juez de tutela dieron lugar a un derecho no establecido por el legislador, configurándose así la cosa juzgada fraudulenta.

Que así las cosas, si se reúnen los requisitos del art. 164 literal C por lo que debe ordenarse el reintegro de las sumas canceladas.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar: *¿Hay lugar a ordenar a la demandada la devolución de los dineros recibidos en razón del reconocimiento prestacional ordenado en el acto administrativo anulado?*

2. Tesis del Tribunal:

No es procedente ordenar a la demandada el reintegro de los dineros percibidos con ocasión del acto administrativo anulados toda vez que, no se encuentra acreditado que haya actuado de mala fe al momento de solicitar la reliquidación de su pensión gracia.

Para fundamentar lo anterior se hará referencia a: i) el principio de la buena fe y la devolución de prestaciones ordenadas sin derecho; ii) los hechos acreditados relevantes para resolver el problema jurídico y el análisis del caso concreto.

3. Del principio de la buena fe y la devolución de prestaciones ordenadas sin

derecho¹

El artículo 83² de la Constitución Política, consagra el principio de la buena fe, el cual implica que (i) las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben estar gobernadas por el principio de buena fe y; (ii) ella se presume en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico administrativas. Esta última característica opera como presunción legal que admite prueba en contrario, es decir, que quien alegue la mala fe deberá demostrar los hechos sobre los cuales se fundamenta³.

Es decir, que el principio de buena fe no es absoluto, tiene límites en principios de igual categoría constitucional, como lo son: la prevalencia del interés general, la vigencia de un orden justo y el desarrollo de la función administrativa con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia y economía, entre otros⁴.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha manifestado que dicho principio exige a los particulares y a las autoridades públicas enmarcar sus actuaciones a una conducta honesta, leal y conforme con los comportamientos que podrían esperarse de una *persona correcta (vir bonus)*. Y en ese orden de ideas, la buena fe supone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la *confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada*⁵.

De otro lado, el literal C del numeral 1 del artículo 164 del CPACA, estipula:

“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas.

Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe;”

(Subraya la Sala)

Lo anterior significa que, comoquiera que la buena fe se presume será necesario que quien alega lo contrario así lo demuestre.

Al respecto el Consejo de Estado⁶ en sentencia del 29 de noviembre de 2009, señaló:

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “A”. C.P.: William Hernández Gómez. Sentencia del 13 de junio de 2019. Rad.: 76001-23-31-000-2009-00314-01(2232-17)

² **Artículo 83.** Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

³ Sentencia C-071 de 2004

⁴ sentencia de la Sección Segunda, Subsección B del 8 de mayo de 2008 con radicado 0949- 2006.

⁵ Sentencia C-1194/08 y C-499/15

⁶ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A. noviembre 23 de 2009. Radicación: 25000-23-15-000-2009-01332-01(AC)

*“Es así como el principio constitucional de la buena fe conlleva una presunción inescindible de las actuaciones de los particulares ante las autoridades públicas, y como tal no requiere declaración judicial, empero, en caso de su flagrante desconocimiento, sí es tarea del juez constitucional desplegar las actuaciones necesarias para su prevalencia. Con base en las circunstancias del caso concreto, la Sala vislumbra una actuación reprochable del Grupo Interno de Trabajo para el Pasivo Social de Puertos de Colombia, en tanto dio cumplimiento a unos fallos y desembolsó sumas de dinero a favor del administrado, generando en este el convencimiento y la legitimidad para recibirlas, a pesar de que no se encontraban debidamente ejecutoriadas por no haberse surtido el grado jurisdiccional de consulta, que únicamente se verificó más de seis años después de proferidos los fallos con base en los cuales se pagaron los dineros al actor. **Por lo anterior, no encuentra la Sala razón válida para que se le exija al actor de tutela el reintegro de unas sumas de dinero que le fueron pagadas de buena fe y en cumplimiento de órdenes judiciales vigentes para dicha época.***

Ahora, a juicio de la Sala, si la Administración considera imperioso para proteger el patrimonio público de la Entidad y lograr el reintegro de lo indebidamente pagado, tiene a su alcance las acciones de tipo penal, laboral o contencioso administrativas, para demostrar la mala fe y el posible enriquecimiento sin causa del señor Angulo Ramos.” (Negrillas de la Sala).

Ahora, si bien no existe una norma que defina cuándo pueda entenderse desvirtuada la buena fe en las relaciones entre los particulares y la administración, es conveniente señalar que la regla aplicable en materia de procesos judiciales está contenida en el artículo 79 del Código General del Proceso y que aquella resulta útil, comoquiera que señala comportamientos que permiten presumir que quien acude al proceso lo hace de manera temeraria, a saber:

- “1. Cuando 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.*
- 2. Cuando se aduzcan calidades inexistentes.*
- 3. Cuando se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.*
- 4. Cuando se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas.*
- 5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso.*
- 6. Cuando se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas”.*

Adicionalmente, en sentencia del 23 de marzo de 2017, señalo que, acudir a la acción de tutela para *“obtener la reliquidación de la pensión gracia con todos los factores salariales, no puede hacer presumir un actuar ilegal, fraudulento o engañoso, pues en el ordenamiento jurídico existen diversas acciones para reclamar los derechos sin que el uso de ellas denote mala fe, es más, corresponde a la autoridad que conozca de cada una de ellas determinar si la vía judicial escogida es la adecuada para elevar determinada pretensión”*.⁷

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”. C.P.: William Hernández Gómez. Sentencia de 5 de mayo de 2016. Radicación 05001-23-33-000-2013-00065-01(0525-14). En esta providencia se indicó, en un caso similar al presente, que el ejercicio de la acción de tutela para reclamar temas relacionados con la pensión gracia no puede ser tomado por el juez como prueba de mala fe para efectos de ordenar la devolución de las mesadas percibidas en vigencia de un acto

Aunado a lo anterior afirmó que, tampoco se puede entender que actúa de mala fe “a quien la administración ya le ha negado un derecho y demanda judicialmente para obtener su reconocimiento, aunque para aquella sea claro que el peticionario no tiene el derecho, puesto que se vulneraría el derecho de acceso a la administración de justicia, consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política. Igualmente, se resalta que la naturaleza de la función judicial en el caso sub examine es garantizar los derechos fundamentales de los asociados, de cara a la actuación de la autoridad pública, la cual en sub lite no acreditó la mala fe de la demandada”.⁸

4. Situaciones jurídicamente relevantes probadas

- Cajanal mediante Resolución 16008 del 26 de noviembre de 1987 reconoció una pensión gracia a la demandada a partir del 28 de Julio de 1986 -fecha de consolidación del estatus. (fls. 96-98 C. 1)
- Cajanal mediante Resolución 010607 del 2 de septiembre de 1996 reliquidó la pensión gracia de jubilación de la demanda sobre el 75% de la asignación percibida en el último año de servicios. (fls. 119-121 C. 1)
- El Juzgado Penal del Circuito Especializado de Manizales en fallo de tutela del 13 de mayo de 2004 ordenó, entre otras disposiciones, reliquidar la pensión gracia de la demandada en un monto de 85% desde la fecha en que adquirió el estatus. (fls. 128-138 C. 1)
- Cajanal mediante Resolución 24348 del 17 de noviembre de 2004 dio cumplimiento al fallo de tutela reliquidando la pensión gracia de jubilación por nuevos factores a la fecha del estatus de pensionada sobre el 75% de lo devengado (fls. 143-147 C. 1)
- Este acto fue revocado por medio de la Resolución 20219 del 14 de julio de 2005 - acto demandado - y reliquidó la pensión gracia sobre el 85% de los factores percibidos en el último año previo a la adquisición del derecho a la pensión gracia (fls. 155-157 C. 1)

5. Caso Concreto

La parte demandante pretende el reembolso de la diferencia pensional generada desde la inclusión en nómina de pensionados, en virtud de la Resolución 20219 del 14 de julio de 2005, por tratarse de una prestación indebidamente reconocida.

Como se señaló anteriormente, frente a los particulares de buena fe a quienes se les hayan reconocido prestaciones de forma sin cumplimiento de los requisitos legales, no es procedente la orden de devolución de tales emolumentos, por lo cual, corresponde a la entidad demandante aportar los elementos de prueba que permitan desvirtuar la presunción de buena fe.

administrativo que luego es declarado nulo. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia del 23 de marzo de 2017, rad.: 19001-23-31-000-2012-00251-01 (2036-2015)

⁸ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B. C.P.: César Palomino Cortés. sentencia de 9 de agosto de 2018. Rad: 25000-23-15-000-2009-01332-01(AC)

En el caso concreto, la Sala no observa ninguna prueba que lleve a la certeza de la existencia de la mala fe en el actuar de la demandada.

La simple afirmación de la apelante consistente en que, la accionada obtuvo la reliquidación de la pensión gracia, en virtud de un fallo de tutela, no es suficiente para presumir la mala fe de la accionada, pues como lo ha señalado el Consejo de Estado en reiteradas decisiones: *“en el ordenamiento jurídico existen diversas acciones para reclamar los derechos sin que el uso de ellas denote mala fe, es más, corresponde a la autoridad que conozca de cada una de ellas determinar si la vía judicial escogida es la adecuada para elevar determinada pretensión”*⁹; además que dicha presunción *“vulneraría el derecho de acceso a la administración de justicia, consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política”*.¹⁰

Tampoco es posible afirmar que, por el hecho de haber sido reconocido por el Juez de tutela un derecho no establecido por el legislador, se deba presumir la mala fe de la tutelante, pues el Juez es la autoridad encargada de definir e interpretar las normas aplicables, independientemente de las posiciones planteadas por las partes. Así, el error en que incurrió el Juez en el análisis normativo, no puede ser automáticamente imputado a aquella, y por tanto, le correspondía a la aquí accionante demostrar que, la demandada se valió de medios fraudulentos que llevaron al juez de tutela a dictar una decisión errada, lo cual se repite, no ocurre en el presente asunto.

Por otra parte, tampoco se evidencia que la demandada en el trámite del procedimiento administrativo que precedió a la expedición del acto administrativo demandado haya incurrido en alguno de los eventos señalados en el artículo 79 del Código General del Proceso, previamente citado que señala los comportamientos que permiten presumir que quien acude al proceso lo hace de manera temeraria.

6. Conclusión

No se encuentra acreditado que, la demandada haya actuado de mala fe al momento de solicitar la reliquidación pensional o de recibir la prestación reconocida en el acto administrativo anulado.

Por lo anterior, se confirmará la decisión recurrida, a través de la cual se negó la pretensión de ordenar a la demandada el reintegro de los dineros percibidos con ocasión de los actos administrativos acusados.

7. Costas en esta instancia

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”. C.P.: William Hernández Gómez. Sentencia de 5 de mayo de 2016. Radicación 05001-23-33-000-2013-00065-01(0525-14). *En esta providencia se indicó, en un caso similar al presente, que el ejercicio de la acción de tutela para reclamar temas relacionados con la pensión gracia no puede ser tomado por el juez como prueba de mala fe para efectos de ordenar la devolución de las mesadas percibidas en vigencia de un acto administrativo que luego es declarado nulo.* Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia del 23 de marzo de 2017, rad.: 19001-23-31-000-2012-00251-01 (2036-2015)

¹⁰ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B. C.P.: César Palomino Cortés. sentencia de 9 de agosto de 2018. Rad: 25000-23-15-000-2009-01332-01(AC)

No se condenará en costas teniendo en cuenta que, no se encuentra acreditada su causación en esta instancia.

Por lo expuesto la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Confírmase la sentencia proferida el 13 de mayo de 2019 por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y de Parafiscales de la Protección Social - UGPP contra Nohelia Londoño De García.

Segundo: Sin condena en costas.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa "Justicia Siglo XXI".

NOTIFICAR

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 034 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA 2ª. ORAL DE DECISIÓN

Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Radicación:	17001-23-33-000-2017-00727-00
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	UGPP
Demandado:	Glenda María Gómez Perea
Providencia:	Sentencia No. 100

La Sala 2ª. de Decisión Oral del Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas de conformidad con lo previsto en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), procede a dictar sentencia, dentro del proceso de **Nulidad y restablecimiento del derecho** promovido por la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social– UGPP** contra la señora **Glenda María Gómez Perea**.

Al no encontrarse irregularidad alguna que pueda dar lugar a la nulidad de lo actuado, se procede a proferir la sentencia que finalice la instancia.

I. Antecedentes

1. Pretensiones.

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

“PRIMERA. *Se declare la nulidad de la RESOLUCIÓN No.009128 DE SEPTIEMBRE DE 1994, por medio de la cual la extinta Cajanal RECONOCIÓ una pensión de jubilación gracia a la señora GLENDA MARIA GÓMEZ PEREA, conforme a la ley 114 de 1913 ostentando vinculación de carácter nacional.*

SEGUNDA. *Que como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la señora*

GLENDAMARIA GÓMEZ PEREA en su condición de beneficiaria de la pensión gracia reintegrar la totalidad de las sumas canceladas en virtud del acto administrativo que le reconoció dicha pensión gracia, toda vez que no le asistía derecho a ser reconocida por el no cumplimiento de los requisitos exigidos para tal reconocimiento. Sumas que deberán ser indexadas al momento del pago”.

2. Hechos.

Se aduce en la demanda que la señora Glenda María Gómez Perea nació el 8 de julio de 1942. Que de las certificaciones aportadas y que reposan en el expediente se desprende que prestó sus servicios al Ministerio de Educación Nacional desde el 01 de febrero de 1967 hasta 22 de septiembre de 1993 y que el último cargo desempeñado fue el de docente de enseñanza secundaria tiempo completo en la escuela Normal Nacional de Anserma - Caldas.

Indica que mediante Resolución No. 009128 de septiembre de 1994, la extinta Cajanal reconoció una pensión de jubilación gracia a la señora Glenda María Gómez Perea conforme a la ley 114 de 1913. Y que por medio de la Resolución 0204 de 24 de enero de 2004, se negó la reliquidación de la referida prestación. Se aduce así mismo, que por medio de la Resolución No. 001344 de 20 febrero de 2004, se confirmó el acto ficto que negó la reliquidación de la pensión gracia.

Añade la demandante que mediante Resolución 56100 de 13 de noviembre de 2008, la extinta Cajanal negó la reliquidación de la pensión gracia por nuevos factores salariales, señalando que la señora Glenda María Gómez Perea no ostentó la calidad de docente territorial, municipal, departamental o nacionalizada. Y que mediante Resolución No.027062 del 25 de julio de 2016 negó reliquidación de la pensión gracia con el mismo argumento, esto es, dado la naturaleza nacional de la vinculación; igualmente, con la resolución 034965 de 20 de septiembre de 2016 se resolvió el recurso de apelación confirmando la anterior decisión.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Considera vulnerados:

Constitución Política de Colombia, artículos 1, 2 y 4.

Ley 114 de 1913, artículo 1°.

Ley 91 de 1989, artículo 15.

Lo anterior, según la parte actora, dada la improcedencia del reconocimiento y liquidación de la pensión gracia a la señora Gómez Perea, ya que no reunió los requisitos de tiempo y prestación de servicio en colegios del orden departamental, distrital o municipal, pues según dice, del tiempo acreditado todo fue al servicio de colegios del orden nacional, el cual le fue computado para dicho reconocimiento siendo ello prohibido por las normas vigentes al tiempo de la consolidación del derecho.

4. Contestación de la demanda.

Actuando a través de apoderado judicial, la señora Glenda María Gómez Perea contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y negando algunos hechos.

Planteó las excepciones que denominó:

“Inexistencia de los requisitos señalados por el demandante para el momento en que se profirió la resolución demandada”; “Cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley” pues para la época en que le fue reconocido el derecho pensional no se exigían 20 años de servicio como docente de carácter exclusivamente territorial o nacionalizado, por lo que era viable computar el tiempo como docente nacional; *“Derecho adquirido bajo el principio de confianza legítima”; “Imposibilidad de recuperar prestaciones pagadas a particulares de buena fe”; “protección reforzada al adulto mayor”*.

Finalmente, solicitó que se nieguen las pretensiones de la parte actora. (fls. 282 – 294, C. 1 A)

5. Audiencia Inicial.

Se prescindió de esta etapa procesal de conformidad con el artículo 13 del Decreto 806 de 2020. (fl. 332, C. 1 A)

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante: La UGPP colige que se tiene probado que la señora Glenda María Gómez Perea, según obra en el expediente pensional, se desempeñó como docente nacional en escuela normal nacional de Anserma - Caldas, desde 1 de febrero

de 1967 hasta el 13 de febrero de 1973 y desde el 1 de febrero de 1973 hasta el 22 de septiembre de 1993, con vinculación de carácter NACIONAL.

Igualmente se tiene probado que por medio del oficio con radicado No. 201720052121662 del 13 de julio de 2017, la Secretaria de Educación Departamental de Caldas allegó el certificado de tiempos de servicio de la señora Glenda María Gómez Perea, informando en el oficio remisorio lo siguiente:

"(...) Dando cumplimiento a lo solicitado en el radicado de la referencia, nos permitimos remitirle Certificado No. 2577 de 12/07/17, con tiempo de servicio laborado con esta entidad, desde el 01/02/1973 hasta el 31/01/2002, con las especificaciones sugeridas, como docente NACIONAL, nombrado por el Ministerio de Educación Nacional, mediante resolución del MEN para plantel Nacional, pagado con recursos de la Nación. (...)"

Aduce que el certificado de tiempos No. 2577 del 12 de julio de 2017, consta que la señora Glenda María Gómez Perea se encontraba vinculada como docente nacional, por medio del Decreto No. 822 del 15 de febrero de 1973 hasta el 31 de enero de 2002.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, encuentra confirmado que la señora Gómez Perea se encontraba vinculada como docente nacional, motivo por el cual, no acredita el derecho para acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación gracia conforme la Resolución No. 009128 del 28 de septiembre de 1994, proferida por la extinta Cajanal. (fls. 336 a 339. C. 1 A)

6.2. Parte demandada: El apoderado cuestiona lo que considera el cambio de jurisprudencia para insistir en que el acto demandado está protegido por la confianza legítima y la buena fé, y al contrario, la UGPP no demostró la mala fé de la demandada como supuesto para el reintegro de los valores pagados que pretende.

II. Consideraciones de la Sala

Pretende la parte demandante mediante la acción de **nulidad y restablecimiento del derecho**, que por esta Corporación se declare la nulidad de la Resolución No.009128 de septiembre de 1994, por medio de la cual la extinta Cajanal reconoció una pensión de jubilación gracia a la señora Glenda María Gómez Perea. En consecuencia, se ordene el reintegro de las sumas percibidas por tal concepto.

La parte demandada se opone a tal pretensión al considerar que la pensión fue

reconocida previa acreditación de los requisitos legales y al amparo del principio de la buena fe y de confianza legítima.

1. Problemas jurídicos a resolver.

Los problemas jurídicos se contraen a establecer lo siguiente:

1.1. ¿El tiempo de servicio prestado por la señora Glenda María Gómez Perea en calidad de docente, puede ser tenido en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión gracia?

1.3. ¿Se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad del acto administrativo que reconoció la pensión gracia a la señora Glenda María Gómez Perea?

1.4. ¿Hay lugar a ordenar el reintegro de los dineros percibidos por la demandada con fundamento en el acto objeto de nulidad?

Para resolver lo anterior, la Sala abordará los siguientes ítems: i) marco jurídico de la pensión gracia; y ii) solución al caso concreto.

2. Las normas que rigen el reconocimiento de la pensión gracia.

La Ley 114 de 1913 dispuso reconocer a los maestros de escuelas primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no inferior a veinte años, y que reunieran todos los requisitos exigidos por la ley, el derecho a una pensión de Jubilación Gracia vitalicia, consagrada en el artículo 4:

***“Artículo 4.** Para gozar de la gracia de la pensión será preciso que el interesado compruebe:*

1. Que en los empleos que ha desempeñado se ha conducido con honradez y consagración.

2. (Derogado por la ley 45 de 1913)

***3. Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional.** Por consiguiente, lo dispuesto en este inciso no obsta para que un Maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación y por un Departamento.*

4. Que observe buena conducta.

5. (Derogado artículo 8 ley 45 de 1913)

6. *Que ha cumplido cincuenta años, o que se halla en incapacidad por enfermedad u otra causa, de ganar lo necesario para su sostenimiento.*”
(Subrayado de la Sala).

En principio, la Ley 114 de 1913 otorgó a los maestros de escuelas primarias oficiales que cumplieran los requisitos establecidos en el artículo 4º, una pensión por servicios prestados a los departamentos y a los municipios, siempre que se comprobara *“que no reciben actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional”*.

Luego, la ley 116 de 1.928 extendió el aludido beneficio a los empleados y profesores de las Escuelas Normales y a los Inspectores de Instrucción Pública. Se autorizó en el artículo 6º de esta ley para completar el tiempo requerido, sumar los servicios prestados en diversas épocas, tanto en la enseñanza primaria como en la normalista, asimilando para tales efectos la inspección de instrucción pública a la enseñanza primaria.

La Ley 37 de 1933 en el artículo 3º determinó que las pensiones de jubilación de los maestros de escuela, rebajadas por decreto legislativo, quedarían nuevamente en la cuantía señalada por las leyes e hizo extensivas estas pensiones a los maestros que hayan completado los años de servicios consagrados por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria.

La interpretación correcta que se le debe dar a la frase “hubieran completado” consignada en esta norma, ha sido objeto de varios pronunciamientos, tanto por los Tribunales como por el Consejo de Estado.

En efecto, en sentencia de 11 de marzo de 1.999¹, se precisó:

“... Una interpretación jurídica que indague no solamente por el sentido de las palabras, sino también por el significado del texto en su conjunto, teniendo en cuenta la conexión y posición del instituto jurídico en comento en el complejo normativo y las raíces u origen de los preceptos en su delimitado contexto, permite establecer, sin hesitación alguna, que cuando el legislador de 1933 utilizó el vocablo “completado”, pretendió no solamente señalar que para acceder a la prestación en comento se podría integrar el lapso correspondiente al desempeño de maestro en establecimientos de enseñanza secundaria (que igualmente exigía dotes especiales de constancia, abnegación y desinterés) al de escuelas primarias oficiales y al de escuelas normales, sino, inclusive, consumir todo el tiempo de servicios en aquella o, en escuelas normales. En este sentido se ha pronunciado en múltiples oportunidades la Sala....

“...en el fallo de 16 de junio de 1995, proferido dentro del expediente No.9538, se dijo: La correcta interpretación de la Ley 37 de 1.933 no es la restrictiva que hizo la Caja, en el sentido literal de añadir o sumar un tiempo a otro; el artículo 3º de dicha ley quiso conceder

¹ Consejero Ponente: Silvio Escudero Castro, Exp. 38287-2399-01.

también a los maestros de secundaria en el orden municipal o departamental, con 20 años de servicio, la pensión gracia acordada para los de primaria, como lo hizo la Ley 116 de 1928 para los normalistas e inspectores en los mismos niveles”.(Gaceta Jurisprudencial, abril de 1.999, pág.61).

Por su parte, la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2, literal a), reiteró la vigencia del derecho a la pensión Gracia sólo para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1.980 y siempre que reunieran la totalidad de los requisitos legales. En efecto, la jurisprudencia ha señalado²:

“...Lo anterior permite precisar: i) la vigencia del derecho a la pensión gracia para aquellos docentes territoriales o nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1980, siempre y cuando reúnan la totalidad de requisitos consagrados en la Ley para tal efecto; ii) la inexistencia de derecho alguno al respecto para los docentes nacionales; iii) la conclusión de dicho beneficio para los docentes territoriales o nacionalizados vinculados por primera vez a partir del 31 de diciembre de 1980; como también, iv) que la excepción que en cuanto a la pensión gracia permite la compatibilidad en el pago de dos pensiones de carácter nacional - pensión gracia y pensión ordinaria de jubilación- en virtud de la Ley 91 de 1989, es limitada a aquellos docentes departamentales y municipales que a la fecha señalada en tal disposición, quedaron comprendidos en el proceso de nacionalización iniciado con la Ley 43 de 1975, quienes deberán reunir en todo caso los demás requisitos contemplados en la Ley 114 de 1913 para hacer efectivo dicho beneficio”. (Subraya la sala)

Lo anterior permite establecer que, para el disfrute de la pensión Gracia, se deben reunir íntegramente los requisitos legales mencionados.

En pronunciamiento del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B, se advirtió que para obtener el reconocimiento de la pensión de gracia, se requiere necesariamente **“haber prestado los servicios como docente en planteles departamentales, distritales o municipales por un término no menor de veinte (20) años y que estuviere vinculado antes del 31 de diciembre de 1980; haber cumplido cincuenta años de edad; y haberse desempeñado con honradez, consagración y buena conducta.”**³

Ahora bien, para determinar la naturaleza de la plaza ocupada por el docente durante el tiempo requerido para acceder a la pensión gracia, ha de tenerse en cuenta la precisión que al respecto ha hecho el Consejo de Estado⁴:

² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo / Sección segunda C.P. **GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN** / dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010). / Rad. **2006-07030-01(2093-08)**

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cueter. Cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00572-01(2629-15)

⁴ Sentencia del 18 de junio de 2018, radicación 25000-23-42-000-2013-04683-01

(v) No es dable inferir que los docentes territoriales y/o nacionalizados se convierten en educadores nacionales cuando en el acto de su vinculación interviene, además del representante legal de la entidad territorial, el delegado permanente del Ministerio de Educación Nacional, ni por el argumento de que los recursos destinados para su sostenimiento tienen su origen o fuente en la Nación.

(vi) Lo relevante frente al reconocimiento de la pensión de gracia es la acreditación de la plaza a ocupar, esto es, que sea de carácter territorial o nacionalizada.

(vii) Para acreditar la calidad de docente territorial, se requiere copia de los actos administrativos donde conste el vínculo, en los que además se pueda establecer con suficiente claridad que la plaza a ocupar sea de aquellas que el legislador ha previsto como territoriales, o en su defecto, también se puede acreditar con la respectiva certificación de la autoridad nominadora que dé cuenta que el tipo de vinculación al cual se encuentra sometido el docente oficial es de carácter territorial. /Resaltado de la Sala/

De esta forma procede la Sala a verificar las pruebas recaudadas en el proceso, y conforme a ellas, el cumplimiento o no de los requisitos legales por parte de la señora Gómez Perea para acceder al derecho a la pensión gracia.

3. Caso concreto.

A efectos de resolver lo pertinente sea lo primero indicar que, mediante auto interlocutorio No. 336 del 28 de junio de 2019, el cual se encuentra en firme, se accedió a la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos cuya nulidad se deprecia en este proceso. (fls. 275 a 279, C. 1 A)

En dicho proveído se expuso lo siguiente:

“De todo lo anterior se desprende que, una de las condiciones exigidas para ser beneficiario de la pensión gracia, ya sea por servicios docentes en primaria, secundaria o normalista, es que éstos se hayan prestado en entidades territoriales, pues la compatibilidad pensional que consagra la ley es con pensiones reconocidas por tiempos prestados a los departamentos o municipios.

Al respecto, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente⁵:

...

Como consecuencia del proceso de nacionalización de la educación, que trajo la Ley 43 de 1975 «por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Bogotá D.C. Septiembre 6 de 2018. Radicación número: 25000-23-42-000-2013-04688-01 (3811-16).

participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones» los docentes de primaria y secundaria quedaron vinculados con la Nación y por ende, ya no se presentarían diferencias salariales entre los distintos docentes del sector oficial.

Luego, se expidió la Ley 91 de 1989 «por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio» disposición que en su artículo 1.º estableció:

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

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

2. 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.

3. 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.

Por su parte, en su artículo 15 ordinal 2 fijo un límite temporal para tener derecho a la pensión gracia en los siguientes términos:

2.- Pensiones

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

De las normas previamente señaladas se deduce que el legislador acabó con el reconocimiento de la pensión gracia, esto es, por quedar todos los docentes vinculados con la Nación. Por ello, la Sala sigue el criterio expuesto por la sala plena de esta corporación en fallo del 26 de agosto de 1997, en el sentido de que el numeral 2.º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 es de carácter transitorio, para no desconocer los derechos adquiridos en relación con la pensión gracia, en tratándose de los docentes nacionalizados.

La providencia previamente señalada sostuvo lo siguiente:

[...] La disposición transcrita se refiere de manera exclusiva a aquellos docentes departamentales o regionales y municipales que quedaron comprendidos en el mencionado proceso de nacionalización. A ellos, por habérseles sometido repentinamente a este cambio de tratamiento, se les dio la oportunidad de que se les reconociera la referida pensión, siempre que reunieran la totalidad de los requisitos y que hubiesen estado vinculados de conformidad con las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, con el aditamento de su compatibilidad '[...]con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación', hecho que modificó la Ley 114 de 1913 para dichos docentes, en cuanto ésta señalaba que no podía disfrutar de la pensión gracia quien recibiera '[...]otra pensión o recompensa de carácter nacional'.

[...]

5. La norma pretranscrita, sin duda, regula una situación transitoria, pues su propósito, como se ve, no es otro que el colmar las expectativas de los docentes

vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 e involucrados, por su labor, en el proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria oficiales.

6. De lo anterior se desprende que para los docentes nacionalizados que se hayan vinculado después de la fecha a que se acaba de hacer referencia, no existe la posibilidad del reconocimiento de tal pensión, sino de la establecida en el literal B del mismo precepto, o sea la '[...]pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año', que se otorgará por igual a docentes nacionales o nacionalizados (literal B, No.2, artículo 15 lb.) hecho que indica que el propósito del legislador fue ponerle fin a la pensión gracia. También, que **dentro del grupo de beneficiarios de la pensión gracia no quedan incluidos los docentes nacionales sino, exclusivamente, los nacionalizados que, como dice la Ley 91 de 1989, además de haber estado vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 'tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia [...] siempre y cuando cumplan con la totalidad de requisitos'**. Y por último, que sin la ley 91 de 1989, en especial la norma contenida en el literal A, numeral 2, de su artículo 15, dichos servidores no podrían beneficiarse del reconocimiento de tal pensión, pues habiéndose nacionalizado la educación primaria y secundaria oficiales, dicha prestación, en realidad, no tendría el carácter de graciosa que inicialmente le asignó la ley⁶. /Negrilla de la Sala/

En el presente caso la entidad demandante asegura que la señora Glenda María Gómez Perea es docente de nivel nacional y por lo tanto nunca se le debió reconocer la pensión gracia. Ahora bien, tal y como lo establece la Ley 91 de 1989, se consideran nacionales aquellos docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional; aspecto que en este caso se encuentra acreditado con los siguientes documentos:

- Constancia suscrita por el rector y pagador de la Escuela Normal Nacional de Anserma, Caldas. (fl. 86 Vltto, C. 1)
- Resolución No. 009128 del 28 de septiembre de 1994, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social, mediante la cual se reconoció una pensión gracia de jubilación. (fls. 91 Vltto -92, C. 1)
- Decreto No. 00019 del 28 de enero de 2002, expedido por el departamento de Caldas, mediante el cual se le acepta la renuncia a la señora Glenda María Gómez Perea en calidad de docente de plaza nacional (fl. 139, C. 1)
- Formato Único para la expedición de certificado de historia laboral, expedido por el departamento de Caldas (fl 141 C. 1)

Así pues, comoquiera que en el expediente se observan documentos que certifican que la demandada prestó sus servicios en calidad de docente de nivel nacional, la Sala concluye que están dadas las condiciones para decretar la suspensión provisional de los efectos jurídicos de la Resolución No. 009128 del 28 de septiembre de 1994, mediante la cual CAJANAL reconoció y ordenó el pago de una pensión gracia en favor de la demandada.

En consonancia con lo anterior, encuentra la Sala que la solicitud efectuada en el libelo de la demanda para que sean suspendidos los efectos de la Resolución No. 009128 del 28 de septiembre de 1994, atiende a las exigencias normativas para su decreto. Ello, sin perder de vista que la pensión gracia, reconocida a la parte demandada, le está causando a la UGPP un perjuicio, dado que es ésta la entidad a la que le corresponde el pago de las mesadas pensionales otrora reconocidas por Cajanal.

Por lo expuesto, dado que la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos de la Resolución No. 009128 del 28 de septiembre de

⁶ Expediente S-699 del 26 de agosto de 1997, actor: Wilberto Therán Mogollón, consejero Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda.

1994 cumple con los requisitos de que trata el artículo 229 del CPACA, se procederá a su decreto.

Se ordenará a la entidad demandante UGPP, que las sumas que por esta decisión se dejaren de pagar a la demandada, se mantengan en una cuenta especial hasta tanto haya pronunciamiento definitivo mediante sentencia debidamente ejecutoriada”.

Entre las pruebas allegadas al plenario, ciertamente, se encuentra el certificado expedido por la rectora y la secretaria de la Escuela Normal Nacional de Florencia (Caquetá), según el cual, la señora Glenda María Gómez Perea trabajó en dicho plantel como profesora de secundaria, «desde el 1° de febrero de 1967 según Resolución No. 517 de marzo 15 de 1967 hasta el 13 de febrero de 1973 cuando fue trasladada según Res. No. 822 de febrero 15 de 1973. (fl. 86 Vltto, C. 1).

El rector y la pagadora de la Normal Nacional de Anserma (Caldas) hicieron constar que la demandada fue vinculada como profesora de secundaria, mediante Resolución Ministerial No 822 de febrero 15/73, con efectos fiscales a partir del 1o. de febrero de 1973. Igualmente precisaron que la docente seguía laborando para el momento de la expedición de la certificación, esto es, el 22 de septiembre de 1993. (fl. 86 Vltto, C. 1)

Mediante Oficio UAF-HV-305 de 12 de julio de 2017, la auxiliar administrativa - Hojas de Vida, Unidad Administrativa y Financiera de la Secretaria de Educación de la Gobernación de Caldas informó al subdirector de defensa judicial pensional de la UGPP que remitía el certificado No. 2577 de 12 de julio de 2017, con constancia del tiempo de servicio laborado por la demandada desde el 1 de febrero de 1973 hasta el 31 de enero de 2002 «*como docente NACIONAL, nombrado por el Ministerio de Educación Nacional, mediante resolución del MEN para plantel Nacional, pagado con recursos de la Nación*». (fl. 168 Vltto, C. 1)

Así mismo, se tiene a la mano el certificado emanado del departamento de Caldas en donde se deja expresamente señalado que la señora Gómez Perea fue nombrada en propiedad en la Escuela Normal Superior José Manrique Gómez de Anserma, Caldas, por medio de la Resolución 822 del 15 de febrero de 1973, desempeñando la labor docente hasta el 01 de febrero de 2002, fecha a partir de la cual surtió efectos la renuncia al cargo. (fl 141 C. 1)

En efecto, por medio del Decreto 00019 de 28 de enero de 2002, el gobernador de Caldas aceptó la renuncia presentada por la accionada «*al cargo de DOCENTE PLAZA NACIONAL en LA ESCUELA NORMAL SUPERIOR JOSÉ MANRIQUE GOMEZ, del Municipio de ANSERMA*». (fl. 139, C. 1)

Así las cosas, de conformidad con el marco legal y jurisprudencial expuesto en precedencia, y de cara al material probatorio que obra en el expediente, esta Sala de Decisión ha podido establecer que la señora Glenda María Gómez Perea no cumplía a cabalidad con los requisitos establecidos en la ley 114 de 1913 para acceder a la pensión gracia, y esto es así, pues con los certificados de tiempo examinados no se logra acreditar 20 años de servicio en calidad de docente territorial o nacionalizado, requisito *sine qua non* para hacerse acreedora a dicha prestación social.

Lo dicho en precedencia encuentra respaldo igualmente en la providencia proferida el 13 de febrero de 2020 por la Sección Segunda, Subsección A de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto que accedió a la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto administrativo cuya nulidad se depreca en este proceso. Al respecto se dijo lo siguiente:

“[...] La sala advierte que el reconocimiento prestacional conferido a la señora Glenda María Gómez Perea, mediante el acto acusado, no se ajusta a derecho, porque la entidad demandante aseguró que este no era viable y allegó pruebas para demostrar su dicho: por ende, como el objeto de la apelación consistía en que se revocara la medida cautelar decretada por el a quo, la demandada tenía la carga de probar, siquiera sumariamente, que los tiempos laborados fueron en el nivel territorial y/o que era una docente nacionalizada, sin embargo, no lo hizo, de manera que no desvirtuó los argumentos tenidos en cuenta por el Tribunal para adoptar la decisión recurrida. [...]” (fls. 260-266, Cdo C. E.)

Es por lo anterior que queda desvirtuada la presunción de legalidad de la Resolución No.009128 del 28 de septiembre de 1994 por medio de la cual la extinta CAJANAL reconoció y ordenó el pago de una pensión gracia en favor de la señora Glenda María Gómez Perea.

No obstante lo anterior, el restablecimiento del derecho en los términos solicitados por la parte demandante, esto es, el reintegro por parte de la demandada de todos los valores pagados como consecuencia del reconocimiento ilegal de su pensión, no será ordenado por este juez colegiado toda vez que no se advierte mala fe por parte de aquella, ni maniobras fraudulentas o torticeras para obtener la aludida prestación vitalicia.

Ciertamente, la señora Gómez Perea insistió en su reclamación y la entidad demandante accedió al reconocimiento y pago de la pensión en la forma ya

mencionada, sin embargo, no se tienen elementos probatorios para afirmar que la aquí demandada acudió a alguna presión indebida o medio ilegal para lograr el reconocimiento de la pensión, razón por la cual no es dado atribuir mala fe en cabeza de ésta.

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

En consecuencia, ha de concluirse que la presunción de legalidad de la resolución enjuiciada fue desvirtuada y por lo tanto, se accederá a la pretensión principal de declararla nula; sin embargo, no se ordenará el restablecimiento del derecho en la forma pedida por la entidad demandante, esto es, ordenando a la demandada la devolución de las mesadas recibidas en cumplimiento de ese acto administrativo.

4. De las costas en primera instancia.

Se condenará en costas a la parte demandada, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso. Se fijan las agencias en derecho equivalentes al 3 % de las pretensiones de la demanda y a cargo de la parte demandada, teniendo en cuenta la gestión que a través de apoderado judicial tuvo que realizar la entidad demandante en esta instancia, sumado ello a los gastos del proceso en los que incurrió para su trámite (fl.247).

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

III. Falla.

Primero: Se declara la nulidad de la Resolución No.009128 del 28 de septiembre de 1994 por medio de la cual la extinta CAJANAL reconoció y ordenó el pago de una pensión gracia en favor de la señora Glenda María Gómez Perea.

Segundo: A título de restablecimiento del derecho, se ordena la cesación o extinción en el pago de las mesadas que con fundamento en dicho acto administrativo se le hace a la señora Glenda María Gómez Perea.

Tercero: Se niegan las demás pretensiones de la parte demandante.

Cuarto: Se condena en costas a la parte demandada, señora Glenda María Gómez Perea, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso. Se fijan las agencias en derecho equivalentes al 3% de las pretensiones de la demanda y a cargo de la parte demandada.

Quinto: Se reconoce personería para actuar como apoderado de la UGPP a la abogada Laura Gómez Montealegre, portadora de la Tarjeta Profesional No. 66.708, de conformidad y en los términos del poder general a ella conferido. (fls. 1 a 5, C. 1). Igualmente, se reconoce personería para actuar como apoderado de dicha entidad, al abogado Edinson Tobar Vallejo, portador de la Tarjeta Profesional No. 161.779, de conformidad y en los términos del poder general a él conferido. (fls. 312 a 325, C. 1 A)

Se reconoce personería para actuar como apoderado de la señora Glenda María Gómez Perea al abogado Julián Echeverry Rincón, portador de la Tarjeta Profesional No. 206.894, de conformidad y en los términos del poder a él conferido. (fl. 272, C. 1A) y al abogado Horacio Vargas Duque, portador de la Tarjeta Profesional No. 322.898, de conformidad y en los términos del poder a él sustituido (fls.359 vto-360 vto).

Sexto: Notifíquese conforme lo dispone el CPACA.

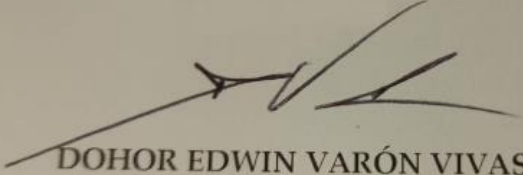
Séptimo: En firme la sentencia, archívese el expediente previa anotación en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

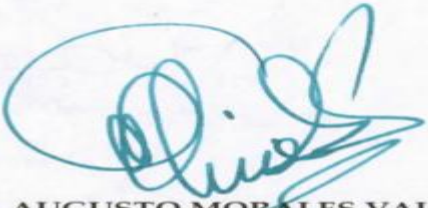
Notifíquese y Cúmplase

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

Patricia Varón

Magistrada Ponente


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala 2ª. Oral de Decisión
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Radicación	17001-23-33-000-2018-00215-00
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Libardo Castaño Ramírez
Accionado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM y Departamento de Caldas
Providencia	Sentencia No. 101

La Sala 2ª Oral de Decisión procede a dictar sentencia de primer grado dentro del proceso de **nulidad y restablecimiento del derecho** promovido por el señor **Libardo Castaño Ramírez** contra la **Nación - Ministerio de Educación Nacional** y el **Departamento de Caldas**.

Al no encontrarse irregularidad alguna que pueda dar lugar a la nulidad de lo actuado, se procede a proferir la sentencia que finalice la instancia.

I. Antecedentes

1. Pretensiones.

La parte demandante deprecia lo siguiente:

“Primera.- Se declare la nulidad de la Resolución No. 8352-6 del 30 de octubre de 2017, notificada el día 31 de octubre de 2017 y la Resolución 0082 - 6 del 02 de Enero de 2018, notificada el día 16 de Enero de 2018; por medio de las cuales se desconocieron y negaron los Intereses moratorios generados con ocasión al pago tardío del retroactivo de la Homologación y Nivelación salarial.

Segunda.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, igualmente se declare que el actor tiene pleno derecho a que el DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN /MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, le reconozcan y ordenen pagar los intereses moratorios, efectivos a partir del día siguiente a los treinta (30) días posteriores a su causación - 10 de Febrero de 1997 al año 2002 - y en adelante hasta el día en que fue efectivo el pago total del retroactivo por homologación y nivelación salarial, estos es, el día 15 de Abril de 2013.

Tercera.- Se condene al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, a pagar al actor los intereses moratorios a que tiene derecho, liquidados con base al interés bancario corriente desde la fecha de causación hasta la fecha efectiva de pago; en consideración a que, el pago de la nivelación salarial debe hacerse al igual que el salario, por periodos de treinta (30) días, por tanto, una vez ocurrido dicho vencimiento, su no pago genera automáticamente la obligación de cancelar los intereses aludidos.

Cuarta.- Se ordene liquidar y pagar, a expensas de LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS y LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, a favor del actor, los intereses reclamados, con base al capital neto cancelado, es decir, sin incluir el valor que por concepto de Indexación salarial se reconoció.

Quinta.- Se ordene al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el inciso segundo del artículo 192 del CPACA., igualmente que en virtud de la voluntad contemplada en el poder conferido se haga entrega de los dineros al apoderado.

Sexta.- Se condene al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, pagar a favor de mi mandante, los intereses moratorios, conforme lo ordena el inciso 3ero. Del artículo 192 del CPACA.

Séptima.- Se condene en costas al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, en caso de que se oponga a las pretensiones de esta demanda.

[...]"

2. Hechos.

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

- El demandante laboró en la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en calidad de personal administrativo.
- La entidad territorial expidió el Decreto No. 0021 de 1997 mediante el cual transfirió el personal administrativo adscrito al servicio público educativo del orden Nacional, a la planta de cargos y personal que laboraba en el Departamento de Caldas.
- Previo concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, y en atención a lo dispuesto por el Ministerio de Educación a través de la Directiva Ministerial N° 10 de 2005 y de la Resolución 2171 de 2006, el departamento presentó ante dicha entidad el estudio técnico para la homologación nacional, la que fue aprobada por esa cartera ministerial.

- Como consecuencia de lo anterior, el Departamento expidió el Decreto N° 0399 del 20 de abril de 2007, por medio del cual homologó y niveló salarialmente los cargos administrativos de la Secretaría de Educación.
- Con Decreto N° 337 de diciembre de 2010, el Departamento de Caldas modificó la homologación y nivelación salarial del Decreto N° 0399 de 2007.
- Mediante la Resolución No. 1649-6 del 22 de marzo de 2013, aclarada por la Resolución No. 3976-6 del 19 de junio de 2013, modificada por la Resolución No. 8871-6 del 11 de Diciembre de 2014, se canceló a favor del ahora accionante el retroactivo por concepto de homologación salarial y según certificación expedida por la Secretaría de Educación Departamental, el retroactivo reconocido se liquidó a partir del 11 de febrero de 1997 hasta el año 2002. El pago se efectuó el 15 de abril de 2013.
- Mediante derecho de petición radicado en la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas el día 6 de abril de 2017, se solicitó el reconocimiento y pago de intereses moratorios por el pago tardío del retroactivo por Homologación y Nivelación salarial del personal Administrativo adscrito a la Secretaría de Educación, así como la revisión y ajuste de la indexación.
- Mediante los actos acusados la entidad demandada negó lo deprecado.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Se invocan los artículos 1, 2, 13, 25, 53, 58, 72, 93, 123, 209 y 350 de la Constitución Política; artículos 1608, numerales 1 y 2, 1617 y 1649 del Código Civil y demás normas concordantes.

Indica que la Homologación y Nivelación Salarial de los empleados administrativos de las Secretarías de Educación generó una obligación de pago desde el mismo momento de su incorporación a la planta departamental, razón por la cual, la demora en el pago las acreencias derivadas de tal nivelación, genera intereses moratorios desde cuando nació el derecho. Aduce que, tanto el Gobierno Nacional como el Departamental debieron haber contemplado dentro del presupuesto, el pago de esta deuda laboral generada por la transferencia del personal administrativo a las entidades territoriales certificadas en virtud de la descentralización del servicio educativo, dispuesta por las leyes 60 de 1993 y 715 de 2001.

Invoca la aplicación de los principios de favorabilidad y pro homine al momento de interpretar las normas al amparo de las cuales se debe resolver la controversia, dejando presente que en cualquier caso, resulta más favorable para la parte demandante el reconocimiento de intereses moratorios que la indexación tal y como fue reconocida.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Ministerio de Educación Nacional – FNPSM.

Se opuso a todas las pretensiones de la parte demandante. Planteó como excepciones las que denominó “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “prescripción”, “inepta demanda” y “Genérica”.

Aduce que tratándose del pago del retroactivo por concepto de homologación y nivelación salarial del personal administrativo, no resulta razonable la exigencia de intereses moratorios toda vez que no existe mora en el pago de las obligaciones laborales por parte del empleador sino una simple equiparación de cargos como consecuencia de una decisión administrativa del Estado fundamentada en el Concepto No. 1607 del 9 de diciembre de 2004 de Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado, la cual tiene un procedimiento legal establecido para determinar el monto a reconocer y para establecer las fuentes de financiación y la asignación de recursos para el pago, por lo tanto no podría hablarse de un retardo injustificado imputable al deudor que conlleve la obligación de pago de los perjuicios a título de intereses moratorios.

4.2. Departamento de Caldas.

Se opuso a las pretensiones de la parte actora y se refirió a los trámites y gestiones interadministrativas que debieron adelantarse para lograr la homologación y nivelación salarial del personal administrativo transferido a dicha entidad territorial desde el año 1997, recalando que el pago del retroactivo por tal concepto contempló la indexación de las sumas sin que fuera dado acudir al reconocimiento y pago de intereses moratorios a modo de sanción. Propuso las excepciones que denominó “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”, “inaplicabilidad de los intereses moratorios” y “prescripción”.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante.

Itera que lo que se pretende en este litigio es el reconocimiento de forma preferente de los intereses moratorios efectivos a partir de los treinta días (30) posteriores a la acusación del derecho (10 de febrero de 1997), hasta el día en que fue efectivo el pago tardío por homologación y nivelación salarial (15 de abril de 2013), esto, deduciendo el valor de la indexación ya cancelada.

5.2. Nación - Ministerio de Educación Nacional.

Reiteró su oposición a la prosperidad de las pretensiones deprecadas por la demandante al estimar que las mismas carecen de sustento legal que las respalde; teniendo en cuenta además que el Ministerio de Educación Nacional no es el titular de las obligaciones pretendidas por vía de restablecimiento del derecho.

El departamento de Caldas no alegó de conclusión.

El Ministerio Público no emitió concepto.

II. Consideraciones de la Sala

Pretende la parte demandante se declare la nulidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago de intereses moratorios con ocasión de la cancelación tardía del retroactivo por homologación y nivelación salarial, y en su lugar, se acceda al pago de dichos intereses.

1. Problemas jurídicos.

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

- ¿Tiene derecho la parte actora al reconocimiento de intereses moratorios y el ajuste de indexación sobre la liquidación del retroactivo salarial cancelado?
- En caso de ser procedente el pago de los valores solicitados por concepto de intereses moratorios sobre la suma liquidada por concepto de retroactivo ¿cuáles serían los extremos temporales para hacer dicho pago?
- ¿Cuál de las entidades demandadas o ambas es la llamada a responder sobre las pretensiones de la parte accionante?

2. Homologación y nivelación salarial del personal administrativo de la educación.

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

Inicialmente, a través de la Ley 43 de 1975 - *“Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías; se redistribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones”* - se llevó a cabo el proceso de nacionalización de la educación en los siguientes términos:

“Artículo 1º.- La educación primaria y secundaria oficiales serán un servicio público a cargo de la Nación.

En consecuencia, los gastos que ocasione y que hoy sufragan los departamentos, intendencias, comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios, serán de cuenta de la Nación, en los términos de la presente Ley”.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 60 de 1993, comenzó a revertirse la nacionalización y en cambio, se abrió paso la descentralización del servicio educativo para los departamentos y municipios; los artículos 2º y 3º de la mencionada ley establecieron:

“Artículo 2º.- Competencias de los municipios. Corresponde a los municipios, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas municipales competentes, en su carácter de entidades ejecutoras principales de las acciones en materia social, dirigir, prestar o participar en la prestación de los servicios directamente, conforme a la ley, a las normas técnicas de carácter nacional, a las ordenanzas y a los respectivos acuerdos municipales, así:

1.- En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y a las disposiciones legales sobre la materia:

- Administrar los servicios educativos estatales de educación preescolar, básica primaria y secundaria y media.
- Financiar las inversiones necesarias en infraestructura y dotación y asegurar su mantenimiento y participar con recursos propios y con las participaciones municipales en la financiación de los servicios educativos estatales y en la cofinanciación de programas y proyectos educativos.
- Ejercer la inspección y vigilancia, supervisión y la evaluación de los servicios educativos estatales.

Artículo 3º.- Competencias de los departamentos. Corresponde a los departamentos, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas departamentales competentes, conforme a la Constitución Política, la ley, a las normas técnicas nacionales y a las respectivas ordenanzas:

1.- Administrar los recursos cedidos por la Nación; planificar los aspectos relacionados con sus competencias para los sectores de educación y salud y ejercer funciones de coordinación, subsidiariedad y concurrencia relacionadas con las competencias municipales, conforme a la Constitución,

a la Ley y a los reglamentos que sobre tales aspectos expidan los respectivos ministerios.

En desarrollo de estas funciones promoverá la armonización de las actividades de los municipios entre sí y con el departamento y contribuirá a la prestación de los servicios a cargo de los municipios cuando éstos presenten deficiencias conforme al sistema de calificación debidamente reglamentado por el respectivo Ministerio.

(...)

3.- Actuar como instancia de intermediación entre la Nación y los municipios, para los fines del ejercicio de las funciones que conforme a esta Ley, son de competencia de la Nación.

4.- Asesorar y prestar asistencia técnica, administrativa y financiera a los municipios y a las instituciones de prestación de los servicios para el ejercicio de las funciones asignadas por la presente Ley; realizar la evaluación, control y seguimiento de la acción municipal y promover ante las autoridades competentes las investigaciones disciplinarias a que haya lugar.

5.- Las anteriores competencias generales serán asumidas por los departamentos así:

A. En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y las disposiciones legales sobre la materia:

- Dirigir y administrar directa y conjuntamente con sus municipios la prestación de los servicios educativos estatales en los niveles de preescolar, básica primaria y secundaria y media.
- Participar en la financiación y cofinanciación de los servicios educativos estatales y en las inversiones de infraestructura y dotación.
- Asumir las funciones de administración, programación y distribución de los recursos del situado fiscal para la prestación de los servicios educativos estatales.
- Promover y evaluar la oferta de capacitación y actualización de los docentes, de acuerdo con los desarrollos curriculares y pedagógicos y facilitar el acceso a la capacitación de los docentes públicos vinculados a los establecimientos educativos del área de su jurisdicción.
- Regular, en concurrencia con el municipio, la prestación de los servicios educativos estatales.
- Ejercer la inspección y vigilancia y la supervisión y evaluación de los servicios educativos estatales.
- Incorporar a las estructuras y a las plantas departamentales las oficinas de escalafón, los fondos educativos regionales, centros experimentales piloto y los centros auxiliares de servicios docentes.
- Asumir las competencias relacionadas con currículo y materiales educativos.

La prestación de los servicios educativos estatales y las obligaciones correspondientes, con cargo a los recursos del situado fiscal, se hará por los departamentos, caso en el cual los establecimientos educativos y la planta de personal tendrán carácter departamental, distribuida por municipios, de acuerdo con las necesidades de prestación del servicio; de todas maneras la administración del personal docente y administrativo se hará conforme a lo previsto en el artículo 6o. de la presente Ley”.

Y el artículo 15 definió la forma como se asumían dichas competencias:

“Artículo 15°.- Los departamentos y distritos que acrediten el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 14 en el transcurso de cuatro años, contados a partir de la vigencia de esta Ley, recibirán mediante acta suscrita para el efecto, los bienes, el personal, y los establecimientos que les permitirán cumplir con las funciones y las obligaciones recibidas. En dicha acta deberán definirse los términos y los actos administrativos requeridos para el cumplimiento de los compromisos y obligaciones a cargo de la Nación y las entidades territoriales respectivas”.

Así mismo, respecto de la administración de las plantas de personal preceptuó:

“Administración del personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales.

Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.

Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute”.

A su turno, la Ley 715 de 2001 estableció normas en materia de recursos y competencias, entre otros temas, en el servicio público de educación, disponiendo en sus cánones 37 y 38 por modo literal:

“Organización de plantas. Las plantas de cargos docentes y de los administrativos de las instituciones educativas serán organizadas conjuntamente por la Nación, departamentos, distritos y municipios, en un período máximo de dos años, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la presente ley.

Incorporación de docentes, directivos docentes y administrativos a los cargos de las plantas. La provisión de cargos en las plantas financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones, se realizará por parte de la respectiva entidad territorial, dando prioridad al personal actualmente vinculado y que cumpla los requisitos para el ejercicio del cargo.

Los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos vinculados a la carrera docente a la expedición de la presente ley, no requieren nueva vinculación o nuevo concurso para continuar en el ejercicio del cargo, sin perjuicio del derecho de la administración al traslado del mismo.

A los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que se financien con recursos del Sistema General de Participaciones, sólo se les podrá reconocer el régimen salarial y prestacional establecido por ley o de acuerdo con esta (...).”

A su vez, el Ministerio de Educación Nacional, atendiendo el Concepto N° 1607 emitido el 9 de diciembre de 2004¹ proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, profirió la Directiva Ministerial N° 10 del 30 de junio de 2005 en la que expresa:

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

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

De lo anterior se concluye que en el marco del proceso de descentralización del servicio público de educación, las entidades territoriales certificadas asumieron la administración del personal educativo y el administrativo que antes pertenecía a la Nación, lo cual implicó a su vez un proceso de ajuste de los cargos a la planta de personal de los departamentos y municipios (homologación) y la correspondiente compensación de las diferencias salariales y prestacionales que resultaron con la incorporación a las nuevas plantas de personal (nivelación salarial), que en principio, se sufragaba con recursos del Sistema General de Participaciones.

3. Indexación e intereses moratorios.

Tradicionalmente se ha identificado la indexación como la actualización del dinero en el tiempo para mantener su valor y evitar la pérdida adquisitiva de la moneda, es decir, una equivalencia financiera en la cual unidades monetarias del pasado (VP) se expresan en unidades monetarias del futuro (VF), que tienen el mismo poder adquisitivo, siendo la diferencia entre dichos valores temporales la corrección monetaria del dinero, con base en los índices determinados por el ordenamiento jurídico.

El Consejo de Estado en sentencia del treinta (30) de mayo de 2013 con ponencia de la Consejera María Elizabeth García González (radicado 2006-00986-01), precisó:

¹ Consejero ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

“(…) el propósito de la indexación es uno: mantener el valor o poder adquisitivo constante de la moneda en razón la depreciación que ha sufrido por el paso del tiempo. La indexación o corrección monetaria no tiene por finalidad incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo, es decir, traerlo a valor presente”.

A su turno la Corte Constitucional en la Sentencia C-862 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) indicó respecto a la indexación:

“(…) La indexación persigue entonces mantener el valor originario del crédito dinerario, mediante el empleo de pautas preestablecidas, aplicables a todas las obligaciones dinerarias que se especifican. Mediante este procedimiento de ajuste periódico y automático se pueden actualizar salarios, rentas, ahorros, impuestos y en general todas aquellas prestaciones originadas en obligaciones que se prolongan en el tiempo”.

Por su parte, los intereses moratorios tienen una función indemnizatoria por los perjuicios que causa la mora en el cumplimiento de las obligaciones, conforme al artículo 1617 del Código Civil que reza:

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

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

El interés legal se fija en seis por ciento anual.

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

3a.) Los intereses atrasados no producen interés.

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

Ahora bien, respecto de la procedencia del pago de intereses moratorios sobre sumas indexadas, el Consejo de Estado ha aclarado:²:

“En vista de lo anterior, se observa que la sentencia de primera instancia no sólo condena a Cajanal E.I.C.E. liquidada, a pagar al actor intereses por mora como mecanismo indemnizatorio de los perjuicios sufridos por el demandante, sino además a la indexación prevista en el artículo 178 del C.C.A., condenas que resultan completamente incompatibles, en cuanto ambas cargas económicas tienen una misma finalidad que es mitigar los

² Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección "A". C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-25-000-01312(2506-2013).

efectos adversos devenidos por la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones y de configurarse en conjunto tendría como resultado un enriquecimiento sin justa causa a favor del acreedor.

La Corporación, en varias oportunidades ha venido sosteniendo que recibir ambas compensaciones constituye un doble pago, máxime cuando se ha declarado la recuperación del valor perdido por las sumas adeudadas, en este caso, el relativo a la actualización de los salarios devengados por el actor como funcionario de planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores a moneda colombiana como efecto de la inflación, al respecto se ha precisado:

“Por el contrario, no procede reconocer intereses moratorios pues si el ex-empleado inconforme con la decisión recurre a la acción judicial, además del reconocimiento de las sumas de dinero dejadas de cancelar por efecto del acto ilegal, se ordena su ajuste conforme al artículo 178 del C.C.A., con lo cual se previene la devaluación, buscando que el restablecimiento del derecho represente el valor real al momento de la condena que es el equivalente al perjuicio recibido.

En gracia de discusión, si se ordenara el reconocimiento de intereses por mora se estaría condenando a la entidad a un doble pago por la misma causa”/Destaca el Tribunal/.

De otro lado, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo ha aludido a la improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios sobre las sumas pagadas por concepto del proceso de homologación y nivelación salarial en el sector de la educación, puntualizando lo siguiente³:

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

Recordemos que por su carácter sancionatorio, los intereses moratorios deben estar consagrados en una norma que los autorice expresamente, es decir, que faculte el cobro de los mismos para los casos de pagos retroactivos por homologación y nivelación, o estar claramente incluidos en el documento que reconoce el derecho, supuestos, que no se evidencian en el presente asunto”.

En este orden de ideas, en caso de llegar a hallarse probado que a la parte demandante le fueron indexadas las sumas reconocidas a título de nivelación salarial, resultaría totalmente improcedente ordenar el reconocimiento de intereses moratorios sobre valores ya indexados, dada la incompatibilidad que existe entre estos dos conceptos.

³ Sección Segunda, Subsección A, C.P: William Hernández Gómez, sentencia del 7 de Diciembre de 2017, radicado 2014-00311-01 (0905-15).

4. Caso Concreto.

En el expediente se encuentra acreditado lo siguiente:

- Mediante la Resolución No. 1649-6 del 22 de marzo de 2013, aclarada por la Resolución No. 3976-6 del 19 de junio de 2013, modificada por la Resolución No. 8871-6 del 11 de diciembre de 2014, al aquí demandante le fue reconocido el pago por homologación y nivelación salarial del período comprendido a partir del 10 de febrero de 1997 al 31 de diciembre de 2009, incluyendo la indexación. (fls. 54 a 66 del cuaderno 1)
- Dicho pago se le realizó el 15 de abril de 2013 según se advierte de la certificación expedida por la Secretaría de Educación de Caldas (fl. 67 cdno. 1).
- Mediante petición dirigida al Ministerio de Educación Nacional y a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, la accionante solicitó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios por la falta de pago oportuno de la nivelación y homologación salarial causados desde el año de 1997 al año 2002, y en adelante hasta el día en que fue efectivo el pago total del retroactivo por homologación y nivelación salarial, esto es, el 15 de abril de 2013. (fls. 37 a 45 del cuaderno 1)

Por ende, teniendo en cuenta que a la parte actora le fue reconocida la indexación sobre las sumas pagadas por concepto de homologación y nivelación salarial, atendiendo el marco normativo y jurisprudencial citado, la pretensión de obtener intereses de mora por el pago tardío del retroactivo no halla eco de prosperidad, dada la incompatibilidad entre ambos conceptos.

En este punto, cabe destacar que en casos similares este Tribunal, mediante postura mayoritaria y acudiendo al canon 53 Constitucional, ha venido reconociendo la actualización de sumas de dinero pagadas de manera tardía en sede administrativa, ya que en esos asuntos ocurrió que entre la fecha de ejecutoria de la resolución de reconocimiento de homologación y su pago, había transcurrido un lapso entre de uno o varios meses, lo que a juicio de la Sala mayoritaria, hacía variar el IPC y por ende se hacía procedente realizar la actualización monetaria; además por cuanto no hubo resolución posterior que modificara el valor de la indexación para hacer un reconocimiento mayor por ajuste a este concepto.

Sin embargo, el Consejo de Estado mediante sentencia de 12 de septiembre de 2019, revocó uno de los fallos que había adoptado el Tribunal en ese sentido, esgrimiendo las

siguientes razones (C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 17001-23-33-000-2016-00993-01):

“(…) Se observa que el juez de primera instancia condenó a la Nación-Ministerio de Educación Nacional al reconocimiento y pago de “los ajustes de indexación únicamente sobre el valor pagado a título de retroactivo menos el valor correspondiente a la indexación ya reconocida a partir del día siguiente a la ejecutoria de la Resolución 570 de 11 de abril de 2014, data en cobró firmeza el reconocimiento del retroactivo hasta el día anterior a la fecha efectiva del pago (…)” frente a lo cual, se establece, teniendo en cuenta que jurisprudencialmente la indexación se tiene como la figura por la cual se actualiza la moneda que ha perdido su valor por el paso del tiempo, que entre la fecha en que adquirió ejecutoria la Resolución 570 de 11 de abril de 2014 y el día anterior al pago de la obligación, el cual tuvo lugar en el mes de mayo de 2014, esto es, aproximadamente un mes después, no transcurrió la suficiente temporalidad que en consecuencia generara la depreciación del valor reconocido por concepto del retroactivo, por lo que, no había lugar a su reconocimiento y en tal virtud se revocará la providencia enjuiciada en ese sentido”/Resalta el Tribunal/.

En la referida sentencia, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo ratificó además algunas reglas jurídicas que reforzaron la decisión adversa a la pretensión de pago de intereses de mora por el pago tardío del retroactivo de la homologación y nivelación salarial, las cuales sintetiza el Tribunal en los siguientes puntos:

- (i) El lapso transcurrido entre la fecha de reconocimiento y el pago del retroactivo por homologación y nivelación salarial en la mayoría de casos resulta razonable, a la luz de las diferentes gestiones de orden administrativo que deben adelantar las entidades públicas para efectuar este tipo de reconocimientos, como ocurre en el caso que sirve de parámetro, en el que apenas transcurrió un mes, tiempo en el cual no se presenta una depreciación significativa del valor de la suma reconocida.
- (ii) Si el beneficiario del pago por homologación y nivelación salarial no presentó oposición o recursos contra el acto administrativo que contiene la suma reconocida, el asunto no puede subsanarse generando una nueva discusión a través de una petición posterior de reconocimiento de intereses.
- (iii) No existe una norma que consagre la obligación de pago inmediato de la suma reconocida por concepto de homologación y nivelación salarial, pues como se anotó, dicho trámite está compuesto por una sucesión de etapas administrativas que incluyen la respectiva apropiación presupuestal, por lo que no resultan aplicables las normas civiles sobre intereses de mora a este tipo de casos.
- (iv) Aun cuando exista retardo, no procede el pago de intereses de mora, pues como lo ha señalado esa corporación en repetidas oportunidades, al constatar que la suma

reconocida fue indexada, reconocer intereses de mora constituiría un doble pago por el mismo concepto, atendiendo la incompatibilidad entre ambas figuras, aspecto que se abordó líneas atrás.

(v) Finalmente, atendiendo al carácter eminentemente sancionatorio de los intereses de mora, su reconocimiento se halla supeditado a la existencia de una norma que expresamente los consagre en el supuesto de pago tardío de la homologación y nivelación salarial, lo cual no ocurre en este caso.

Como ya se mencionó, el Tribunal, acudiendo a los artículos 53 de la Constitución y 50 del Código Procesal del Trabajo, ha venido defendiendo la tesis de la irrenunciabilidad de los beneficios laborales, para acceder de manera oficiosa, a un rubro no pedido en la instancia administrativa (indexación de unas sumas ya pagadas por homologación y nivelación salarial en el ramo docente); así como también dándole el carácter de crédito laboral a la técnica de indexación.

Sin embargo, sobre este punto, el Consejo de Estado dictó recientemente dos (2) sentencias, en las que revocó igual número de fallos de esta corporación que concedían la aludida indexación al amparo del criterio de equidad.

La primera de ellas data del 23 de octubre de 2020, con ponencia del Magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del expediente N° 170012333000-2018-00143-01 (4932-2019), en la cual sostuvo el alto tribunal:

“(…) En lo atañadero a la presunta facultad que se atribuye el a quo, para decidir extra petita, la Corte Constitucional, en fallo T-873 de 16 de agosto de 2001⁴, indicó que «[a] contrario de los procesos laborales a los cuales asimila el demandante su asunto, el ejercicio de la función judicial en materia contencioso administrativa⁵, la competencia del juez al momento de fallar no le permite decidir ultra petita o extra petita, porque la resolución judicial que se extienda más allá de lo pedido o que se tome fuera del petitum de la demanda, a más de resultar violatoria del derecho de defensa de la contraparte sería contraria a la estructura misma del proceso que en esta materia se guía por el principio de que la materia del litigio se define por las partes y, estas al hacerlo, delimitan la competencia del juzgador».

En similar sentido, se pronunció esta Corporación el 20 de mayo de 2010⁶, al sostener que «[l]a sentencia proferida por el juez de lo contencioso administrativo, a su turno, debe ser motivada y resolver todos los puntos objeto de controversia formulados por las partes

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-873 de 2001, M. P. Jaime Araujo Rentería.

⁵ Acerca del proceso contencioso administrativo Cfr. BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho procesal administrativo*, Cuarta ed. 4a. reimpresión. Señal Editora. Medellín: 1998, pags. 196 y ss.

⁶ Consejo de Estado, sección segunda, expediente: 25000-23-25-000-2002-12297-01 (3712-2004), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

demandante y demandada dentro de la oportunidad procesal respectiva. En este sentido, a la luz de lo establecido en el artículo 170 del C.C.A.⁷ [hoy 187⁸ del CPACA], debe concluirse que la sentencia proferida por el juez de lo contencioso administrativo no puede ser infra, extra o ultra petita, sino, en virtud de la naturaleza predominantemente rogada de la jurisdicción, sujetarse a todos y cada uno de los aspectos sometidos a su decisión».

Derrotero reiterado por esta sala el 17 de octubre de 2017⁹, al precisar que «[...] el juez debe tomar su decisión de manera congruente con los hechos, pretensiones y excepciones probadas dentro del proceso. Por lo tanto, no podrá proferir una sentencia en la que se pronuncie acerca de algo que no fue solicitado por las partes (extra petita) o en la que otorgue más de lo pedido (ultra petita), pero tampoco podrá fallar sin pronunciarse acerca de todas las pretensiones, pues de lo contrario deberá explicar de manera suficiente las razones por las cuales omitió referirse a algún pedimento, por ello, el principio de congruencia de la sentencia garantiza el oportuno uso del derecho de defensa por las partes, puesto que les permite hacer uso de cada una de las herramientas establecidas en la ley para tal propósito».

En ese orden de ideas, conforme a lo anterior, resultaría contrario a la naturaleza de esta jurisdicción admitir la aplicación de las facultades ultra y extra petita, que invocó el Tribunal de instancia, como sí opera en la jurisdicción ordinaria laboral¹⁰, dado que ello vulneraría el principio de justicia rogada, el cual impone la carga a la persona que acude al aparato jurisdiccional de solicitar en la demanda, de manera específica, lo que se quiere; así como el de congruencia, que consiste en la obligación que tiene la autoridad judicial de decidir de acuerdo con lo pedido y probado; por lo tanto, deberá revocarse la orden impuesta en el fallo apelado, al constatarse que lo pretendido por la actora era el pago de los intereses moratorios, en los términos analizados en precedencia, y no la indexación dispuesta por el a quo” /Destaca la Sala/.

La hermenéutica esbozada fue objeto de reiteración en sentencia de 3 de diciembre de 2020, con ponencia del Magistrado Rafael Francisco Suárez Vargas (Exp. 170012333000-2016-00270-01 1245-19), en la que añadió:

“Lo anterior quiere decir que, en momento alguno, el señor Hernández Osorio requirió reemplazar el pago de los intereses moratorios, por la indexación de las sumas reconocidas, en caso de que su pretensión principal no tuviera acogida, ni mucho menos

⁷ «La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones [...]».

⁸ «La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen».

⁹ Consejo de Estado, sección segunda, expediente: 66001-23-33-000-2012-00161-01 (3605-14).

¹⁰ Las facultades ultra y extra petita de las que se reviste a un juez ordinario laboral están consagradas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, al prever que «[e]l Juez **de primera instancia** podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas».

pidió que se indexara la suma indicada por el tribunal, en el período por él ordenado;¹¹ por lo tanto, se debe concluir que la decisión de indexación adoptada por el juzgador de primera instancia excede el marco de la pretensión del demandante, pues, se repite, su pretensión solo se orientaba al pago de los intereses respectivos, en la forma transcrita.

(...) La situación que se analizó en la providencia en cita, coincide plenamente con la sentencia bajo análisis, toda vez que la indexación ordenada por el juzgador de primera instancia se sustentó en la Resolución 2179-6 del 22 de marzo de 2013, la cual determinó que la actualización de los valores reconocidos, comprendía el período transcurrido entre el 10 de febrero de 1997 y el 31 de diciembre de 2009; sin embargo, como el pago se materializó el 15 de julio de 2013¹², atendiendo los principios de equidad y justicia, debían traerse al valor presente del momento del pago, los valores reconocidos.

No obstante lo anterior, como un pronunciamiento de tal naturaleza no se formuló por la parte demandante, mal podría el a quo reconocerlo, en consideración al carácter rogado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, razón que conlleva revocar la condena que, en tal sentido, impuso el tribunal, en el numeral tercero de la sentencia apelada (...)" /Resaltado del Tribunal/.

En conclusión, acogiendo las pautas jurisprudenciales sobre la materia, resulta clara la imposibilidad de exceder el objeto del litigio con el fin de conceder una indexación no planteada ante la administración ni solicitada en el escrito introductor, más aún, atribuyéndole a dicha indexación el carácter de derecho laboral a la luz del canon 53 Superior, condición que no le es propia pues consiste simplemente en una técnica de actualización de valores monetarios para corregir la inflación.

Sumado a lo anterior, ha quedado acreditado que la suma reconocida a la parte actora fue debidamente actualizada y que dicha actualización es incompatible con los intereses que se imploran, lo que fuerza a denegar las pretensiones de la parte demandante.

5. Costas.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado¹³ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición,

¹¹ Sí hubo un requerimiento relativo a actualización, pero este se concretó en un ajuste a aquella, lo que no es coincidente con los parámetros y/o motivaciones de la decidida por el a quo, pues en ella, se pretendió sanear la descompensación que se pudo producir entre la última fecha tomada para la indexación en el acto de reconocimiento, y en la que efectivamente se produjo el pago.

¹² Folio 41.

¹³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02 (0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.

esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Resulta igualmente aplicable el criterio establecido en el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, por medio de la cual se adicionó el siguiente inciso al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011:

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

De lo anterior se sigue que, aunque en este caso se causaron las costas procesales en razón a la actividad desplegada por la entidad demandada mediante apoderado judicial (contestación de la demanda y presentación de alegatos de conclusión), la parte demandante no se verá obligada al pago de aquellas en tanto la demanda no fue presentada con manifiesta carencia de fundamento legal.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala 2ª. de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se declaran fundadas las excepciones de *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* e *“inaplicabilidad de los intereses moratorios”*, propuestas por el departamento de Caldas.

Segundo: Se niegan las pretensiones de la parte demandante.

Tercero: Sin condena en costas.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, **liquídense** los gastos del proceso, **devuélvanse** los remanentes si los hubiere. **Archívense** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el Programa Justicia Siglo XXI.

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

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

NOTIFÍQUESE

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala 2ª. Oral de Decisión
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veintisiete (27) de Mayo de dos mil veintidós (2022).

Radicación	17001-23-33-000-2018-00223-00
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Arles de Jesús Castaño Grajales
Accionado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM y Departamento de Caldas
Providencia	Sentencia No. 102

La Sala 2ª Oral de Decisión procede a dictar sentencia de primer grado dentro del proceso de **nulidad y restablecimiento del derecho** promovido por el señor **Arles de Jesús Castaño Grajales** contra la **Nación - Ministerio de Educación Nacional** y el **Departamento de Caldas**.

Al no encontrarse irregularidad alguna que pueda dar lugar a la nulidad de lo actuado, se procede a proferir la sentencia que finalice la instancia.

I. Antecedentes

1. Pretensiones.

La parte demandante deprecia lo siguiente:

“Primera.- Se declare la nulidad de la Resolución No. 8349-6 del 30 de octubre de 2017, notificada el día 31 de octubre de 2017 y la Resolución 10069 - 6 del 21 de Diciembre de 2017, notificada el día 26 de Diciembre de 2017; por medio de las cuales se desconocieron y negaron los Intereses moratorios generados con ocasión al pago tardío del retroactivo de la Homologación y Nivelación salarial.

Segunda.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, igualmente se declare que el actor tiene pleno derecho a que el DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN /MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, le reconozcan y ordenen pagar los intereses moratorios, efectivos a partir del día siguiente a los treinta (30) días posteriores a su causación - 10 de Febrero de 1997 al año 2002 - y en adelante hasta el día en que fue efectivo el pago

total del retroactivo por homologación y nivelación salarial, estos es, el día 15 de Abril de 2013.

Tercera.- *Se condene al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, a pagar al actor los intereses moratorios a que tiene derecho, liquidados con base al interés bancario corriente desde la fecha de causación hasta la fecha efectiva de pago; en consideración a que, el pago de la nivelación salarial debe hacerse al igual que el salario, por periodos de treinta (30) días, por tanto, una vez ocurrido dicho vencimiento, su no pago genera automáticamente la obligación de cancelar los intereses aludidos.*

Cuarta.- *Se ordene liquidar y pagar, a expensas de LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS y LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, a favor del actor, los intereses reclamados, con base al capital neto cancelado, es decir, sin incluir el valor que por concepto de Indexación salarial se reconoció.*

Quinta.- *Se ordene al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el inciso segundo del artículo 192 del CPACA., igualmente que en virtud de la voluntad contemplada en el poder conferido se haga entrega de los dineros al apoderado.*

Sexta.- *Se condene al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, pagar a favor de mi mandante, los intereses moratorios, conforme lo ordena el inciso 3ero. Del artículo 192 del CPACA.*

Séptima.- *Se condene en costas al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, en caso de que se oponga a las pretensiones de esta demanda.
[...]"*

2. Hechos.

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

- El demandante laboró en la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en calidad de personal administrativo.
- La entidad territorial expidió el Decreto No. 0021 de 1997 mediante el cual transfirió el personal administrativo adscrito al servicio público educativo del orden Nacional, a la planta de cargos y personal que laboraba en el Departamento de Caldas.
- Previo concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, y en atención a lo dispuesto por el Ministerio de Educación a través de la Directiva Ministerial N° 10 de 2005 y de la Resolución 2171 de 2006, el departamento

presentó ante dicha entidad el estudio técnico para la homologación nacional, la que fue aprobada por esa cartera ministerial.

- Como consecuencia de lo anterior, el Departamento expidió el Decreto N° 0399 del 20 de abril de 2007, por medio del cual homologó y niveló salarialmente los cargos administrativos de la Secretaría de Educación.
- Con Decreto N° 337 de diciembre de 2010, el Departamento de Caldas modificó la homologación y nivelación salarial del Decreto N° 0399 de 2007.
- Mediante Resolución No. 2154-6 del 22 de marzo de 2013, aclarada por la Resolución No. 5545-6 del 22 de agosto de 2013, modificada por la Resolución No. 8940-6 del 11 de Diciembre de 2014, se canceló a favor del ahora accionante el retroactivo por concepto de homologación salarial y según certificación expedida por la Secretaría de Educación Departamental, el retroactivo reconocido se liquidó a partir del 10 de febrero de 1997 hasta el año 2002. El pago se efectuó el 15 de abril de 2013.
- Mediante derecho de petición radicado en la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas el día 6 de abril de 2017, se solicitó el reconocimiento y pago de intereses moratorios por el pago tardío del retroactivo por Homologación y Nivelación salarial del personal Administrativo adscrito a la Secretaría de Educación, así como la revisión y ajuste de la indexación.
- Mediante los actos acusados la entidad demandada negó lo deprecado.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Se invocan los artículos 1, 2, 13, 25, 53, 58, 72, 93, 123, 209 y 350 de la Constitución Política; artículos 1608, numerales 1 y 2, 1617 y 1649 del Código Civil y demás normas concordantes.

Indica que la Homologación y Nivelación Salarial de los empleados administrativos de las Secretarías de Educación generó una obligación de pago desde el mismo momento de su incorporación a la planta departamental, razón por la cual, la demora en el pago las acreencias derivadas de tal nivelación, genera intereses moratorios desde cuando nació el derecho. Aduce que, tanto el Gobierno Nacional como el Departamental debieron haber contemplado dentro del presupuesto, el pago de esta deuda laboral generada por la

transferencia del personal administrativo a las entidades territoriales certificadas en virtud de la descentralización del servicio educativo, dispuesta por las leyes 60 de 1993 y 715 de 2001.

Invoca la aplicación de los principios de favorabilidad y pro homine al momento de interpretar las normas al amparo de las cuales se debe resolver la controversia, dejando presente que en cualquier caso, resulta más favorable para la parte demandante el reconocimiento de intereses moratorios que la indexación tal y como fue reconocida.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Ministerio de Educación Nacional – FNPSM.

Se opuso a todas las pretensiones de la parte demandante. Planteó como excepciones las que denominó “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “prescripción”, “inepta demanda” y “Genérica”.

Aduce que tratándose del pago del retroactivo por concepto de homologación y nivelación salarial del personal administrativo, no resulta razonable la exigencia de intereses moratorios toda vez que no existe mora en el pago de las obligaciones laborales por parte del empleador sino una simple equiparación de cargos como consecuencia de una decisión administrativa del Estado fundamentada en el Concepto No. 1607 del 9 de diciembre de 2004 de Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado, la cual tiene un procedimiento legal establecido para determinar el monto a reconocer y para establecer las fuentes de financiación y la asignación de recursos para el pago, por lo tanto no podría hablarse de un retardo injustificado imputable al deudor que conlleve la obligación de pago de los perjuicios a título de intereses moratorios.

4.2. Departamento de Caldas.

Se opuso a las pretensiones de la parte actora y se refirió a los trámites y gestiones interadministrativas que debieron adelantarse para lograr la homologación y nivelación salarial del personal administrativo transferido a dicha entidad territorial desde el año 1997, recalcando que el pago del retroactivo por tal concepto contempló la indexación de las sumas sin que fuera dado acudir al reconocimiento y pago de intereses moratorios a modo de sanción. Propuso las excepciones que denominó “falta de legitimación en la causa por

pasiva”, “inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”, “inaplicabilidad de los intereses moratorios” y “prescripción”.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante.

Itera que lo que se pretende en este litigio es el reconocimiento de forma preferente de los intereses moratorios efectivos a partir de los treinta días (30) posteriores a la acusación del derecho (10 de febrero de 1997), hasta el día en que fue efectivo el pago tardío por homologación y nivelación salarial (15 de abril de 2013), esto, deduciendo el valor de la indexación ya cancelada.

La Nación - Ministerio de Educación Nacional y el departamento de Caldas no alegaron de conclusión.

El Ministerio Público no emitió concepto.

II. Consideraciones de la Sala

Pretende la parte demandante se declare la nulidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago de intereses moratorios con ocasión de la cancelación tardía del retroactivo por homologación y nivelación salarial, y en su lugar, se acceda al pago de dichos intereses.

1. Problemas jurídicos.

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

- ¿Tiene derecho la parte actora al reconocimiento de intereses moratorios y el ajuste de indexación sobre la liquidación del retroactivo salarial cancelado?
- En caso de ser procedente el pago de los valores solicitados por concepto de intereses moratorios sobre la suma liquidada por concepto de retroactivo ¿cuáles serían los extremos temporales para hacer dicho pago?
- ¿Cuál de las entidades demandadas o ambas es la llamada a responder sobre las pretensiones de la parte accionante?

2. Homologación y nivelación salarial del personal administrativo de la educación.

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

Inicialmente, a través de la Ley 43 de 1975 - *“Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías; se redistribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones”* - se llevó a cabo el proceso de nacionalización de la educación en los siguientes términos:

“Artículo 1º.- La educación primaria y secundaria oficiales serán un servicio público a cargo de la Nación.

En consecuencia, los gastos que ocasione y que hoy sufragan los departamentos, intendencias, comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios, serán de cuenta de la Nación, en los términos de la presente Ley”.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 60 de 1993, comenzó a revertirse la nacionalización y en cambio, se abrió paso la descentralización del servicio educativo para los departamentos y municipios; los artículos 2º y 3º de la mencionada ley establecieron:

“Artículo 2º.- Competencias de los municipios. Corresponde a los municipios, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas municipales competentes, en su carácter de entidades ejecutoras principales de las acciones en materia social, dirigir, prestar o participar en la prestación de los servicios directamente, conforme a la ley, a las normas técnicas de carácter nacional, a las ordenanzas y a los respectivos acuerdos municipales, así:

1.- En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y a las disposiciones legales sobre la materia:

- *Administrar los servicios educativos estatales de educación preescolar, básica primaria y secundaria y media.*
- *Financiar las inversiones necesarias en infraestructura y dotación y asegurar su mantenimiento y participar con recursos propios y con las participaciones municipales en la financiación de los servicios educativos estatales y en la cofinanciación de programas y proyectos educativos.*
- *Ejercer la inspección y vigilancia, supervisión y la evaluación de los servicios educativos estatales.*

Artículo 3º.- Competencias de los departamentos. Corresponde a los departamentos, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas departamentales competentes, conforme a la Constitución Política, la ley, a las normas técnicas nacionales y a las respectivas ordenanzas:

1.- Administrar los recursos cedidos por la Nación; planificar los aspectos relacionados con sus competencias para los sectores de educación y salud y ejercer funciones de coordinación, subsidiariedad y concurrencia relacionadas con las competencias municipales, conforme a la Constitución, a la Ley y a los reglamentos que sobre tales aspectos expidan los respectivos ministerios.

En desarrollo de estas funciones promoverá la armonización de las actividades de los municipios entre sí y con el departamento y contribuirá a la prestación de los servicios a cargo de los municipios cuando éstos presenten deficiencias conforme al sistema de calificación debidamente reglamentado por el respectivo Ministerio.

(...)

3.- Actuar como instancia de intermediación entre la Nación y los municipios, para los fines del ejercicio de las funciones que conforme a esta Ley, son de competencia de la Nación.

4.- Asesorar y prestar asistencia técnica, administrativa y financiera a los municipios y a las instituciones de prestación de los servicios para el ejercicio de las funciones asignadas por la presente Ley; realizar la evaluación, control y seguimiento de la acción municipal y promover ante las autoridades competentes las investigaciones disciplinarias a que haya lugar.

5.- Las anteriores competencias generales serán asumidas por los departamentos así:

A. En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y las disposiciones legales sobre la materia:

- Dirigir y administrar directa y conjuntamente con sus municipios la prestación de los servicios educativos estatales en los niveles de preescolar, básica primaria y secundaria y media.
- Participar en la financiación y cofinanciación de los servicios educativos estatales y en las inversiones de infraestructura y dotación.
- Asumir las funciones de administración, programación y distribución de los recursos del situado fiscal para la prestación de los servicios educativos estatales.
- Promover y evaluar la oferta de capacitación y actualización de los docentes, de acuerdo con los desarrollos curriculares y pedagógicos y facilitar el acceso a la capacitación de los docentes públicos vinculados a los establecimientos educativos del área de su jurisdicción.
- Regular, en concurrencia con el municipio, la prestación de los servicios educativos estatales.
- Ejercer la inspección y vigilancia y la supervisión y evaluación de los servicios educativos estatales.
- Incorporar a las estructuras y a las plantas departamentales las oficinas de escalafón, los fondos educativos regionales, centros experimentales piloto y los centros auxiliares de servicios docentes.
- Asumir las competencias relacionadas con currículo y materiales educativos.

La prestación de los servicios educativos estatales y las obligaciones correspondientes, con cargo a los recursos del situado fiscal, se hará por los departamentos, caso en el cual los establecimientos educativos y la planta de personal tendrán carácter departamental, distribuida por municipios, de acuerdo con las necesidades de prestación del servicio; de todas maneras la administración del personal docente y administrativo se hará conforme a lo previsto en el artículo 6o. de la presente Ley”.

Y el artículo 15 definió la forma como se asumirían dichas competencias:

“Artículo 15°.- Los departamentos y distritos que acrediten el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 14 en el transcurso de cuatro años, contados a partir de la vigencia de esta Ley, recibirán mediante acta suscrita para el efecto, los bienes, el personal, y los establecimientos que les permitirán cumplir con las funciones y las obligaciones recibidas. En dicha acta deberán definirse los términos y los actos administrativos requeridos para el cumplimiento de los compromisos y obligaciones a cargo de la Nación y las entidades territoriales respectivas”.

Así mismo, respecto de la administración de las plantas de personal preceptuó:

“Administración del personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales.

Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.

Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute”.

A su turno, la Ley 715 de 2001 estableció normas en materia de recursos y competencias, entre otros temas, en el servicio público de educación, disponiendo en sus cánones 37 y 38 :

“Organización de plantas. Las plantas de cargos docentes y de los administrativos de las instituciones educativas serán organizadas conjuntamente por la Nación, departamentos, distritos y municipios, en un período máximo de dos años, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la presente ley.

Incorporación de docentes, directivos docentes y administrativos a los cargos de las plantas. La provisión de cargos en las plantas financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones, se realizará por parte de la respectiva entidad territorial, dando prioridad al personal actualmente vinculado y que cumpla los requisitos para el ejercicio del cargo.

Los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos vinculados a la carrera docente a la expedición de la presente ley, no requieren nueva vinculación o nuevo concurso para continuar en el ejercicio del cargo, sin perjuicio del derecho de la administración al traslado del mismo.

A los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que se financien con recursos del Sistema General de

Participaciones, sólo se les podrá reconocer el régimen salarial y prestacional establecido por ley o de acuerdo con esta (...).

A su vez, el Ministerio de Educación Nacional, atendiendo el Concepto N° 1607 emitido el 9 de diciembre de 2004¹ proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, profirió la Directiva Ministerial N° 10 del 30 de junio de 2005 en la que expresa:

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

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

De lo anterior se concluye que en el marco del proceso de descentralización del servicio público de educación, las entidades territoriales certificadas asumieron la administración del personal educativo y el administrativo que antes pertenecía a la Nación, lo cual implicó a su vez un proceso de ajuste de los cargos a la planta de personal de los departamentos y municipios (homologación) y la correspondiente compensación de las diferencias salariales y prestacionales que resultaron con la incorporación a las nuevas plantas de personal (nivelación salarial), que en principio, se sufragaba con recursos del Sistema General de Participaciones.

3. Indexación e intereses moratorios.

Tradicionalmente se ha identificado la indexación como la actualización del dinero en el tiempo para mantener su valor y evitar la pérdida adquisitiva de la moneda, es decir, una equivalencia financiera en la cual unidades monetarias del pasado (VP) se expresan en unidades monetarias del futuro (VF), que tienen el mismo poder adquisitivo, siendo la diferencia entre dichos valores temporales la corrección monetaria del dinero, con base en los índices determinados por el ordenamiento jurídico.

¹ Consejero ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

El Consejo de Estado en sentencia del treinta (30) de mayo de 2013 con ponencia de la Consejera María Elizabeth García González (radicado 2006-00986-01), precisó:

“(...) el propósito de la indexación es uno: mantener el valor o poder adquisitivo constante de la moneda en razón la depreciación que ha sufrido por el paso del tiempo. La indexación o corrección monetaria no tiene por finalidad incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo, es decir, traerlo a valor presente”.

A su turno la Corte Constitucional en la Sentencia C-862 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) indicó respecto a la indexación:

“(...) La indexación persigue entonces mantener el valor originario del crédito dinerario, mediante el empleo de pautas preestablecidas, aplicables a todas las obligaciones dinerarias que se especifican. Mediante este procedimiento de ajuste periódico y automático se pueden actualizar salarios, rentas, ahorros, impuestos y en general todas aquellas prestaciones originadas en obligaciones que se prolongan en el tiempo”.

Por su parte, los intereses moratorios tienen una función indemnizatoria por los perjuicios que causa la mora en el cumplimiento de las obligaciones, conforme al artículo 1617 del Código Civil que reza:

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

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

El interés legal se fija en seis por ciento anual.

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

3a.) Los intereses atrasados no producen interés.

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

Ahora bien, respecto de la procedencia del pago de intereses moratorios sobre sumas indexadas, el Consejo de Estado ha aclarado:²:

² Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección "A". C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-25-000-01312(2506-2013).

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

La Corporación, en varias oportunidades ha venido sosteniendo que recibir ambas compensaciones constituye un doble pago, máxime cuando se ha declarado la recuperación del valor perdido por las sumas adeudadas, en este caso, el relativo a la actualización de los salarios devengados por el actor como funcionario de planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores a moneda colombiana como efecto de la inflación, al respecto se ha precisado:

“Por el contrario, no procede reconocer intereses moratorios pues si el ex-empleado inconforme con la decisión recurre a la acción judicial, además del reconocimiento de las sumas de dinero dejadas de cancelar por efecto del acto ilegal, se ordena su ajuste conforme al artículo 178 del C.C.A., con lo cual se previene la devaluación, buscando que el restablecimiento del derecho represente el valor real al momento de la condena que es el equivalente al perjuicio recibido.

En gracia de discusión, si se ordenara el reconocimiento de intereses por mora se estaría condenando a la entidad a un doble pago por la misma causa”/Destaca el Tribunal/.

De otro lado, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo ha aludido a la improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios sobre las sumas pagadas por concepto del proceso de homologación y nivelación salarial en el sector de la educación, puntualizando lo siguiente³:

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

Recordemos que por su carácter sancionatorio, los intereses moratorios deben estar consagrados en una norma que los autorice expresamente, es decir, que faculte el cobro de los mismos para los casos de pagos retroactivos por homologación y nivelación, o estar claramente incluidos en el documento que reconoce el derecho, supuestos, que no se evidencian en el presente asunto”.

En este orden de ideas, en caso de llegar a hallarse probado que a la parte demandante le fueron indexadas las sumas reconocidas a título de nivelación salarial, resultaría totalmente

³ Sección Segunda, Subsección A, C.P: William Hernández Gómez, sentencia del 7 de Diciembre de 2017, radicado 2014-00311-01 (0905-15).

improcedente ordenar el reconocimiento de intereses moratorios sobre valores ya indexados, dada la incompatibilidad que existe entre estos dos conceptos.

4. Caso Concreto.

En el expediente se encuentra acreditado lo siguiente:

- Mediante la Resolución No. 2154-6 del 22 de marzo de 2013, aclarada por la Resolución No. 5545-6 del 22 de agosto de 2013, modificada por la Resolución No. 8940-6 del 11 de Diciembre de 2014, al aquí demandante le fue reconocido el pago por homologación y nivelación salarial del período comprendido a partir del 10 de febrero de 1997 al 31 de diciembre de 2009, incluyendo la indexación. (fls. 53 a 65 del cuaderno 1)
- Dicho pago se le realizó el 15 de abril de 2013 según se advierte de la certificación expedida por la Secretaría de Educación de Caldas (fl. 66 cdno. 1).
- Mediante petición dirigida al Ministerio de Educación Nacional y a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, la accionante solicitó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios por la falta de pago oportuno de la nivelación y homologación salarial causados desde el año de 1997 al año 2002, y en adelante hasta el día en que fue efectivo el pago total del retroactivo por homologación y nivelación salarial, esto es, el 15 de abril de 2013. (fls. 36 a 44 del cuaderno 1)

Por ende, teniendo en cuenta que a la parte actora le fue reconocida la indexación sobre las sumas pagadas por concepto de homologación y nivelación salarial, atendiendo el marco normativo y jurisprudencial citado, la pretensión de obtener intereses de mora por el pago tardío del retroactivo no halla eco de prosperidad, dada la incompatibilidad entre ambos conceptos.

En este punto, cabe destacar que en casos similares este Tribunal, mediante postura mayoritaria y acudiendo al canon 53 Constitucional, ha venido reconociendo la actualización de sumas de dinero pagadas de manera tardía en sede administrativa, ya que en esos asuntos ocurrió que entre la fecha de ejecutoria de la resolución de reconocimiento de homologación y su pago, había transcurrido un lapso entre de uno o varios meses, lo que a juicio de la Sala mayoritaria, hacía variar el IPC y por ende se hacía procedente realizar la actualización monetaria; además por cuanto no hubo resolución posterior que modificara el valor de la indexación para hacer un reconocimiento mayor por ajuste a este concepto.

Sin embargo, el Consejo de Estado mediante sentencia de 12 de septiembre de 2019, revocó uno de los fallos que había adoptado el Tribunal en ese sentido, esgrimiendo las siguientes razones (C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 17001-23-33-000-2016-00993-01):

“(…) Se observa que el juez de primera instancia condenó a la Nación-Ministerio de Educación Nacional al reconocimiento y pago de “los ajustes de indexación únicamente sobre el valor pagado a título de retroactivo menos el valor correspondiente a la indexación ya reconocida a partir del día siguiente a la ejecutoria de la Resolución 570 de 11 de abril de 2014, data en cobró firmeza el reconocimiento del retroactivo hasta el día anterior a la fecha efectiva del pago (…).” frente a lo cual, se establece, teniendo en cuenta que jurisprudencialmente la indexación se tiene como la figura por la cual se actualiza la moneda que ha perdido su valor por el paso del tiempo, que entre la fecha en que adquirió ejecutoria la Resolución 570 de 11 de abril de 2014 y el día anterior al pago de la obligación, el cual tuvo lugar en el mes de mayo de 2014, esto es, aproximadamente un mes después, no transcurrió la suficiente temporalidad que en consecuencia generara la depreciación del valor reconocido por concepto del retroactivo, por lo que, no había lugar a su reconocimiento y en tal virtud se revocará la providencia enjuiciada en ese sentido” /Resalta el Tribunal/.

En la referida sentencia, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo ratificó además algunas reglas jurídicas que reforzaron la decisión adversa a la pretensión de pago de intereses de mora por el pago tardío del retroactivo de la homologación y nivelación salarial, las cuales sintetiza el Tribunal en los siguientes puntos:

- (i) El lapso transcurrido entre la fecha de reconocimiento y el pago del retroactivo por homologación y nivelación salarial en la mayoría de casos resulta razonable, a la luz de las diferentes gestiones de orden administrativo que deben adelantar las entidades públicas para efectuar este tipo de reconocimientos, como ocurre en el caso que sirve de parámetro, en el que apenas transcurrió un mes, tiempo en el cual no se presenta una depreciación significativa del valor de la suma reconocida.
- (ii) Si el beneficiario del pago por homologación y nivelación salarial no presentó oposición o recursos contra el acto administrativo que contiene la suma reconocida, el asunto no puede subsanarse generando una nueva discusión a través de una petición posterior de reconocimiento de intereses.
- (iii) No existe una norma que consagre la obligación de pago inmediato de la suma reconocida por concepto de homologación y nivelación salarial, pues como se anotó, dicho trámite está compuesto por una sucesión de etapas administrativas que incluyen la respectiva apropiación presupuestal, por lo que no resultan aplicables las normas civiles sobre intereses de mora a este tipo de casos.

(iv) Aun cuando exista retardo, no procede el pago de intereses de mora, pues como lo ha señalado esa corporación en repetidas oportunidades, al constatarse que la suma reconocida fue indexada, reconocer intereses de mora constituiría un doble pago por el mismo concepto, atendiendo la incompatibilidad entre ambas figuras, aspecto que se abordó líneas atrás.

(v) Finalmente, atendiendo al carácter eminentemente sancionatorio de los intereses de mora, su reconocimiento se halla supeditado a la existencia de una norma que expresamente los consagre en el supuesto de pago tardío de la homologación y nivelación salarial, lo cual no ocurre en este caso.

Como ya se mencionó, el Tribunal, acudiendo a los artículos 53 de la Constitución y 50 del Código Procesal del Trabajo, ha venido defendiendo la tesis de la irrenunciabilidad de los beneficios laborales, para acceder de manera oficiosa, a un rubro no pedido en la instancia administrativa (indexación de unas sumas ya pagadas por homologación y nivelación salarial en el ramo docente); así como también dándole el carácter de crédito laboral a la técnica de indexación.

Sin embargo, sobre este punto, el Consejo de Estado dictó recientemente dos (2) sentencias, en las que revocó igual número de fallos de esta corporación que concedían la aludida indexación al amparo del criterio de equidad.

La primera de ellas data del 23 de octubre de 2020, con ponencia del Magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del expediente N° 170012333000-2018-00143-01 (4932-2019), en la cual sostuvo el alto tribunal:

“(…) En lo atañadero a la presunta facultad que se atribuye el a quo, para decidir extra petita, la Corte Constitucional, en fallo T-873 de 16 de agosto de 2001⁴, indicó que «[a]l contrario de los procesos laborales a los cuales asimila el demandante su asunto, el ejercicio de la función judicial en materia contencioso administrativa⁵, la competencia del juez al momento de fallar no le permite decidir ultra petita o extra petita, porque la resolución judicial que se extienda más allá de lo pedido o que se tome fuera del petitum de la demanda, a más de resultar violatoria del derecho de defensa de la contraparte sería contraria a la estructura misma del proceso que en esta materia se guía por el principio de que la materia del litigio se define por las partes y, estas al hacerlo, delimitan la competencia del juzgador».

En similar sentido, se pronunció esta Corporación el 20 de mayo de

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-873 de 2001, M. P. Jaime Araujo Rentería.

⁵ *Acerca del proceso contencioso administrativo* Cfr. BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho procesal administrativo*, Cuarta ed. 4a. reimpresión. Señal Editora. Medellín: 1998, pags. 196 y ss.

2010⁶, al sostener que «[l]a sentencia proferida por el juez de lo contencioso administrativo, a su turno, debe ser motivada y resolver todos los puntos objeto de controversia formulados por las partes demandante y demandada dentro de la oportunidad procesal respectiva. En este sentido, a la luz de lo establecido en el artículo 170 del C.C.A.⁷ [hoy 187⁸ del CPACA], debe concluirse que la sentencia proferida por el juez de lo contencioso administrativo no puede ser infra, extra o ultra petita, sino, en virtud de la naturaleza predominantemente rogada de la jurisdicción, sujetarse a todos y cada uno de los aspectos sometidos a su decisión».

Derrotero reiterado por esta sala el 17 de octubre de 2017⁹, al precisar que «[...] el juez debe tomar su decisión de manera congruente con los hechos, pretensiones y excepciones probadas dentro del proceso. Por lo tanto, no podrá proferir una sentencia en la que se pronuncie acerca de algo que no fue solicitado por las partes (extra petita) o en la que otorque más de lo pedido (ultra petita), pero tampoco podrá fallar sin pronunciarse acerca de todas las pretensiones, pues de lo contrario deberá explicar de manera suficiente las razones por las cuales omitió referirse a algún pedimento, por ello, el principio de congruencia de la sentencia garantiza el oportuno uso del derecho de defensa por las partes, puesto que les permite hacer uso de cada una de las herramientas establecidas en la ley para tal propósito».

En ese orden de ideas, conforme a lo anterior, resultaría contrario a la naturaleza de esta jurisdicción admitir la aplicación de las facultades ultra y extra petita, que invocó el Tribunal de instancia, como sí opera en la jurisdicción ordinaria laboral¹⁰, dado que ello vulneraría el principio de justicia rogada, el cual impone la carga a la persona que acude al aparato jurisdiccional de solicitar en la demanda, de manera específica, lo que se quiere; así como el de congruencia, que consiste en la obligación que tiene la autoridad judicial de decidir de acuerdo con lo pedido y probado; por lo tanto, deberá revocarse la orden impuesta en el fallo apelado, al constatar que lo pretendido por la actora era el pago de los intereses moratorios, en los términos analizados en precedencia, y no la indexación dispuesta por el a quo” /Destaca la Sala/.

La hermenéutica esbozada fue objeto de reiteración en sentencia de 3 de diciembre de 2020, con ponencia del Magistrado Rafael Francisco Suárez Vargas (Exp. 170012333000-2016-00270-01 1245-19), en la que añadió:

⁶ Consejo de Estado, sección segunda, expediente: 25000-23-25-000-2002-12297-01 (3712-2004), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

⁷ «La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones [...]».

⁸ «La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen».

⁹ Consejo de Estado, sección segunda, expediente: 66001-23-33-000-2012-00161-01 (3605-14).

¹⁰ Las facultades ultra y extra petita de las que se reviste a un juez ordinario laboral están consagradas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, al prever que «[e]l Juez **de primera instancia** podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas».

“Lo anterior quiere decir que, en momento alguno, el señor Hernández Osorio requirió reemplazar el pago de los intereses moratorios, por la indexación de las sumas reconocidas, en caso de que su pretensión principal no tuviera acogida, ni mucho menos pidió que se indexara la suma indicada por el tribunal, en el período por él ordenado;¹¹ por lo tanto, se debe concluir que la decisión de indexación adoptada por el juzgador de primera instancia excede el marco de la pretensión del demandante, pues, se repite, su pretensión solo se orientaba al pago de los intereses respectivos, en la forma transcrita.

(...) La situación que se analizó en la providencia en cita, coincide plenamente con la sentencia bajo análisis, toda vez que la indexación ordenada por el juzgador de primera instancia se sustentó en la Resolución 2179-6 del 22 de marzo de 2013, la cual determinó que la actualización de los valores reconocidos, comprendía el período transcurrido entre el 10 de febrero de 1997 y el 31 de diciembre de 2009; sin embargo, como el pago se materializó el 15 de julio de 2013¹², atendiendo los principios de equidad y justicia, debían traerse al valor presente del momento del pago, los valores reconocidos.

No obstante lo anterior, como un pronunciamiento de tal naturaleza no se formuló por la parte demandante, mal podría el a quo reconocerlo, en consideración al carácter rogado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, razón que conlleva revocar la condena que, en tal sentido, impuso el tribunal, en el numeral tercero de la sentencia apelada (...)”/Resaltado del Tribunal/.

En conclusión, acogiendo las pautas jurisprudenciales sobre la materia, resulta clara la imposibilidad de exceder el objeto del litigio con el fin de conceder una indexación no planteada ante la administración ni solicitada en el escrito introductor, más aún, atribuyéndole a dicha indexación el carácter de derecho laboral a la luz del canon 53 Superior, condición que no le es propia pues consiste simplemente en una técnica de actualización de valores monetarios para corregir la inflación.

Sumado a lo anterior, ha quedado acreditado que la suma reconocida a la parte actora fue debidamente actualizada y que dicha actualización es incompatible con los intereses que se imploran, lo que fuerza a denegar las pretensiones de la parte demandante.

5. Costas

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado¹³ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición,

¹¹ *Sí hubo un requerimiento relativo a actualización, pero este se concretó en un ajuste a aquella, lo que no es coincidente con los parámetros y/o motivaciones de la decidida por el a quo, pues en ella, se pretendió sanear la descompensación que se pudo producir entre la última fecha tomada para la indexación en el acto de reconocimiento, y en la que efectivamente se produjo el pago.*

¹² Folio 41.

¹³ *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02 (0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.*

esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Resulta igualmente aplicable el criterio establecido en el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, por medio de la cual se adicionó el siguiente inciso al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011:

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

De lo anterior se sigue que, aunque en este caso se causaron las costas procesales en razón a la actividad desplegada por la entidad demandada mediante apoderado judicial (contestación de la demanda y presentación de alegatos de conclusión), la parte demandante no se verá obligada al pago de aquellas en tanto la demanda no fue presentada con manifiesta carencia de fundamento legal.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala 2ª. de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se declaran fundadas las excepciones de *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* e *“inaplicabilidad de los intereses moratorios”*, propuestas por el departamento de Caldas.

Segundo: Se niegan las pretensiones de la parte demandante.

Tercero: Sin condena en costas.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, **liquídense** los gastos del proceso, **devuélvanse** los remanentes si los hubiere. **Archívense** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el Programa Justicia Siglo XXI.

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

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

NOTIFÍQUESE

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022).

A.I. 128

Radicado: 17-001-23-33-000-2018-00293-00
Naturaleza: Reparación Directa
Demandantes: Gestión y Soporte S.A.S. y Deltec S.A.
Demandados: Gestión Energética S.A. E.S.P. y Sol de Inírida S.A. E.S.P.
Llamado gta: Seguros del Estado S.A.

I. ANTECEDENTES

La parte demandante apeló el fallo de primera instancia que se emitió el 6 de mayo de 2022.

II. CONSIDERACIONES

El artículo 243 del CPACA dispone que: “*Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces (...)*”. En cuanto al trámite del recurso de apelación, los ordinales 1 y 2 del artículo 247 ibidem (modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021), señala:

“Artículo 247. Trámite del recurso de apelación contra sentencias. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

- 1. El recurso deberá interponerse y sustentarse ante la autoridad que profirió la providencia, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.*
- 2. Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio, total o parcialmente, y contra este se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado ponente citará a audiencia de conciliación que deberá celebrarse antes de resolverse sobre la concesión del recurso, siempre y cuando las partes de común acuerdo soliciten su realización y propongan fórmula conciliatoria. (...)”*(Subrayas fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, se tiene que el término para la interposición del recurso de apelación contra la sentencia, transcurrió entre el día 13¹ y el 26 de mayo de 2022; que la parte demandante presentó el recurso de apelación 24 de mayo de 2022, esto es, de forma oportuna.

¹ Día siguiente a la notificación según el artículo 8 del Decreto 806 de 2020.

Por lo tanto será concedido el recurso de apelación formulado sin que sea necesario citar a audiencia de conciliación.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE:

Primero: Conceder el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en el presente asunto.

Segundo: En firme la presente providencia **remitir** el expediente al H. Consejo de Estado para lo de su competencia.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 140

Manizales, veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17-001-33-39-006-2018-00459-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jimmy Salamanca Jiménez
Demandado: Instituto Nacional de Aprendizajes - Sena

Se emite fallo con ocasión al recurso apelación impetrado por las partes contra la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones de la parte actora.

I. Antecedentes

1. La demanda.

1.1. Pretensiones.

La demandante deprecó la nulidad del “Oficio No. 2-2017-003946 del 15 de septiembre de 2017” expedidos por el Sena por medio de los cuales se negó el reconocimiento de una relación laboral y el pago de las prestaciones derivadas de ella.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que, fuese declarada la existencia de dicha relación legal, el pago de las acreencias laborales que percibía un empleado de planta; la compensación de las cotizaciones al sistema general de seguridad social; la devolución de los pagos por concepto de pólizas de cumplimiento y retención en la fuente; el pago de una indemnización por el no pago de cesantías al momento de la terminación del vínculo laboral; otro pago de igual naturaleza por los daños materiales que sufrió al no poder disfrutar de los beneficios económicos derivados de la Ley 1636 de 2013¹; y el pago de una indemnización equivalente a 25 S.M.L.M.V. por daños morales.

1.2. Hechos

En síntesis señaló que, laboró por contratos de prestación de servicios con la demandada entre 1999 y 2016 ejerciendo funciones de instructor docente. Que las labores fueron desarrolladas en forma subordinada y dependiente en cumplimiento de los horarios de trabajo que le eran asignados con los diferentes grupos de estudiantes, al igual que el cumplimiento de las fechas establecidas para realizar los reportes de notas de los estudiantes, aunado a la exigencia del contratante de usar los delantales distintivos y de las identificaciones que les fueron suministradas por aquel, al igual que la atención

¹ Por medio de la cual se crea el mecanismo de protección al cesante en Colombia.

obligatoria de visitas por parte de directivos de la institución para vigilar la forma en que se dictaban las actividades docentes y la modificación de estos métodos, según las directrices que ellos impartieran.

Que solicitó el reconocimiento de su relación laboral y que mediante los actos administrativos demandados le fue negado.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Se invocaron los artículos 1, 2, 6, 13, 25, 53, 122, 123 y 125 de la Constitución; el Decreto 3135 de 1968; el Decreto 1424 de 1998; Decreto 1426 de 1998; la Ley 115 de 1994; el Decreto – ley 2277 de 1978; el Decreto 1848 de 1969; el Decreto 1042 de 1978; la Ley 80 de 1993; y la Ley 1636 de 2013.

Expuso pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre los docentes de hora cátedra, el principio de primacía de la realidad sobre las formas, el contrato realidad y los elementos que constituyen la relación laboral. También destaca providencias proferidas por el Consejo de Estado en las cuales se resalta que la labor de formación del Sena se presta en forma personal y de manera subordinada al cumplimiento de los reglamentos, fines y principios de dicha institución y por las autoridades educativas. Así como sentencias en las cuales comprobada la existencia de la relación laboral inexorablemente deviene el reconocimiento de las prestaciones sociales ordinarias a título de indemnización.

Concluyó que, se disfrazó una verdadera relación laboral bajo la figura del contrato de prestación de servicios, razón por la cual se debe reconocer a título de indemnización el valor de las prestaciones sociales a que regularmente tendría derecho un empleado de la entidad demandada, así como de los demás rubros pretendidos en la demanda.

2. Contestación de la demanda².

La **entidad accionada** se opuso a las pretensiones del demandante; sostuvo que, este prestó servicios profesionales como instructor por horas de formación, sin generar una relación legal y reglamentaria que permitiera inferir la existencia de una relación laboral, pues siempre estuvo vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, por lo tanto nunca laboró para el Sena, sin que estuviera bajo las órdenes de ningún funcionario y únicamente asesorando y aprobando su desempeño por los supervisores.

Señaló que el demandante contaba con autonomía e independencia en la ejecución de labores, desde el punto de vista técnico y científico, ya que el Sena únicamente le suministró las herramientas pedagógicas básicas representadas en los módulos de aprendizaje y la estructura curricular que debían desarrollarse de acuerdo a la programación de los cursos de formación que ofrece la institución, pues una de las obligaciones era acoger el pensum establecido. Por último, aseveró que el servicio debió

² Folios 198-217 cuaderno principal.

desarrollarse en forma personal porque el Sena contrató a la demandante debido a sus conocimientos especializados en el área que desempeñó.

Hizo referencia a las funciones que tienen los instructores del Sena de planta y los contratados por prestación de servicios, considerando que existen sustanciales diferencias, pues los primeros no solo tienen labores académicas sino también administrativas.

Propuso las excepciones de: *“Prescripción extintiva trienal y bienal”* y *“Prescripción a luz de la sentencia CE-SUJ2-005 del 25/08/2016”* haciendo referencia al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969 y al Decreto 1848 de 1969, empero, sin alusión al caso concreto; *“Inexistencia los elementos propios del contrato realidad, consecuentemente inexistencia del vínculo o relación laboral”* bajo la egida que no se configuraron los elementos de una relación laboral, insistiendo en que se trató de una relación a través del denominado contrato de prestación de servicios; *“Interrupción contractual”* dado que no se presentó una continuada dependencia, en atención al aspecto temporal de los servicios requeridos; *“Cobro de lo no debido”* al considerar que todos los valores derivados del contrato fueron cancelados, por lo que no existe suma alguna adeudada; *“Compensación”* deprecando que se tenga en cuenta los valores ya cancelados en el contexto de los contratos de prestación servicios.

3. Sentencia de primera instancia.

El *a quo* accedió parcialmente a las pretensiones del demandante advirtiendo que, los elementos propios de la relación laboral fueron acreditados, así:

(i) La prestación personal del servicio, a partir del clausulado de los contratos de servicios que exigían el cumplimiento únicamente por parte de la demandante, vedando la posibilidad de ceder el contrato o acudir a su cumplimiento por interpuesta persona. Lo anterior, aunado a los testimonios recaudados que dieron fe de que la accionante prestó el servicio como instructor docente de forma personal, situación igualmente decantada a partir de las actas de supervisión de los contratos.

(ii) La remuneración del servicio prestado, con el pago de los honorarios pactados en forma mensual durante cada periodo contractual.

(iii) El servicio prestado, atendía a una función institucional del Sena y debía desarrollarse en el marco de los contenidos curriculares y temáticas impartidos por el contratante.

(iv) Los servicios eran prestados en horarios habituales y frecuentes asignados por el contratante, al igual que en los municipios o sedes designadas por el Sena para el efecto.

Al analizar la prescripción de los créditos laborales reclamados, advirtió que para el 22 de diciembre de 2011 existió una solución de continuidad en la relación sostenida entre el demandante y el Sena, pues culminó sus actividades el dicha data y solo fue contratado nuevamente, más de 6 meses después, por lo cual, la reclamación de los derechos laborales respecto de las actividades desarrolladas con anterioridad a la referida fecha debió realizarse dentro de los 3 años siguientes, lo cual no se hizo; prescripción que

advierte no atañe a los respectivos aportes pensionales por tratarse de garantías mínimas irrenunciables e imprescriptibles.

Corolario, ordenó que la accionada cancele en favor del accionante los valores correspondientes a las prestaciones sociales y salariales que de conformidad con la normatividad pertinente recibe un instructor de planta del Sena, únicamente por los servicios prestados entre el 16 de julio de 2012 y el 12 de diciembre de 2015, de conformidad con el fenómeno prescriptivo.

Frente a las pretensiones dirigidas al pago de los aportes en pensión señaló que, la entidad demandada deberá efectuar los respectivos aportes patronales en dicho subsistema tomando el I.B.C. del demandante, dentro de todos los periodos laborados por prestación de servicios, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por el señor Jimmy Salamanca Jiménez 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; igualmente, advirtió que el accionante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual 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 trabajador

Respecto a la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías señaló que, pacíficamente la jurisprudencia ha advertido que el pago de dicha prestación solo se hace exigible a partir del momento en que se declara la existencia de la relación laboral, lo cual impide hablar de un pago tardío de esta, argumento con base en el cual despacho en igual sentido las pretensiones atinentes a la pérdida de oportunidad de recibir los beneficios económicos determinados en la ley 1636 de 2013.

Frente a la pretensión de indemnización por perjuicios morales concluyó que, no se arribó material probatorio alguno que determinara tal afectación en cabeza de la demandante, sin que esta pueda ser derivada en forma presunta o automática por la declaratoria de existencia de una relación de naturaleza laboral.

Finalmente, en lo que respecta a la devolución de la retención en la fuente y de los valores erogados por concepto de pólizas de cumplimiento concluyó que, tales cargas atendían válidamente a la celebración del contrato de prestación servicios, destacando que *“la declaración de la relación no implica la devolución de sumas de dinero que se hayan generado en virtud del vínculo contractual, pues la finalidad del pago a título de indemnización es el reconocimiento de los emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir”*.

4. Recurso de apelación.

4.1. La **parte actora** se opuso a la prescripción declarada arguyendo que, el periodo de 6 meses en que el accionante no sostuvo relación contractual con el Sena se presentó por una situación ajena a su voluntad y correspondían al *quehacer* ordinario de la entidad por razones de vacaciones o receso escolar. Que además, cercenar el derecho reclamado por la prescripción declarada desconoce el derecho a la igualdad.

Frente a las reclamaciones por perjuicios que fueron negadas señaló que, estos se encuentran probados, en tanto: *(i)* el accionante no pudo acceder a los beneficios de protección al cesante por el no pago de los aportes a cajas de compensación familiar; *(ii)* no pudo disfrutar de sus cesantías al momento de la terminación del vínculo laboral y *(iii)* tuvo que concurrir a la interposición de la demanda para obtener el reconocimiento de sus derechos laborales, por lo cual debió esperar más de tres años para obtener una decisión en primera instancia y sufragar los costos de un apoderado judicial.

4.2. La entidad demandada solicitó revocar la sentencia y en su lugar negar las pretensiones del demandante, para lo cual insistió en los argumentos dados en la contestación de la demanda, al considerar que no se probó la existencia de los elementos de una relación laboral dado que, no se demostró que el actor estuviese obligado al cumplimiento de horarios, pues ni siquiera se probó cuáles eran dichos horarios, no se puede concluir una continuada subordinación y dependencia pues existieron diversos lapsos entre contrato y contrato, aunado a que no todos tuvieron el mismo objeto, pues en algunos se le contrato para funciones diferentes.

Arguye que de las pruebas aportadas no se puede inferir la existencia de una verdadera relación laboral, pues el a *quo* erróneamente valoró el material probatorio conformado por prueba testimonial y documental, pues los testimonios recaudados nada pueden dar cuenta de la relación entre los contratantes, estos solo pueden transmitir al despacho lo que les consta sobre la entidad de su propia experiencia y no con exactitud de los elementos constitutivos de una relación laboral entre el aquí accionante y el Sena.

Con respecto a la prescripción, reprocha que entre el contrato 161 de 2012 y el 206 de 2013 existió una interrupción de más de 206 días, es decir, más de los 30 días hábiles que hace mención la sentencia de unificación del Consejo de Estado por lo cual, no se entiende como el a *quo* aplicó la interrupción entre contrato y contrato para llegar a la conclusión de que la vinculación del 2012 no le había ocurrido el fenómeno prescriptivo.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Vista la sentencia de primera instancia y los recursos de apelación interpuestos , se considera necesario dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos:

¿Se encuentra probada la subordinación de la demandante frente al Sena en la ejecución del objeto de los contratos de prestación de servicios celebrados? En caso afirmativo, ¿Hay lugar a decretar la prescripción extintiva de los créditos laborales reclamados? Finalmente, ¿Se demostraron los perjuicios morales cuya indemnización reclama la parte actora?

2. Primer problema jurídico.

Tesis del Tribunal: Se encuentra acreditada la subordinación del demandante frente al Sena en la ejecución del objeto de los contratos de prestación de servicios celebrados, teniendo en cuenta que, por las características del servicio docente, la subordinación laboral se encuentra implícita en el desempeño de dicha actividad, lo cual es ratificado con las demás pruebas aportadas.

Para desarrollar la tesis planteada, se hará referencia a: *i)* los hechos acreditados; *ii)* contrato de prestación de servicios; *iii)* contrato realidad - elementos de la relación laboral – coordinación de actividades, *iv)* la naturaleza de la labor docente y la subordinación para descender finalmente al análisis de; *v)* la subordinación en el caso concreto.

2.1. Hechos acreditados

- El señor Jimmy Salamanca suscribió contratos de prestación de servicios con el Sena - Regional Caldas, prestando sus servicios durante los siguientes lapsos:

Contrato No.	Periodo de Ejecución ³
1361	Del 20-09-1999 al 20-01-2000
188	Del 14-02-2000 al 14-04-2000
456	Del 02-05-2000 al 02-09-2000
735	Del 04-09-2000 al 04-10-2000
86	Del 13-02-2001 al 20-06-2001
485	Del 24-07-2001 al 20-11-2001
1047	Del 14-12-2001 al 30-12-2001
297	Del 02-04-2002 al 02-06-2002
823	Del 25-09-2002 al 20-12-2002
052	Del 05-02-2003 al 10-07-2003
419	Del 04-08-2003 al 19-12-2003
797	Del 16-12-2003 al 07-04-2004
148	Del 16-04-2004 al 22-09-2004
1118	Del 27-12-2004 al 27-04-2005
30	Del 26-05-2005 al 30-09-2005
231	Del 16-01-2006 al 10-04-2006 ⁴
27	Del 24-04-2006 al 31-07-2006 ⁵
173	Del 16-11-2006 al 20-12-2006
35	Del 09-03-2007 a 09-08-2007
104	Del 25-07-2007 al 25-09-2007
15	Del 29-08-2007 al 21-12-2007
64	Del 12-03-2008 al 12-07-2008
35	Del 14-07-2008 al 22-12-2008
358	Del 23-11-2011 al 22-12-2011
161	Del 22-05-2012 al 30-06-2012
279	Del 16-07-2012 al 15-12-2012

³ Extremos temporales que fueron señalados por el *a quo*, sin que sean objeto de cargo de apelación alguno.

⁴ Según acta de terminación suscrita entre los contratantes, exp. digital, fl. 27, archivo: "010_2005".

⁵ Según actas de inicio y terminación, exp. digital, fls. 9-10, archivo: "011_2006".

216	Del 22-01-2013 al 07-12-2013
961	Del 29-10-2013 al 16-12-2013
607	Del 23-01-2014 al 31-08-2014
367	Del 28-01-2015 al 12-12-2015

- A excepción del primer contrato referido⁶ el objeto de la relación de servicios sostenida entre el accionante y Sena, tuvo como objeto principal el *“Dictar o desarrollar labores de formación en el área de Sistemas”* en diferentes sedes y programas de dicha entidad⁷.

Al señalar los alcances del referido objeto contractual, se destaca lo siguiente: *“El objeto del presente contrato es la prestación de servicios personales, como instructor contratista, impartiendo horas de formación profesional en las áreas de Informática en el área de influencia del Centro Multisectorial de La Dorada... Para el desarrollo del objeto establecido en la cláusula primera de este contrato, el CONTRATISTA se compromete a prestar servicios como instructor para impartir formación profesional en el área de Informática, del Centro Multisectorial La Dorada, SENA Regional Caldas, por 400 horas, y se compromete a entregar en las fechas que el SENA estipule, los reportes estadísticos y registros inherentes al proceso de formación estipulados por el SENA de conformidad con los horarios de formación del Centro Multisectorial La Dorada.”*

Igualmente, en algunos de los referidos contratos se agrega clausulado de obligaciones del contratista entre las cuales se incluye: *“Ejecutar el contrato con autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico, sin perjuicio del cumplimiento que se debe dar al pensum y los contenidos mínimos de los programas de formación, el calendario académico, la programación de clases las estrategias para evitar la deserción, el lugar, los fines y objetivos misionales, las normas y directrices del SENA...”*.

El objeto, alcance contractual y obligaciones del contratista guardan identidad en todos los contratos previamente relacionados -al margen de pequeñas modificaciones sobre la denominación del programa de formación y la dependencia a la cual se encuentra adscrito el programa-, resaltándose en todos, la obligación de desarrollar los servicios contratados de forma personal y en atención a los lineamientos curriculares y lapsos que fuesen establecidos por la entidad contratante a través de sus diferentes centros de formación.

2.2. Marco normativo y jurisprudencial⁸.

2.2.1. La primacía de la realidad sobre las formalidades.

La Constitución Política, en su preámbulo, asegura a sus integrantes *“la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un*

⁶ No. 1361 el cual se circunscribe al mantenimiento de equipos de cómputo (v. fl. 9, exp. digital, archivo: “008.Anexo 6”).

⁷ Tal y como se aprecia en las certificaciones expedidas por el SENA, visibles a folios 10 a 72, del exp. digital, archivo: “008.Anexo 6”).

⁸ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 16 de agosto de 2018, Radicación número: 19001-23-31-000-2006-01070-01(1007-12)

marco jurídico, democrático y participativo que asegure un orden político, económico y social justo”.

La anterior premisa fue desarrollada en los artículos 13 y 25 ibidem, según los cuales: i) Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y *“recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”*; y, ii) se garantiza el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, el cual surge como uno de los valores y propósitos del Estado al ser consagrado en el Preámbulo de la Constitución con particular importancia.

Como sustento de lo anterior, el artículo 53 consagró el principio de la *“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”*, como aquella garantía de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado. La finalidad de este articulado es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley.

Desde tiempo atrás, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT.)⁹, expresamente consagró en su Preámbulo el *“reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor”* premisa que se fundamentó en el artículo 2 del Convenio 111 de la OIT¹⁰ al señalar que: *“todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva los métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”*.

Dicho Convenio en Colombia es fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución, al decir: *“los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”*, cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 superior.

2.2.2. Elementos propios de la relación laboral

A su turno, se encuentra que el Código Sustantivo de Trabajo en sus artículos 23 y 24 estableció los elementos para estructurar una relación laboral, así: i) La actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia *“del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al País”*; y iii) un salario como retribución del servicio.

⁹ Aprobada en 1919

¹⁰ Aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967

Al respecto, el H. Consejo de Estado, en sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021¹¹ retomando los desarrollos jurisprudenciales previos sobre estos elementos los condesó bajo los siguientes parámetros:

Sobre el elemento de la prestación personal del servicio, señaló que el mismo puede ser identificado, en tanto *“Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este¹²; 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”*.¹³

En lo referente a la subordinación o dependencia dicha providencia señaló una serie de situaciones indicativas de su existencia y que deben ser valoradas a la luz de cada caso particular, las mismas se sintetizan así:

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

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

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

¹¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

¹² **Cita de cita:** Código Sustantivo del Trabajo, literal b) del artículo 23: [Es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo] «La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo».

¹³ **Cita de cita:** 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.

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." (Subrayado y negrillas de este Tribunal).

Finalmente, sobre la existencia de remuneración por las actividades desarrolladas precisó que *"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."*

Ahora bien, para el caso de las funciones docentes el H. Consejo de Estado ha avalado que esta particular tarea, debe ser analizada desde una óptica más laxa, pues el ejercicio de la labor docente en el sector público conllevan intrínsecamente elementos de subordinación y dependencia, tales como el sometimiento a los horarios de funcionamiento de la institución pública, el acatamiento de la directrices del cuerpo directivo docente y necesariamente el ceñimiento a los criterios de instrucción desarrollados por las entidades reguladoras del servicio educativo. En efecto dicha corporación ha advertido¹⁴:

"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 define como docente a quien ejerce la profesión de educador, ...

La mencionada definición de la labor docente fue reafirmada por el artículo 104 de la Ley 115 de 1994 (ley general de educación)...Este criterio coincide con la línea jurisprudencial consolidada de las subsecciones de esta Sala, 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.

¹⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 25 de agosto de 2016, radicado 3001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

Igualmente, es menester anotar que la actividad docente no se desarrolla en virtud de la coordinación imperante en los contratos de prestación de servicios[52], comoquiera que se cumple conforme 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[53], 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, dirá 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.

*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 **un empleo de carácter permanente**...*

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.

...

3.4 Caso concreto. El material probatorio traído al plenario da cuenta de la situación respecto de los hechos a los cuales se refiere la presente demanda, en tal virtud, se destaca:

a) El 16 de octubre de 2012, la actora solicitó del secretario de hacienda del municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales por haber laborado 12 años y 1 mes, sin que estas le fueran canceladas, las que pide le sean incluidas en el acuerdo de reestructuración de pasivos de la Ley 550 de 1999[54].

...

Y si bien, según los documentos allegados, existieron algunas interrupciones, las probanzas coinciden en el hecho de que la demandante prestó sus servicios por trece (13) años y un (1) mes como maestra al municipio de Ciénaga de Oro, lo cual demuestra su atadura con la

entidad territorial, que persistió pese a la modalidad de contratación utilizada por la Administración.

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".(Se resalta)

2.2.3. Contrato de prestación de servicios.

El numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993¹⁵, lo define como aquel acto jurídico que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad en los eventos en que no pueden realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

Sus características han sido precisadas por el máximo órgano de cierre en materia de lo Contencioso Administrativo, así:

"El contrato versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores, en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia.

- El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad.*
- La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de contrato.*
- El contratista dispone de amplio margen de discrecionalidad para la ejecución del objeto contractual, delimitada por el plazo y la realización de la labor.*
- La vigencia del contrato es temporal. Su duración debe ser delimitada por el tiempo indispensable para realizar el objeto contractual.*
- La actividad puede ser desarrollada por una persona natural o jurídica."*¹⁶

En efecto, una nota distintiva del contrato de prestación de servicios es que constituye un instrumento para atender funciones ocasionales que no forman parte de las labores asignadas a la entidad o que no puedan ser atendidas por los empleados de planta.

Es así como, el último inciso del artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 *"Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones"*, prohíbe la celebración de esta clase de contratos para el desempeño de funciones permanentes y ordena la creación de cargos en esos eventos.

Para la Corte Constitucional¹⁷, esta restricción se adecua a los principios inspiradores de la Carta Política como medida de protección de la relación laboral y para evitar la

¹⁵Artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P.: Alfonso Vargas Rincón, Sentencia del 21 de octubre de 2011, Radicación No. 68-23-15-000-2000-03151-01(1043-08).

¹⁷ C- 604 de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

desnaturalización de la contratación estatal, al preservar el empleo como la forma general y natural de ejercer funciones públicas.

2.2.4. Contrato realidad - elementos de la relación laboral – coordinación de actividades.

El artículo 53 de la Constitución Política establece el principio de primacía de la realidad sobre las formas, según el cual, no tiene importancia el nombre que se le haya otorgado al vínculo, sino los hechos que determinan la realización de las actividades contratadas; por lo que, no obstante aparecer formalmente como un contrato estatal se debe declarar la existencia de un relación laboral si en el ejecución se configuran los elementos esencial, como son: actividad personal bajo el cumplimiento de órdenes respecto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y como contraprestación se reciba un remuneración.

Al respecto el Consejo de Estado¹⁸ señaló:

“Por su parte, esta Corporación en varias decisiones ha reiterado la necesidad de que cuando se trata de una relación laboral, se acrediten fehacientemente los tres elementos que le son propios, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración, y en especial la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

...

A contrario, se constituye una relación contractual, que se rige por la ley 80 de 1993 cuando: se pacta la prestación la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública: el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada; se le pagan honorarios por los servicios prestados; y la labor convenida no se puede realizar con personal de planta o requiere conocimientos especializados.

Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena señalar que se debe restringir a aquellos casos en los que la entidad pública requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional; porque si contrata por prestación de servicios personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que de manera permanente se asignan a los demás servidores públicos, se desdibuja dicha relación contractual.

...

Teniendo en cuenta el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a los contratos realidad, se concluye en cuanto a su configuración, que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva, y en particular, la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega, no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito.”

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P.: Gustavo Eduardo Gómez. Rad. 47001-23-33-000-2012-00016-01(3160-13), sentencia del 19 de enero de 2015

La coordinación de actividades es consecuencia de la obligación de las entidades públicas de vigilar de forma permanente la correcta ejecución de los contratos estatales, en tanto están involucrados recursos públicos y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, así como la efectividad de los derechos e intereses de los administrados¹⁹.

En este ámbito, el contratante está facultado para supervisar, establecer parámetros, instrucciones o condiciones con el objeto de garantizar la adecuada prestación del servicio contratado. De ahí que la Ley 80 de 1993 establezca como deberes de los contratistas la colaboración con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto del contrato se cumpla, así como el acatamiento de *“las órdenes que durante el desarrollo del contrato les impartan”* -Artículo 5º numeral 2º-.

Sin embargo, si la entidad contratante excede estos límites de tal forma, que el contratista quede sujeto a su mando, se desnaturaliza la existencia de una mera coordinación de actividades.

2.2.5. Del Servicio Nacional de Aprendizaje -Sena

la Ley 119 de 1994 *“Por la cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, se deroga el Decreto 2149 de 1992 y se dictan otras disposiciones”*, establece:

ARTÍCULO 2o. MISIÓN. El Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, está encargado de cumplir la función que corresponde al Estado de invertir en el desarrollo social y técnico de los trabajadores colombianos; ofreciendo y ejecutando la formación profesional integral, para la incorporación y el desarrollo de las personas en actividades productivas que contribuyan al desarrollo social, económico y tecnológico del país.

Por su parte, el Decreto 1424 de 1998 publicado en el Diario Oficial No. 43.349 de 29 de julio de 1998 *“Por el cual se establece el sistema salarial de evaluación por méritos para los Instructores del Servicio Nacional de Aprendizaje - Sena”*, definió la Educación con el siguiente tenor literal:

“ARTICULO 22. EDUCACIÓN. Se entiende por educación el desarrollo de facultades físicas, intelectuales o morales mediante la aplicación de una serie de contenidos académicos realizados en establecimientos o instituciones educativas, públicas o privadas, oficialmente reconocidas y aprobadas, que conduzcan a la obtención de certificados, títulos o grados.”(Resaltado y Subrayado fuera del texto).

El artículo 2 del Decreto 1426 de 1998 *“Por el cual se establece el sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de los empleos públicos del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA”*, clasifica el cargo de Instructor conforme con las siguientes funciones:

¹⁹ Artículo 3º de la ley 80 de 1993.

“Comprende los empleos cuyas funciones principales consisten en impartir formación profesional, desempeñar actividades de coordinación académica de la formación e investigación aplicada.” (Negrita del Despacho)

La normatividad que regula al personal de Instructores del SENA, establece que dicha entidad tiene como función permanente impartir formación laboral y profesional certificando a los estudiantes que cursan los programas y cursos que se desarrollan; define la educación como todos aquellos procesos especializados tendientes a la obtención de certificados, títulos o grados; e indica que el cargo de Instructor coordina y ejecuta actividades académicas.

La Ley 115 de 1994 en su artículo 1 y 2, consagra que:

“Artículo 1. OBJETO DE LA LEY. La educación es un proceso de formación permanente, personal, cultural y social que se fundamenta en una concepción integral de la persona humana, de su dignidad, de sus derechos y de sus deberes.

La presente Ley señala las normas generales para regular el Servicio Público de la Educación que cumple una función social acorde con las necesidades e intereses de las personas, de la familia y de la sociedad. Se fundamenta en los principios de la Constitución Política sobre el derecho a la educación que tiene toda persona, en las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra y en su carácter de servicio público.

De conformidad con el artículo 67 de la Constitución Política, define y desarrolla la organización y la prestación de la educación formal en sus niveles preescolar, básica (primaria y secundaria) y media, no formal e informal, dirigida a niños y jóvenes en edad escolar, a adultos, a campesinos, a grupos étnicos, a personas con limitaciones físicas, sensoriales y psíquicas, con capacidades excepcionales, y a personas que requieran rehabilitación social.

La Educación Superior es regulada por ley especial, excepto lo dispuesto en la presente Ley.”

“Artículo 2o. SERVICIO EDUCATIVO. El servicio educativo comprende el conjunto de normas jurídicas, los programas curriculares, la educación por niveles y grados, la educación no formal, la educación informal, los establecimientos educativos, las instituciones sociales (estatales o privadas) con funciones educativas, culturales y recreativas, los recursos humanos, tecnológicos, metodológicos, materiales, administrativos y financieros, articulados en procesos y estructuras para alcanzar los objetivos de la educación.” (Destacado y subrayado extratexto)

Ahora bien, de acuerdo a lo expresado, la función prestada por el Sena a través de los Instructores se orienta a una formación integral, profesional y laboral certificando a sus estudiantes, así que por estas características y su naturaleza se clasifica dentro de un sistema de educación no formal. *“No puede ser otra su categoría pues no hace parte de los niveles propios de educación formal ni se cataloga dentro de la definición de educación informal, regulándose de esta manera por las normas generales del Servicio Público de Educación”²⁰.*

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. C.P.: César Palomino Cortés. Sentencia del 24 de marzo de 2022. Rad.: 47001-23-33-000-2013-00293-01 (1176-2016).

2.3. Análisis en el caso concreto.

Como se indicó, el demandante fue contratado por el Sena para desarrollar sus actividades en calidad de instructor por períodos determinados, en los programas de formación de educación brindados por el Sena como función institucional de dicha entidad.

Con base en la jurisprudencia citada, la labor de formación no es independiente, sino que el servicio se presta de manera subordinada al cumplimiento de los reglamentos, fines y principios de servicio público de educación, cumpliendo su actividad conforme a las directrices impartidas no sólo por el Sena sino por las autoridades educativas y sin gozar de independencia con respecto a la actividad desarrollada.

Dicha subordinación y dependencia se encuentra acreditada además con las pruebas obrantes en el proceso, como son: el acto administrativo atacado, es decir la respuesta dada por el Sena al actor, en la cual específicamente se señala que, fue contratado como “instructor”, y aunque se habla de independencia y autonomía técnica y científica, se señala que: *“En todo caso, el contratista tenía que cumplir sus obligaciones contractuales, teniendo en cuenta el pensum establecido para el respectivo programa de formación, los contenidos académicos, calendario académico, los fines y objetivos misionales del SENA...”*, y continúa advirtiendo que *“Desconocerlo sería dejar en manos de los particulares las directrices que rigen una Institución Educativa, como por ejemplo: los contenidos de sus programas académicos, el calendario académico, los fines y objetos misionales, entre otros.”* (Exp. digital, fls. 3-4, archivo: “005.Anexo 3 – Prueba”).

Sin duda alguna estos medios probatorios, además de la declaración ofrecida por Álvaro Ernesto Díaz Buitrago²¹ (v. exp. digital, minuto 57:00 a 100:00 archivo: “063AUDIENCIA DE PRUEBAS 2018-00459”), dan cuenta del elemento de subordinación y dependencia cuando señalan que, el Sena evaluaba a esta clase de contratistas, sumado a que como se advirtió los contratos de prestación de servicios exigían el cumplimiento del objeto contractual en los horarios académicos programados por el contratante -el cual era asignado a cada contratista según el número de horas de su contrato- y de forma personal, impartiendo directrices y citando a reuniones a los instructores a través del subdirector del centro y de la coordinación académica.

Ahora bien, con respecto a los dichos del referido testigo y el cargo de apelación propuesto por la parte accionada sobre la generalidad de su testimonio sin que se advirtiera un conocimiento específico de los pormenores de la relación laboral entre el aquí demandante y el Sena que pudiese dar razón del elemento de subordinación o dependencia, destaca Sala que tales alegaciones de la entidad accionada no pueden ser de recibo, pues del referido testimonio se puede arribar a certeza sobre la forma en que la demandada gestionaba y dirigía el desarrollo de los contratos de prestación de servicios que suscribía con el personal contratista vinculado para impartir programas de formación académica, consideraciones que si permiten vislumbrar tales elementos pues de lo

²¹ Par de la demandante como instructor del Sena.

relatado por el testigo y de la falta de prueba que demuestre lo contrario es dable señalar que el Sena imponía las mismas condiciones al aquí demandante que a los demás contratistas vinculados para idénticas tareas.

Igualmente cabe destacar que, contrario a lo señalado por la entidad accionada en su recurso de apelación, el hecho de que los contratos suscritos tengan asignación de funciones de instrucción docente en distintas áreas o materias, no desdibuja la vocación de permanencia y de subordinación de la relación que se sostuvo, pues no cuenta con asidero alguno el señalar que el servicio como instructor que fue prestado por el demandante, tuvo una suerte de solución de continuidad por el hecho de que entre uno y otro contrato se hayan asignado tales funciones en dependencias o áreas de formación diferentes.

Así las cosas, de la jurisprudencia traída a colación y de las pruebas analizadas se concluye que, se encuentra acreditada la subordinación de la demandante frente al Sena en la ejecución del objeto de los contratos de prestación de servicios celebrados.

Finalmente, cabe aclarar que las consideraciones previamente señaladas no resultan predicables al periodo comprendido entre el 20 de septiembre de 1999 y el 20 de enero del 2000, en que el accionante prestó sus servicios al Sena con ocasión del Contrato 1361, pues contrario a lo señalado por el a *quo*, esta relación de servicios no tuvo como esencia la prestación servicios docentes o de formación académica, sino que, tuvo por objeto el mantenimiento de equipos de cómputo (v. fl. 9, exp. digital, archivo: "008.Anexo 6"), funciones respecto de las cuales nada se probó acerca de los elementos de subordinación y dependencia propios de una relación laboral, y que por su naturaleza no permiten aplicar los mismos criterios de análisis de tales elementos que han sido desarrollados por el Consejo de Estado para la función docente.

En este orden de ideas, se modificará la sentencia analizada para determinar que la relación laboral sostenida entre el demandante y el Sena no incluye el referido periodo en que aquel prestó servicios de mantenimiento de equipos de cómputo, esto es, del 20 de septiembre de 1999 y el 20 de enero del 2000.

3. Segundo problema jurídico *¿Hay lugar a decretar la prescripción extintiva de los créditos laborales reclamados?*

Tesis del Tribunal: Se presentó una prescripción parcial de los créditos que a título de indemnización deben ser reconocidos al demandante con ocasión de la relación laboral que sostuvo con el Sena, tal y como lo señaló el a *quo* computando acertadamente el término de 3 años reseñado por el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación sobre este tópico.

3.1. La prescripción extintiva en asuntos de contrato realidad

Los Decretos 3135 de 1968 -artículo 41- y 1848 de 1969 -artículo 102- que prevén la prescripción extintiva en asuntos laborales en los siguientes términos:

“Decreto 3135 de 1968, artículo 41: Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

“Decreto 1848 de 1969, artículo 102: Prescripción de acciones. 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”.

Sobre la prescripción en asuntos de contrato realidad, la sentencia de unificación CE-SUJ2-005-16 proferida el 25 de agosto de 2016²², señaló:

“Así las cosas, se itera, que el fenómeno jurídico de la prescripción encuentra sustento en el principio de la seguridad jurídica, en la medida en que busca impedir la perpetuidad de las reclamaciones referentes a reconocimientos de índole laboral, que pudieron quedar pendientes entre los extremos de la relación de trabajo al momento de su finalización, pues contrario sensu resultaría desproporcionada la situación en la que se permitiera que el trabajador exigiera de su empleador (o ex empleador) la cancelación de emolumentos que con el transcurrir de los años implicarían un desmedro excesivo del patrimonio de este (en atención a las indemnizaciones o intereses moratorios que se podrían causar) y le impediría la conservación de los elementos probatorios tendientes a desvirtuar lo demandado”.

En providencia de 11 de marzo de 2016, la subsección B de la Sección Segunda²³ explicó que *“Una vez demostrada la relación laboral reclamada y de la cual, se persigue el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, surgiría la oportunidad para que se examine la procedencia del fenómeno extintivo de la prescripción, valga decir, la verificación de si la reclamación se efectuó dentro de los tres (3) años contados a partir de la finalización de la relación contractual, so pena de que prescriban los derechos prestacionales que se puedan derivar de la relación laboral”.*

Finalmente señala que, en lo concerniente al término prescriptivo, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, indican que aquel lapso es de tres (3) años y que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, en razón a que lo que se reclama en este tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento, a título de indemnización, de las prestaciones a que se tendría derecho si la Administración no hubiese utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral.

²² Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Carmelo Perdomo Cuéter dentro del proceso con radicado No. 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)

²³ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, auto de 11 de marzo de 2016, expediente: 47001233300020140015601 (2744-2015), actora: Ana Eleuteria Oliveros Carpio, demandado: municipio de Santa Ana (Magdalena).

Por lo tanto, asegura la Sección Segunda que si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la “...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

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

La interpretación precedente obedece a los siguientes mandatos superiores:

- i) El derecho a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales (entre estos, el derecho a la pensión), que se orienta a que las prerrogativas reconocidas en las preceptivas que rigen la relación entre empleadores y trabajadores no se modifiquen en perjuicio de estos últimos, por cuanto tienen relación directa con el mejoramiento constante del nivel de vida y la dignidad humana.
- ii) El principio *in dubio pro operario*, conforme al cual en caso de duda ha de prevalecer la interpretación normativa más favorable a los intereses del trabajador, premisa contenida tanto en el artículo 53 de la Constitución Política como en el del Código Sustantivo del Trabajo.
- iii) El derecho constitucional fundamental a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, en virtud del cual el Estado debe propender por un trato igualitario para todos aquellos que prestan (o han prestado) sus servicios al Estado bajo una verdadera relación laboral, cualquiera que sea su denominación (servidor público o contratista), a quienes habrá de protegerse especialmente la posibilidad de acceder a un derecho pensional.
- iv) El principio de no regresividad, que implica el avance o desarrollo en el nivel de protección de los trabajadores, en armonía con el mandato de progresividad, que se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

En este orden de ideas, 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), 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.”

Finalmente, precisa que la imprescriptibilidad no opera frente a 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, por lo tanto, la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Y señala que, *“Para efectos de lo anterior, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual 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 trabajador”.*

Así las cosas, la demandante contaba con 3 años, desde la finalización de cada relación laboral para presentar la reclamación de prestaciones sociales laborales económicas, siempre y cuando entre cada nuevo contrato y el anterior exista solución de continuidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto 1042 de 1978²⁴, pues de lo contrario se entenderá que estos fueron sucesivos y sin separación del servicio²⁵.

Cabe advertir que este Tribunal ha morigerado la aplicación de dicha regla, cuando sea evidente que la suspensión entre cada contrato atiende en forma razonable a al tiempo de vacaciones o receso connatural a las instituciones de educación, que habitualmente es tomado a mediados o finales de año²⁶.

3.2. Prescripción extintiva en el caso concreto.

Atendiendo a lo antes expuesto y a la fecha de la reclamación administrativa que dio lugar a la expedición de los actos administrativos cuya nulidad se analiza en el *sub lite*, la cual data del 28 de agosto de 2017 (v. fl. 10, exp. digital, archivo: “004.Anexo 2 – Prueba”), se hace la siguiente relación de contratos que con base a dicha data se verán afectados por el fenómeno prescriptivo, el cual habrá de computarse desde el 28 de agosto de 2014 -3 años hacia atrás-:

Contrato No.	Periodo de Ejecución	Solución de continuidad
358	Del 23-11-2011 al 22-12-2011	Sí (5 meses)

²⁴ “Artículo 45... Se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.”

²⁵ Sobre esta condición, ver su aplicación entre otras, en sentencia del H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Magistrado Ponente: César Palomino Cortés, 26 de julio de 2018, Rad. No.: 68001-23-31-000-2010-00799-01, Número interno: -2778-2013.

²⁶ Ver entre otras, sentencia del 29 de junio de 2018, radicado 17001-23-33-000-2015-00153-00, Magistrada Ponente: Liliana del Rocío Ojeda, Demandante: Carloman Arcila, Demandado: Sena .

161	Del 22-05-2012 al 30-06-2012	No ²⁷
279	Del 16-07-2012 al 15-12-2012	No ²⁸
216	Del 22-01-2013 al 07-12-2013	No ²⁹
961	Del 29-10-2013 al 16-12-2013	No ³⁰
607	Del 23-01-2014 al 31-08-2014	Sí (4 meses, 27 días)
367	Del 28-01-2015 al 12-12-2015	Última Vinculación

Como puede verse, para la fecha a partir de la cual se deben entender prescritos los derechos económicos derivados de la declaratoria del contrato realidad, esto es, a 28 de agosto de 2014 se encontraba vigente el contrato 607 iniciado el 23 de enero de 2014, sin embargo concatenados con este y sin solución de continuidad -más allá de la inherente a la temporada de receso de actividades de docencia en la institución demandada- habían venido desarrollándose los contratos 161 de 2012, 279 de 2012, 216 de 2013 y 961 de 2013, por lo cual el cómputo de caducidad de estos últimos se aúna al del referido contrato 607 de 2014.

Ahora bien, no sucede lo mismo con el referido contrato 358 de 2011 -y por ende con los anteriores- pues dicho contrato finalizó el 22 de diciembre de 2011, existiendo un periodo de 5 meses de solución de continuidad frente al surgimiento de la siguiente relación contractual, así las cosas, en los términos de la ya citada sentencia de unificación, es claro que la reclamación inherente a este periodo debió haberse efectuado a más tardar el 22 de diciembre de 2014, sin que a dicha data se aprecie en el cartulario reclamación en tal sentido, por lo cual los derechos económicos a este periodo y anteriores se encuentran prescritos, exceptuando como se ha advertido, lo referente al pago de los aportes pensionales patronales, por tratarse de derechos ciertos e imprescriptibles.

Finalmente, se destaca que si bien entre los 2 últimos contratos celebrados -607 de 2014 y 367 de 2015- se presentó una solución de continuidad de 4 meses y 27 días, esta se torna irrelevante para efectos del cómputo del fenómeno prescriptivo, pues en todo caso los extremos finales de tales relaciones contractuales datan de fecha posterioridad al límite de prescripción ya advertido -28 de agosto de 2014-.

En tal sentido, no hallan eco de prosperidad los cargos de apelación formulados por la parte accionada respecto de la aplicación de la prescripción extintiva a los referidos derechos económicos, en tanto el a *quo* aplicó en debida forma los criterios de unificación fijados por el H. Consejo de Estado para el cómputo del fenómeno prescriptivo.

Ahora bien, en lo que respecta a los cargos de apelación propuestos por la parte actora sobre este mismo tópico, pero dirigidos a considerar que la aplicación de la prescripción extintiva en el presente asunto vulnera el derecho a la igualdad del demandante, debe advertir esta Colegiatura que los mismos no pueden ser de recibo, pues muy por el contrario a lo argüido por dicho parte recurrente, la aplicación del término de prescripción

²⁷ Como se advirtió, a juicio de la Sala el periodo de solución entre los referidos contratos corresponde en forma razonable a la temporada de receso de actividades de docencia en la institución demandada.

²⁸ *Idem at supra*

²⁹ *Idem at supra*

³⁰ *Idem at supra*

atiende a la materialización de los principios de igualdad y seguridad jurídica, en razón de los cuales toda persona se encuentra obligada a reclamar los derechos que considere le han sido negados en un tiempo razonable.

Al respecto se destaca que incluso, la aplicación del fenómeno prescriptivo en los términos de la ya citada sentencia de unificación del H. Consejo de Estado y de los criterios adoptados por este Tribunal para el caso de los docentes y la determinación de solución de continuidad en periodos que corresponden en forma razonable a la temporada de receso de actividades de docencia en la institución demandada, no son más que una flexibilización de la forma de computar los lapsos de prescripción para el caso específico de las personas contratadas para ejercer labor docente, ello precisamente en aplicación del principio de igualdad, empero por modo alguno puede considerarse como lo pretende la parte actora, que este tipo de controversias puedan ser debatidas y reclamadas de forma indefinida en el tiempo.

4. Tercer problema jurídico *¿Se demostraron los perjuicios morales y materiales cuya indemnización reclama la parte actora?*

Tesis del Tribunal: No se demostraron los perjuicios reclamados por la parte accionante.

La parte actora insistió por medio de su recurso de apelación en la reclamación de unos perjuicios, bajo la egida de que la demandada no sufragó los pagos que por concepto de aportes a cajas de compensación familiar debía realizar en el marco de una relación legal y reglamentaria, pagos que generaban en cabeza del demandante el derecho a obtener los beneficios de la Ley 1636 de 2013 por medio de la cual se estableció el mecanismo de protección al trabajador cesante.

Además señala que, los perjuicios morales sí se encuentran demostrados toda vez que, (i) no pudo acceder a los beneficios de protección al cesante por el no pago de los aportes a cajas de compensación familiar; (ii) no pudo disfrutar de sus cesantías al momento de la terminación del vínculo laboral; y (iii) tuvo que concurrir a la interposición de la presente demanda para obtener el reconocimiento de sus derechos laborales, por lo cual debió esperar años para obtener una decisión en primera instancia, y sufragar los costos de un apoderado judicial.

Sobre la materialización del perjuicio material, se reitera lo ya señalado respecto a los efectos de restablecimiento del derecho con que cuentan las sentencias de reconocimiento de una relación laboral suscitada en el marco del contrato de prestación de servicios, resultado que no es otro que el de reconocer al demandante un pago indemnizatorio equivalente a las prestaciones sociales y salariales ordinarias a cuyo pago tengan derecho los docentes y o instructores vinculados al Sena mediante "*vinculación legal y reglamentaria*".

Respecto a los perjuicios inmateriales, ha sido pacífico el desarrollo jurisprudencial en lo que respecta a la carga de la prueba de aquellos que no gozan de presunción, los cuales deben ser demostrados por la parte que persigue su indemnización, dejando sentado que no resulta suficiente con alegar que estos se causaron por motivo de una u otra

circunstancia, sino que debe acreditarse el perjuicio en sí mismo, dado que, “...perjuicio moral se ha entendido [como] aquel que violenta a la persona directa e indirectamente reflejado en dolor, aflicción y en general sentimientos de desesperación y congoja, el cual podrá ser reconocido únicamente cuando la persona que crea haber sido perjudicada, demuestre a través de medios probatorios la ocurrencia de estos”³¹.

En efecto, el Consejo de Estado ha sostenido que no basta con demostrar algún tipo de dolor o de afectación, pues se ha indicado que la misma ha de ser intensa, no puede ser cualquier tipo de contratiempo³². En tal medida, por ejemplo, demostrar detrimentos patrimoniales -incluso deterioro en la casa de habitación-, no implica por sí solo comprobar la existencia de perjuicios morales³³. Así mismo, pueden probarse también situaciones contextuales del caso, que evidencien los problemas vividos, pero ello no elimina la necesidad de contar con alguna prueba de los perjuicios morales en sí mismos considerados³⁴.

Así, frente al planteamiento formulado por la parte actora, al margen de determinar como ciertas o no las referidas situaciones que se alegan como causas de un perjuicio moral, tales aseveraciones no son suficientes para acreditar la existencia del perjuicio moral, bajo el entendido que estos no están sujetos a una suerte de presunción legal o jurisprudencial que permita que, la mera acreditación de los referidos hechos, sean suficientes para demostrar de dichos perjuicios.

³¹ H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Magistrada Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, octubre 5 de 2017, Rad. No.: 41001233300020120020601 (1598-2016).

³² Sentencia de 22 de abril de 2009, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Rad. 05001-23-24-000-1992-00231-01(17000). Se dijo al respecto: “a pesar de que los demandantes lograron demostrar la incomodidad que padecieron con ocasión del daño, lo cierto es que ese sentimiento no es de tal envergadura que justifique su reparación...” “En efecto, el daño moral es un perjuicio inmaterial que comprende el aspecto interno del individuo, la afección directa a los sentimientos del ser humano, como la congoja, la tristeza, etc., y para que haya lugar a su indemnización, es necesario que la afectación sea intensa, pues no cualquier contratiempo o contrariedad puede ser moralmente compensado, máxime si se tiene en cuenta que el único patrimonio de los demandantes no se destruyó ni se perdió, sino que, por el contrario, los daños generados al inmueble se repararon.”

³³ Sentencia de marzo 10 de 2011, C.P. Hernán Andrade Rincón, Rad. 19001-23-31-000-1998-00451-01 (20109). Se dijo al respecto lo siguiente: “Para probar el reclamado dolor moral por el deterioro de su casa de habitación, la parte actora pidió del ingeniero Juan José Arias Loaiza, único testigo que se refirió al tema en los siguientes términos: ‘En realidad yo conocía a Reinel como una persona jovial, pero luego cuando me pidió el favor de mirar lo que estaba sucediendo en la casa, lo vi bastante preocupado, una de las niñas me comentó que estaba enfermo que tenía inicios de asma, entonces dijo que iba a buscar una casa donde poderse pasar mientras le solucionaban el problema’ (fl. 48 C. 2)...” “Como bien puede observarse, de la declaración testimonial antes transcrita no resulta establecido que los demandantes estuviesen pasando por unas circunstancias especiales y fuera de lo común que justifiquen entender que padecían un dolor moral como el reclamado en la demanda, por manera que imperioso resulta para la Sala despachar negativamente su pedimento indemnizatorio por este concepto.”

³⁴ Sentencia de 26 de 2008, C.P. Myriam Guerrero Escobar, Rad. 19001-23-31-000-1995-02016-01 (15535). La sentencia dijo al respecto: “Como bien puede observarse, los testigos no refieren la ocurrencia de especiales circunstancias que le permitan a la Sala siquiera suponer que la ocupación permanente de una parte de los predios de los accionantes les hubiere ocasionado una aflicción distinta al hecho de saber que no podrían ya ejercer sobre la franja de terreno ocupada los derechos derivados de la propiedad, asunto sobre el cual, por demás, tan solo da cuenta uno de los testigos...” “De otra parte, se evidencia que la situación de intranquilidad del señor Valencia y la señora Valencia de Castro, a la cual hacen referencia los testigos, deriva de otra causa distinta a la ocupación de sus predios, pues atañe propiamente a las consecuencias propias de las relaciones de vecindad que no únicamente ellos, sino todos quienes colindan o viven en cercanías a la base militar, pueden eventualmente llegar a soportar, máxime si se tiene en cuenta que el conocimiento que los testigos tiene sobre esos hechos es de oídas, pues proviene de lo que sus vecinos les han comentado; pero los testigos no afirman haber presenciado esos entrenamientos, como tampoco los hostigamientos, ni los maltratos que según dicen les infieren los soldados a los demandantes, como tampoco en el expediente se encuentran pruebas que soporten la ocurrencia de tales hechos...” “De allí que la Sala se deba abstener de reconocer la existencia de los perjuicios morales que dicen haber sufrido los demandantes, pero no por la razón que sirvió de fundamento al a quo para negar dicha pretensión, sino porque, como acaba de verse, su existencia no está acreditada en el proceso.”

Corolario, no prospera el cargo de apelación formulado por la parte actora sobre este punto.

5. Conclusiones

En resumen, frente a los cargos de apelación formulados por las partes, se encuentran acreditados los elementos de una relación laboral entre el señor Jimmy Salamanca Jiménez y el Sena con ocasión de los servicios que aquel prestó mediante vinculación efectuada por contratos de prestación de servicios, sin embargo se modificará el fallo recurrido para excluir de dicha relación laboral el periodo comprendido entre el 20 de septiembre de 1999 y el 20 de enero del 2000, en que el señor Jimmy Salamanca Jiménez prestó sus servicios al Sena con ocasión del contrato 1361, teniendo como objeto el mantenimiento de equipos de cómputo.

Igualmente, se advierte la existencia de una prescripción parcial de los créditos que a título de indemnización deben ser reconocidos en favor del demandante, en los términos que fueron señalados por el a *quo*. Finalmente, dado que no se demostró la existencia los perjuicios materiales y morales reclamados por la parte accionante, no prospera este cargo de apelación.

6. Costas

Atendiendo al criterio objetivo valorativo que ha sido desarrollado por el Consejo de Estado con respecto a la imposición de costas (gastos procesales y agencias en derecho), no se condenará en costas de segunda instancia advirtiéndose que no se encuentran acreditadas, toda vez que las partes recurrentes no incurrieron en gastos procesales, ni desplegaron actuaciones ante este Tribunal que puedan generar agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFÍCASE los ordinales tercero y quinto de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales el 15 de febrero de 2022 dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Jimmy Salamanca Jiménez contra el Servicio Nacional de Aprendizaje - Sena, los cuales quedarán así:

“TERCERO: DECLARASE LA NULIDAD del Oficio No. 2-2017-003946 del 15 de septiembre de 2017, expedido por el SENA. En consecuencia, DECLÁRASE que entre ambos extremos procesales existió una relación laboral en los periodos determinados en el acápite denominado objeto y tiempos de la vinculación de la parte considerativa de esta providencia, excluyendo el periodo comprendido entre el 20 de septiembre de 1999 y el 20 de enero del 2000, en que el señor Jimmy Salamanca Jiménez prestó sus servicios al SENA con ocasión del contrato No. 1361, teniendo como objeto el mantenimiento de equipos de cómputo.

...

QUINTO: ORDÉNASE al **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA**, a que gire a favor de la entidad de previsión a la que estaba afiliado la demandante el valor correspondiente a la suma faltante por concepto de aportes en pensión únicamente en el porcentaje que como empleador debió realizar, luego de hacer la liquidación de lo efectivamente cotizado y lo que se debió cotizar, con el fin de recomponer el índice base de liquidación pensional y por el período comprendido entre el 14 de febrero del 2000 al 12 de diciembre de 2015 sin incluir las interrupciones de tiempo entre cada contrato.

Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar 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.

El pago que realizará conforme a la fórmula indicada en la parte motiva de esta sentencia”.

SEGUNDO: CONFÍRMASE en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFICAR

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 034 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes**

A.I. 222

Manizales, veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Radicación	17 001 23 31 000 2019 0093 01
Clase:	Reparación de Perjuicios causados a un Grupo
Demandante:	María Claudia Villada y otros
Demandado:	Corporación Autónoma Regional de Caldas - Corpocaldas – Empresa de Obras Sanitarias de Caldas S.A. E.S.P. -Empocaldas – Municipio de Neira.

Procede la Sala a resolver sobre la solicitud de aclaración y adición de la sentencia número 74 de 29 de abril de 2022 proferida dentro del asunto de la referencia.

Antecedentes

El día 29 de abril de 2022 se profirió sentencia de primera instancia dentro del asunto de la referencia, la cual fue notificada mediante estado electrónico número 074 del 2 de mayo de 2022. (Documento 225 del expediente digital).

Por correo electrónico del 4 de mayo, la apoderada judicial de Corpocaldas allega memorial solicitando la aclaración de la sentencia proferida, declarando probada la excepción de “*inexistencia de daño*” que también fue formulada por Corpocaldas; y a la vez, solicita adición, para que se indique que ésta demandada, presentó sustentó y defendió la excepción mencionada.

Lo anterior, porque pese a que, se declaró la prosperidad de la excepción inexistencia de daño propuesta por la demandada Empresa de Obras Sanitarias de Caldas S.A. E.S.P. – Empocaldas -, la demandada Corporación Autónoma Regional de Caldas – Corpocaldas -, también propuso la misma excepción, sin que de ello se hubiera dejado constancia en la sentencia.

El 12 de mayo pasó el proceso a Despacho para resolver la solicitud presentada, y en la constancia secretarial se dice que ésta fue allegada oportunamente dentro del término de ejecutoria de la sentencia.

Consideraciones

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

1. De la procedencia de aclaración y adición de la providencia.

Los artículos 285 y 287 regulan lo relacionado con la aclaración y la adición de las providencias de la siguiente manera:

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

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

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

“Artículo 287. Adición. *Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad*

con la ley deba ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a petición de parte presentada en la misma oportunidad. (...)” (Subraya la Sala).

De las normas transcritas se colige que la aclaración de la providencia procederá cuando ésta, contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de incertidumbre o duda; y, la adición será viable cuando se omita mención y consideración sobre cualquier punto sobre el que por ley debió realizarse pronunciamiento expreso.

Al revisar la sentencia de la cual se solicita aclaración y adición se advierte lo siguiente:

Efectivamente, como se dejó presente en el acápite de antecedentes de la sentencia proferida, Corpocaldas propuso dentro de sus excepciones la denominada *“Inexistencia del daño”*; y en la parte considerativa, finalizando el numeral 5.2. de la misma, se consignó:

“Finalmente, y frente al pronunciamiento de las excepciones propuestas por las demandadas, en virtud de lo considerado esta Sala solo declarará próspera la denominada: “Inexistencia del daño antijurídico”, propuesta por la Empresa de Obras Sanitarias de Caldas S.A. E.S.P. –EMPOCALDAS, y no habrá pronunciamiento sobre las demás excepciones propuestas por esta empresa ni por la Corporación Autónoma Regional de Caldas, igualmente por sustracción de materia.”

De igual manera, en el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia se dijo:

“Segundo: Declárase probada la excepción denominada “Inexistencia del daño antijurídico”, propuesta por la Empresa de Obras Sanitarias de Caldas S.A. E.S.P. –EMPOCALDAS. Sin pronunciamiento expreso sobre las demás excepciones por sustracción de materia”.

Ahora bien, la demandada Corpocaldas solicita como aclaración incluir en la parte considerativa que ella también propuso y sustentó la excepción de *“inexistencia del daño”*, no obstante, al precisar que la aclaración procede cuando la providencia tenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, en este caso,

para la Sala, si bien es cierto que la demandada Corpocaldas propuso igualmente la excepción de *“Inexistencia del daño”*, y en la parte considerativa se omitió mencionar que esta excepción había sido propuesta por ésta, y solo se dijo que, se declarara próspera esa excepción como propuesta solamente por EMPOCALDAS; ese mero hecho, esa omisión de exponer que también Corpocaldas la había propuesto, no ofrece ningún motivo de duda ni en las consideraciones, ni en la parte resolutive de la sentencia, por lo que, se negará la aclaración de la sentencia.

Por otra parte, solicita igualmente la demandada Corpocaldas que, se adicione la sentencia, indicando que también fue Corpocaldas la entidad que propuso la excepción de *“inexistencia del daño”*, solicitud de adición que resulta procedente, por omitir la sentencia en su consideración que, la excepción que declara próspera, correspondiente a la de *“inexistencia del daño”*, también fue propuesta por esta entidad, y no sólo por Empocaldas, como allí se dijo.

Por lo expuesto,

Resuelve

Primero: Negar la solicitud de aclaración allegada por la apoderada de la Corporación Autónoma Regional de Caldas -Corpocaldas-, frente a la sentencia número 74 proferida el 29 de abril de 2022 dentro del medio de control de reparación de perjuicios causados a un grupo interpuesto por **María Claudia Villada y otros** contra **Corporación Autónoma Regional de Caldas - Corpocaldas – Empresa de Obras Sanitarias de Caldas S.A. E.S.P. -Empocaldas – Municipio de Neira.**

Segundo: Acceder a la solicitud de adición presentada por la apoderada judicial de la demandada Corpocaldas, frente a la sentencia número 74 proferida el 29 de abril de 2022 dentro del medio de control de reparación de perjuicios causados a un grupo de la referencia, en el siguiente sentido:

El último párrafo del numeral 5.2. de la parte considerativa de la sentencia en mención quedará así:

“Finalmente, y frente al pronunciamiento de las excepciones propuestas por las demandadas, en virtud de lo considerado esta Sala solo declarará próspera la denominada: “Inexistencia del daño antijurídico”, propuesta por la Empresa de Obras Sanitarias de Caldas S.A. E.S.P. –EMPOCALDAS y por la Corporación Autónoma Regional de Caldas – CORPOCALDAS -, y no habrá pronunciamiento sobre las demás excepciones propuestas por esta empresa ni por la Corporación Autónoma Regional de Caldas, igualmente por sustracción de materia”.

El ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia queda:

“Segundo: Declárase probada la excepción denominada “Inexistencia del daño antijurídico”, propuesta por la Empresa de Obras Sanitarias de Caldas S.A. E.S.P. –EMPOCALDAS y por la Corporación Autónoma Regional de Caldas CORPOCALDAS-. Sin pronunciamiento expreso sobre las demás excepciones por sustracción de materia”.

Tercero: Notifíquese esta providencia en los términos del artículo 203 del CPACA.

Cuarto: Ejecutoriada la presente providencia, continúese con el trámite correspondiente previas las anotaciones en el sistema Justicia Siglo XXI.

Notifíquese

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

17001-33-39-006-2019-0012-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veintisiete (27) de MAYO de dos mil veintidós (2022)

A.I. 202

Procede el Despacho a resolver el recurso de **QUEJA** interpuesto por la **parte demandante** frente al auto proferido en desarrollo de la audiencia inicial por la señora Jueza 6ª Administrativa de Manizales, con el cual rechazó por improcedente el recurso de apelación contra el auto de decreto de pruebas, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **JULIO CÉSAR GÓMEZ HERNÁNDEZ** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

I. La demanda y la solicitud de prueba

Solicita la parte actora, se declare la nulidad de la Resolución N° 7597-6 de 31 de agosto de 2018, con la cual le fue denegado el reconocimiento y pago de la reliquidación del retroactivo de la homologación y nivelación salarial, así como el respectivo ajuste a la indexación; a título de restablecimiento del derecho deprecó, entre otros, revisar y pagar la reliquidación y ajuste de los factores salariales, que por la homologación y nivelación no le fueron pagados correctamente, así como corregir los certificados de factores salariales que dan cuenta de los valores sin homologar y homologados para calcular correctamente la base de indexación. En el acápite de solicitud de pruebas, la parte nulidisciente pidió decretar las siguientes pruebas documentales:

“(…)

Comendidamente solicito al despacho se sirva ordenar al Departamento de Caldas, aportar copia de la tabla de salarios implementada para efectuar el cálculo del retroactivo por homologación y nivelación salarial.

Se ordene al Departamento de Caldas, revisar, ajustar, complementar y/o corregir, los certificados de factores de salario que discriminan anualmente los valores “sin homologar” y “homologados”, aportado con el escrito de demanda, dado que como se expone en los hechos de la demanda, estos reflejan varias inconsistencias.

Se ordene al Departamento de Caldas, aportar copia de la liquidación detallada del retroactivo por homologación y nivelación salarial, a fin de determinar las cifras tenidas en cuenta para el cálculo del mismo, así como la indexación aplicada.

(...)”

II. La providencia recurrida

En desarrollo de la audiencia inicial llevada a cabo el 26 de agosto de 2020, la operadora judicial *A-quo*, respecto de la solicitud de prueba documental de la parte demandante, dispuso requerir al Departamento de Caldas para que allegara: i) copia de la tabla de salarios implementada para efectuar el cálculo del retroactivo por homologación y nivelación salarial; y ii) copia de la liquidación detallada del retroactivo por homologación y nivelación salarial, a fin de determinar las cifras tenidas en cuenta para el cálculo del mismo, así como la indexación aplicada.

Frente a tal decisión, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de reposición, con sustento en que había solicitado además los certificados de factores salariales corregidos; e insistió en que, si bien dicho documento

fue aportado con el escrito de la demanda, el mismo presenta inconsistencias.

Una vez sustentado el recurso, la señora Jueza 6ª Administrativa resolvió no reponer la decisión adoptada al considerar que, *“i) las pruebas decretadas fueron exactamente aquellas solicitadas en el escrito de la demanda, por lo que no existe omisión alguna, ii) la petición que hace la parte demandante es extemporánea, no siendo esta la oportunidad para solicitar pruebas adicionales y iii) el Departamento de Caldas en su escrito de contestación aportó un certificado de factores salariales que ya fue decretado como prueba”*.

III. El recurso de queja

Una vez resuelto el recurso de reposición, la apoderada de la parte actora presentó recurso de apelación frente al auto que negó el decreto de una de las pruebas documentales solicitadas en libelo introductor, tendiente a que *‘se ordene al Departamento de Caldas, revisar, ajustar, complementar y/o corregir, los certificados de factores de salario que discriminan anualmente los valores “sin homologar” y “homologados”, aportado con el escrito de demanda, dado que, como se expone en los hechos de la demanda, estos reflejan varias inconsistencias’*.

Ante tal manifestación, la señora jueza *de instancia* explicó que de conformidad con lo previsto en los artículos 242 y 243 de la Ley 1437 de 2011, contra el auto que decreta pruebas únicamente procede recurso de reposición. Por lo anterior, y por considerar que todas las pruebas solicitadas por la parte recurrente fueron decretadas, negó por improcedente la apelación.

Negada la apelación, la parte actora presentó recurso de súplica, al cual, por ser improcedente, la Jueza de primera instancia dio el trámite de recurso de reposición conforme a lo previsto en el artículo 318 del Código General del Proceso, dejando incólume la decisión adoptada.

En virtud de tal decisión, la parte demandante presentó recurso de queja al estimar que la decisión recurrida sí negó el decreto de una prueba solicitada en oportunidad, por lo que, en consecuencia, procedía el recurso de apelación. Ante ello, la operadora judicial concedió el recurso de queja interpuesto, sustentado en la misma audiencia, ordenando la reproducción de las piezas procesales para proceder al trámite del mismo conforme a los artículos 245 del CPACA y 352 y siguientes del CGP.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

A fin de determinar de manera clara lo acontecido exactamente en el punto materia de controversia, esta Unidad Judicial parte de la solicitud de la prueba que hizo el demandante y que entendió no decretada por la señora Jueza A-quo:

‘Se ordene al Departamento de Caldas, revisar, ajustar, complementar y/o corregir, los certificados de factores de salario que discriminan anualmente los valores “sin homologar” y “homologados”’.

Por su parte, la funcionaria judicial de primer grado al momento de decretar las pruebas solicitadas, en lo pertinente dispuso:

“requerir al Departamento de Caldas para que allegara
“i) Copia de la tabla de salarios implementada para efectuar el cálculo del retroactivo por homologación y nivelación salarial, y ii) copia de la liquidación detallada del retroactivo por homologación y nivelación salarial, a fin de determinar las cifras tenidas en cuenta para el cálculo del mismo, así como la indexación aplicada”.

Comparados los textos, se advierte que la operadora judicial no se pronunció de ninguna manera sobre el documento pedido, es decir, guardó silencio; no

obstante, a pesar no haber decisión, el interesado en la prueba optó por interponer “recurso de reposición”.

Ahora bien; según el artículo 242 del C/CA vigente a la sazón, el recurso de REPOSICIÓN procedía, salvo norma legal en contrario, “contra los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica”, y en cuanto a su oportunidad y trámite se debía seguir el Código General del Proceso.

A pesar de la parte demandante haber formulado inapropiadamente recurso horizontal con respecto a un silencio de la funcionaria sustanciadora; en aras de materializar el artículo 29 constitucional y efecto útil al artículo 287 del CGP., habrá de tenerse dicha intervención como encaminada a una complementación o adición del auto de pruebas, lo que además hizo en oportunidad legal (en la misma audiencia), para que el Departamento de Caldas aportara el certificado echado de menos. Finalmente, la señora jueza negó el pedimento.

En lo que concierne al recurso de APELACIÓN, al tenor del artículo 243 ídem, era apelable -como lo es hoy con la Ley 2080/21, entre otros, la siguiente providencia dictada en primera instancia: “9. El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente” /se subraya/; y en su **parágrafo único** estatuyó que, “La apelación solo procederá de conformidad con las normas del presente Código, incluso en aquellos trámites e incidentes que se rijan por el procedimiento civil”. En este orden de ideas, el único recurso viable frente a una decisión adversa, era, en el sub-lite, el recurso de apelación.

Sobre el trámite del recurso de apelación contra autos, dispuso el artículo 244 ibídem que,

“La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:

1. Si el auto se profiere en audiencia, la apelación deberá interponerse y sustentarse oralmente en el transcurso de

la misma. De inmediato el juez dará traslado del recurso a los demás sujetos procesales con el fin de que se pronuncien y a continuación procederá a resolver si lo concede o lo niega, de todo lo cual quedará constancia en el acta.

2. Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes ante el juez que lo profirió. De la sustentación se dará traslado por Secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene. Si ambas partes apelaron los términos serán comunes. El juez concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado.

3. Una vez concedido el recurso, se remitirá el expediente al superior para que lo decida de plano.

4. Contra el auto que decide la apelación no procede ningún recurso” /Negrillas por fuera del texto original/.

Pues bien; tal como se señaló en líneas atrás, el haber omitido la operadora judicial realizar un pronunciamiento expreso sobre la prueba oportunamente pedida, y luego en virtud de un recurso de reposición solicitarse la adición del auto con la decisión judicial negativa (auto interlocutorio 801 de la misma audiencia inicial), contra la cual procede el recurso de segundo grado o de apelación, y al haber sido denegado éste, también procedía el recurso ordinario de queja.

Precisamente, frente al recurso de queja, el artículo 245 del C/CA dispone que para su interposición y trámite se aplicará lo previsto en el artículo 353 del CGP, es decir, que aquel debe interponerse en subsidio del recurso de reposición contra el auto que niega la apelación. En el presente asunto se advierte que, una vez denegado el recurso de apelación, la parte accionante formuló recurso de súplica, y al ser este improcedente, a la luz del parágrafo del artículo 318 del CGP, se le tiene por recurso de reposición, de lo que se sigue que debe concederse el recurso de apelación, por haber sido presentado y sustentado en oportunidad legal.

Es por lo discurrido que,

RESUELVE

ESTÍMASE mal denegado el recurso de apelación interpuesto contra la decisión que rechazó el recurso vertical formulado por la parte actora contra el auto que negó el decreto y práctica de una prueba documental solicitada por la parte accionante, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **JULIO CÉSAR GÓMEZ HERNÁNDEZ** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

En consecuencia,

CONCÉDESE, en el efecto devolutivo, el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la parte actora contra la providencia dictada el en desarrollo de la audiencia inicial, por la señora Jueza 6ª Administrativa de Manizales.

COMUNÍQUESE este proveído al Juez *A quo*, de conformidad con el artículo 353 del Código General del Proceso.

EJECUTORIADO este auto, se procederá a decidirlo conforme al numeral 4 del artículo 244 del C/CA.

HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el Programa “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 141

Manizales, veintisiete (27) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17-001-33-39-006-2019-00040-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Claudia Liliana Álvarez Usma
Demandado: Departamento de Caldas
Vinculado: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Se emite fallo con ocasión del recurso apelación impetrado por la parte demandada contra la sentencia que accedió a las pretensiones de la accionante.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Se deprecia la nulidad del oficio UJ-SED 0666 del 21 de septiembre de 2018 expedido por el departamento de Caldas, por medio del cual negó el reconocimiento de una relación laboral. A título de restablecimiento del derecho se solicitó que se ordene reconocer a la demandante los tiempos de servicios para efectos pensionales.

1.2. Hechos

En síntesis, se señaló que la demandante laboró como docente por órdenes de prestación de servicios emitidas por el departamento de Caldas en instituciones educativas administradas por dicho ente territorial, así:

Contrato	Periodo laborado
No. 396 de abril 05 de 2000	7 meses
No. 232 de enero 29 de 2001	9 meses, 20 días
No. 192 de febrero 4 de 2002	7 meses, 22 días
No. 1618 de octubre 7 de 2002	14 días

Finalmente señala que, nunca le fueron cancelados aportes al sistema de pensiones.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

Se citaron los artículos 53 del Constitución; 32 de la Ley 80 de 1993; citó la sentencia C-154 de 1997 de la Corte Constitucional y proveídos 18 de marzo de 1999, 15 de abril 1999 y 12 de octubre de 2000 del Consejo de Estado. Se expuso que, sería ilógico afirmar que funciones como la de docencia puedan ser prestadas de esporádicamente y de forma independiente, pues por su naturaleza requieren una prestación permanente y una subordinación indispensable para que se puedan desarrollar.

Por lo anterior, se disfrazó una verdadera relación laboral bajo la figura de las ordenes o autorizaciones de prestación de servicios, a pesar que la demandante se encontraba en la misma situación de hecho predicable de los educadores incorporados a la planta de personal de la entidad territorial.

2. Contestación de la demanda

2.1. El departamento de Caldas se opuso a las pretensiones de la demandante, sostuvo que la labor prestada por esta tuvo como génesis la expedición de órdenes de prestación de servicios, las cuales tienen su fundamento en el numeral 3, artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sin que la demandante demostrara que, en la ejecución de los mencionados servicios se cumplieran con los requisitos esenciales que debe contener toda relación laboral, tal como está consagrado en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Advirtió que, basta observar como la contratación de la accionante tuvo como causa y razón de ser una situación transitoria como era la falta de personal docente de planta que supliera las vacancias temporales, razón por la cual precisamente aquella prestó sus servicios en periodos eventuales e incluso con solución de continuidad en todos los casos. Que en todo caso, la demandante permitió que trascurrieran más de 15 años entre la última relación de servicios que fundamenta sus pedimentos y la respectiva reclamación ante la entidad, razón por la cual se encuentran prescritas las acreencias que reclama.

Propuso como excepciones las que denominó: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“No cumplimiento de los requisitos esenciales que regulan un contrato laboral”* y *“Prescripción”*.

2.2. La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (vinculada) se opuso a las pretensiones de la demandante y señaló que, carece de legitimación en la presente causa pues no cuenta con obligación legal alguna que le imponga el pago de aportes pensionales respecto de los docentes vinculados por órdenes de prestación de servicios - OPS, aunado a que dichas labores fueron contratadas por parte del ente territorial respectivo sin mediación alguna del fondo.

Así, propuso la excepción que título: *“Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva del fondo de prestaciones sociales del magisterio para el reconocimiento de un vínculo laboral con el sistema OPS”*.

3. Sentencia de primera instancia

El a *quo* **accedió** a las pretensiones de la demandante advirtiéndole que, el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación continuada, caso en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista.

Que al analizar la relación sostenida entre el demandante y la entidad territorial demandada, *“la actividad docente se cumple conforme 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 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”*.

De lo anterior advirtió que, la demandante fue contratada para prestar el servicio docente, razón por la cual, los elementos de la relación laboral se desprenden del mero análisis de la naturaleza de este servicio, pues es claro que, la docencia debe ser prestada de forma personal por quien es contratado para el efecto, personal que necesariamente se hallará sujeto a una relación de subordinación o dependencia atendiendo a los criterios que se imparten por las entidades públicas y la normativa pertinente sobre cómo debe ser desempeñada esta labor; todo ello aunado a que, debe ser ejecutada en los horarios de clase preestablecidos y en las instalaciones de la respectiva institución educativa.

Finalmente, tras considerar acreditados los elementos de la relación laboral advirtió que, si bien de la misma se derivan una serie de prestaciones que deben ser recocidas al docente contratista, para el caso particular, únicamente hay lugar a los respectivos aportes pensionales, pues estos son imprescriptibles, por lo que dispuso su reconocimiento y pago con destino al fondo de pensiones al que se encuentre afiliada la demandante.

4. Recurso de apelación

El departamento de Caldas recurrió la sentencia arguyendo que, en ningún momento la accionante logró probar los elementos de la relación laboral. Para el efecto, con base en citas de la sentencia de unificación del Consejo de Estado SUJ-025-CE-S2-2021, advirtió que, la naturaleza del servicio prestado puede ser tomada como indicios que permitan un análisis más flexible de los elementos de la relación laboral, empero, dicha naturaleza no puede ser tomada como el único elemento para demostrar la existencia de una relación laboral, pues siempre se requerirá que la parte actora demuestre que tales elementos existieron materialmente.

En tal sentido, la actora se limitó a aportar las respectivas órdenes de prestación de servicios, sin efectuar ningún esfuerzo adicional para demostrar los elementos de la relación laboral, por lo que no puede pretenderse que la mera existencia de una autorización conlleve indefectiblemente a declarar la existencia de una relación laboral, mucho menos en casos como el presente, en el cual se demostró que la vinculación de la demandante fue meramente eventual, por periodos específicos en los que se requirió cubrir una vacante temporal por situaciones administrativas de los docentes que desarrollaban la función docente a través de vinculaciones legales y reglamentarias.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Vista la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación interpuesto se debe establecer: *¿Se acreditaron los elementos de una relación laboral entre la señora Claudia Liliana Álvarez Usma y el departamento de Caldas, con ocasión de los servicios docentes prestados por aquella a través de órdenes de prestación de servicios?*

2. Tesis de la Sala

Se hallan acreditados los elementos de la relación laboral, pues se probó la efectiva prestación del servicio docente por parte de la demandante durante lapsos que, sumados superan los dos años y la remuneración directa de estos servicios, lo cual permite inferir que las labores docentes prestadas por la demandante no fueron simplemente transitorias; aunado a que este tipo de tareas por su mera naturaleza implican el apego a unos criterios de subordinación y dependencia propias de la actividad educativa.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) el marco normativo y jurisprudencial sobre la primacía de la realidad sobre las formalidades; los elementos de la relación laboral; iii) las pruebas y hechos acreditados relevantes para la resolución del asunto; para luego descender al iv) análisis del caso concreto.

3. Marco normativo y jurisprudencial¹

3.1. La primacía de la realidad sobre las formalidades

El artículo 53 de la Constitución consagró el principio de la “*primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales*”, como aquella garantía de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado.

La finalidad de este articulado es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley.

Desde tiempo atrás, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.)², expresamente consagró en su Preámbulo el “*reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor*” premisa que se fundamentó en el artículo 2 del Convenio 111 de la OIT³ al señalar que: “*todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva los métodos adecuados a las condiciones y a las*

¹ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 16 de agosto de 2018, Radicación número: 19001-23-31-000-2006-01070-01(1007-12)

² Aprobada en 1919

³ Aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967

prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”.

Dicho Convenio en Colombia es fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: *“los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”*, cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos en virtud del artículo 93 de la Constitución Política.

3.2. Elementos propios de la relación laboral

El Código Sustantivo de Trabajo en sus artículos 23 y 24 estableció los elementos para estructurar una relación laboral, así: i) La actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia *“del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al País”*; y iii) un salario como retribución del servicio.

Sobre el elemento de la prestación personal del servicio, el Consejo de Estado señaló que, *“Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este⁴; 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”⁵”.*

En lo referente a la subordinación o dependencia, el Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 09 de septiembre de 2021⁶ señaló una serie de situaciones indicativas de su existencia y que deben ser valoradas a la luz de cada caso particular, así:

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

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

⁴ **Cita de cita:** Código Sustantivo del Trabajo, literal b) del artículo 23: [Es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo] «La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo».

⁵ **Cita de cita:** 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.

⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. SUJ-025-CE-S2-2021

de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.

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

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

Finalmente, sobre la existencia de remuneración por las actividades desarrolladas precisó que "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".⁷

Ahora bien, para el caso de las funciones docentes el H. Consejo de Estado ha avalado que esta particular tarea que otrora fuere desempeñada por docentes contratados a través de ordenes o autorizaciones de prestación de servicios, debe ser analizada desde una óptica mas laxa, pues el ejercicio de la labor docente en institución de educación pública conllevan intrínsecamente elementos de subordinación y dependencia, tales como el sometimiento a los horarios de funcionamiento de la institución pública, el acatamiento de la directrices del

⁷ Ibidem.

cuerpo directivo docente y necesariamente el ceñimiento a los criterios de instrucción desarrollados por las entidades reguladoras del servicio educativo. En efecto dicha corporación ha advertido⁸:

“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 define como docente a quien ejerce la profesión de educador, ...

La mencionada definición de la labor docente fue reafirmada por el artículo 104 de la Ley 115 de 1994 (ley general de educación)...Este criterio coincide con la línea jurisprudencial consolidada de las subsecciones de esta Sala, 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[52], comoquiera que se cumple conforme 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[53], 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, dirá 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 trabajan, 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.

*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.*

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 25 de agosto de 2016, radicado 3001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

Por lo tanto, las actividades desarrolladas por la demandante revisten las características propias de un empleo de carácter permanente...

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.

...

3.4 Caso concreto. *El material probatorio traído al plenario da cuenta de la situación respecto de los hechos a los cuales se refiere la presente demanda, en tal virtud, se destaca:*

a) El 16 de octubre de 2012, la actora solicitó del secretario de hacienda del municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales por haber laborado 12 años y 1 mes, sin que estas le fueran canceladas, las que pide le sean incluidas en el acuerdo de reestructuración de pasivos de la Ley 550 de 1999[54].

...

Y si bien, según los documentos allegados, existieron algunas interrupciones, las probanzas coinciden en el hecho de que la demandante prestó sus servicios por trece (13) años y un (1) mes como maestra al municipio de Ciénaga de Oro, lo cual demuestra su atadura con la entidad territorial, que persistió pese a la modalidad de contratación utilizada por la Administración.

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".(Se resalta)

4. Pruebas y hechos acreditados relevantes para la resolución del asunto

- La Secretaría de Educación del departamento de Caldas emitió Autorización de prestación de servicios 396 del 5 de abril de 2002, para que la demandante prestara servicios en la Escuela Rural "La Miel" del Municipio de Manzanares. Se indica que: *"el pago de los servicios transitorios se hará por medio de reconocimiento mensual, previa certificación de la efectiva prestación del servicio, expedido por el respectivo Directivo Docente y se imputara con cargo al Rubro de Honorarios... Queda bajo la responsabilidad del Directivo Docente comprobar previamente que el autorizado esté afiliado en Salud una E.P.S debidamente reconocida por el estado, como requisito para que pueda asignarle funciones. Solo se cancela el tiempo efectivamente servido, no se cancela periodo de Semana Santa y vacaciones escolares. La no aceptación del docente debe manifestarlo el Directivo por escrito (expresando las razones del hecho)".⁹*

- Mediante Resolución 01483 -sin identificar fecha- se hace un reconocimiento de honorarios a la demandante, advirtiéndole que los mismos son cancelados por servicios prestados entre el 1º y el 31 de mayo del año 2000, según la orden o autorización de prestación de servicios 396.¹⁰

⁹ exp. digital, archivo: "002Anexos", fl. 5

¹⁰ exp. digital, archivo: "002Anexos", fl. 9

- Mediante Resolución 01198 -sin identificar fecha- se hace un reconocimiento de honorarios a la demandante, advirtiéndole que los mismos son cancelados por los servicios prestados entre el 5 y el 16 de abril de 2000 y entre el 24 y el 29 de abril del mismo año, según la orden o autorización de prestación de servicios 396.¹¹
- Mediante Resolución 01876 del 14 de julio del 2000 se hace un reconocimiento de honorarios a la demandante, advirtiéndole que los mismos son cancelados por servicios prestados entre el 1° y el 25 de junio del año 2000, según la orden o autorización de prestación de servicios 396.¹²
- Mediante Resolución 02114 del 09 de agosto del 2000 se hace un reconocimiento de honorarios a la demandante, advirtiéndole que los mismos son cancelados por servicios prestados entre el 17° y el 31 de julio del año 2000, según la orden o autorización de prestación de servicios 396.¹³
- La Secretaría de Educación del departamento de Caldas emitió Autorización de prestación de servicios 232 del 29 de enero de 2001 para que la demandante prestara servicios en la Escuela Rural “La Miel” del municipio de Manzanares.¹⁴
- Mediante Resolución 01062 del 16 de mayo de 2001, se hace un reconocimiento de honorarios a la demandante advirtiéndole que, los mismos son cancelados por servicios prestados entre el 16 y el 30 de abril del año 2001, según la orden o autorización de prestación de servicios Nro. 232.¹⁵
- La Secretaría de Educación del departamento de Caldas emitió Autorización de prestación de servicios 192 del 04 de febrero de 2002 para que la demandante prestara servicios en la Escuela Rural “La Miel” del municipio de Manzanares.¹⁶
- Mediante Resolución 01296 del 24 de mayo de 2002, se hace un reconocimiento de honorarios a la demandante, advirtiéndole que, los mismos son cancelados por servicios prestados entre el 1° y el 30 de abril del año 2002, según la orden o autorización de prestación de servicios 192.¹⁷
- La Secretaría de Educación del departamento de Caldas emitió Autorización de prestación de servicios 1618 del 07 de octubre de 2002 para que la demandante prestara sus servicios en el Colegio “José Antonio Galán” del municipio de Manzanares.¹⁸

5. Análisis sustancial del caso concreto.

¹¹ exp. digital, archivo: “002Anexos”, fl. 10

¹² exp. digital, archivo: “002Anexos”, fl. 14

¹³ exp. digital, archivo: “002Anexos”, fl. 15

¹⁴ exp. digital, archivo: “002Anexos”, fl. 6

¹⁵ exp. digital, archivo: “002Anexos”, fl. 13

¹⁶ exp. digital, archivo: “002Anexos”, fl. 7

¹⁷ exp. digital, archivo: “002Anexos”, fl. 11

¹⁸ exp. digital, archivo: “002Anexos”, fl. 8

A efectos de determinar los tiempos efectivamente laborados y remunerados con ocasión de las autorizaciones de prestación de servicios que fueron aportadas por la parte actora como prueba de la relación laboral, la Sala decretó prueba de mejor proveer a través de la cual se requirió a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, para que certificará los tiempos efectivos de servicio que fueron prestados por la demandante.

Así, se expidió constancia por la referida dependencia del departamento de Caldas¹⁹ en la que se señaló que la demandante **laboró y le fueron remunerados** los siguientes lapsos de servicio docente:

O.P.S.	Periodo laborado
No. 396 de abril 05 de 2000	5 a 16 de abril del año 2000 (12 días); 24 a 30 de abril del año 2000 (7 días); 1 a 31 de mayo del año 2000 (1 mes); 1 a 25 de junio del año 2000 (25 días); y 17 de julio a 17 de diciembre del año 2000 (5 meses). Total (7 meses, 14 días)
No. 232 de enero 29 de 2001	29 de enero a 8 de abril de 2001 (2 meses, 9 días); 16 de abril a 17 de junio de 2001 (2 meses, 2 días); y 16 de julio a 9 de diciembre de 2001 (4 meses, 23 días). Total (9 meses, 4 días)
No. 192 de febrero 4 de 2002	11 de febrero a 24 de marzo de 2002 (1 mes, 14 días); 1 de abril a 30 de junio de 2002 (3 meses); 22 de julio a 31 de agosto del año 2002 (1 mes, 9 días); 1 a 30 de octubre de 2002 (1 mes); Total (6 meses, 23 días)
No. 1618 de octubre 7 de 2002	1 de noviembre a 8 de diciembre de 2002. Total (1 mes, 8 días)

Como puede verse, se encuentra acreditado que, la actora laboró por poco más de dos años, desempeñado labores docentes en diferentes instituciones educativas del departamento de Caldas, funciones que, como se advirtió tienen una naturaleza dependiente y subordinada al hallarse sometidas a los horarios de funcionamiento de la institución pública, al acatamiento de la directrices del cuerpo directivo docente de cada institución educativa en que prestó sus servicios y ser desempeñadas en estricto ceñimiento a los criterios de instrucción impartidos por las diferentes autoridades educativas que ejercen inspección y vigilancia sobre este servicio público.

Al respecto, el Consejo de Estado²⁰, en sentencia del 24 de febrero de 2022, al analizar un asunto similar, precisó que:

¹⁹ exp. digital, archivo: "Constancia_C.L.A.U".

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda – Subsección A C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 24 de febrero de 2022., Rad.: 080012333000201390041-01 (4881-2014)

“En el caso concreto, para el periodo comprendido entre el 20 de junio de 2009 y el 29 de octubre de 2009, si bien la Sala tiene presente los lineamientos de la sentencia de unificación CE-SUJ2-005-16 del 25 de agosto de 2016, respecto de lo implícito del elemento subordinación en la actividad docente, también debe señalar que dentro del expediente no obran elementos probatorios suficientes para establecer la configuración de los demás elementos de laboralidad, puesto que la parte actora únicamente aportó, para acreditar la prestación personal del servicio y la remuneración en dicho periodo, la resoluciones de pago por servicios (hechos probados vii y viii) que expidió la Secretaría de Educación del Atlántico por el periodo comprendido entre el 30 de octubre de 2009 y el 30 de junio de 2010; es decir, pagos o remuneraciones que claramente no abarcan el lapso del 20 de junio de 2009 al 29 de octubre de 2009.

En igual sentido, la Sala tampoco encuentra elementos de juicio suficientes que indiquen que el señor Víctor Manuel Ahumada Mozo prestó sus servicios de manera personal en ese periodo, o que hubiese cumplido con obligaciones relacionadas con su actividad docente en el plante educativo. Por ello, ante la ausencia de material probatorio que ofrezca siquiera indicios de la configuración de todos los elementos del contrato de trabajo, no es posible declarar la existencia de una relación laboral subyacente o encubierta entre el demandante y la Secretaría de Educación Departamental del Atlántico, para el mencionado lapso”. (Se resalta)

En el caso concreto, de acuerdo a la prueba documental aportada, en especial, las resoluciones de pago por servicios y la constancia de servicios prestados, se encuentra acreditada la prestación personal del servicio docente por parte de la demandante, y la remuneración en dicho periodo.

6. Conclusión

No prosperan los argumentos expuestos por el departamento de Caldas en el recurso de apelación, por cuanto la demandante logró demostrar con certeza los elementos de la relación laboral. Corolario, la Sala confirmará la decisión impartida por el a quo.

7. Costas

Atendiendo al criterio objetivo valorativo que ha sido desarrollado por el Consejo de Estado con respecto a la imposición de costas (gastos procesales y agencias en derecho), no se condenará en costas de segunda instancia advirtiendo que no se encuentran acreditadas, toda vez que las partes no incurrieron en gastos procesales, ni actuaron en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera del Tribunal Administrativo de Caldas, Sala de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales el 29 de septiembre de 2021 dentro del medio de control de Nulidad y

Restablecimiento del Derecho promovido por Claudia Liliana Álvarez Usma en contra del departamento de Caldas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFICAR

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 034 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

A.I. 221

Manizales, veintisiete (27) de Mayo dos mil veintidós (2022).

Radicación	17-001-23-00-000-2019-00513-00
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Hubert Sadid Henríquez Henríquez
Demandado:	La Nación – Ministerio De Educación Nacional – FNPSM

Asunto

Procede esta Sala a decidir sobre la aprobación de la transacción realizada entre las partes dentro del proceso de la referencia.

I. Antecedentes

1. La demanda

En ejercicio del medio de control interpuesto el 28 de octubre de 2019, la parte actora solicitó:

“DECLARACIONES:

1.1. Declarar la nulidad del acto ficto configurado el día 26 DE DICIEMBRE DE 2018 frente a la petición presentada el día 26 DE SEPTIEMBRE DE 2018. en cuanto negó el derecho a pagar la SANCION POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los SETENTA (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Declarar que mi representado tiene derecho a que la NACION MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE

PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, le reconozca pague la SANCION POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde los SETENTA (70 hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantía ante la entidad y hasta se hizo efectivo el pago de la misma.

CONDENAS

1. Condenar a la NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 a mi mandante equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde los SETENTA (70) hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantía ante la entidad y hasta se hizo efectivo el pago de la misma.

[...]"

2. Trámite procesal

En el asunto de la referencia, la demanda se admitió el 2 de marzo de 2020 y se notificó a la entidad demanda el 22 de septiembre del mismo año. Esta contestó la demanda, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones que denominó: *"Inexistencia de la Obligación o Cobro de lo no Debido"* y *"reconocimiento oficioso o genérica"*.

El expediente se encuentra a Despacho para decidir la solicitud de terminación del proceso por transacción entre las partes.

Destaca igualmente el Tribunal que mediante auto del 27 de julio de 2021 se ordenó correr traslado de la solicitud de terminación del proceso a la parte demandante y al Ministerio Público, quienes no emitieron pronunciamiento al respecto.

3. La transacción

La entidad demandada a través de apoderado judicial, allegó solicitud de terminación del proceso con fundamento en el acuerdo de transacción al que llegaron las partes según contrato del 11 de febrero de 2021, acta del comité de conciliación y defensa judicial del Ministerio de Educación Nacional en sesión permanente del 28 de julio de 2021, y Resolución 013878 del 28 de julio de 2020 *"por la cual se delega la facultad de transigir y se autoriza la transacción para precaver o terminar procesos judiciales relacionados con sanción por mora en el pago de cesantías a cargo del Fondo Nacional*

de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

- **Contrato de transacción del 28 de septiembre de 2020**

Al presente trámite se aportó el contrato de transacción CTJ00155-FTD entre la Nación -Ministerio de Educación Nacional a través de Luis Gustavo Fierro Maya, jefe de la oficina asesora jurídica en calidad de delegado de la Ministra de Educación Nacional en virtud de lo dispuesto en la Resolución n°13878 del 28 de julio de 2020; y el abogado Yobany López Quintero, identificado con cedula de ciudadanía n° 89.009.237 y Tarjeta Profesional n° 112.907 del Consejo Superior de la Judicatura, apoderado de la parte actora en el presente asunto.

En el contrato se expuso los antecedentes y consideraciones de las partes en los siguientes términos:

“(…)

Que es intención de las partes prevenir litigios judiciales eventuales con fundamento en las sentencias judiciales en firme que han ordenado reconocimiento y pago de la sanción por mora a cargo del FOMAG, a efecto de lo cual se acordó celebrar un contrato de transacción.

Que en las mesas de trabajo adelantadas entre el Ministerio de Educación Nacional, FIDUPREVISORA S.A. y abogado (a) YOBANY LOPEZ QUINTERO apoderado del docente a que se refiere la cláusula cuarta de este contrato, se encontró MIL CIENTO TREINTA Y TRES (1133) procesos judiciales por concepto de sanción por mora que cumplen las condiciones para pago en el marco de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y el Decreto 2020 de 2019, que serán objeto del presente contrato de transacción y bajo los lineamientos del Comité de Conciliación del Ministerio de Educación Nacional. La verificación de la liquidación de los procesos judiciales se realizó a través del cruce de la información del apoderado de los docentes y de la sociedad fiduciaria.

Que el H. Consejo de Estado en la ya referida sentencia de unificación SUJ-Stt-012-2018, aclarada el 26 de agosto de 2019, determinó que la sanción por mora en las cesantías de los docentes, resulta conciliable y/o transigible, como también lo es, los intereses allí reconocidos, los causados por el no pago de la sentencia y las costas y demás expensas derivadas de los procesos que originaron la decisión judicial.

Que una de las características de los contratos de transacción, es el de poder realizarse concesiones recíprocas sobre el objeto del litigio eventual, en este caso, las declaraciones Y condenas de las sentencias relacionadas con la sanción por mora en el pago tardío de las cesantías de los docentes del Magisterio que intervinieron como demandantes”.

Después de realizar consideraciones respecto de la capacidad de las partes para suscribir el acuerdo, se plasmó lo siguiente en el contrato de transacción:

“CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO. Transar las obligaciones derivadas de los procesos judiciales que pretenden el reconocimiento y pago de sanción por mora en el pago tardío de las cesantías solicitadas por los docentes del FOMAG para precaver eventuales condenas en contra de la Nación Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

CLÁUSULA SEGUNDA: En cumplimiento a lo establecido en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y el Decreto 2020 de 2019 y realizado el análisis económico y jurídico de los procesos judiciales descritos en este acuerdo, así como los riesgos y gastos derivados hasta el momento, las partes acuerdan resolver sus diferencias mediante transacción extinguiendo la obligación que dio lugar a los litigios mediante la firma del presente contrato.

CLÁUSULA TERCERA: CONCESIONES RECÍPROCAS. Las partes acuerdan hacer mutuos concesiones para evitar una eventual condena derivada de los procesos judiciales a que se refiere este acuerdo en los siguientes términos:

3.1. El doctor YOBANY LOPEZ QUINTERO como apoderado facultado para transar el asunto descrito en la cláusula primera de este contrato se obliga a:

En procesos judiciales cuya liquidación de la sanción por mora corresponda a un valor inferior a \$ 10.000.000, a renunciar al 10% del valor de la liquidación.

Renunciar a instaurar procesos judiciales frente a las pretensiones del litigio suscitado en los procesos judiciales objeto del presente acuerdo.

El Apoderado se compromete a radicar memoriales a todos los despachos judiciales donde se encuentran en cursos los procesos judiciales de la cláusula cuarta del presente contrato, con el fin de dar a conocer a la autoridad judicial el acuerdo transaccional, dentro del día hábil siguiente a la firma del presente contrato.

El apoderado se compromete a desistir dentro de los tres (3) días siguientes, de todos los procesos judiciales una vez la Fiduprevisora S.A realice el pago de la transacción cuya liquidación certifica mediante radicados 2021-ER-029925 del 2 de febrero de 2021, pactada en el presente contrato.

3.2. Por su parte la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, se compromete a ordenar a FIDUPREVISORA S.A. como administradora y vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, remitir memoriales a todos los despachos judiciales donde cursa los procesos judiciales que se transan en el presente contrato, con el fin de coadyuvar el desistimiento que el apoderado se compromete a

radicar, así como también a ordenar el pago del valor ordenado en los procesos Judiciales a que se refiere este acuerdo, de la siguiente manera:

* En procesos judiciales cuya liquidación de la sanción por mora corresponda a un valor inferior a \$10.000.000, pagar el 90% del valor de la liquidación.

* En procesos judiciales cuya liquidación de la sanción por mora corresponda a un valor superior a \$ 10.000.001 e inferior a \$ 22.000.000, pagar el 85% del valor de la liquidación.

* En procesos judiciales cuya liquidación de la sanción por mora corresponda a un valor superior a \$ 22.000.001 e inferior a \$ 30.000.000, pagar el 83% del valor de la liquidación.

*En los procesos judiciales cuya liquidación de la sanción por mora corresponda a un valor superior a \$30.000.001, pagar el 80% del valor de la liquidación”.

En relación con el pago se estableció lo siguiente en el contrato de transacción:

“CLAUSULA CUARTA: PAGO. FIDUPREVISORA S.A como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, y en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y el Decreto 2020 de 2019, dentro de los ocho (8) días siguientes a la celebración del presente contrato, realizará el pago poniendo a disposición los recursos en ventanilla de la entidad bancaria, conforme a la liquidación remitida mediante su comunicación 2021-ER-029925 del 2 de febrero de 2021, respectivamente, en la cual se relaciona detalladamente cada una de los procesos judiciales a reconocer y pagar en los términos aquí dispuestos, documento que hace parte integral de este contrato, sin perjuicio de lo cual se relacionan a continuación:

No.	RADICADO	NOMBRE DEL JUZGADO	DOCUMENTO _DOCENTE	NOMBRE _DOCENTE	APELLIDO _DOCENTE	NUMERO_RE SOLUCION	FECHA_RES OLUCION	VALOR MORA	VALOR_A TRANSAR
...									
543	170012333000 20190051300	DESPACHO 000 DEL TRIBUNAL ADMINISTR ATIVO DE CALDAS	79861270	HUBERT SADID	HENRIQUEZ HENRIQUEZ	1248-6	17/02/2017	\$ 61.735.568,07	\$ 55.562.011,26

En las demás cláusulas del contrato se acordó lo siguiente:

“CLÁUSULA QUINTA: De conformidad con lo señalado en el artículo 2483 del Código Civil, las partes reconocen que la presente transacción hace tránsito a cosa juzgada, por lo tanto, se declaran mutuamente en paz y a salvo en relación con la sanción por mora en el pago extemporáneo de las cesantías de los docentes y demás emolumentos

derivados de los procesos judiciales a que se refiere este contrato. Así mismo, renuncian en mutuo y recíproco beneficio a cualquier acción judicial razón a los asuntos objeto de esta transacción, por la reclamación efectuada y especificada presente contrato.

CLÁUSULA SEXTA: Las Partes declaran y garantizan que: (i) cada una de las Partes ha obtenido los correspondientes permisos y autorizaciones para poder celebrar la presente Transacción; (ii) el presente acuerdo transaccional es un acuerdo final y vinculante y, una vez haya sido aprobado, producirá efectos de cosa juzgada en todos los asuntos incluidos en el mismo; y (iii) cada parte ha realizado los estudios legales y económicos necesarios para proceder a la firma de la presente transacción.

CLÁUSULA SÉPTIMA: El(a) Apoderado(a) YOBANY LOPEZ QUINTERO declara que en los eventos en los cuales, las autoridades judiciales dicten sentencia respecto de los procesos judiciales objetos de transacción, después de firmado y perfeccionado el presente contrato se entenderán transadas las sentencias judiciales por los mismos porcentajes pactados en el presente acuerdo, y renunciando a Costas, Indexación, Intereses corrientes y moratorios, y a los porcentajes indicados en la cláusula tercera del presente contrato, y a los emolumentos adicionales que llegaren a ordenarse en el título judicial, declarando el cumplimiento de la sentencia por los términos acá pactados.

CLÁUSULA OCTAVA: PERFECCIONAMIENTO Y EJECUCIÓN. El presente contrato de transacción se perfecciona una vez sea suscrito por las partes.”

Atendiendo las manifestaciones efectuadas por las partes, el Despacho sustanciador del proceso somete a decisión de Sala plural para efectos de su aprobación, la transacción a la que llegaron las partes.

II. Consideraciones de la sala

Esta Sala de Decisión se pronunciará sobre el alcance del contrato de transacción logrado entre las partes en el proceso de la referencia.

1. Sobre la transacción

El Código Civil establece lo siguiente respecto de este modo de extinguir las obligaciones:

“ARTICULO 1625. Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.

Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

(...)

3o.) Por la transacción.

(...)"

El mismo estatuto, en el artículo 2469, define la transacción como el acuerdo de voluntades en virtud del cual, las partes resuelven extrajudicialmente un conflicto sometido al conocimiento de la jurisdicción, así: *"La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa."*

De acuerdo con lo anterior, la transacción es un mecanismo de solución de conflictos y también una forma de terminación del proceso a través de la resolución directa y de común acuerdo de una controversia.

Seguidamente el Código mencionado dispone:

"ARTICULO 2470. No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción.

ARTICULO 2471. Todo mandatario necesita de poder especial para transigir.

En este poder se especificarán los bienes, derechos y acciones sobre que se quiera transigir."

Ahora, el artículo 176 de la Ley 1437 de 2011 se refiere a la transacción en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 176. *Cuando la pretensión comprenda aspectos que por su naturaleza son conciliables, para allanarse a la demanda la Nación requerirá autorización del Gobierno Nacional y las demás entidades públicas requerirán previa autorización expresa y escrita del Ministro, Jefe de Departamento Administrativo, Gobernador o Alcalde o de la autoridad que las represente o a cuyo Despacho estén vinculadas o adscritas. En los casos de órganos u organismos autónomos e independientes, tal autorización deberá expedirla el servidor de mayor jerarquía en la entidad.*

En el evento de allanamiento se dictará inmediatamente sentencia. Sin embargo, el juez podrá rechazar el allanamiento y decretar pruebas de oficio cuando advierta fraude o colusión o lo pida un tercero que intervenga en el proceso.

Con las mismas formalidades anteriores podrá terminar el proceso por transacción”

En relación con el trámite de la transacción, observa la Sala que el Código General del Proceso aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA, dispone en los artículos 312 y 313 lo siguiente:

“ARTÍCULO 312. TRÁMITE. *En cualquier estado del proceso podrán las partes transigir la litis. También podrán transigir las diferencias que surjan con ocasión del cumplimiento de la sentencia.*

Para que la transacción produzca efectos procesales deberá solicitarse por quienes la hayan celebrado, dirigida al juez o tribunal que conozca del proceso o de la respectiva actuación posterior a este, según fuere el caso, precisando sus alcances o acompañando el documento que la contenga. Dicha solicitud podrá presentarla también cualquiera de las partes, acompañando el documento de transacción; en este caso se dará traslado del escrito a las otras partes por tres (3) días.

El juez aceptará la transacción que se ajuste al derecho sustancial y declarará terminado el proceso, si se celebró por todas las partes y versa sobre la totalidad de las cuestiones debatidas o sobre las condenas impuestas en la sentencia. Si la transacción solo recae sobre parte del litigio o de la actuación posterior a la sentencia, el proceso o la actuación posterior a este continuará respecto de las personas o los aspectos no comprendidos en aquella, lo cual deberá precisar el juez en el auto que admita la transacción. El auto que resuelva sobre la transacción parcial es apelable en el efecto diferido, y el que resuelva sobre la transacción total lo será en el efecto suspensivo.

Cuando el proceso termine por transacción o esta sea parcial, no habrá lugar a costas, salvo que las partes convengan otra cosa.

Si la transacción requiere licencia y aprobación judicial, el mismo juez que conoce del proceso resolverá sobre estas; si para ello se requieren pruebas que no obren en el expediente, el juez las decretará de oficio o a solicitud de parte y para practicarlas señalará fecha y hora para audiencia.

ARTÍCULO 313. TRANSACCIÓN POR ENTIDADES PÚBLICAS. *Los representantes de la nación, departamentos y municipios no podrán transigir sin autorización del Gobierno Nacional, del gobernador o alcalde, según fuere el caso.*

Cuando por ley, ordenanza o acuerdo se haya ordenado promover el proceso en que intervenga una de las mencionadas entidades la transacción deberá ser autorizada por un acto de igual naturaleza”.

Por su parte, el H. Consejo de Estado sostiene al respecto:

“La transacción, según el artículo 2469 del CC, es una convención cuya función es terminar un litigio pendiente de decisión judicial o, que aún no ha sido sometido a ella, mediante concesiones recíprocas. Las partes ceden sus pretensiones –más no derechos– con el propósito de extinguir un conflicto, cancelar una incertidumbre. Alcanzado un acuerdo, se produce el efecto de cosa juzgada en última instancia, es decir, se extingue totalmente la obligación controvertida con un efecto equivalente al de una decisión judicial en firme, inmodificable (artículo 2483 del CC).”¹.

A dicha posición se agrega por la jurisprudencia que “la transacción es entendida como aquel mecanismo de resolución de conflictos mediante el cual las partes acuerdan precaver un litigio eventual o terminar extrajudicialmente un proceso que no ha sido resuelto en sede judicial. En tal sentido, se precisa que una vez suscrito el acuerdo entre las partes, el conflicto queda dirimido en relación con el objeto del mismo.”²

También mediante providencia del 12 de octubre del 2017³, indicó:

“(…) Uno de los principales efectos que genera el acuerdo transaccional es el de cosa juzgada por lo que suscrito el pacto de voluntades, el conflicto queda dirimido en todo cuanto ha sido objeto del mismo. En consecuencia, cuando se transa sobre la totalidad de los asuntos discutidos, las partes no pueden reavivar el conflicto acudiendo a la jurisdicción o, en caso que haya un proceso judicial en curso, habrá lugar a la terminación anormal del mismo. Si aquella es tan solo parcial, únicamente quedan excluidas de cualquier debate actual o futuro las pretensiones transadas (...).”

2. Examen del Caso concreto

De conformidad con lo expuesto, para el estudio de la terminación del proceso por la

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Julio Roberto Piza Rodríguez, Bogotá D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 76001-23-31-000-2011-01559-02 (22002), Actor: Financiera Pagos Internacionales S. A. Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN. Fallo.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: César Palomino Cortés, Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 08001-23-33-000-2014-01176-01(0190-16) Actor: José Alexander Oyola López Demandado: Municipio de Soledad (Atlántico) Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho Tema: Auto Interlocutorio – Transacción y cosa juzgada.

³ Providencia del 12 de octubre del 2017. Consejero ponente: William Hernández Gómez Radicación número: 27001-23-31-000-2000-00220-02(1378-06)

suscripción de un acuerdo a través de contrato de transacción, se requiere la concurrencia de una serie de presupuestos a saber: (1) que las partes estén debidamente representadas, y que los representantes tengan capacidad o facultad para transar; (2) legitimación en la causa de la demandante; (3) que verse sobre derechos económicos disponibles por las partes; (4) que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación; (5) que verse sobre derechos conciliables, que no involucre el desconocimiento de derechos irrenunciables; y (6) que se ajuste al derecho sustancial.

De acuerdo con estos presupuestos la Sala examina la concurrencia de los mismos en el caso en concreto.

2.1. Que las partes estén debidamente representadas y que los representantes tengan capacidad o facultad para transigir.

Para determinar que en el *sub judice* las partes se encontraban debidamente representadas, es necesario referirse al artículo 74 del Código General del Proceso - CGP, que regula lo relativo a los poderes otorgados para la representación de los sujetos procesales. Por otra parte, el artículo 159 del CPACA consagra específicamente la manera como deben estar representadas las entidades públicas y las privadas que cumplen funciones públicas, en procesos adelantados en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. El citado artículo establece:

“Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados.

La entidad, órgano u organismo estatal estará representada, para efectos judiciales, por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República o Fiscal General de la Nación o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.

El Presidente del Senado representa a la Nación en cuanto se relacione con la Rama Legislativa; y el Director Ejecutivo de Administración Judicial la representa en cuanto se relacione con la Rama Judicial, salvo si se trata de procesos en los que deba ser parte la Fiscalía General de la Nación.

En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrán el Director General de Impuestos y

Aduanas Nacionales en lo de su competencia, o el funcionario que expidió el acto.

En materia contractual, la representación la ejercerá el servidor público de mayor jerarquía de las dependencias a que se refiere el literal b), del numeral 1 del artículo 2o de la Ley 80 de 1993, o la ley que la modifique o sustituya. Cuando el contrato o acto haya sido suscrito directamente por el Presidente de la República en nombre de la Nación, la representación de esta se ejercerá por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Las entidades y órganos que conforman el sector central de las administraciones del nivel territorial están representadas por el respectivo gobernador o alcalde distrital o municipal. En los procesos originados en la actividad de los órganos de control del nivel territorial, la representación judicial corresponderá al respectivo personero o contralor”

Así las cosas, la Sala encuentra demostrado en primer lugar, que la parte actora está debidamente representada por el abogado Yobany López Quintero, quien actúa como apoderado de la parte demandante y acreditó la facultad para transigir en el procedimiento administrativo. (fl. 3, C. 1)

En lo que respecta a la representación de la entidad demandada, se encuentra que la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, está debidamente representado por el abogado Luis Gustavo Fierro Maya (fls. 7 y siguientes, archivo 04), quien a su vez tiene facultad para transigir de conformidad con la Resolución 013878 del 28 de julio de 2020, expedida por el Ministerio de Educación Nacional (Archivo 13), en concordancia con el Acta suscrita por el Comité de Conciliación para tal efecto (Archivo 16).

En efecto, la referida transacción fue autorizada por la Ministra de Educación Nacional a través de la Resolución N° 013878 del 28 de julio de 2020, la cual dispuso:

“ARTICULO PRIMERO. Autorizar y delegar la facultad de transigir en el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica 1045-15 del Ministerio de Educación Nacional, quien podrá celebrar transacciones en el pago de la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías, en los casos y porcentajes aprobados por el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la entidad, enmarcado en la normatividad vigente, en especial lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y el Decreto 2020 de 2019.

ARTÍCULO SEGUNDO. La facultad de transigir corresponderá para aquellos asuntos en los que se pretenda el pago de la sanción por mora por el pago tardío en procesos judiciales con admisión de demanda, y

que sean aprobados por el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio.

PARÁGRAFO. La facultad de transigir sólo se podrá ejecutar bajo la autorización que se imparte, en los casos en los que no haya operado la caducidad o prescripción, y en el entendido de que la legalidad, conveniencia y no lesividad al patrimonio público se hayan cumplido”.

Visto lo anterior, la Sala considera que para la aprobación de la transacción a la que llegaron las partes en el presente asunto, se encuentra cumplido el presupuesto referente a la representación de los sujetos procesales y las facultades para transigir según la exigencia del artículo 176 del CPACA, respecto de la autorización de la transacción por el Ministro de Educación.

2.2. Legitimación en la causa de la parte actora

El Tribunal procede a analizar la legitimación en la causa por parte de la demandante después de las siguientes consideraciones.

La jurisprudencia constitucional se ha referido a la legitimación en la causa como la *“calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”*⁴, de forma tal que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas.

Por su parte, el Consejo de Estado⁵ ha sostenido que la legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones.

Entendido así el concepto de legitimación en la causa, es evidente que cuando ella falte, bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra la que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada.

Así las cosas, frente al señor Hubert Sadid Henríquez Henríquez, la Sala encuentra que

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C- 965 de 2003

⁵ Sentencia del 23 de octubre de 1990. Expediente No. 6054

está debidamente acreditada su legitimación en tanto obra en el expediente prueba de su condición de docente peticionario de la sanción mora, objeto del acuerdo de transacción.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal concluye que se cumple el segundo de los requisitos establecidos para la aprobación de la conciliación lograda por las partes.

2.3. Que verse sobre derechos económicos disponibles por las partes

Tratándose de conflictos en los cuales una de las partes es el Estado, se pueden conciliar o transigir aquellos asuntos que por su naturaleza puedan ser sometidos a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través de cualquiera de los medios de control consagrados en la Ley 1437 de 2011, pues estas acciones son de naturaleza económica (salvo las excepciones contempladas en la ley).

Con fundamento en lo anterior, para la Sala de Decisión queda claro que lo pretendido en este proceso es el reconocimiento y pago de la sanción moratoria que se generó con el pago tardío de las cesantías, pretensión disponible por las partes en el sentido que constituye una prerrogativa legal para el servidor a quien no se le cancela oportunamente una prestación social como la cesantía parcial o definitiva.

Considerando lo expuesto este Tribunal entiende cumplido este requisito.

2.4. Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación.

En relación con el respaldo probatorio del reconocimiento patrimonial efectuado por la entidad demandada, la Sala encuentra que en el proceso obra el siguiente material probatorio:

- Solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías de la parte demandante de fecha 26 de septiembre de 2018.
- Resolución n° 1248-6 del 17 de febrero de 2017 *“Por la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial para liberación gravamen hipotecario”* al docente Hubert Sadid Henríquez Henríquez.
- Comprobante de pago del Banco BBVA en relación con las cesantías parciales

del demandante.

- Certificación del comité de conciliación del Ministerio de Educación Nacional en el que se indica lo siguiente:

El Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación Nacional en Sesión No. 29 de 15 de julio de 2020 declaró la “Sesión Permanente” para los temas relacionados con la sanción moratoria que se genera por el pago tardío de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), con lo cual se dio apertura a la Sesión No. 30 de 16 de julio de 2020 (la cual se mantendrá abierta hasta que el mismo Comité declare su cierre). Así mismo, en decisión adoptada dentro de la sesión permanente (27 y 28 de julio de 2020), el comité de conciliación aprobó la extensión de la política de conciliación al mecanismo de la transacción en sede judicial para los procesos judiciales en curso.

Conforme a ello, en el desarrollo de la sesión permanente que se referencia, el día 10 de febrero de 2021 se ingresó un grupo de 1.133 casos (procesos judiciales), y en dicha sesión el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación Nacional autorizó la TRANSACCION, entre otros, el proceso promovido por HUBERT SADID HENRIQUEZ HENRIQUEZ con CC 79861270 en contra de la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION - FOMAG, cuya pretensión es el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías (CESANTIA PARCIAL PARA COMPRA - PRESUPUESTO ORDINARIO) reconocidas mediante Resolución No. 1248-6 de 17 de febrero de 2017, bajo los siguientes parámetros:

Fecha de solicitud de las cesantías: 20 de diciembre de 2016

Fecha de pago: 31 de agosto de 2018

No. de días de mora: 518

Asignación básica aplicable: \$3.575.419,00

Valor de la mora: \$61.735.568,07

Valor de la suma transada: \$55.562.011,26 (90%)

- Comprobante de pago del Banco BBVA, del cual se desprende que las cesantías parciales del actor fueron canceladas el 31 de agosto de 2018, por valor un valor de \$14.042.548.
- Contrato de transacción de fecha del 28 de septiembre de 2020. En dicho contrato se especifica un valor de mora por \$61.735.568,07 y un valor a conciliar de \$55.562.011,26.
- Resolución n° 013878 del 28 de julio de 2020 “*Por la cual se delega la facultad de transigir y se autoriza la transacción para precaver o terminar procesos*

judiciales relacionados con sanción por mora en el pago de las cesantías a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.”

2.5. Que no resulte abiertamente lesivo para las partes:

Teniendo en cuenta que las partes acordaron que la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cancelaría al señor Hubert Sadid Henríquez Henríquez la suma de \$55.562.011,26, la cual corresponde al 90% del valor de la mora por el pago tardío de las cesantías a la parte demandante; considera esta Sala de Decisión que los rubros mencionados por tener un carácter económico son perfectamente conciliables y la fórmula de pago acordada, así como la renuncia al cobro de la condena en costas, no resultan lesivas a los intereses de la actora.

En este punto, la Sala de Decisión pone de presente que la solicitud de terminación del proceso por transacción fue puesta en conocimiento de la parte demandante y esta guardó silencio, sin oponerse a la misma. Incluso, la misma parte demandante, actuando a través de apoderado judicial, allegó al Despacho un memorial en el que expresamente solicita la terminación del proceso de la referencia consistente en la sanción por mora en el pago de las cesantías, de conformidad con lo estipulado en el artículo 176 del C.P.A.C.A. (Archivo 09 de la carpeta digital)

2.6. Conclusión:

Así las cosas, en el presente caso se encuentran satisfechos los requisitos para llevar a cabo la transacción en la forma propuesta y aceptada por las partes, toda vez que el acuerdo no menoscaba derechos ciertos e indiscutibles. En consecuencia, el Tribunal terminará el proceso por transacción.

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

III. Resuelve

Primero: Aceptar la transacción celebrada entre el sr Hubert Sadid Henríquez Henríquez y la Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro del proceso de la referencia.

Segundo: Declarar terminado el presente proceso.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, **se ordena devolver** los remanentes si los hubiere y **archivar** las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022).

A.I. 126

Proceso: Ejecutivo
Demandante: Ese Hospital Santa Sofia
Demandado: Empresa Promotora de Salud Ecoopsos EPS SAS
Radicación: 17001-33-39-006-2020-00118-02

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la ejecutante, contra el auto que negó el mandamiento de pago.

I. Antecedentes

1. La demanda

La ejecutante solicitó librar mandamiento de pago contra Ecoopsos EPS por las sumas de dinero señaladas en las facturas: 1209670, 1209828, 1209831, 1214592, 1215699.

El *a quo* ordenó corregir la demanda para que la ejecutante aportara los contratos suscritos entre el Hospital Santa Sofia y Ecoopsos EPS, de los cuales se derivó la facturación que se presenta a cobro judicial.

La ejecutante al respecto señaló que, no celebró contrato con la ejecutada debido a que, los servicios prestados y que constan en las facturas corresponden al servicio de urgencias.

2. El auto apelado

El *a quo* dispuso no librar el mandamiento de pago solicitado, para lo cual señaló que, las facturas aportadas no prestan mérito ejecutivo ante ésta jurisdicción, pues, la sola presentación de la factura de venta no resulta válida para efectos de derivar, automáticamente la conformación de aquél, especialmente en tratándose de obligaciones contractuales estatales, en cuya generalidad de casos es de carácter complejo.

Que los títulos valores son una clase de títulos ejecutivos, pero, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, deben ir respaldados por un contrato estatal, para determinar de dónde surgió la obligación que se pretende demandar.

En consecuencia, como los documentos integrantes del título ejecutivo no fueron allegados, no se logra determinar la existencia de una obligación clara, expresa y exigible.

3. Apelación

La ejecutante reiteró que, no celebró contrato alguno, ya que todos los servicios prestados a los pacientes de Ecoopsos EPS fueron servicios de urgencias; por lo tanto, no debía mediar convenio o autorización previa de la Entidad Promotora de Salud y las facturas y remisiones aportadas con la demanda prestan mérito ejecutivo. Que el artículo 168 de la Ley 100 de 1993, en el artículo 10 de la resolución 5261 del 05 de agosto de 1994 y la circular externa 14 de 1995 y se concluye que dada la naturaleza de la obligación que se demanda, no es de recibo que se exija se aporte un título ejecutivo contractual, cuando las normas citadas señalan que no es necesario un vínculo semejante y además conforme el artículo 422 del CGP y los artículos 772 y 774 del C de Co, las facturas son títulos de los que con claridad se desprende un obligación clara, expresa y exigible.

II. Consideraciones

1. Cuestión previa – jurisdicción y competencia

La Corte Constitucional en auto 1048 del 24 de noviembre de 2021, dirimió el conflicto de jurisdicciones entre el Juzgado 5° Civil Municipal de Manizales y el Juzgado 6° Administrativo del Circuito de Manizales y declaró que este último era la autoridad competente para conocer de la demanda ejecutiva presentada por el Hospital Departamental Universitario de Caldas E.S.E. en contra de Ecoopsos E.P.S. S.A.S.

2. Procedibilidad y oportunidad del recurso de apelación interpuesto

De conformidad con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, corresponde a este Tribunal conocer los recursos de apelación interpuestos contra los autos proferidos en primera instancia por los jueces administrativos, resaltándose que la providencia impugnada, al negar el mandamiento de pago solicitado es susceptible de apelación.

3. Problema jurídico

De acuerdo con la decisión apelada y los argumentos del recurso, se contrae a establecer: *¿La ejecutante debía aportar los contratos suscritos con Ecoopsos Eps, para efectos de establecer su origen y la existencia de una obligación clara, expresa y exigible?*

Para resolver el cuestionamiento planteado, se realizará una reseña sobre: i) el título ejecutivo; para luego ii) analizar el caso concreto.

4. Fundamento jurídico - el título ejecutivo

Doctrinariamente se ha señalado que el proceso ejecutivo busca “*asegurar que el titular de una relación jurídica que crea obligaciones pueda obtener, por medio de la intervención estatal, el cumplimiento de ellas, compeliendo al deudor a ejecutar la prestación a su cargo, si ello es posible, o si no, conduciéndolo a que indemnice los perjuicios patrimoniales que su inobservancia ocasionó*”¹”².

En consonancia con lo anterior, el Consejo de Estado³ ha considerado que, el proceso ejecutivo tiene como objeto o finalidad hacer efectivo el derecho que tiene el demandante de reclamar al ejecutado el cumplimiento de una obligación clara, expresa y exigible, que se considera insatisfecha y que consta en un título ejecutivo. Lo anterior significa que en el proceso ejecutivo no se discute el origen o la existencia de la obligación sino que ésta deba hacerse efectiva.

De conformidad con el artículo 297 del CPACA, constituyen título ejecutivo, entre otros, “*3... los contratos, los documentos en que consten sus garantías, junto con el acto administrativo a través del cual se declare su incumplimiento, el acta de liquidación del contrato, o cualquier acto proferido con ocasión de la actividad contractual, en los que consten obligaciones claras, expresas y exigibles, a cargo de las partes intervinientes en tales actuaciones*”.

El artículo 422 del Código General del Proceso – CGP⁴, aplicable en virtud de la remisión de que trata el artículo 298 del CPACA, prevé las condiciones esenciales que ha de contener un documento (o varios, según el caso) para hacerlo valer como título ejecutivo, así:

ARTÍCULO 422. TÍTULO EJECUTIVO. *Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184.*

¹ Cita de cita: López Blanco, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil. Parte Especial*. Bogotá: DUPRÉ Editores.

² Así lo ha señalado la Sección Cuarta del Consejo de Estado en autos del 20 de agosto de 2020 (Consejera Ponente: Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto, Radicación número: 76001-23-33-000-2018-01039-01(25258)) y del 26 de febrero de 2014 (Consejera Ponente: Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, Radicación número: 25000-23-27-000-2011-00178-01(19250)).

³ Al respecto, pueden consultarse los autos del 15 de octubre de 2020 (Sección Cuarta, Consejero Ponente: Dr. Milton Chaves García, Radicación número: 15001-23-33-000-2014-00538-01 (24765)) y del 27 de mayo de 2010 (Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00435-01(2596-07)).

⁴ En adelante, CGP.

Con fundamento en la norma anterior, el Consejo de Estado ha precisado que⁵:

(...) el título ejecutivo debe reunir condiciones formales, las cuales consisten en que el documento o conjunto de documentos que dan cuenta de la existencia de la obligación: i) sean auténticos y ii) emanen del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el Juez o Tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial o acto que tenga fuerza ejecutiva de conformidad con la ley.

(...)

De igual manera se recuerda que en el proceso ejecutivo, en orden a lograr la sentencia que ordene llevar adelante la ejecución, la parte ejecutante debe haber acreditado los requisitos del título, los cuales se traducen en que las obligaciones incorporadas en el respectivo título deben ser claras, expresas y exigibles.

La obligación es expresa cuando aparece manifiesta de la redacción misma del título (simple o complejo); es clara cuando el contenido obligacional se revela en forma nítida en el título (simple o complejo) y es exigible cuando puede imponerse su cumplimiento en la oportunidad en que se demanda, por cuanto no está sometida para su cumplimiento a plazo pendiente o condición no ocurrida”.

5. Caso Concreto

La Corte Constitucional fijó en esta jurisdicción la competencia para conocer de la demanda ejecutiva presentada por la ejecutante contra de Ecoopsos EPS. Los títulos base de la solicitud de ejecución, corresponden a cinco facturas de venta por concepto de prestación de servicios de salud suministrado a pacientes de Ecoopsos EPS.

De conformidad con el artículo 422 del CGP, aplicable en virtud de la remisión de que trata el artículo 298 del CPACA, para que un documento se considere título ejecutivo, debe señalar “*las obligaciones expresas, claras y exigibles*”, “*que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él*”.

Revisados los documentos aportados por la ejecutante como base de la solicitud de ejecución se observa que, en ellos se precisa, el valor, el concepto, el nombre del deudor, la fecha de vencimiento; además de la fecha de recibo de la factura, con indicación del nombre, identificación y firma de quien la recibió, en señal de aceptación por el deudor.

Por lo tanto, se tiene que, los documentos aportados sí contienen la información suficientes para analizar y determinar la existencia de una obligación clara, expresa y exigible. Es por ello que, resulta innecesario que se exija al ejecutante que aporte los contratos de los cuales se derivan las facturas para la verificación de dichos requisitos.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E). Sentencia del 9 de septiembre de 2015. Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01971-02(42294). La anterior providencia fue reiterada por la Subsección B, el 2 de mayo de 2016 (Radicación número: 27001-23-33-000-2015-00062-01(56303)), con ponencia de la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo.

Al respecto, el Consejo de Estado⁶ precisó que:

“Ahora, conviene precisar que, al tenor de la norma transcrita así como de la definición dada, la obligación de la cual se predica nitidez, claridad y exigibilidad bien puede estar contenida en un solo documento, caso en el cual se hablará de un título ejecutivo simple, o puede derivarse también de varios documentos que, aunque suscritos en diferentes momentos por las partes, constituyen una unidad jurídica suficiente para la conminación al pago, caso en el cual se tratará de un título ejecutivo complejo”⁷.

Por lo tanto, solo cuando la obligación de la cual se predica nitidez, claridad y exigibilidad no está contenida en un solo documento, es que se debe integrar con otros documentos.

6. Conclusiones

De conformidad con lo expuesto, los documentos aportados como base de la ejecución, sí permiten analizar y determinar la existencia de una obligación clara, expresa y exigible, por lo que, resulta innecesario que se exija al ejecutante que aporte los contratos de los cuales se derivan las facturas, aunado a que el ejecutante afirmó que dichos documentos no existen.

Por lo anterior, la providencia recurrida a través del cual se negó el mandamiento de pago, amerita ser revocado, para en su lugar ordenar que se continúe con el estudio pertinente para resolver sobre la solicitud de mandamiento de pago.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCASE el auto del 7 de marzo de 2022 proferido por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales, a través del cual se negó el mandamiento de pago del medio de control ejecutivo promovido por el Hospital Santa Sofia E.S.E. contra Ecoopsos EPS.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, para que continúe el estudio pertinente para resolver sobre la solicitud de mandamiento de pago.

TERCERO: HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”

⁶ Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia de 14 de marzo de 2019. Rad.: 25000-23-26-000-2006-01921-02(46616)

⁷ “Cuando la obligación se deduce del contenido de dos o más documentos dependientes o conexos. En este caso el mérito ejecutivo emerge de la unidad jurídica del título, al ser integrado este por una pluralidad de documentos ligados íntimamente. A esta clase de título suele llamársele también ‘complejo’ o ‘compuesto’ (ibidem, pág. 48).

CUARTO: NOTIFÍQUESE por estado electrónico conforme al artículo 201 del C.P.A.C.A.

NOTIFICAR

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 034 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintisiete (27) de mayo dos mil veintidós (2022).

A.I. 127

Radicación:	17001-33-33-005-2021-00125-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones
Demandado:	Olga Piedad Molina Patiño

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el auto que negó la medida cautelar solicitada.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Colpensiones solicitó la nulidad parcial de la Resolución SUB 193636 de 11 de septiembre de 2020, mediante la cual se reconoce el pago una pensión de vejez a la demandada, en cuanto fue reconocida sin el cumplimiento de requisitos legales, evidenciándose que a la fecha se le han girado unas mesadas que en derecho no le correspondían y además percibe una mesada superior a la que legalmente le corresponde. Que en consecuencia, se ordene a la demandada reintegrar las mesadas pensionales giradas en forma irregular y las diferencias pagadas por conceptos de mesadas, aportes a salud y o fondo de solidaridad pensional generadas entre el valor reconocido y el monto que realmente corresponde.

1.2. Fundamento fáctico

Se señala que, la accionada solicitó el 26 de junio de 2020 el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, la cual fue negada a través de la Resolución SUB 146199 del 08 de julio de 2020; que la accionada interpuso recursos, los cuales fueron resueltos mediante Resolución SUB 193636 de 11 de septiembre de 2020, decidiendo revocar la resolución recurrida y en su lugar reconocer y ordenar el pago de una pensión de vejez en cuantía inicial de \$1.619.286 efectiva a partir del 1º de octubre de 2020.

Que los tiempos correspondientes a abril de 2020, registran observación: *“Pago Decreto 558/2020 COVID 19 con cotización efectuada del 3%”*, el cual no podía ser tenido en cuenta, por cuanto no se encuentra dentro de las reglas establecidas en el Decreto para su aplicación, ya que su mesada es superior a un salario mínimo.

Que por tanto, la demandada no cumple con los requisitos de la Ley 797 de 2003 toda vez que, cuenta con 1296 semanas, número inferior a las 1300 solicitadas por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Señaló como vulnerados los artículos 48 de la Constitución y 33 y 21 de la Ley 100 de 1993; para lo cual reitero que, existió un pago de lo no debido y un reconocimiento pensional no ajustado en derecho, en tanto se reconoció una prestación pensional sin que se hubiere tenido en cuenta hasta la última semana cotizada para efectos y sin el lleno de los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez, lo que generó el pago de una mesada superior a la que legalmente corresponde y el pago de unas mesadas que no le correspondían, toda vez que la fecha de la causación de su derecho era una fecha posterior a su reconocimiento.

2. Solicitud de medida cautelar

Colpensiones solicita la suspensión provisional de los efectos jurídicos de la Resolución SUB 193636 de 11 de septiembre de 2020 la cual ordenó el reconocimiento de la pensión de vejez a favor de la demandada. Para ello reiteró que, la pensión de vejez reconocida, se practicó teniendo en cuenta el periodo de cotización de abril 2020 se realizó sobre el 3%, como lo habilitaba el Decreto 558 de 2020, sin que la demandada se ubicará en las reglas establecidas en aquel marco normativo.

Que la demandada no cumplía con las *“semanas requeridas por la Ley 797 de 2003, es decir, que la fecha de status pensional lo adquirió en mes posterior a la fecha en que se le fue reconocido, lo que conllevó a Colpensiones al giro de una mesada que en derecho no le correspondía”*.

3. Oposición a la medida cautelar

La demandada solicitó negar la medida cautelar argumentando que, lo que se pretende es dejar sin efecto la resolución del 11 de Septiembre de 2020, por cuanto en estos momentos como lo relata la entidad accionante en el hecho décimo cuarto, la pensión se hubiera hecho efectiva a partir del 1º de enero de 2021. En otros términos, es una pensión que por cualquier circunstancia ya se había causado con el lleno de los requisitos legales y por ello se accedió a la misma.

Que no se trató de una pensión a la cual se le diera aplicación al Acuerdo 049 de 1990, Decreto 758 de 1990, pues dicha prestación económica fue acreditada en estricto sentido en la Ley 797 de 2003 en cumplimiento de los requisitos aquí establecidos por esta última normatividad.

Que Colpensiones era quien debía pronunciarse, una vez tuvo conocimiento del pago efectuado por la entidad *“MI IPS TOLIMA”* para abril de 2020, que dicha empleadora realizó un pago por una suma inferior y en un porcentaje que no correspondía y por consiguiente, requerir inmediatamente a dicha empleadora para que se pusiera a derecho y realizara la diferencia faltante en los términos que lo ordena la ley. Que es carga que no le corresponde a la parte más débil de una relación laboral; que es la misma ley la que faculta a las

4. Providencia recurrida

El *a quo* **negó la medida cautelar** solicitada argumentando que, al realizar la confrontación del acto acusado con el contenido de las normas constitucionales y legales invocadas en la demanda, no se advierte en principio la vulneración de aquellas, pues dada la naturaleza de la controversia relacionada con aspectos procedimentales y relacionados con determinación del Ingreso Base de Liquidación, se hace necesario realizar un análisis de fondo, que no es propio de este escenario procesal y, con el cual, se pueda establecer finalmente si le asiste razón a la demandante en sus pretensiones.

Que además, de las pruebas documentales aportadas con la demanda, tampoco surge con claridad la violación de los preceptos legales invocados, por lo que resultan insuficientes en esta etapa inicial del proceso, para adoptar la medida cautelar solicitada.

4. Recurso de apelación

Colpensiones solicitó se decrete la medida cautelar reiterando que, el reconocimiento pensional se practicó teniendo en cuenta el periodo de cotización de abril 2020, sin tener en cuenta que se realizó sobre el 3% como lo habilitaba el Decreto 558 de 2020, sin que la demandada se ubicará en las reglas establecidas en aquel marco normativo.

Que el pago de una prestación generada de un error de interpretación, atenta contra el principio de estabilidad financiera del sistema general de pensiones, establecido por el Acto Legislativo 001 de 2005 como una obligación del Estado.

II. Consideraciones

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación interpuesto. Además es procedente, por cuanto el auto que niega una medida cautelar, se encuentra enlistado en el numeral 5 del artículo 243 Ibidem.

2. Problema jurídico

La atención de esta Sala Plural se contrae en determinar: *¿se cumplen los presupuestos normativos necesarios para ordenar como medida cautelar, la suspensión provisional de Resolución SUB 193636 de 11 de septiembre de 2020 expedida por Colpensiones, por medio de la cual se reconoció la pensión de vejez a la demandada, teniendo en cuenta que, la cotización de abril de 2020, fue realizado en un valor inferior al que correspondía?*

Para resolver lo anterior, se hará referencia: i) los hechos hasta el momento acreditados, ii) el marco jurídico sobre las medidas cautelares, el pago parcial del aporte al Sistema General de Pensiones de abril y mayo de 2020; para descender al iii) análisis del caso.

3. Hechos hasta el momento acreditados

-. Colpensiones mediante Resolución SUB 193636 de 11 de septiembre de 2020¹ (acto demandado) a través de la cual resolvió el reposición interpuesto contra la Resolución SUB 146199 del 08 de julio de 2020, en cuanto a los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, y su liquidación, señaló:

“Que conforme lo anterior, el (la) interesado(a) acredita un total de 9,100 días laborados, correspondientes a 1,300 semanas.

Que nació el 25 de septiembre de 1957 y actualmente cuenta con 62 años de edad.

...

Así las cosas, al cumplir las condiciones expuestas en la norma anterior es procedente tener en cuenta para el estudio pensional, las semanas cotizadas en el mes de abril de 2020 tiempo que registra observación Pago Decreto 558/2020 COVID 19.

Que de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, los requisitos para obtener la pensión de vejez, son los siguientes: haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1 de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

...

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Revocar en todas y cada una de sus partes la Resolución recurrida No SUB 146199 del 08 de julio de 2020 que negó una Pensión de vejez al (la) señor (a) MOLINA PATIÑO OLGA PIEDAD, ya identificado(a), de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Reconocer y ordenar el pago a favor del (la) señor(a) MOLINA PATIÑO OLGA PIEDAD, ya identificado(a), de una pensión mensual vitalicia de vejez, en los siguientes términos y cuantías:

El disfrute de la presente pensión será a partir de

Valor mesada a 1 de octubre de 2020 = \$1,619,286 (...). (Se resalta)

4. Marco jurídico

4.1. Sobre las medidas cautelares

El artículo 229 del CPACA, señala que:

“En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia

¹ Pág. 195-204 Archivo: 04ExpedienteAdministrativo.pdf.

motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

Parágrafo. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se registrarán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio”.

En cuanto al contenido y alcance de las medidas cautelares, el artículo 230 ibidem dispone:

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

- 1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.*
- 2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.*
- 3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.*
- 4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.*
- 5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.*

Parágrafo. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente”.

Los requisitos para decretar las medidas cautelares se encuentran señalados en el artículo 231 siguiente, así:

“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las

pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

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

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

4.2. Pago parcial del aporte al Sistema General de Pensiones de abril y mayo de 2020

El Decreto Legislativo 558 de 2020² señala que:

Artículo 3. Pago parcial del aporte al Sistema General de Pensiones. *En atención a los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 417 de 2020, para los periodos de abril y mayo cuyas cotizaciones deben efectuarse en los meses de mayo y junio de 2020, respectivamente, los empleadores del sector público y privado y los trabajadores independientes que opten por este alivio pagarán como aporte el 3% de cotización al Sistema General de Pensiones, con el fin de cubrir el costo del seguro previsional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o el aporte a los fondos de invalidez y sobrevivencia del Régimen de Prima Media, según corresponda, así como el valor de la comisión de administración.*

La cotización de que trata este artículo será pagada de la siguiente manera: El 75% por el empleador y el 25% restante por el trabajador. Por su parte, los trabajadores independientes pagarán el 100% de esta cotización.

...

Artículo 5. Contabilización de las semanas y acceso al seguro previsional. *Las Administradoras del Sistema General de Pensiones deberán tener en cuenta a favor de sus afiliados, las semanas correspondientes a los dos meses cotizados bajo las normas del presente Decreto Legislativo, con el fin de que estas semanas se contabilicen para completar las 1150 semanas que le permitan al afiliado acceder a la garantía de pensión mínima en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o a las 1300 semanas para obtener una pensión de Vejez de un salario mínimo legal mensual vigente en el Régimen de Prima Media; así como para acreditar el cumplimiento del requisito de semanas para acceder a las pensiones de invalidez y sobrevivencia y la cobertura del seguro previsional (...). (Se resalta)*

² Por el cual se implementan medidas para disminuir temporalmente la cotización al Sistema General de Pensiones, proteger a los pensionados bajo la modalidad de retiro programado y se dictan otras disposiciones en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Ahora bien, la Corte Constitucional, en Sentencia C-258 del 2020, proferida en ejercicio del control a los decretos dictados en el marco del estado de excepción, declaró inexecutable el referido Decreto 558 de 2020, con efectos a partir de su expedición, al considerar que, la autorización de “pagos parciales de los aportes al Sistema General de Pensiones durante los períodos de abril y mayo” “(i) [d]esmejora los derechos sociales de los trabajadores con expectativa de pensiones superiores a un salario mínimo; (ii) [d]ispone de recursos destinados a la financiación de las pensiones para fines distintos a ellas y (iii) [n]o asegura la sostenibilidad financiera del sistema (...)”. Por lo tanto, dispuso:

SEGUNDO. ORDENAR al Gobierno nacional que, en ejercicio de sus competencias, adopte e implemente un mecanismo que, en un plazo razonable, (i) permita a empleadores, empleados e independientes, aportar los montos faltantes de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones correspondientes a los períodos de abril y mayo del presente año, cuyos pagos se hicieron parcialmente en virtud de lo dispuesto por el Decreto 558 de 2020; y (ii) garantice el restablecimiento de la vinculación a las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, de los pensionados bajo la modalidad de retiro programado que fueron trasladados a COLPENSIONES en cumplimiento de lo dispuesto por el por el Decreto 558 de 2020.

En consecuencia, los ministerios de Hacienda y del Trabajo expedieron el Decreto 376 del 9 de abril de 2021, con el fin de dictar medidas sobre la forma como deben pagarse los porcentajes pendientes de los aportes a pensión correspondientes a de abril y mayo del 2020, en el que, se dispuso:

Artículo 2.2.3.5.2. Pago faltante del aporte al Sistema General de Pensiones para los períodos de abril y mayo de 2020. Los empleadores del sector público y privado, y los trabajadores dependientes e independientes que hayan hecho uso del mecanismo contemplado en el Capítulo I del Decreto Legislativo 558 de 2020, y por ello sólo hayan aportado el 3% de la cotización al Sistema General de Pensiones correspondiente a la comisión de administración y a la cobertura de aseguramiento de invalidez y sobrevivencia, contarán con 36 meses contados a partir del 1 de junio de 2021 para efectuar el aporte de la cotización faltante, sin que haya lugar a la causación de intereses de mora dentro de dicho plazo, tal como lo establece la sentencia C-258 de 2020, proferida por la Corte Constitucional.

...

Artículo 2.2.3.5.7. Garantía de pensión. Los afiliados a quienes se les haya reconocido una prestación económica del Sistema General de Pensiones en las condiciones establecidas en el Capítulo I del Decreto Legislativo 558 de 2020, tendrán derecho a continuar disfrutando de dicha prestación.

Los afiliados a quienes se les haya efectuado el tres por ciento (3%) de la cotización tendrán derecho a que las Administradoras del Sistema General de Pensiones contabilicen a su favor, las semanas correspondientes a los meses de abril y mayo de 2020, para acreditar el cumplimiento del requisito de semanas con el fin de acceder a las prestaciones de invalidez y sobrevivencia en Colpensiones y la cobertura del seguro previsional en el Régimen de Ahorro Individual, en cualquier momento.

Para el caso de las solicitudes de prestaciones económicas relacionadas con el riesgo de vejez que se hayan presentado ante las administradoras de pensiones en cumplimiento de lo establecido en el Capítulo I del Decreto Legislativo 558 de 2020, que no hayan sido resueltas, no se podrán contabilizar las ocho (8) semanas de cotización de los periodos correspondientes a abril y mayo de 2020, hasta tanto se efectúe el pago faltante del aporte. (Se resalta)

5. Análisis sustancial del caso

De acuerdo con lo hasta ahora acreditado se tiene que, Colpensiones mediante Resolución SUB 193636 de 11 de septiembre de 2020, reconoció una pensión de vejez a la demandada, para lo cual tuvo en cuenta el periodo cotizado de abril de 2020, el cual fue realizado por el empleador “CORPORACIÓN MI IPS TOLIMA” sobre el 3%, conforme al Decreto 558 de 2020”, lo cual le permitía a la demandante alcanzar 1,300 semanas cotizadas al 22 de abril de 2020.³

De conformidad con el marco normativo expuesto, es claro que, el Decreto 558 de 2020, permitió a los empleadores del sector público y privado y los trabajadores independientes aportar el 3% de cotización al Sistema General de Pensiones de los períodos de abril y mayo de 2020. Que la Corte Constitucional en sentencia C-258 del 2020 declaró inexecutable dicha medida y ordenó al Gobierno adoptar e implementar un mecanismo que permita a empleadores, empleados e independientes, aportar los montos faltantes de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones correspondientes a dichos períodos.

Con fundamento en ello se expidió el Decreto 376 del 9 de abril de 2021, en el que, en aras de garantizar el derecho pensional que ya se hubiera reconocido dispuso:

Artículo 2.2.3.5.7. Garantía de pensión. Los afiliados a quienes se les haya reconocido una prestación económica del Sistema General de Pensiones en las condiciones establecidas en el Capítulo I del Decreto Legislativo 558 de 2020, tendrán derecho a continuar disfrutando de dicha prestación.

Los afiliados a quienes se les haya efectuado el tres por ciento (3%) de la cotización tendrán derecho a que las Administradoras del Sistema General de Pensiones contabilicen a su favor, las semanas correspondientes a los meses de abril y mayo de 2020, para acreditar el cumplimiento del requisito de semanas con el fin de acceder a las prestaciones de invalidez y sobrevivencia en Colpensiones y la cobertura del seguro previsional en el Régimen de Ahorro Individual, en cualquier momento.

Por lo anterior, es claro que, el marco normativo invocado por la entidad demandante para fundamentar la solicitud de medida cautelar ha perdido vigencia en virtud de la sentencia C-258 del 2020 y el Decreto 376 del 9 de abril de 2021 en el cual expresamente se indica que, los afiliados a quienes se les haya reconocido una prestación económica del Sistema General de Pensiones en las condiciones establecidas en el Capítulo I del Decreto Legislativo 558 de 2020, tendrán derecho a continuar disfrutando de dicha prestación.

Además, se encuentra acreditado que, la demandante cotizó adicionalmente un mes como independiente, en diciembre de 2020 para evitar dudas en cuanto al número mínimo de semanas cotizadas, de allí que tampoco se evidencie, una vulneración al principio de estabilidad financiera del sistema general de pensiones que invoca la entidad demandante.

Así las cosas, a la luz de esta nueva normatividad, vigente y aplicable al caso de la demandante, no se advierte en principio, que el acto acusado incurra en violación de dichas disposiciones y que amerite la suspensión de sus efectos.

³ Pág. 186 Archivo: 04ExpedienteAdministrativo.pdf.

6. Conclusión

En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo*, en cuanto negó la medida cautelar solicitada.

Se resalta que, la decisión sobre la medida cautelar de ningún modo implica **prejuzgamiento**, teniendo en cuenta que, se trata de “*mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto*”.⁴

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera del Tribunal Administrativo de Caldas,

Resuelve:

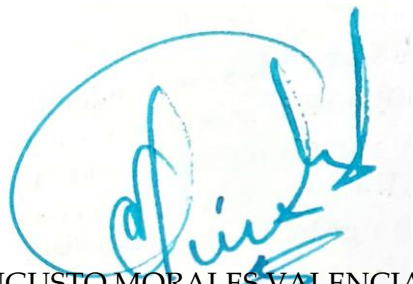
Primero: Se **confirma** el auto proferido el 18 de enero de 2021, por el Juzgado Quinto Administrativo de Manizales, en cuanto dispuso negar la medida cautelar solicitada por el demandante, dentro del medio de control de nulidad, formulado por Colpensiones contra Olga Piedad Molina Patiño.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 034 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. C.P.: Roberto Augusto Serrato Valdés. Auto de 13 de marzo de 2020. Rad.: 11001-03-24-000-2019-00245-00.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 146

Asunto:	Admite demanda
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2021-00262-00
Demandante:	Hermilio Antonio Gañán Largo
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG)

Manizales, veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 171 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, procede este Despacho a decidir sobre la admisión de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho regulado en el artículo 138 *ibídem*, instauró el señor Hermilio Antonio Gañán Largo contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG)².

LA DEMANDA

El 12 de octubre de 2021 fue interpuesto el medio de control de la referencia (archivos nº 001 y 002 del expediente digital), con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución nº 2737-6 del 9 de junio de 2021, con la cual se negó la solicitud de reconocimiento y pago de pensión de jubilación a los 55 años de edad y sin exigir el retiro definitivo del cargo docente para la inclusión en nómina.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó condenar a la entidad accionada a que reconozca y pague una pensión de jubilación a partir del 28 de noviembre de 2018, equivalente al 75% de los salarios y las primas recibidas anteriores al cumplimiento del status

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

pensional. Reclamó además la parte accionante el reconocimiento y pago de los ajustes de valor e intereses moratorios a que hubiere lugar, así como la condena en costas.

INADMISIÓN DE LA DEMANDA Y CORRECCIÓN DE LA MISMA

Por auto del 8 de noviembre de 2021 (archivo n° 004 del expediente digital), el suscrito Magistrado inadmitió la demanda de la referencia, ordenando a la parte accionante aportar poder conferido en debida forma y adjuntar debidamente escaneados los anexos de la demanda.

Actuando de manera oportuna (archivos n° 007 a 010 del expediente digital), la parte accionante corrigió la demanda en los términos solicitados.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Examinados los presupuestos procesales de la acción, considera el Despacho que se reúnen los requisitos previstos para la admisión de la demanda propuesta, en tanto **i)** el Tribunal es competente, **ii)** el accionante tiene capacidad para ser parte y para comparecer al proceso, **iii)** se acreditó el derecho de postulación, **iv)** las partes están legitimadas en la causa por activa y pasiva, **v)** la demanda fue presentada en forma según lo dispuesto en los artículos 162, 163 y 166 del CPACA, y **vi)** se acreditaron los requisitos de procedibilidad exigidos.

Así pues, se procederá de conformidad con el artículo 171 del CPACA.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

Primero. ADMÍTESE la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó el señor Hermilio Antonio Gañán Largo contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG. En consecuencia, se dispone:

1. **NOTIFÍQUESE** el presente auto a la parte demandante por estado electrónico, según lo dispone el inciso 3° del artículo 201 del CPACA, modificado por el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021.

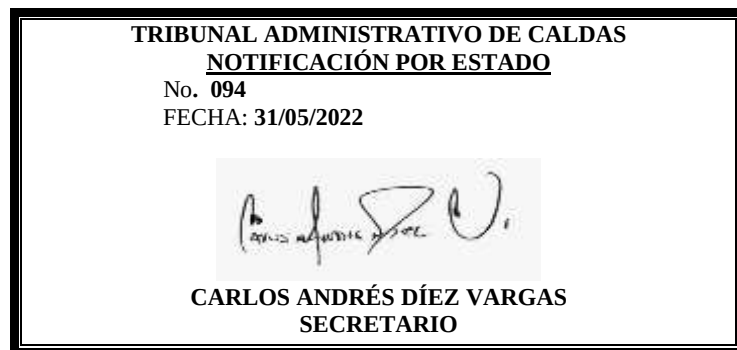
2. Por la Secretaría de la Corporación, **NOTIFÍQUESE** personalmente esta providencia al Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a los buzones de correo electrónico para notificaciones judiciales que reposen en los archivos de la Secretaría del Tribunal, a través de mensaje de datos que contendrá copia de este auto admisorio, en la forma y términos indicados en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
3. **CÓRRASE** traslado de la demanda al Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado por el término de treinta (30) días, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 172 del CPACA; plazo que comenzará a correr transcurridos dos (2) días de enviado el mensaje de datos de notificación, conforme lo establece el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
4. **PREVÉNGASE** al Ministerio de Educación Nacional – FOMAG para que, durante el término de traslado de la demanda, y de conformidad con el parágrafo 1º del artículo 175 del CPACA, allegue copia del expediente administrativo completo que contenga los antecedentes del acto acusado, so pena de que el funcionario encargado incurra en falta disciplinaria gravísima.

Segundo. **RECONÓCESE** personería jurídica a la abogada LAURA MARCELA LÓPEZ QUINTERO, identificada con la cédula de ciudadanía nº 41'960.717 expedida en Armenia, y portadora de la tarjeta profesional nº 165.395 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada de la parte demandante conforme al poder obrante en el archivo nº 008 del expediente digital.

Tercero. **ADVIÉRTESE** a las partes y demás intervinientes que el único correo electrónico habilitado para allegar la contestación de la demanda, poderes, sustituciones de poder, memoriales y demás información es el siguiente: sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección electrónica, se tendrá por no presentado.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



Firmado Por:

**Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas**

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

Código de verificación:

87225997e2fb5f71810ff1f3c1f1310fcb28ada835bf159abec50bfd2e0b3c81

Documento generado en 27/05/2022 11:02:04 AM

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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 149

Asunto:	Resuelve solicitud suspensión provisional
Medio de control:	Nulidad
Radicación:	17001-23-33-000-2022-00027-00
Demandante:	Santiago Niño Botero
Demandada:	Asamblea Departamental de Caldas
Tercero interesado:	Universidad del Atlántico

Manizales, veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 229 y 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, pasa el Despacho a resolver sobre la solicitud de suspensión provisional presentada por la parte actora.

ANTECEDENTES

Demanda

El 3 de febrero de 2022 fue interpuesto el medio de control de la referencia (archivos nº 01 y 02 del expediente digital), con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones nº 0298 y nº 0299 del 6 de septiembre de 2021. Con la primera de ellas, la Asamblea Departamental de Caldas invitó a las instituciones de educación superior, públicas o privadas y con acreditación de alta calidad, a presentar oferta relacionada con la evaluación de los aspirantes a Contralor Departamental de Caldas para el período 2022-2025, en el marco de la convocatoria pública para proveer dicho cargo. A través de la segunda, inició la convocatoria pública CGC 001-2021 para la elección del Contralor General del Departamento de Caldas para el período 2022-2025.

Solicitó además la nulidad de “*las resoluciones modifcatorias (sic)*” y que como consecuencia de la nulidad de la Resolución nº 0299 del 6 de septiembre de

¹ En adelante, CPACA.

2021, se dejen sin efectos a título *ex tunc*, las resoluciones modificatorias de dicho acto.

Como fundamento fáctico y jurídico de tales pretensiones, la parte actora sostuvo que la Resolución n° 0299 del 6 de septiembre de 2021 se profirió en la misma fecha que el acto con el cual se invitó a las instituciones de educación superior (Resolución n° 0298 del 6 de septiembre de 2021), contrariando lo dispuesto por la Ley 1904 de 2018 en punto a que la convocatoria pública debe hacerse previa elección de la universidad que realizaría la respectiva evaluación.

Cuestionó además que la Resolución n° 0298 del 6 de septiembre de 2021 sólo hubiera concedido a las instituciones de educación superior interesadas, un plazo de 10 días calendario para presentar las propuestas técnicas, por considerar que ello no permite la participación en igualdad de condiciones.

Reprochó igualmente que según lo expuesto en la Resolución n° 0298 del 6 de septiembre de 2021, la evaluación de todas las propuestas se hiciera en un término de dos (2) días, dejando entrever que no se surtió un estudio con transparencia, objetividad, imparcialidad e idoneidad, máxime si todo el proceso de convocatoria pública y de adjudicación del contrato se hizo en menos de 17 días.

Adujo que el concurso público de méritos para proveer el cargo de Contralor Departamental no se ha ajustado en absoluto a las disposiciones iniciales del calendario fijadas en el capítulo 2 de la Resolución n° 0299 del 6 de septiembre de 2021, como se desprende de las modificaciones introducidas por la Asamblea Departamental de Caldas a dicho calendario mediante Resoluciones n° 305, n° 314, n° 332, n° 378 de 2021 y n° 402 de 2022, violando la consecutividad (sic) y la continuidad que por ley y mandato constitucional deben tener los concursos públicos de méritos.

Manifestó que las Resoluciones n° 0298 y n° 0299 del 6 de septiembre de 2021 presentan yerros jurídicos de forma y de fondo, que se traducen en una falta de motivación y la falta de requisitos legales consignados en la Ley 1904 de 2018, que implican la nulidad absoluta de tales actos administrativos.

Añadió que el hecho de haber establecido en el cronograma de la convocatoria sólo dos (2) días para la inscripción de los aspirantes, genera una flagrante vulneración de los derechos de los participantes, a la accesibilidad y la transparencia, teniendo en cuenta la magnitud del cargo que se está ofertando y la existencia de otras situaciones, como la del orden público, que obstruiría

el proceso de participación. Mencionó que en cronogramas de otras corporaciones se establecen por lo menos cinco (5) días hábiles.

Expuso que la comisión de verificación de hojas de vida debió haberse creado en la misma Resolución nº 0299 del 6 de septiembre de 2021, como presupuesto de la unidad de materia y para garantizar los principios de transparencia y publicidad que les asiste a los participantes. Indicó que al parecer todo el proceso de creación y nombramiento de la comisión se hizo en dos (2) días, sin que los aspirantes conocieran cómo estaba conformada aquella y los requisitos y calidades para hacer parte de la misma. Acotó que una comisión nombrada de esa manera, que tiene sólo siete (7) días de plazo para revisar los requisitos mínimos de los aspirantes, permite inferir que la revisión no fue profunda, juiciosa y detallada, lo que deviene en que la selección no fue transparente y objetiva.

Explicó que al establecer en la Resolución nº 0299 del 6 de septiembre de 2021 que las reclamaciones sólo podían presentarse dentro de los cuatro (4) días siguientes al resultado de admitidos, se impide que todos los aspirantes en igualdad de condiciones presenten sus reparos, desconociendo todos los factores y reglas mínimas de planeación, a lo cual se adiciona el hecho de que no se conocía la universidad que iba a realizar la respuesta a las reclamaciones de los aspirantes o si ello lo iba a hacer la misma Asamblea Departamental, violando con ello el debido proceso de los participantes.

Aseguró que la Asamblea Departamental de Caldas dio a conocer a través de su portal web, no sólo el listado definitivo de los admitidos en el proceso de selección sino quiénes presentarían la prueba de conocimiento. Sin embargo, para ese momento de la publicación, no existía información respecto de la institución de educación superior encargada de la realización de la prueba de conocimiento.

Consideró que el hecho de otorgar en el calendario sólo dos (2) días hábiles para asistir a la prueba de conocimiento, viola el principio de oportunidad, pues en un período tan corto es seguro que los participantes no pudieron realizar todas aquellas gestiones para asistir, lo que violenta la participación de éstos en el concurso.

Aseguró que no obstante que se había fijado fecha para la prueba de conocimiento, ésta fue realizada el día anterior, incumpliendo con ello el calendario previsto, y evidenciando graves inconsistencias en la notificación formal de la fecha en la cual se llevaría a cabo dicha prueba. Acotó que según consta en el acta de publicación de resultados, catorce (14) de los aspirantes

no asistieron, lo que en su criterio “(...) *deja entrever que la accionante no se trataba de beneficiar de una situación de descuido o negligencia, (...)*”.

Refirió que los actos atacados incurrieron en otra irregularidad, consistente en que el calendario inicial de la convocatoria transgredió los postulados del artículo 3 de la Resolución 728 de 2019, que previó que la convocatoria debía realizarse mínimo con tres (3) meses de antelación a la sesión de elección, lo cual no sucedió en este caso y obligó a la Asamblea Departamental de Caldas a modificar la Resolución nº 0299 del 6 de septiembre de 2021, generando confusión entre los aspirantes.

Expuso que en la Resolución nº 0299 del 6 de septiembre de 2021 no se establecieron criterios de desempate para las distintas etapas del concurso, en caso de que ello ocurriera, ni se previó un procedimiento para realizar reclamaciones a los puntajes de la entrevista, en contravía de la Ley 909 de 2004 y de los criterios de igualdad, transparencia, publicidad y mérito de los concursos públicos.

Mencionó que el proceso de elección del Contralor Departamental de Caldas ha sido objeto de múltiples acciones de tutela, en las cuales se han denunciado explícitas y graves irregularidades contra los derechos al debido proceso y al acceso a cargos públicos de los aspirantes en condiciones de igualdad y transparencia. Añadió que el proceso de elección se encuentra suspendido mediante la Resolución nº 414 de 2022, hasta tanto se resuelva de fondo una de las tutelas promovidas.

Manifestó que gran parte de los aspirantes presentaron sus reclamaciones a la Universidad del Atlántico por una mala calificación o ponderación de resultados en las etapas previstas en el artículo 6 de la Resolución nº 0299 del 6 de septiembre de 2021, en especial de la evaluación de antecedentes, hoja de vida y prueba de conocimientos, todo lo cual deja en entredicho la idoneidad y la transparencia con la cual dicha institución educativa ha encarado este proceso en la parte técnica.

Finalmente adujo que todas las inconsistencias materiales y técnicas en las que ha incurrido la Universidad del Atlántico y la entidad convocante para desarrollar o ejecutar los fines de las Resoluciones nº 298 y nº 0299 del 6 de septiembre de 2021, refuerzan la tesis de la falta de motivación de los actos administrativos e incluso una posible desviación de poder.

Inadmisión de la demanda

Con auto del 9 de marzo de 2022 (archivo nº 04 del expediente digital), el

suscrito Magistrado inadmitió la demanda de la referencia, ordenando a la parte accionante lo siguiente:

- a) Identificar plena y debidamente a la parte accionada en el presente asunto, toda vez que los actos atacados no fueron expedidos por la Universidad del Atlántico y además las asambleas departamentales no tienen personería jurídica para comparecer por sí mismas a un proceso judicial, salvo en asuntos electorales.
- b) Individualizar debidamente los actos administrativos objeto de demanda en este proceso, por cuanto la Resolución n° 0298 del 6 de septiembre de 2021 expedida por la Asamblea Departamental de Caldas tiene la naturaleza de un acto administrativo de trámite no susceptible de control judicial, y no se especificaron las demás resoluciones modificatorias atacadas.
- c) Adecuar las pretensiones de la demanda en concordancia con lo anterior.
- d) Allegar copia de los actos acusados, incluidos los individualizados con ocasión de la corrección, con la constancia de su publicación, comunicación, notificación o ejecución, según el caso.
- e) Adecuar los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda, determinándolos, clasificándolos, numerándolos y separándolos cronológicamente, de manera clara y precisa, sin hacer referencia a argumentos jurídicos que deben ser objeto de desarrollo en el acápite de concepto de la violación y no en el de supuestos fácticos.
- f) Indicar expresa y detalladamente las normas que se dicen violadas con ocasión de los actos administrativos que estime finalmente demandados, así como explicar con precisión y claridad el concepto de la violación respecto de cada uno de ellos.
- g) Aportar la Resolución n° 402 de 2022 anunciada como prueba anexada pero que no fue adjuntada con la demanda, y adecuar el acápite de pruebas de la demanda, en el sentido de enlistar los documentos que fueron allegados con el libelo pero que no fueron enunciados en el mismo.

Actuando de manera oportuna (archivos n° 06 a 08 del expediente digital), la parte accionante presentó escrito de corrección, con el cual:

- a) Manifestó que la entidad accionada es el Departamento de Caldas en representación de la Asamblea Departamental de Caldas y que la Universidad del Atlántico debe estar como vinculada al proceso.
- b) Sostuvo que los actos administrativos objeto de demanda son la Resolución n° 0299 del 6 de septiembre de 2021, con la cual se expidió la convocatoria pública CGC 001-2021 para la elección del Contralor General del Departamento de Caldas para el período 2022-2025, así como las modificatorias del calendario inicial, esto es las Resoluciones n° 305, n° 314, n° 332, n° 378, n° 401 y n° “439 de 2021” (sic) y n° 439, n° 465 y n° 467 de 2022.
- c) Adecuó en el anterior sentido las pretensiones de la demanda.
- d) No allegó copia de la totalidad de actos acusados y de su respectiva constancia de publicación, comunicación, notificación o ejecución, según el caso. Adujo que las resoluciones modificatorias del calendario inicial de la convocatoria, con la respectiva constancia de publicación, se aportarían con la reforma de la demanda para que fueran tenidas en cuenta como medios de prueba.
- e) Adecuó los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda, determinándolos, clasificándolos, numerándolos y separándolos cronológicamente, de manera clara y precisa, sin hacer referencia a argumentos jurídicos.
- f) Indicó las normas que se dicen violadas con ocasión de los actos administrativos demandados, y explicó el correspondiente concepto de la violación.
- g) No aportó la Resolución n° 402 de 2022 anunciada como prueba anexada, señalando que hubo un error de digitación y realmente se refería a la Resolución n° 401 de 2021. Por lo demás, adecuó el acápite de pruebas para incluir las aportadas y no enunciadas, relacionadas con el trámite de las acciones de tutela que se han interpuesto con ocasión del proceso de elección del Contralor Departamental de Caldas.

Posterior al término otorgado para corregir la demanda, el accionante radicó memorial (archivos n° 13 y 14 del expediente digital), con el cual expuso que luego de realizar una búsqueda acuciosa, encontró finalmente las resoluciones demandadas con la respectiva constancia de publicación, para dar cumplimiento a lo ordenado en el auto de corrección. Aportó entonces la

totalidad de actos atacados con lo que dijo ser la constancia de su publicación (archivos nº 15 a 24, *ibídem*).

Solicitud de medida cautelar

Tanto en el libelo original como en el escrito corregido de demanda (páginas 11 a 19 del archivo nº 07 del expediente digital), el señor Santiago Niño Botero solicitó como medida cautelar la suspensión de los efectos jurídicos de la Resolución nº 0299 del 6 de septiembre de 2021 y que, como consecuencia de ello, se suspenda el proceso para proveer el cargo de Contralor Departamental de Caldas.

Como fundamento de la anterior solicitud, la parte actora expuso que existen graves yerros en la convocatoria para elegir al Contralor Departamental de Caldas, tales como la fijación de un calendario errado que no se compadece con la realidad, lo que a su vez generó un ambiente de confusión y de inseguridad jurídica entre *“los accionantes y muchos de los aspirantes al cargo público”*.

Sostuvo que de no concederse la medida, el concurso avanzaría, conformándose la terna de elegibles y dando paso a la etapa de entrevista y posterior elección, sin que se hubieran saneado debidamente los vicios de los que adolece dicho proceso. Acotó que negar la suspensión provisional solicitada haría nugatorios los efectos de la sentencia, causándose además un perjuicio irremediable al interés público o general, al permitir que un concurso tan cuestionado, siga adelante sin el debido juicio de legalidad del juez natural.

Aseguró que con la prueba documental recogida y con los hechos puestos en conocimiento del Tribunal, se cumplen los requisitos mínimos para conceder la cautela, pues se ha probado el grave perjuicio al interés público, se han ventilado debidamente las normas de orden constitucional y legal que trasgreden los actos administrativos, y además hay un interés legítimo como ciudadano en procurar la transparencia, la moralidad y el debido mérito en este tipo de concursos, máxime cuando se trata de la persona que ejercerá el control fiscal en el departamento.

Manifestó que pese a todos los vicios advertidos en la convocatoria, la Asamblea Departamental de Caldas quiere acelerar el proceso de selección, toda vez que en comunicaciones del mes de enero de 2022, tal corporación pública informó a la Universidad del Atlántico que no prorrogaría más el convenio interadministrativo suscrito entre las partes, aduciendo que al haberse surtido la etapa de evaluación de conocimientos y conformándose

una lista de elegibles, contaba con los insumos suficientes para continuar con el proceso apoyada en la Comisión de Acreditación Documental, creada mediante la Ordenanza 874 de 2020.

Adujo que la convocatoria ha perdido legitimidad y confianza por parte de los aspirantes y ello genera una sensación de desconfianza en las instituciones públicas. Por lo expuesto consideró que dejar avanzar el concurso, más aún cuando no se ha conformado la terna de entrevistados y hay serias dudas sobre la calificación de la prueba de aprendizaje, sería una grave omisión al interés público, porque un concurso sin legitimidad no puede tener validez ni legalidad.

Pidió que este Despacho contraste las resoluciones acusadas con las Leyes 909 de 2004 y 1904 de 2018, y con la Resolución 728 de 2018, en cuanto a los estándares y garantías mínimas que deben regir la convocatoria de los contralores de los entes territoriales.

Refirió que la Asamblea Departamental de Caldas ha estado envuelta en diversos señalamientos por parte de los participantes al concurso para proveer el cargo del Contralor Departamental de Caldas, además de los titulares en medios noticiosos donde se anuncian las continuas acciones judiciales y administrativas en contra del concurso.

Afirmó que sin perjuicio de las irregularidades denunciadas y que son de conocimiento público, la Asamblea Departamental de Caldas ha insistido equivocadamente en seguir adelante con las últimas etapas del concurso, pese a cambiar nuevamente las reglas de juego y denominar otro órgano o institución para evaluar las hojas de vida, los antecedentes y los resultados de la prueba de conocimiento de los aspirantes; actos que viciarían aún más el concurso público de méritos, al no tener en cuenta la nulidad del acto administrativo por incompetencia del órgano administrativo al cual se le otorgan facultades para seguir adelante con el concurso.

Consideró que seguir adelante con el concurso, sin retrotraer las actuaciones que han generado desconfianza e inseguridad jurídica entre los participantes, sería contravenir los principios mínimos fundantes del debido proceso en un Estado Social de Derecho.

Aseguró que con la suspensión provisional de los actos administrativos se busca que la Asamblea Departamental de Caldas tenga la oportunidad de reconducir sus actuaciones, revocando incluso sus propios actos administrativos, a fin de expedir unos nuevos y adecuarlos a una estricta legalidad.

Sostuvo que la Asamblea Departamental de Caldas está incurriendo en serias vías de hecho al insistir con terquedad y sin respeto por los pronunciamientos judiciales, en seguir adelante con un concurso que se encuentra viciado desde sus actos preparatorios.

Estimó que si este Juez de conocimiento permite que la Asamblea siga adelante con el concurso, acumulando vicios formales y de fondo en el procedimiento, estaría auspiciando la vulneración de los principios de moralidad, transparencia y de interés general del derecho administrativo.

Admisión de la demanda y traslado de la solicitud de medida cautelar

Con autos del 21 de abril de 2022 (archivos nº 26 y 27 del expediente digital), el suscrito Magistrado admitió la demanda de la referencia y corrió traslado de la solicitud de suspensión provisional a la entidad territorial legitimada en la causa por pasiva para comparecer en el proceso, y también a la Asamblea Departamental de Caldas y a la Universidad del Atlántico, como terceros interesados.

Respuesta frente a la solicitud de medida cautelar

Asamblea Departamental de Caldas (archivo nº 35 del expediente digital)

Actuando debidamente representada, la Asamblea Departamental de Caldas se opuso a la solicitud de medida cautelar, argumentando que no se acreditó, ni siquiera de manera sumaria, alguna afectación o vulneración que permita establecer el cumplimiento de las condiciones mínimas que consagra la ley para que proceda la suspensión provisional frente a los actos administrativos demandados. Acotó que las manifestaciones realizadas en la demanda tienen un componente principalmente subjetivo y ninguno de los hechos narrados se acompaña de soporte probatorio que permita inferir de manera previa la vulneración directa de las disposiciones legales o la causación de perjuicio irremediable al accionante.

Explicó que la Asamblea Departamental de Caldas suscribió contrato interadministrativo con la Universidad del Atlántico para realizar acompañamiento en el proceso de elección de Contralor General de Caldas, para lo cual adelantó una convocatoria aparte como componente de la etapa precontractual de planeación, en la que sólo se recibió una propuesta por parte de la institución de educación superior finalmente seleccionada, que cumplía con los requisitos de idoneidad (acreditación de alta calidad) y experiencia.

Sostuvo que con las suspensiones decretadas por jueces de tutela como medida provisional mientras se profería decisión de fondo, el proceso de elección se vio afectado en su programación inicial y el contrato con la Universidad del Atlántico tuvo que ser prorrogado. Sin embargo, expuso que finalmente el contrato no se prorrogó nuevamente, pues ya se había agotado la etapa de prueba de conocimientos, y la Asamblea Departamental de Caldas, como responsable del proceso, está en capacidad de adelantar directamente las etapas siguientes de verificación de experiencia, educación, actividad docente y producción de obras de los aspirantes que superaron la prueba de conocimientos.

Aseguró que el proceso de elección de Contralor General del Departamento es una función que se encuentra en cabeza de las asambleas departamentales, por lo que es un tema de competencia constitucional y legal y, en ese sentido, es claro que la facultad para adelantarlos es responsabilidad exclusiva de la Asamblea Departamental de Caldas y no de un tercero contratado, como lo quiera hacer ver el demandante.

Manifestó que conforme a la Resolución 0728 de 2019, la prueba de conocimientos debe ser elaborada por un establecimiento de educación superior, público o privado, debidamente acreditado, entendiendo que las asambleas departamentales del país son instituciones que no cuentan con el personal, los recursos ni la idoneidad para elaborar una prueba de conocimientos para un proceso de selección para proveer un cargo público, pero incluso la norma sólo limita esta actividad a la elaboración de la prueba, y no la hace extensiva a la aplicación de la misma o a la respuesta a las reclamaciones que se presenten, pues todas las demás actividades de la convocatoria son de responsabilidad exclusiva de las asambleas departamentales.

Afirmó que lo anterior constituye el fundamento de la vinculación de la Universidad del Atlántico de manera posterior al inicio de la convocatoria pública de elección de Contralor General de Caldas, ya que contar con dicha institución de educación superior era obligatorio para la elaboración de la prueba de conocimiento y, en todo caso, si para dicho momento no se había agotado el procedimiento de contratación con aquella, el cronograma podía ser objeto de modificaciones.

Señaló que conforme al artículo 2 de la Resolución 0728 de 2019, es la propia entidad convocante, para este caso la Asamblea Departamental de Caldas, la que establece las condiciones de la convocatoria.

Consideró que no sólo no se acreditan los supuestos que establece la ley para acceder a la suspensión provisional de los actos administrativos, pues del simple cotejo de los actos acusados no resulta evidente la violación a las normas superiores, sino que además, suspender el proceso afectaría de manera grave la participación de los aspirantes que han agotado las etapas hasta la fecha y frente a los cuales se han respetado y garantizado todas las garantías constitucionales, legales y administrativas.

Departamento de Caldas (archivo nº 38 del expediente digital)

Obrando a través de apoderada judicial, el Departamento de Caldas manifestó igualmente su oposición a la solicitud de medida cautelar, con fundamento en los mismos argumentos expuestos por la Asamblea Departamental.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Pasa entonces el Despacho a determinar si en el presente asunto se cumplen los presupuestos normativos y fácticos para suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos demandados.

1. Cuestión previa

Antes de resolver sobre la medida cautelar solicitada en este asunto, el Despacho considera necesario analizar nuevamente la legitimación en la causa por pasiva dentro de este proceso, habida cuenta la expedición de la Ley 2200 de 2022.

En efecto, con la citada ley se dictaron normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los departamentos, estableciendo lo siguiente en relación con la representación legal de las asambleas departamentales:

ARTÍCULO 29. REPRESENTACIÓN LEGAL. *La representación legal de la asamblea departamental corresponderá al Presidente de la corporación. En ausencia temporal de este, la asumirá el primer Vicepresidente.*

La Asamblea Departamental de conformidad con lo dispuesto en esta ley tiene capacidad para comparecer al proceso, podrá obrar como demandante o demandado o interviniente, por medio de su representante legal debidamente acreditado, quien comparecerá al proceso por conducto de apoderado inscrito, excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa.

De conformidad con lo anterior, es evidente entonces que la citada disposición

reconoció personalidad jurídica expresa a las asambleas departamentales, lo que implica que pueden ser sujetos autónomos de derechos y obligaciones y actuar por sí mismos o a través de representante.

En ese orden de ideas, al tener capacidad para ser parte, las asambleas departamentales pueden también válidamente comparecer al proceso y, por lo tanto, la Asamblea Departamental de Caldas está legitimada en la causa por pasiva para actuar directamente en este asunto sin necesidad de la intervención del Departamento de Caldas.

No obstante que la Ley 2200 de 2022 ya había entrado en vigencia para el momento en que se prohirieron el auto admisorio de la demanda y el auto que corrió traslado de la medida cautelar, el Despacho considera que la actuación realizada hasta esta etapa no amerita retrotraerse, en la medida en que en tales providencias se ordenó notificar personalmente a la Asamblea Departamental de Caldas, a quien se le concedió la oportunidad de pronunciarse a través del Departamento de Caldas, lo cual hizo oportunamente.

En ese entendimiento, se desvinculará del proceso al Departamento de Caldas y se admitirá la comparecencia directa de la Asamblea Departamental de Caldas, por expresa disposición legal.

2. De las medidas cautelares en el CPACA

En lo que concierne a la procedencia de medidas cautelares en los procesos contenciosos administrativos, el artículo 229 del CPACA, dispone:

En todos los proceso (sic) declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo. (Negrilla fuera de texto).

Instituye igualmente el inciso 2º de la mencionada norma, que la decisión que allí se adopte no implica prejuzgamiento, en tanto que en el párrafo único determina:

Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.

De lo anterior se pueden extraer los siguientes elementos configurativos de las medidas cautelares:

- i) Regla general: proceden en todos los procesos declarativos.
- ii) Finalidad: garantizar de manera provisional el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.
- iii) Sistema: “dispositivo” (a instancia de parte) o “mixto” (en acciones populares y de tutela, a instancia de parte u oficiosamente).
- iv) Requisito especial: sustentarla debidamente.
- v) Oportunidad para decretarla: en cualquier estado del proceso, incluso antes de notificar el auto admisorio de la demanda.
- vi) Providencia que la decreta: auto motivado separado.
- vii) Naturaleza de la decisión: no significa prejuzgamiento.

3. La suspensión provisional de un acto administrativo

La fuente constitucional de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos es el artículo 238 de la Carta que faculta a esta Jurisdicción especializada para “(...) *suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial*”.

El artículo 230 de CPACA, una vez prevé que las medidas cautelares pueden ser de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa o de suspensión, en su numeral 3 establece como uno de los mecanismos para materializarlas, el de “*suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo*”, disposición que constituye tanto una medida de suspensión como preventiva.

Por su parte, el artículo 231 de la norma en cita, establece cuáles son los requisitos para decretar las medidas cautelares, así:

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

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

1. *Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*

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

El Consejo de Estado ha sostenido que en lo que se refiere a la suspensión provisional de los actos administrativos, el CPACA introdujo una modificación sustancial, en tanto prescindió de la expresión “*manifiesta infracción*” a la cual hacía alusión el Código Contencioso Administrativo (CCA), y en su lugar dispuso que dicha medida cautelar procedía cuando la violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud respectiva, surgiera del análisis del acto demandado y de su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. En otras palabras, con el CPACA se habilitó al Juez para realizar un estudio no simplemente superficial de la solicitud de la medida sino uno en el que puede apreciar las pruebas aportadas con tal fin.

En ese sentido, “(...) *la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al juez administrativo para realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y estudiar las pruebas allegadas con la solicitud.*”².

Ahora bien, la Alta Corporación también ha precisado que lo anterior es así “(...) *lógicamente, sin incurrir en una valoración de fondo más propia de la fase de juzgamiento que de este primer momento del proceso; ya que, conforme lo estatuido por el artículo 229 CPACA en su inciso 2º, “[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento*”³. Acotó el Consejo de Estado que la transgresión de las normas superiores invocadas debe surgir “(...) *de manera ostensible, es decir, de la simple comparación entre estas y los actos acusados o del estudio de las pruebas*

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Guillermo Vargas Ayala. Auto del 3 de diciembre de 2012. Radicado número: 11001-03-24-000-2012-00290-00.

³ Al respecto, pueden consultarse las providencias del 30 de junio de 2016 (Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00369-00)) y del 29 de agosto de 2013 (Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00491-00(1973-12)), de las Secciones Primera y Segunda respectivamente, con ponencia de los Consejeros Guillermo Vargas Ayala y Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

allegadas con el libelo, sin necesidad de profundos razonamientos.”⁴.

4. Examen del caso concreto

4.1 Sustentación medida cautelar

Sostuvo la parte demandante que la Resolución n° 0299 del 6 de septiembre de 2021, con la cual se expidió la convocatoria pública CGC 001-2021 para la elección del Contralor General del Departamento de Caldas para el período 2022-2025, así como las modificatorias del calendario inicial, esto es las Resoluciones n° 305, n° 314, n° 332, n° 378, n° 401 y n° “439 de 2021” (sic) y n° 439, n° 465 y n° 467 de 2022, deben ser suspendidas provisionalmente, por cuanto las mismas fueron expedidas incurriendo en yerros de procedimiento, y en abierta vulneración del ordenamiento jurídico, según se relató en los hechos de la demanda y se reiteró en el escrito de medida cautelar.

En el acápite de medida cautelar, la parte actora no hizo referencia a las normas constitucionales y/o legales que considera fueron vulneradas por los actos atacados, lo cual se requiere para realizar el contraste exigido por el CPACA para determinar si es procedente en este caso decretar la suspensión provisional.

No obstante lo anterior, y habida cuenta que el demandante manifestó que la petición se fundamenta no sólo en lo expuesto en el acápite correspondiente sino también en los hechos de la demanda y en las pruebas aportadas, este Despacho hará una lectura sistemática de la demanda, con el fin de efectuar el estudio que corresponde, atendiendo la naturaleza del medio de control propuesto, y para garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia y la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal.

Así pues, la vulneración del ordenamiento jurídico que según la parte actora amerita no sólo la declaratoria de nulidad de los actos atacados sino también su suspensión provisional, es la que se resume a continuación, precisando en todo caso que el Despacho no tendrá en cuenta aquellos argumentos relacionados con la legalidad de la Resolución n° 0298 del 6 de septiembre de 2021, pues ésta no es objeto de demanda:

- a) La Resolución n° 0299 del 6 de septiembre de 2021 se profirió en la misma fecha que el acto con el cual se invitó a las instituciones de educación

⁴ Al respecto, pueden consultarse las providencias del 7 de diciembre de 2016 (Radicación número: 11001-03-27-000-2014-00042-00(21171)) y del 29 de agosto de 2013 (Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00491-00(1973-12)), de las Secciones Cuarta y Segunda respectivamente, con ponencia de los Consejeros Hugo Fernando Bastidas Bárcenas (E) y Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

superior (Resolución nº 0298 del 6 de septiembre de 2021), contrariando lo dispuesto por los artículos 5 y 6 de la Ley 1904 de 2018 en punto a que la convocatoria pública debe hacerse previa elección de la universidad que realizaría la respectiva evaluación.

- b) El concurso público de méritos para proveer el cargo de Contralor Departamental de Caldas no se ha ajustado al calendario fijado en la Resolución nº 0299 del 6 de septiembre de 2021, tal como se extrae de las modificaciones introducidas por Resoluciones nº 305, nº 314, nº 332, nº 378, nº 401 y nº “439 de 2021” (sic) y nº 439, nº 465 y nº 467 de 2022, violando la continuidad que por ley y mandato constitucional deben tener los concursos públicos de méritos. Lo anterior generó que las pruebas de conocimiento no se realizaran en las fechas establecidas, sin que de ello se hubiera comunicado oportunamente a los aspirantes.
- c) El calendario inicial de la convocatoria establecido en la Resolución nº 0299 del 6 de septiembre de 2021, trasgrede los postulados del artículo 3 de la Resolución 728 de 2019 y del artículo 3 de la Ley 1904 de 2018, en tanto no cumple el plazo mínimo de tres meses transcurridos entre la publicación de la convocatoria y la elección del contralor.
- d) La convocatoria otorgó un término que no fue suficiente (sólo dos (2) días) para la recepción de documentación de los interesados en participar en la elección, y además no disponía de aplicativo para facilitar tal fin. Lo anterior generó una flagrante vulneración de los derechos de los participantes, a la accesibilidad y la transparencia, teniendo en cuenta la magnitud del cargo ofertado y la existencia de otras situaciones, como la del orden público, que obstruiría el proceso de participación.
- e) La comisión de verificación de hojas de vida debió haberse creado en la misma Resolución nº 0299 del 6 de septiembre de 2021, como presupuesto de la unidad de materia y para garantizar los principios de transparencia y publicidad que les asiste a los participantes. Al parecer, todo el proceso de creación y nombramiento de la comisión se hizo en dos (2) días, sin que los aspirantes conocieran cómo estaba conformada aquélla y los requisitos y calidades para hacer parte de la misma. Una comisión nombrada de esa manera, que tiene sólo siete (7) días de plazo para revisar los requisitos mínimos de los aspirantes, permite inferir que la revisión no fue profunda, juiciosa y detallada, lo que deviene en que la selección no fue transparente y objetiva.
- f) Al establecer en la Resolución nº 0299 del 6 de septiembre de 2021 que las reclamaciones sólo podían presentarse dentro de los cuatro (4) días

siguientes al resultado de admitidos, se impide que todos los aspirantes en igualdad de condiciones presenten sus reparos, desconociendo todos los factores y reglas mínimas de planeación, a lo cual se adiciona el hecho de que no se conocía la universidad que iba a responder las reclamaciones de los aspirantes o si ello lo iba a hacer la misma Asamblea Departamental, violando con ello el debido proceso de los participantes.

- g) Para cuando la Asamblea Departamental de Caldas dio a conocer a través de su portal web el listado definitivo de los admitidos en el proceso de selección y quiénes presentarían la prueba de conocimiento, no existía información respecto de la institución de educación superior encargada de la realización de la prueba de conocimiento, lo que se traduce en violación al debido proceso de los participantes en el concurso.
- h) El hecho de otorgar en el calendario sólo dos (2) días hábiles para asistir a la prueba de conocimiento, viola el principio de oportunidad, pues en un período tan corto seguramente los participantes no pudieron realizar todas aquellas gestiones para asistir, lo que violenta la participación de éstos en el concurso.
- i) La Asamblea Departamental de Caldas incumplió los presupuestos del artículo 4 de la Resolución 728 de 2019 de la Contraloría General de la República, al no haber publicitado debidamente por los medios de difusión y comunicación que establece el artículo 2.2.6.5 del Decreto 1082 de 2015 para los concursos públicos de méritos, mínimo diez (10) días antes de la recepción de los documentos para acreditar los requisitos mínimos, con lo que se pone en tela de juicio la transparencia y la publicidad del proceso de selección.
- j) En la Resolución nº 0299 del 6 de septiembre de 2021 no se establecieron criterios de desempate para las distintas etapas del concurso, en caso de que ello ocurriera, ni se previó un procedimiento para realizar reclamaciones a los puntajes de la entrevista, en contravía de la Ley 909 de 2004 y de los criterios de igualdad, transparencia, publicidad y mérito de los concursos públicos.
- k) La Asamblea Departamental de Caldas incumplió con el presupuesto del artículo 13 de la Resolución 728 de 2019, en lo relacionado con el principio de oportunidad, dado que al introducir modificaciones continuas al calendario y generar errores logísticos en la presentación de prueba de conocimientos, más lo reducidos términos para presentar reclamaciones, incurrió en un vicio insanable en contra de la congruencia

y la continuidad de los procesos, cargas administrativas que sólo son imputables a la entidad seleccionadora y nunca a los aspirantes.

- l) Gran parte de los aspirantes presentaron sus reclamaciones a la Universidad del Atlántico por una mala calificación o ponderación de resultados en las etapas previstas en el artículo 6 de la Resolución nº 0299 del 6 de septiembre de 2021, en especial de la evaluación de antecedentes, hoja de vida y prueba de conocimientos, todo lo cual deja en entredicho la idoneidad y la transparencia con la cual dicha institución educativa ha encarado este proceso en la parte técnica.
- m) Las respuestas de la prueba de conocimiento fueron mal calificadas y algunas preguntas en sus opciones de respuesta tenían enunciados ambiguos que no correspondían con la normativa, la teoría o el conocimiento evaluable.
- n) Existen serias dudas en cuanto a la forma en cómo la institución de educación superior está ponderando y calificando los resultados, porque si las preguntas son de opción múltiple, las respuestas deben ser únicas e inequívocas al igual que la valoración de los documentos que sirven de soporte a cada etapa de concurso.
- o) Todas las inconsistencias materiales y técnicas en las que ha incurrido la Universidad del Atlántico y la entidad convocante para desarrollar o ejecutar los fines de las Resoluciones nº 298 y nº 0299 del 6 de septiembre de 2021, refuerzan la tesis de la falta de motivación de los actos administrativos e incluso una posible desviación de poder.
- p) Los actos atacados se encuentran viciados de nulidad absoluta toda vez que a lo largo de la ejecución de la convocatoria se han presentado hechos que van al traste con vicios graves e insaneables para el concurso.
- q) Las denuncias por las incongruencias que ha venido presentando el concurso han afectado la legitimidad de éste, pese a que es un asunto de relevancia por tratarse del control fiscal.
- r) La Asamblea General de Caldas informó a la Universidad del Atlántico que no prorrogará más el convenio interadministrativo suscrito con ésta, por considerar que al haberse surtido la etapa de evaluación de conocimientos y al estar ya conformada la lista de elegibles, la corporación pública cuenta con los insumos suficientes para continuar con el proceso de elección, apoyada en la Comisión de Acreditación Documental creada mediante la Ordenanza 874 de 2020.

- s) La Asamblea Departamental de Caldas modificó las reglas de la convocatoria, al crear otro órgano o institución para evaluar las hojas de vida, los antecedentes y los resultados de la prueba de conocimiento de los aspirantes. El citado órgano administrativo al cual se le otorgan facultades para seguir adelante con el concurso es incompetente para ello.
- t) Los actos acusados deben ser contrastados con las Leyes 909 de 2004 y 1904 de 2018, y con la Resolución 728 de 2018, en cuanto a los estándares y garantías mínimas que deben regir la convocatoria de los contralores de los entes territoriales.

4.2 Pruebas que sustentan la medida cautelar

Con el fin de que posteriormente se establezca si los efectos de los actos administrativos demandados ameritan ser suspendidos provisionalmente, el Despacho analizará a continuación las pruebas allegadas con la demanda:

- a) Con Resolución nº 0298 del 6 de septiembre de 2021 (páginas 45 a 51 del archivo nº 02 del expediente digital), la Asamblea Departamental de Caldas convocó a las instituciones de educación superior, públicas o privadas, con experiencia en la elaboración y aplicación de exámenes de conocimientos y acreditación de alta calidad, a presentar oferta relacionada con la evaluación de los aspirantes a Contralor Departamental de Caldas para el período 2022-2025, en el marco de la convocatoria pública para proveer dicho cargo.

Se indicó en dicho acto que las etapas del proceso de elección del Contralor Departamental de Caldas en las que intervendría la institución de educación superior seleccionada, serían las siguientes:

- Acompañamiento y apoyo en el proceso de convocatoria pública.
- Recepción de hojas de vida y lista de admitidos y no admitidos, las cuales le serían enviadas por la Asamblea Departamental de Caldas.
- Prueba de conocimiento.
- Análisis de pruebas, incluyendo la calificación de las mismas.
- Valoración de antecedentes académicos y experiencia laboral.
- Conformación de la terna.

Como fecha límite para el envío de las manifestaciones de interés, se estableció el 15 de septiembre de 2021; y se precisó que aquellas serían analizadas en un término de cinco (5) días hábiles, dentro del cual se comunicaría la respuesta respectiva.

Se indicó que el plazo de ejecución de la propuesta seleccionada sería de máximo tres (3) meses, a partir de la suscripción del acta de inicio.

Con base en lo anterior se fijó el cronograma respectivo.

- b) Por Resolución nº 0299 del 6 de septiembre de 2021 (páginas 52 a 70 del archivo nº 02 del expediente digital), la Asamblea Departamental de Caldas inició la convocatoria pública CGC 001-2021 para la elección del Contralor General del Departamento de Caldas para el período 2022-2025.

En el citado acto se identificaron las etapas de la convocatoria, así:

- Divulgación: por el término de 10 días calendario.
- Inscripción: una vez culminada la divulgación y de manera presencial y personal en la ventanilla única de la Asamblea Departamental de Caldas.
- Lista de pre admitidos (previos y definitivos): publicada por la Asamblea Departamental de Caldas, según el cumplimiento en la presentación de documentos y en los requisitos mínimos exigidos legalmente para el cargo. Se previó la posibilidad de que a través de correo electrónico y dentro del término de dos (2) días hábiles siguientes a la fecha de publicación de los resultados, los aspirantes presentaran reclamaciones con ocasión al cumplimiento de requisitos legales; las cuales serían decididas por la misma Corporación y frente a las que no habría reclamación alguna. Se estableció que cerrada la etapa de observaciones y reclamaciones, la Asamblea elaboraría la lista de admitidos definitiva.
- Criterios de selección: de conformidad con lo dispuesto al respecto en la Resolución nº 0728 del 18 de noviembre de 2019 expedida por la Contraloría General de la República.
- Prueba de conocimiento: elaborada por la institución de educación superior elegida, la cual sería informada previamente a los aspirantes mediante la página web de la Asamblea Departamental de Caldas, junto con la metodología, el lugar, fecha y hora para llevar a cabo el examen correspondiente. Se previó que la universidad entregaría los resultados obtenidos por los participantes, para que la Asamblea Departamental de Caldas los publicara en su página web. Se incluyó igualmente la posibilidad de que a través de correo electrónico y dentro del término de dos (2) días hábiles siguientes a la fecha de publicación de los resultados, los aspirantes presentaran reclamaciones sobre los resultados

obtenidos; las cuales serían decididas por la universidad y frente a las que no habría reclamación alguna.

- Conformación de la terna: efectuada por la Asamblea Departamental de Caldas, atendiendo los participantes que ocuparan los tres primeros lugares con ocasión de los puntajes finales obtenidos, y publicada por el término de cinco (5) días hábiles en el sitio web de dicha corporación pública. Se previó la oportunidad de que dentro del término de publicación de la terna y como insumo para la valoración de los miembros de la asamblea, la ciudadanía en general pudiera realizar observaciones sobre los integrantes, allegadas con mínimo un (1) día antes de la fecha para la elección. Adicionalmente se estableció que los integrantes de la terna debían presentar su respectivo plan de trabajo a la corporación pública, en la fecha y hora señaladas en el cronograma, que sería publicado en la página web de la asamblea para conocimiento del público en general.
- Examen de integridad no puntuable: efectuado a los integrantes de la terna por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública, durante el término de publicación de la terna o en la fecha que establezca el evaluador; cuyos resultados serían tenidos en cuenta como criterio orientador para la elección que realizaría la Asamblea Departamental de Caldas.
- Entrevista: a los integrantes de la terna ante la plenaria de la corporación pública, sin puntaje pero como criterio orientador para la posterior elección.
- Elección: realizada por la plenaria de la Asamblea Departamental de Caldas.

Se señaló que el medio de comunicación oficial del proceso de selección sería a través de la página web de la Asamblea Departamental de Caldas y vía correo electrónico con las personas inscritas en la convocatoria.

Con base en lo anterior se fijó el cronograma respectivo, tal como se indica a continuación, del cual se indicó que podía ser modificado en cualquier momento por la Asamblea Departamental de Caldas, en caso de presentarse situaciones que así lo ameritaran, cumpliendo en todo caso con los principios de publicidad y transparencia del proceso de elección.

CRONOGRAMA
CONVOCATORIA CGC 001-2021 ELECCIÓN DE CONTRALOR GENERAL DEL
DEPARTAMENTO DE CALDAS PERIODO 2022-2025

N°	ACTIVIDAD	FECHA Y HORA	LUGAR	RESPONSABLE
1	Divulgación. Publicación resolución convocatoria pública	Desde el 06 de septiembre de 2021	Cartelera y página web de la Asamblea Departamental de Caldas. Redes sociales institucionales. Otros medios de comunicación	Asamblea Departamental de Caldas
2	Observaciones a la publicación de la convocatoria	Hasta el 15 de septiembre de 2021	Correos electrónicos oficiales	Ciudadanía en general
3	Respuesta observaciones y modificaciones al acto administrativo	20 de septiembre de 2021	página web de la Asamblea Departamental de Caldas	Asamblea Departamental de Caldas
N°	ACTIVIDAD	FECHA Y HORA	LUGAR	RESPONSABLE
4	Proceso inscripción interesados, recepción documentos	21 y 22 de septiembre de 2021 de 8:00 a.m. a 12:00 m y de 2:00 p.m a :00 p.m.	Asamblea Departamental de Caldas – Ventanilla Única	Interesados y Asamblea Departamental de Caldas
5	Creación comisión verificación hojas de vida	22 de septiembre de 2021	Asamblea Departamental de Caldas	Asamblea Departamental de Caldas
6	Revisión de requisitos mínimos	Desde el 23 de septiembre hasta el 01 de octubre de 2021	Asamblea Departamental de Caldas	Mesa Directiva Asamblea Departamental de Caldas
7	Lista de aspirantes no admitidos y admitidos por cumplimiento de requisitos mínimos	01 de octubre de 2021	Cartelera y página web del Asamblea Departamental de Caldas.	Asamblea Departamental de Caldas
8	Reclamaciones al cumplimiento de requisitos mínimos	Hasta el 05 de octubre de 2021	Asamblea Departamental de Caldas	Participante del proceso
9	Respuesta a reclamaciones de cumplimiento de requisitos mínimos	11 de octubre de 2021	Asamblea Departamental de Caldas	Asamblea Departamental de Caldas
10	Lista definitiva de cumplimiento de requisitos mínimo	12 de octubre de 2021	Cartelera y página web de la Asamblea Departamental de Caldas	Asamblea Departamental de Caldas
11	Divulgación citación presentación pruebas	13 de octubre de 2021.	Cartelera y página web de la Asamblea Departamental de Caldas. Cartelera y página web de la Universidad	Asamblea Departamental de Caldas y la Universidad
12	Aplicación de pruebas por parte de la Universidad	16 de octubre de 2021	En el lugar y hora indicados por la Universidad	Universidad
13	Publicación resultado de las pruebas	22 de octubre de 2021	Cartelera y página web de la Asamblea Departamental de Caldas. Página web de la Universidad	Universidad – Asamblea Departamental de Caldas

14	Reclamaciones a resultados de las pruebas	Hasta el 27 de octubre de 2021	En el lugar indicado por la Universidad	Universidad
N°	ACTIVIDAD	FECHA Y HORA	LUGAR	RESPONSABLE
15	Acceso a los cuadernillos	25 y 26 de octubre de 2021 los aspirantes interesados podrán hacer revisión física de sus exámenes en el horario y forma que lo indique la Universidad	En el lugar indicado por la Universidad	Universidad
16	Respuestas a reclamaciones de pruebas	29 de octubre de 2021.	Página web de la Asamblea Departamental de Caldas y página web de la Universidad	Universidad
17	Publicación definitiva de resultados de las pruebas	02 de noviembre de 2021.	Página web de la Asamblea Departamental de Caldas y página web de la Universidad	Asamblea Departamental de Caldas - Universidad
18	Valoración de antecedentes (formación profesional; experiencia; actividad docente; y producción de obras en el ámbito fiscal)	Hasta el 11 de noviembre de 2021	Asamblea Departamental de Caldas y Universidad	Asamblea Departamental y Universidad
19	Publicación de puntajes de valoración de antecedentes	16 de noviembre 2021	Cartelera y página web de la Asamblea Departamental de Caldas.	Asamblea Departamental de Caldas
20	Reclamaciones sobre valoración de antecedentes	Hasta el 19 de noviembre de 2021.	Correos oficiales Asamblea Departamental de Caldas	Participantes
21	Respuestas a reclamaciones sobre valoración de antecedentes	23 de noviembre de 2021.	Página web de la Asamblea Departamental de Caldas	Universidad y Asamblea Departamental de Caldas
22	Publicación de puntajes definitivos y ponderados (pruebas y valoración de antecedentes)	24 de noviembre de 2021	Página web de la Asamblea departamental de Caldas	Asamblea Departamental de Caldas
23	Conformación y publicación de la terna para la elección de Contralor General del Departamento de Caldas con quienes ocupen los tres primeros lugares conforme al puntaje final consolidado.	25 de noviembre de 2021	Página web de la Asamblea Departamental de Caldas	Universidad y Asamblea Departamental de Caldas

Nº	ACTIVIDAD	FECHA Y HORA	LUGAR	RESPONSABLE
24	Presentación planes de trabajo a la Asamblea Departamental de Caldas	Hasta el 29 de noviembre de 2021	Recinto Asamblea Departamental de Caldas	Ternados
25	Examen de integridad a los integrantes de la terna. (No puntuable)	26 de noviembre de 2021.	Departamento Administrativo de la Función Pública. En el lugar que esa entidad disponga o a través de mecanismos tecnológicos	Departamento Administrativo de la Función Pública
26	Entrevista	29 de noviembre de 2021.	Recinto Asamblea Departamental de Caldas	Asamblea Departamental de Caldas
27	Elección de Contralor	30 de noviembre de 2021	Recinto Asamblea Departamental de Caldas,	Asamblea Departamental de Caldas

c) A través de Resolución nº 0305 del 20 de septiembre de 2021 (páginas 71 a 75 del archivo nº 02 del expediente digital), la Asamblea Departamental de Caldas modificó la Resolución nº 0299 del 6 de septiembre de 2021, en punto a lo siguiente:

- Varió el alcance de las reclamaciones contra la lista de pre admitidos, para que procedieran en relación no sólo con el cumplimiento de requisitos legales sino con los demás requisitos establecidos.
- Extendió el término para las inscripciones de dos (2) a cinco (5) días.
- Suprimió la actividad de creación de la comisión de verificación de hojas de vida y dispuso en su lugar la remisión de las hojas de vida de los aspirantes para revisión por parte de la universidad que fuera designada.
- Disminuyó el plazo previsto para la revisión de requisitos mínimos.
- Amplió el término para publicar la lista de aspirantes admitidos y no admitidos.
- Recortó un día el término para dar respuesta a las reclamaciones sobre el cumplimiento de requisitos mínimos.
- Redujo el plazo para publicar la lista definitiva de admitidos y no admitidos.
- Aumentó un día para la presentación de la prueba de conocimientos.
- Amplió el plazo para la publicación de los resultados de la prueba de conocimientos.
- Recortó a un día el acceso a los cuadernillos de la prueba de conocimientos.
- Redujo el término para presentar reclamaciones a los resultados de la prueba de conocimientos.

- Amplió el plazo para dar respuesta a las reclamaciones sobre los resultados de la prueba de conocimientos.
 - Suprimió la actividad de valoración de antecedentes y recortó el término para publicación de los puntajes de valoración de antecedentes.
 - Recortó el término para presentar reclamaciones sobre la valoración de antecedentes.
 - Amplió el plazo para dar respuesta a las reclamaciones sobre la valoración de antecedentes.
 - Redujo a un día el término para conformar y publicar la terna.
 - Recortó a un día el plazo para presentar los planes de trabajo.
 - Eliminó las fechas para el examen de integridad, la entrevista y la elección.
 - Señaló las prohibiciones para participar.
 - Previo reglas de desempate en el puntaje final consolidado.
- d) El 21 de septiembre de 2021, la Asamblea Departamental de Caldas y la Universidad del Atlántico suscribieron contrato n° ADCCI01-2021 (páginas 88 a 97 del archivo n° 02 del expediente digital), para el *“ACOMPañAMIENTO Y APOYO EN EL PROCESO DE CONVOCATORIA PÚBLICA, PARA PROVEER EL CARGO DE CONTRALOR DEPARTAMENTAL DE CALDAS PARA LA VIGENCIA 2022-2025”*.

El citado contrato se pactó por valor de \$16'000.000, con plazo de ejecución desde la suscripción del acta de inicio hasta el 20 de diciembre de 2021.

- e) Mediante Resolución n° 0314 del 30 de septiembre de 2021 (páginas 77 a 80 del archivo n° 02 del expediente digital), y atendiendo medida cautelar dictada en acción de tutela, la Asamblea Departamental de Caldas modificó la Resolución n° 0299 del 6 de septiembre de 2021 en relación con la posibilidad de que la inscripción de los interesados pudiera hacerse no sólo de manera personal sino también a través de apoderado o por medios tecnológicos, para lo cual se establecieron unas condiciones.

Lo anterior generó cambio en el cronograma fijado, así:

- Extendió el plazo para realizar la inscripción.
- Amplió por un día el término previsto para la revisión de requisitos mínimos.

- Redujo a un día el plazo para publicar la lista de admitidos y no admitidos.
 - Aumentó a un día el término para publicar la lista definitiva de cumplimiento de requisitos mínimos.
 - Redujo a un día el plazo para divulgar la citación a la prueba de conocimientos.
 - Amplió el término para la aplicación de pruebas por parte de la universidad elegida.
 - Recortó el plazo para la publicación de los resultados de la prueba de conocimientos.
 - Extendió la fecha límite para presentar reclamaciones a los resultados de la prueba de conocimientos.
 - Redujo el plazo para dar respuesta a las reclamaciones sobre los resultados de la prueba de conocimientos.
 - Amplió el término para la publicación de resultados definitivos de la prueba de conocimientos.
 - Incrementó el plazo para publicación de los puntajes de valoración de antecedentes.
 - Aumentó a un día el término para conformar y publicar la terna.
 - Incrementó el plazo para presentar los planes de trabajo.
- f) Con Resolución n° 0332 del 19 de octubre de 2021 (páginas 81 a 84 del archivo n° 02 del expediente digital), la Asamblea Departamental de Caldas modificó el cronograma previsto en la Resolución n° 0299 del 6 de septiembre de 2021, con ocasión del levantamiento de medida cautelar dictada en acción de tutela, alterando no sólo las fechas sino efectuando los siguientes cambios:
- Recortó un día del término previsto para la revisión de requisitos mínimos.
 - Amplió los días para dar respuesta a las reclamaciones de cumplimiento de requisitos mínimos.
 - Incrementó un día a la publicación de la lista definitiva de cumplimiento de requisitos mínimos.
 - Disminuyó el plazo para la aplicación de la prueba de conocimiento por parte de la universidad elegida.
 - Aumentó un día para la publicación de los resultados de la prueba de conocimientos.
 - Redujo un día del plazo para acceder a los cuadernillos de la prueba de conocimientos.
 - Extendió la fecha para dar respuesta a las reclamaciones sobre los resultados de la prueba de conocimientos.

- Recortó el término para la publicación de resultados definitivos de la prueba de conocimientos.
 - Redujo el plazo para publicación de los puntajes de valoración de antecedentes.
 - Disminuyó el término para la presentación de los planes de trabajo.
- g) Por Resolución n° 0378 del 17 de noviembre de 2021 (páginas 85 a 87 del archivo n° 02 del expediente digital), la Asamblea Departamental de Caldas modificó el cronograma previsto en la Resolución n° 0299 del 6 de septiembre de 2021, con ocasión del levantamiento de medida cautelar dictada en acción de tutela, a partir de la realización de las pruebas de conocimiento, incluyendo los siguientes cambios que alteraron también las fechas:
- Amplió el plazo para la publicación de los resultados de la prueba de conocimientos.
 - Incrementó un día para acceder a los cuadernillos de la prueba de conocimientos.
 - Disminuyó el término para dar respuesta a las reclamaciones sobre los resultados de la prueba de conocimientos.
 - Redujo un día del plazo para dar respuesta a las reclamaciones sobre valoración de antecedentes.
 - Acortó el término para la presentación de los planes de trabajo.
- h) En la página 107 del archivo n° 02 del expediente digital, consta que la Universidad del Atlántico avisó a los aspirantes al cargo de Contralor General del Departamento de Caldas, que la prueba de conocimientos se realizaría el 21 de noviembre de 2021 a las 8:30 a.m., en la Universidad Luis Amigó de Manizales, tal como se indicaba en el cronograma fijado mediante la Resolución n° 0378 del 17 de noviembre de 2021.
- i) Según se observa en la página 108 del archivo n° 02 del expediente digital, una actividad de la Universidad del Atlántico, que no se precisa, se llevó a cabo el día anterior al 21 de noviembre de 2021, de 8:00 a.m. a 1:30 p.m.
- j) En las páginas 105 y 106 del archivo n° 02 del expediente digital obra un acta de publicación de resultados de la prueba de conocimientos llevada a cabo por la Universidad del Atlántico en el marco de la convocatoria pública para la elección del Contralor General del Departamento de Caldas para el período 2022-2025, en la que se observa que varios participantes no asistieron.

- k) El 14 de diciembre de 2021, el supervisor del contrato n° ADCCI01-2021 manifestó a la Asamblea Departamental de Caldas la necesidad de prorrogar dicho acuerdo de voluntades, teniendo en cuenta los retrasos generados por las suspensiones decretadas en acciones de tutela interpuestas en el trámite de la convocatoria (página 101 del archivo n° 02 del expediente digital).
- l) De conformidad con lo anterior, el 17 de diciembre de 2021, la Asamblea Departamental de Caldas y la Universidad del Atlántico prorrogaron el plazo de ejecución del contrato n° ADCCI01-2021 hasta el 31 de diciembre de 2021 (páginas 102 y 103 del archivo n° 02 del expediente digital).
- m) El 29 de diciembre de 2021, el supervisor del contrato n° ADCCI01-2021 manifestó a la Asamblea Departamental de Caldas la necesidad de prorrogar nuevamente el acuerdo de voluntades, teniendo en cuenta los retrasos generados por las suspensiones decretadas en acciones de tutela interpuestas en el trámite de la convocatoria (página 98 del archivo n° 02 del expediente digital).
- n) Por Resolución n° 401 del 30 de diciembre de 2021 (archivo n° 21 del expediente digital), la Asamblea Departamental de Caldas modificó el cronograma previsto en la Resolución n° 0299 del 6 de septiembre de 2021 a partir de la prueba de conocimientos, luego de haberse proferido decisión definitiva en acción de tutela que hacía necesario continuar con el proceso de selección, alterando no sólo las fechas sino efectuando los siguientes cambios:
- Redujo el término para la publicación de puntajes iniciales de valoración de antecedentes.
 - Amplió el plazo para dar respuesta a las reclamaciones sobre valoración de antecedentes.
 - Incrementó un día para la publicación de puntajes definitivos y ponderados (pruebas y valoración de antecedentes).
 - Aumentó el término para la presentación de los planes de trabajo.
- o) Atendiendo la manifestación hecha por el supervisor del contrato n° ADCCI01-2021, el 31 de diciembre de 2021, la Asamblea Departamental de Caldas y la Universidad del Atlántico prorrogaron el plazo de ejecución del contrato n° ADCCI01-2021 hasta el 31 de enero de 2022 (páginas 99 y 100 del archivo n° 02 del expediente digital).

- p) Con Oficio n° PAC-011-2022 del 24 de enero de 2022 (páginas 109 y 110 del archivo n° 02 del expediente digital), el Presidente de la Asamblea Departamental de Caldas le informó al Rector de la Universidad del Atlántico que el contrato n° ADCCI01-2021 no se prorrogaría una vez se venciera el plazo contractual el 31 de enero de 2022.

Lo anterior, por considerar que con el insumo entregado por la universidad, consistente en el informe definitivo de prueba de conocimientos y el informe preliminar de la puntuación de experiencia, educación, actividad docente y producción de obras en el ámbito fiscal de los aspirantes que superaron la prueba de conocimientos de carácter eliminatorio, la corporación pública contaba con los elementos suficientes para continuar con el proceso, apoyada en la Comisión de Acreditación Documental creada mediante la Ordenanza 874 de 2020, que tiene como propósito revisar los documentos con los requisitos exigidos para los aspirantes a ocupar cargos que son de elección de la Asamblea Departamental de Caldas.

Se consideró entonces que la Universidad del Atlántico había cumplido a cabalidad con el objeto del contrato de acompañamiento y apoyo en el proceso de elección de Contralor General de Caldas.

- q) A través de oficio del 25 de enero de 2022 (páginas 113 y 114 del archivo n° 02 del expediente digital), el Rector de la Universidad del Atlántico le manifestó al Presidente de la Asamblea Departamental de Caldas su voluntad de continuar con la totalidad de actividades establecidas en el contrato n° ADCCI01-2021, para lo cual se requeriría nueva prórroga.
- r) Mediante Oficio n° PAC-014-2022 del 26 de enero de 2022 (páginas 111 y 112 del archivo n° 02 del expediente digital), el Presidente de la Asamblea Departamental de Caldas le comunicó al Rector de la Universidad del Atlántico que el contrato n° ADCCI01-2021 había terminado y que era procedente realizar la respectiva liquidación del mismo.

Insistió en que atendiendo la existencia de la Comisión de Acreditación Documental, la Asamblea Departamental de Caldas no realizaría prórroga al contrato, máxime si existía poca disposición de la universidad para atender requerimientos en el tema de verificación de hojas de vida, y entendiendo que por disposición constitucional y legal, la corporación pública es la directamente responsable del proceso de elección y posesión del Contralor General de Caldas.

- s) La decisión de no prorrogar el contrato con la Universidad del Atlántico fue comunicada a la opinión pública y a los aspirantes al cargo de Contralor General del Departamento de Caldas (archivo nº 09 del expediente digital).
- t) A través de Resolución nº 0439 del 10 de febrero de 2022 (archivo nº 22 del expediente digital), la Asamblea Departamental de Caldas modificó el cronograma previsto en la Resolución nº 0299 del 6 de septiembre de 2021 a partir de la prueba de conocimientos, teniendo en cuenta la terminación del contrato con la Universidad del Atlántico, lo cual se vio reflejado no sólo en alteración de fechas sino en los siguientes cambios:
- Incluyó una actividad de valoración de antecedentes y la asignó a la plenaria de la corporación.
 - Aumentó el término para presentar reclamaciones sobre valoración de antecedentes.
 - Redujo el plazo para dar respuesta a las reclamaciones sobre valoración de antecedentes.
 - Recortó a un día la publicación de puntajes definitivos y ponderados (pruebas y valoración de antecedentes).
 - Disminuyó a un día el plazo para la conformación de la terna y la asignó a la asamblea.
 - Suprimió la presentación de planes de trabajo.
 - Incluyó una actividad relacionada con observaciones sobre los integrantes de la terna por parte de la ciudadanía, a cargo de la misma asamblea.
 - Fijó fecha para la entrevista y elección, pese a no contar con fecha para el examen de integridad.
- u) Con Resolución nº 0465 del 18 de marzo de 2022 (archivo nº 23 del expediente digital), la Asamblea Departamental de Caldas modificó el cronograma previsto en la Resolución nº 0299 del 6 de septiembre de 2021, con fundamento en que se había facultado a la Mesa Directiva de dicha corporación pública, para adelantar la valoración de antecedentes (formación profesional, experiencia, actividad docente y producción de obras en el ámbito fiscal) conforme a los parámetros establecidos. Se alteraron no sólo las fechas sino que se efectuaron los siguientes cambios:
- Asignó la valoración de antecedentes a la Mesa Directiva de la corporación.
 - Suprimió la publicación de puntajes de valoración de antecedentes.
 - Incrementó un día el plazo para la publicación de puntajes definitivos y ponderados (pruebas y valoración de antecedentes).

- Fijó nueva fecha para la entrevista y elección, pese a no contar con fecha para el examen de integridad.
- v) Por Resolución nº 0467 del 23 de marzo de 2022 (archivo nº 24 del expediente digital), la Asamblea Departamental de Caldas modificó el cronograma previsto en la Resolución nº 0299 del 6 de septiembre de 2021, aduciendo que se había decidido por la corporación pública que fuera la plenaria la que adelantara la valoración de antecedentes (formación profesional, experiencia, actividad docente y producción de obras en el ámbito fiscal) conforme a los parámetros establecidos. Se alteraron no sólo las fechas sino que se efectuaron los siguientes cambios:
- Asignó la valoración de antecedentes a la plenaria de la corporación.
 - Incluyó nuevamente la publicación de puntajes iniciales de valoración de antecedentes.
 - Aumentó el plazo para dar respuesta a reclamaciones sobre valoración de antecedentes.
 - Amplió el término para las observaciones por parte de la ciudadanía sobre los integrantes de la terna.
 - Fijó nueva fecha para la entrevista y elección, pese a no contar con fecha para el examen de integridad.
- w) En las páginas 115 a 390 del archivo nº 02 del expediente digital, obran providencias dictadas por varios despachos judiciales de Manizales en el marco de acciones de tutela relacionadas con la convocatoria para ocupar el cargo de Contralor General del Departamento de Caldas, y por temas tales como: recepción de documentación complementaria para la inscripción, observaciones a la resolución que convocó a la elección del citado empleo y que afectarían el proceso de inscripción, realización de la prueba de conocimientos antes de la fecha indicada, e inconformidades con la Universidad del Atlántico por calificación de preguntas en la prueba de conocimientos. Las citadas decisiones van desde suspender provisionalmente el concurso hasta negar por improcedentes las acciones de tutela ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial.

4.3 Análisis de las normas invocadas como vulneradas

El texto original del artículo 272 de la Constitución Política dispuso que la elección de contralores departamentales, distritales y municipales sería realizada por los gobernadores o alcaldes, según el caso, de ternas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y

uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso administrativo (inciso 4º).

En el marco de la reforma de equilibrio de poderes que se materializó con la expedición del Acto Legislativo 02 de 2015, el Constituyente decidió modificar la forma de elección de los contralores departamentales, distritales y municipales, y asignar dicha función a las asambleas y concejos, con el fin de que no hubiera interferencia judicial en la postulación de estos cargos.

Como consecuencia de la citada reforma constitucional, el inciso 4º del artículo 272 de la Constitución Política previó que la elección de los contralores departamentales, distritales y municipales estaría a cargo de las asambleas departamentales, concejos municipales y distritales, mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para período igual al del gobernador o alcalde, según el caso.

A través del Acto Legislativo 02 de 2015, el Constituyente decidió fortalecer los procedimientos de elección de servidores públicos atribuidos a las corporaciones públicas, mediante la reforma del artículo 126 de la Constitución Política, el cual dispone que *“Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección”*.

En desarrollo de lo anterior, el Congreso de la República expidió la Ley 1904 de 2018, con la cual estableció las reglas de la convocatoria pública para la elección de Contralor General de la República, aplicables a la elección de los contralores departamentales, distritales, y municipales en lo que corresponda, por disposición expresa del artículo 11, y hasta tanto el legislativo expida disposiciones especiales para la materia. Las pautas fijadas por el legislador sobre la materia, fueron las siguientes:

ARTÍCULO 5o. *La Convocatoria Pública se hará por conducto de la Mesa Directiva del Congreso de la República, a la cual se faculta para seleccionar en el acto de convocatoria a una institución de educación superior, pública o privada y con acreditación de alta calidad, con quien se deberá suscribir contrato o convenio a fin de adelantar una convocatoria pública con quienes aspiren a ocupar el cargo.*

ARTÍCULO 6o. ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN. *El proceso para la elección del Contralor General de la República tendrá obligatoriamente las siguientes etapas:*

1. La convocatoria.
2. La inscripción.
3. Lista de elegidos.
4. Pruebas.
5. Criterios de selección.
6. Entrevista.
7. La conformación de la lista de seleccionados, y
8. Elección.

1. Convocatoria. Entendida como el aviso público, para invitar a todos los ciudadanos interesados en participar en la convocatoria para la elección del Contralor General de la República. Corresponde efectuarla a la Mesa Directiva del Congreso de la República, en un término no inferior a dos meses previos al inicio de la primera legislatura que comienza el 20 de julio del año en que inicia también el periodo constitucional del Presidente de la República.

En la misma se designará la entidad encargada de adelantar la convocatoria pública y deberá contener como mínimo la siguiente información:

- a) los factores que habrán de evaluarse;*
- b) los criterios de ponderación que aseguren el acceso en igualdad de oportunidades a los aspirantes;*
- c) fecha de fijación, lugar, fecha y hora de inscripción y término para la misma;*
- d) fecha de publicación de lista de admitidos y no admitidos;*
- e) fecha, hora y lugar de las pruebas de conocimiento;*
- f) trámite de reclamaciones y recursos procedentes;*
- g) fecha, hora y lugar de la entrevista;*
- h) fecha de publicación de los resultados de la selección y fecha de la elección;*
- i) los demás aspectos que se estimen pertinentes, que tengan relación con el proceso de selección y aseguren la eficacia del mismo.*

La Mesa Directiva del Congreso de la República quedará facultada para adelantar las acciones administrativas y presupuestales para asegurar la designación de la institución de educación superior en mención.

La convocatoria es norma reguladora de todo el proceso de selección y obliga tanto a la administración, como a la entidad contratada para su realización y a los participantes. Contendrá el reglamento de la convocatoria pública, las etapas que deben surtir y el procedimiento administrativo orientado a garantizar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad en el proceso de elección.

La divulgación de la convocatoria será responsabilidad de la Mesa Directiva del Congreso de la República y podrán emplearse los medios previstos en el artículo 15 del Decreto 1227 de 2005. No obstante, como mínimo deberá publicarse en la página web de cada una de las Cámaras, garantizando el acceso permanente a la información.

2. *Inscripción.* En esta etapa serán registrados los aspirantes al cargo de Contralor General de la República que cumplan los requisitos establecidos en la Constitución y en esta ley, debiendo acompañar la hoja de vida junto con los soportes y acreditaciones de estudios y experiencia y los demás anexos, en la forma, términos y condiciones previstos en la convocatoria.

La publicación de la convocatoria deberá efectuarse con no menos de diez (10) días calendario antes del inicio de la fecha de inscripciones, al vencimiento del término de inscripción serán rechazadas, devueltas y no serán valoradas, para ningún efecto, las hojas de vida, anexos o cualquier otro documento que se aporte de manera extemporánea.

3. *Lista de admitidos a la convocatoria pública.* Cerradas las inscripciones serán elaboradas las listas de aspirantes admitidos a la convocatoria pública; previo dictamen emitido por las Comisiones de Acreditación Documental de ambas Cámaras, conforme a lo establecido en el inciso 3 artículo 60 de la Ley 5 de 1992.

La información suministrada en desarrollo de la etapa de inscripción se entenderá aportada bajo la gravedad del juramento, y una vez efectuada la inscripción no podrá ser modificada bajo ninguna circunstancia. Los aspirantes asumirán la responsabilidad de la veracidad de los datos consignados en el momento de la inscripción, así como de los documentos que acrediten el cumplimiento de requisitos.

4. *Pruebas.* Las pruebas de conocimiento se dirigen a establecer la capacidad, idoneidad y aptitud del aspirante frente al cargo. La valoración de los factores anteriores se realizará a través de pruebas de conocimiento objetivas, elaboradas por un establecimiento de educación superior público o privado debidamente acreditado y con enfoque en temáticas que giren en torno a Gerencia Pública, control fiscal, organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República y las relaciones del ente de control y la administración pública.

Los parámetros de ponderación estarán previamente establecidos en la convocatoria y la prueba es de carácter eliminatorio.

5. *Criterios de selección.* En todo caso, el criterio de mérito prevalecerá para la selección del Contralor General de la República, en virtud de lo previsto en el artículo 126 de la Constitución Política y el mayor merecimiento de los aspirantes estará dado por la ponderación en las pruebas de conocimiento, la formación profesional, la experiencia, la competencia, la actividad docente, la producción de obras en el ámbito fiscal y la aptitud específica para el ejercicio del cargo y el desempeño de la función.

La valoración de los estudios y experiencia que sobrepasen los requisitos del empleo, tendrán el valor que se fije en la convocatoria.

6. Entrevista. Una vez seleccionados los 10 elegibles, las Plenarias de Senado y Cámara escucharán por separado y por el tiempo que señale la Mesa Directiva a cada uno de los candidatos.

Cumplido lo anterior, las Mesas Directivas de Senado y Cámara convocarán a Congreso Pleno para elegir al Contralor.

PARÁGRAFO. *En la página web del Congreso de la República, durante cinco (5) días hábiles, se publicará el listado de preseleccionados, con los nombres y apellidos completos, el número de la cédula de ciudadanía y la dirección de la página web dispuesta por el Presidente del Congreso donde se puedan recibir las observaciones que tenga la ciudadanía sobre los aspirantes.*

Con el artículo 4 del Acto Legislativo 04 de 2019, el Constituyente modificó nuevamente el artículo 272 de la Constitución Política, el cual en su inciso 7º establece que los contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las asambleas departamentales, concejos municipales y distritales, de terna conformada por quienes obtengan los mayores puntajes en convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para período de cuatro años que no podrá coincidir con el período del correspondiente gobernador y alcalde.

El artículo 6 del Acto Legislativo 04 de 2019 facultó a la Contraloría General de la República para desarrollar los términos generales para el proceso de convocatoria pública de selección de los contralores departamentales, municipales y distritales.

En concepto del 12 de noviembre de 2019⁵, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sostuvo que:

Como el Legislador no ha expedido todavía una ley que regule específicamente el proceso de elección de los contralores territoriales, la normativa que rige y debe seguirse aplicando es la contenida en la Ley 1904 de 2018, tal como se explicó en al (sic) acápite primero de este documento. Por lo tanto, es a dicha ley a la que debe sujetarse la Contraloría General cuando expida la reglamentación prevista en el artículo 6 del Acto Legislativo 4 de 2019.

(...)

Conforme a lo explicado en este concepto, la competencia otorgada a la Contraloría General de la República por el artículo 6 del Acto Legislativo 4 de 2019 constituye una facultad reglamentaria de carácter permanente, pero

⁵ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Álvaro Namén Vargas. Concepto del 12 de noviembre de 2019. Radicación número: 11001-03-06-000-2019-00186-00(2436).

limitada a la materia y a la finalidad señaladas en dicha norma: desarrollar los términos generales (establecidos previamente por el Legislador) de los procesos de convocatoria pública para la elección de los contralores departamentales, municipales y distritales.

Esta potestad debe ser ejercida dentro de los límites materiales y teleológicos indicados, y de forma subordinada a la Constitución Política (especialmente, a los artículos 126 y 272) y a la ley que regule tales convocatorias (actualmente, la Ley 1904 de 2018), mediante la expedición de actos administrativos de contenido general.

En virtud de la anterior facultad reglamentaria conferida a la Contraloría General de la República, esta entidad expidió la Resolución 0728 de 2019, modificada por la Resolución 0785 de 2021, con la cual estableció los términos generales de las convocatorias públicas de selección de contralores territoriales, así:

ARTÍCULO 2. REGLAS GENERALES. *El interesado a participar en la convocatoria deberá tener en cuenta lo siguiente:*

a) Las condiciones y reglas de la convocatoria serán las establecidas en esta resolución y las fijadas por la corporación convocante, con sus modificaciones y aclaraciones, las cuales son vinculantes para el interesado a partir de la inscripción.

b) El interesado debe cumplir los requisitos exigidos por la Constitución y la ley para ejercer el cargo convocado y para participar en la convocatoria.

c) La comunicación con los inscritos relacionada con la convocatoria se realizará a través de correo electrónico, o el medio que sea dispuesto por la entidad que adelante el proceso público de convocatoria.

d) El interesado en condición de discapacidad debe informarlo en el formulario de inscripción, a fin de disponer los apoyos que requiera, y las entidades convocantes deben dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 1996 de 2019 en la materia.

e) Luego de realizada la inscripción, los datos allí consignados son inmodificables.

ARTÍCULO 3. CONVOCATORIA. *La convocatoria es el aviso público a través del cual la respectiva corporación pública territorial invita a todos los ciudadanos a participar en el proceso de elección de contralor, la cual debe realizarse mínimo con tres (3) meses de antelación a la sesión de elección.*

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *El término dispuesto en este artículo no será obligatorio en las convocatorias para la elección de contralores territoriales cuyo periodo inicia en el año 2020.*

ARTÍCULO 4. DIVULGACIÓN. *La convocatoria pública se hará con una antelación mínima de diez (10) días calendario antes de la fecha de inicio de inscripciones, para lo cual podrán emplearse los medios previstos en el artículo 2.2.6.5 del Decreto 1083 de 2015, sumado a la publicación en el sitio web de la Asamblea Departamental, Concejo Distrital o Municipal o de la entidad territorial correspondiente.*

ARTÍCULO 5. DE LAS ACREDITACIONES. *Los estudios se acreditarán en la forma prevista en los artículos 2.2.2.3.2., 2.2.2.3.3. y 2.2.2.3.4 del Decreto 1083 de 2015.*

La experiencia profesional se acreditará conforme a lo previsto en los artículos 2.2.2.3.7 y 2.2.2.3.8 del Decreto 1083 de 2015.

ARTÍCULO 6. RECLAMACIONES CONTRA EL LISTADO DE ADMITIDOS Y NO ADMITIDOS. *La convocatoria deberá establecer una etapa de reclamaciones contra el listado de admitidos y no admitidos con ocasión de los resultados de la verificación de requisitos mínimos, con un término mínimo de dos (2) días hábiles siguientes a la fecha de publicación de los resultados, contra la decisión que resuelve la reclamación contra la lista de no admitidos, no procede reclamación alguna. Sin perjuicio de las demás etapas de reclamaciones que establezca la respectiva convocatoria.*

ARTÍCULO 7. PONDERACIÓN DE LAS PRUEBAS. *El puntaje obtenido en cada una de las pruebas tendrá el siguiente carácter, peso porcentual y calificación:*

CRITERIO	CARACTER	PONDERACIÓN	
<i>Pruebas de Conocimiento*</i>	ELIMINATORIA	60%	60/100
<i>Formación Profesional</i>	CLASIFICATORIA	15%	N/A
<i>Experiencia</i>	CLASIFICATORIA	15%	N/A
<i>Actividad Docente</i>	CLASIFICATORIA	5%	N/A
<i>Producción de obras en el ámbito fiscal</i>	CLASIFICATORIA	5%	N/A

- Las pruebas de conocimiento deben evaluar la capacidad, idoneidad y aptitud del aspirante frente al cargo, a través de pruebas de conocimiento objetivas, elaboradas por un establecimiento de educación superior público o privado debidamente acreditado y con enfoque en temáticas que giren en torno a Gerencia Pública, control fiscal, organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República y las relaciones del ente de control y la administración pública, de conformidad con el numeral 4 del artículo 6 de la Ley 1904 de 2018.

ARTÍCULO 8. CRITERIOS DE PUNTUACIÓN DE EXPERIENCIA, EDUCACIÓN, ACTIVIDAD DOCENTE Y PRODUCCIÓN DE OBRAS.

La valoración de los estudios y experiencia que sobrepasen los requisitos del empleo, se realizará con base en los siguientes criterios:

FORMACIÓN PROFESIONAL	100 puntos (Ponderación del 15%)	<i>Por formación adicional que supere los requisitos mínimos requeridos se otorgarán treinta (30) puntos por cada especialización, cuarenta (40) por cada maestría y cincuenta (50) por cada Doctorado. Sin que en ningún caso sobrepase los 100 puntos.</i> <i>La formación que sobrepase los 100 puntos no podrá ser homologada para experiencia u otros factores a evaluar..</i>
EXPERIENCIA PROFESIONAL	100 puntos (Ponderación 15%)	<i>Por experiencia general adicional a la requerida para el ejercicio del cargo se otorgarán 5 puntos por cada año acreditado.</i> <i>Por experiencia específica en auditorías a la gestión de entidades públicas, en vigilancia y control fiscal o control interno, se otorgarán 10 puntos por cada año acreditado.</i> <i>La experiencia profesional que sobrepase los 100 puntos no podrá ser homologada para educación u otros factores a evaluar.</i>
EXPERIENCIA DOCENTE	100 puntos (Ponderación del 5%)	<i>Por experiencia docente en instituciones de educación superior reconocidas por el Ministerio de Educación Nacional, se asignarán diez (10) puntos por cada año de servicio académico.</i>

		<i>La experiencia que sobrepase los 100 puntos no podrá ser homologada para educación u otros factores a evaluar.</i>
PRODUCCIÓN DE OBRAS EN EL ÁMBITO FISCAL	100 puntos (Ponderación del 5%)	<i>Por la producción de obras en el ámbito fiscal con ISBN, se otorgarán 50 puntos por cada una cuando el aspirante sea el autor. En caso de ser coautor se otorgarán 20 puntos.</i> <i>Las publicaciones que sobrepasen los 100 puntos no podrán ser homologada para educación u otros factores a evaluar.</i>

ARTÍCULO 9. RECLAMACIONES CONTRA RESULTADOS DE LAS PRUEBAS. *La convocatoria deberá establecer una etapa de reclamaciones contra los resultados de las pruebas, con un término mínimo de dos (2) días hábiles siguientes a la fecha de publicación de los resultados, contra la decisión que resuelve la reclamación no procede reclamación alguna. Sin perjuicio de las demás etapas de reclamaciones que establezca la respectiva convocatoria.*

ARTÍCULO 10. CONFORMACIÓN DE LA TERNA Y PUBLICACIÓN. *La corporación pública correspondiente conformará la terna con quienes ocupen los tres primeros lugares conforme al puntaje final consolidado. La lista de ternados se publicará por el término de cinco (5) días hábiles, por orden alfabético, en el sitio web dispuesto para el efecto, advirtiéndole que por tratarse de una convocatoria pública los puntajes finales no implican orden de clasificación de elegibilidad.*

Dentro del término de publicación de la terna, la ciudadanía podrá realizar observaciones sobre los integrantes, que podrán servir de insumo para la valoración que harán los miembros de las corporaciones públicas, para lo cual la respectiva corporación deberá disponer lo pertinente.

Parágrafo. *En caso de presentarse alguna circunstancia que conlleve el retiro o la falta absoluta de alguno de los integrantes de la terna, deberá completarse con la persona que haya ocupado el cuarto lugar en el puntaje final, y así sucesivamente en estricto orden de mérito.*

ARTÍCULO 11. EXÁMEN DE INTEGRIDAD. *Durante el término de publicación de la terna, el Departamento Administrativo de la Función Pública practicará un examen de integridad a los integrantes de la misma, no puntuable,*

que podrá ser tenida en cuenta como criterio orientador para la elección por parte de la corporación pública. Esta prueba podrá realizarse de forma presencial o a través de los medios tecnológicos disponibles, para lo cual deberá coordinarse lo correspondiente con el Departamento Administrativo.

ARTÍCULO 12. ENTREVISTA. *El proceso de elección incluirá entrevista a los integrantes de la terna ante la plenaria de la corporación pública, la cual no otorgará puntaje y servirá como criterio orientador para la elección por parte la corporación pública.*

ARTÍCULO 13. OPORTUNIDAD DEL PROCESO. *Las corporaciones públicas deberán adoptar cronogramas que garanticen la elección oportuna de los contralores territoriales.*

ARTÍCULO 14. EFICIENCIA DEL GASTO. *Para garantizar la financiación y la eficiencia en el gasto, las asambleas departamentales y los concejos municipales podrán asociarse para contratar una sola institución de educación superior, pública o privada, con acreditación de alta calidad, para que adelante las etapas de la convocatoria correspondiente, en concordancia con el artículo 5 de la Ley 1904 de 2018.*

ARTÍCULO 15. FACULTAD CONSULTIVA. *El Departamento Administrativo de la Función Pública, será la autoridad técnica competente para conceptuar sobre la aplicación e interpretación de las normas que rigen los procesos de convocatoria para la elección de contralores territoriales. Para el efecto, la Contraloría General de la República prestará el apoyo que le sea requerido.*

ARTÍCULO 16. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN EN LAS CONVOCATORIAS Y PROCESOS DE SELECCIÓN EN CURSO. *Las convocatorias públicas o procesos de selección para proveer el cargo de contralor que se encuentren en curso al momento de la publicación de la presente resolución, deberán ceñirse a las normas constitucionales contenidas en el Acto Legislativo 04 de 2019, a la Ley 1904 de 2018 y a las reglas aquí previstas por la Contraloría General de la República.*

Para estos efectos, la respectiva corporación pública estudiará la procedencia de revocar, modificar, adecuar o suspender el proceso adelantado, con miras al cumplimiento cabal de los términos generales para la convocatoria pública de selección establecidos en este reglamento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del Acto Legislativo 004 de 2019.

La antelación de la convocatoria pública a la que se refiere el artículo 3 no será aplicable a la convocatoria de contralores territoriales cuyo periodo inicia en el año 2020, así mismo, los demás términos establecidos en la presente resolución podrán reducirse con miras a culminar estos procesos.

4.4 Confrontación de los actos demandados y las normas invocadas como vulneradas

De conformidad con el recuento normativo efectuado, la elección de contralores departamentales se encuentra a cargo de las respectivas asambleas, quienes por mandato de los artículos 272 y 126 de la Constitución Política, deben adelantar, a efectos de proveer el citado cargo, una convocatoria pública en los términos fijados por la ley.

Pasa entonces el Despacho a establecer si la convocatoria realizada por la Asamblea Departamental de Caldas se ciñó a lo previsto por los artículos 126 y 272 de la Constitución Política, por la Ley 1904 de 2018 y por la Resolución 728 de 2019, con el fin de determinar si existe o no la supuesta violación legal que amerite decretar la suspensión provisional de los actos atacados.

Se precisa que el análisis que se hará a continuación no abarca cuestionamientos hechos por la parte actora en relación con las reclamaciones frente a la calificación y ponderación de la prueba de conocimientos, pues ello no es un aspecto que sea susceptible de estudiarse a través del medio de control propuesto y respecto de los actos generales atacados.

4.4.1 Selección de la institución de educación superior en el mismo acto de convocatoria

Analizada la Resolución n° 0299 del 6 de septiembre de 2021, con la cual la Asamblea Departamental de Caldas abrió la convocatoria para la elección del cargo de Contralor General de Caldas, el Despacho advierte que dicho acto se apartó de lo previsto por la Ley 1904 de 2018.

En efecto, la Resolución n° 0299 a la vez que abrió dicha convocatoria debió también designar la institución de educación superior que adelantaría el proceso de selección de las personas interesadas en ser elegidas como contralor departamental.

Según se reseñó en acápites anteriores, la Asamblea Departamental de Caldas profirió previamente la Resolución n° 0298 del 6 de septiembre de 2021, con la cual convocó a las instituciones de educación superior, públicas o privadas, con experiencia en la elaboración y aplicación de exámenes de conocimientos y acreditación de alta calidad, a presentar oferta relacionada con la evaluación de los aspirantes a Contralor Departamental de Caldas para el período 2022-2025. Se previó en dicho acto que la universidad seleccionada intervendría en etapas tales como: acompañamiento y apoyo en el proceso de convocatoria pública; recepción de hojas de vida y lista de admitidos y no admitidos;

prueba de conocimientos; análisis de pruebas, incluyendo la calificación de las mismas; valoración de antecedentes académicos y experiencia laboral; y conformación de la terna.

Al mismo tiempo que la Asamblea Departamental de Caldas convocó a las instituciones de educación superior mediante la Resolución nº 0298 del 6 de septiembre de 2021, expidió la Resolución nº 0299 del 6 de septiembre de 2021, en cuyo artículo primero previó la realización de la convocatoria pública CGC 001-2021 para la elección de Contralor Departamental de Caldas para el período 2022-2025, sin señalar en este último acto la universidad designada para adelantar el proceso de selección, como lo exigen los artículos 5 y 6 de la Ley 1904 de 2018.

Es evidente que sólo hasta el 21 de septiembre de 2021, es decir, con posterioridad a la apertura de la referida convocatoria para contralor departamental, la Asamblea Departamental de Caldas suscribió contrato con la Universidad del Atlántico para el “ACOMPañAMIENTO Y APOYO EN EL PROCESO DE CONVOCATORIA PÚBLICA, PARA PROVEER EL CARGO DE CONTRALOR DEPARTAMENTAL DE CALDAS PARA LA VIGENCIA 2022-2025”.

Se recuerda que el artículo 5 de la Ley 1904 de 2018 dispuso que “*La Convocatoria Pública se hará por conducto de la Mesa Directiva del Congreso de la República, a la cual se faculta para **seleccionar en el acto de convocatoria a una institución de educación superior**, pública o privada y con acreditación de alta calidad, con quien se deberá suscribir contrato o convenio **a fin de adelantar una convocatoria pública** con quienes aspiren a ocupar el cargo*” (resalta el Despacho).

Por su parte, el artículo 6 de la Ley 1904 de 2018, al señalar el alcance y contenido de cada una de las etapas del proceso de elección, particularmente de la convocatoria, estableció que:

ARTÍCULO 6o. ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN. *El proceso para la elección del Contralor General de la República tendrá obligatoriamente las siguientes etapas:*

(...)

1. *Convocatoria. Entendida como el aviso público, para invitar a todos los ciudadanos interesados en participar en la convocatoria para la elección del Contralor General de la República. Corresponde efectuarla a la Mesa Directiva del Congreso de la República, en un término no inferior a dos meses previos al*

inicio de la primera legislatura que comienza el 20 de julio del año en que inicia también el periodo constitucional del Presidente de la República.

En la misma se designará la entidad encargada de adelantar la convocatoria pública y deberá contener como mínimo la siguiente información:

(...)

La Mesa Directiva del Congreso de la República quedará facultada para adelantar las acciones administrativas y presupuestales para asegurar la designación de la institución de educación superior en mención.

La convocatoria es norma reguladora de todo el proceso de selección y obliga tanto a la administración, como a la entidad contratada para su realización y a los participantes. Contendrá el reglamento de la convocatoria pública, las etapas que deben surtir y el procedimiento administrativo orientado a garantizar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad en el proceso de elección.

(...)” (negrilla fuera de texto).

Nótese cómo, a diferencia de lo que al parecer considera la Asamblea Departamental de Caldas, la presencia de una institución de educación superior en el marco del proceso de elección de los contralores departamentales y municipales, no está restringida únicamente a la realización de la prueba de conocimientos, sino al adelantamiento mismo de la convocatoria pública que está regulada por la ley, como incluso se extrae del mismo acto con el cual la Asamblea Departamental de Caldas extendió invitación a las universidades, y en el que se detallan las etapas en las que la institución elegida debía participar.

Conforme al artículo 15 de la Resolución 0728 de 2019 expedida por la Contraloría General de la República, “El Departamento Administrativo de la Función Pública, será la autoridad técnica competente para conceptuar sobre la aplicación e interpretación de las normas que rigen los procesos de convocatoria para la elección de contralores territoriales. (...)”.

En Conceptos 070141 de 2020 y 217181 de 2021, el Departamento Administrativo de la Función Pública consideró que “(...) es necesario seleccionar en el acto de convocatoria a la institución de educación superior que adelantará el proceso de elección del contralor territorial”; y que “(...) previo al acto de convocatoria para la elección del contralor municipal, el concejo debió culminar el proceso de selección de la institución de educación superior que adelantará el proceso de selección”.

En ese sentido, al confrontar la Resolución nº 0299 del 6 de septiembre de 2021 con los artículos 5 y 6 de la Ley 1904 de 2018, se hace evidente una violación de la norma invocada como vulnerada, así como un desconocimiento del principio de transparencia que el artículo 126 de la Constitución Política exige que se garantice en los procedimientos de elección de servidores públicos atribuidos a las corporaciones públicas.

4.4.2 Modificaciones del calendario fijado en la convocatoria

El artículo 6 de la Ley 1904 de 2018 establece que *“La convocatoria es norma reguladora de todo el proceso de selección y obliga tanto a la administración, como a la entidad contratada para su realización y a los participantes. (...)”*.

Sobre la obligatoriedad e inmodificabilidad de las convocatorias públicas, el Consejo de Estado⁶ ha señalado que:

(...)

“la convocatoria pública es una herramienta eficaz para lograr una mayor participación ciudadana y materializar de forma efectiva el acceso igualitario a los cargos públicos. Sin embargo, su carácter participativo no puede ser óbice para desconocer que los términos que en ella se estipulan se constituyen como normas reguladoras del procedimiento administrativo que desarrollan y en esa medida son vinculantes y de obligatorio cumplimiento, tanto para la administración como para los participantes del proceso de selección.

La convocatoria pública es un acto a través del cual se inicia un proceso selectivo abierto a la población en general, en el cual desde el principio y de manera expresa se especifican ciertas reglas y condiciones de participación.

En efecto, los términos en los que se convoca a la ciudadanía a participar en el proceso de selección, generan deberes y derechos recíprocos tanto para los interesados, como para la entidad pública que está llevando a cabo el respectivo procedimiento, razón por la cual dichas condiciones no solo permean y son transversales a toda la actuación administrativa, sino que además vinculan a la administración.

Así las cosas, es evidente que los términos y condiciones en los que se expida una convocatoria pública se erigen como un marco jurídico

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero Ponente: Dr. Alberto Yepes Barreiro. Sentencia del 29 de septiembre de 2016. Radicación número: 66001-23-33-000-2016-00117-01.

de obligatorio acatamiento para las partes que en ella intervienen, razón por la cual los lapsos, requisitos, formas de calificación, entre otros aspectos, que en ella se consagren son de estricta observancia, y en consecuencia, su modificación o variación solo se permite en casos excepcionalísimos, pues de lo contrario los principios de buena fe y confianza legítima se verían resquebrajados.”⁷ (Negritas fuera de texto). (Negrilla es del texto).

La Resolución nº 0299 del 6 de septiembre de 2021 contempló que tanto la convocatoria como el cronograma (reasignación o ampliación de términos y plazos) podían ser modificados o complementados en cualquier momento por la Mesa Directiva de la corporación, en caso de presentarse situaciones que así lo ameritaran.

Tal como quedó señalado en esta providencia, a lo largo del proceso de elección de Contralor General del Departamento de Caldas, la Asamblea Departamental de Caldas ha expedido las Resoluciones nº 305, nº 314, nº 332, nº 378 y nº 401 de 2021, nº 439, nº 465 y nº 467 de 2022, con las cuales ha modificado el calendario establecido inicialmente en la convocatoria.

Según se ha reseñado en esta providencia, algunos de los cambios al cronograma establecido han sido consecuencia de las varias acciones de tutela promovidas por aspirantes al cargo de Contralor Departamental, que obligaron a la duma departamental a actualizar los plazos previstos.

Sin embargo, se advierte que las demás modificaciones introducidas a la Resolución nº 0299 del 6 de septiembre de 2021, que son casi la totalidad, fueron hechas a arbitrio de la Asamblea Departamental de Caldas, e implican no sólo cambio en las fechas previstas sino también disminución o aumento de términos, e incluso supresión de actividades o alteración de la autoridad responsable de ellas.

Llama la atención que en las últimas modificaciones, la Asamblea Departamental de Caldas se abrogó la facultad de continuar adelantando el proceso de elección sin la participación de la universidad elegida, pese a que, según se indicó anteriormente, la institución de educación superior seleccionada hace parte de los responsables de la convocatoria pública y es quien está legalmente autorizada para su realización, independientemente de las etapas que le corresponden netamente a la corporación pública, particularmente las de entrevista y elección.

⁷ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 3 de agosto de 2015 Expediente No. 11001-03-28-000-2014-00128 -00 Acumulado. C.P. Alberto Yepes Barreiro Ddo. Secretario de la Comisión Sexta del Senado.

Se observa además que la Asamblea Departamental de Caldas incluyó en la convocatoria a la denominada Comisión de Acreditación Documental, para la valoración de antecedentes de los aspirantes (formación profesional, experiencia, actividad docente y producción de obras en el ámbito fiscal).

Sin embargo, dicha comisión fue creada por la Ordenanza 874 de 2020 (artículo 34) para la revisión de los documentos que acrediten las credenciales de cada diputado y las calidades exigidas de quienes aspiran a ocupar cargos de elección en la corporación pública. Tal función no tiene el alcance que para este caso intenta dársele y, adicionalmente, las normas que regulan la convocatoria no contemplan la posibilidad de acudir a este tipo de dependencias para los efectos pretendidos.

Lo expuesto, en criterio del Despacho, desconoce abiertamente que los términos de la convocatoria son vinculantes no sólo para los participantes sino también para la administración, conforme lo prevé el artículo 6 de la Ley 1904 de 2018; todo lo cual es igualmente constitutivo de violación de los principios constitucionales de transparencia, publicidad, buena fe y confianza legítima.

4.4.3 Cumplimiento de plazo mínimo entre la publicación de la convocatoria y la elección del contralor

Alegó la parte actora que el calendario inicial de la convocatoria establecido en la Resolución nº 0299 del 6 de septiembre de 2021, trasgrede los postulados del artículo 3 de la Resolución 728 de 2019 y del artículo 3 de la Ley 1904 de 2018, en tanto no cumple el plazo mínimo de tres (3) meses transcurridos entre la publicación de la convocatoria y la elección del contralor.

El artículo 3 de la Ley 1904 de 2018 no versa sobre el tema planteado por el accionante, pero el artículo 3 de la Resolución 728 de 2019 sí está relacionado con ello y sobre el particular dispone que la convocatoria debe realizarse mínimo con tres (3) meses de antelación a la sesión de elección.

Consultado el cronograma dispuesto en la Resolución nº 0299 del 6 de septiembre de 2021, se observa que, en efecto, la elección del contralor departamental fue prevista inicialmente para el 30 de noviembre de 2021, esto es, desconociendo el plazo mínimo de tres (3) meses de antelación que establece el artículo 3 de la Resolución 728 de 2019.

4.4.4 Término insuficiente para la recepción de documentación de los interesados en participar en la elección

Sostuvo el accionante que el término otorgado en la convocatoria para la

recepción de documentación de los interesados en participar en la elección, no era suficiente, pues correspondía sólo a dos (2) días, generando una flagrante vulneración de los derechos de los participantes a la accesibilidad y a la transparencia. Cuestionó así mismo la inexistencia de un aplicativo para facilitar la inscripción.

Sobre el particular, el Despacho observa que la Ley 1904 de 2018 y la Resolución 728 de 2019 no establecieron un término mínimo para la inscripción y la consecuente recepción de documentación, por lo que no puede afirmarse, como lo pretende el actor, que la Asamblea Departamental de Caldas incumplió con la normativa que regula la materia.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene señalar que con ocasión de acción de tutela, el término finalmente fue ampliado a cinco (5) días y se estableció la posibilidad de inscribirse a través de otro mecanismo que no fuera presencial.

4.4.5 Comisión de verificación de hojas de vida

Cuestionó así mismo la parte actora que la comisión de verificación de hojas de vida de la que se habla en la Resolución nº 0299 del 6 de septiembre de 2021, no se hubiera creado en el mismo acto, como presupuesto de la unidad de materia y para garantizar los principios de transparencia y publicidad que les asiste a los participantes.

En relación con este tema, observa el Despacho que con ocasión de la modificación introducida por la Resolución nº 0305 del 20 de septiembre de 2021, la labor de la comisión de verificación de hojas de vida fue finalmente asignada a la universidad seleccionada, al disponer que la corporación pública remitiría a aquella las hojas de vida de los aspirantes para la revisión de las mismas.

En ese sentido, no hay lugar a realizar pronunciamiento sobre este argumento de la demanda y con el cual pretende que se suspenda provisionalmente la convocatoria.

4.4.6 Término para presentar reclamaciones contra la lista de admitidos

El accionante estimó que el término de cuatro (4) días previsto en la Resolución nº 0299 del 6 de septiembre de 2021 para presentar reclamaciones frente a la lista de admitidos, impide que todos los aspirantes en igualdad de condiciones presenten sus reparos, desconociendo todos los factores y reglas mínimas de planeación, a lo cual se adiciona el hecho de que no se conocía la universidad que iba a responder las reclamaciones de los aspirantes o si ello

lo iba a hacer la misma Asamblea Departamental, violando con tal determinación el debido proceso de los participantes.

Al respecto, el artículo 6 de la Resolución 728 de 2019 estableció para la etapa de reclamaciones contra el listado de admitidos y no admitidos, un término mínimo de dos (2) días hábiles siguientes a la fecha de publicación de los resultados.

En ese sentido, no se advierte que con el acto atacado se configure una violación flagrante contra la citada norma.

4.4.7 Fijación de fecha y hora para la realización de la prueba de conocimientos

Manifestó la parte demandante que el hecho de haber otorgado sólo dos (2) días hábiles para asistir a la prueba de conocimientos, viola el principio de oportunidad, pues impidió que los aspirantes pudieran realizar las gestiones necesarias para asistir.

En relación con este tema, el Despacho señala que no sólo la Ley 1904 de 2018 y la Resolución 728 de 2019 no establecieron un término mínimo para la presentación de la prueba de conocimientos, sino que además, lo expuesto por el actor es una apreciación subjetiva que desconoce incluso que desde el mismo momento en que se divulgó la convocatoria, los interesados conocían la fecha inicial para la realización de la prueba, que luego fue modificada e informada a los interesados.

4.4.8 Publicidad del proceso de elección

Aseguró la parte actora que la Asamblea Departamental de Caldas incumplió los presupuestos del artículo 4 de la Resolución 728 de 2019, al no haber publicitado la convocatoria debidamente por los medios de difusión y comunicación que establece el artículo 2.2.6.5 del Decreto 1082 de 2015 para los concursos públicos de méritos, mínimo diez (10) días antes de la recepción de los documentos para acreditar los requisitos mínimos.

Al respecto, se observa lo siguiente.

El artículo 4 de la Resolución 728 de 2019 establece que para la divulgación de la convocatoria pública, que se hace con una antelación mínima de diez (10) días calendario antes de la fecha de inicio de inscripciones, **pueden** –no deben– emplearse los medios previstos en el artículo 2.2.6.5 del Decreto 1083

de 2015, así como la publicación en el sitio web de la asamblea departamental, concejo distrital o municipal o de la entidad territorial correspondiente.

En punto a este tema, se observa que en el cronograma de la Resolución n° 0299 del 6 de septiembre de 2021 se señaló que la divulgación de la convocatoria se haría desde el mismo 6 de septiembre de 2021, a través de la cartelera y página web de la Asamblea Departamental de Caldas, de las redes sociales institucionales y de otros medios de comunicación.

En ese sentido y ante la inexistencia de prueba en relación con la manera en la cual se hizo efectivamente la divulgación de la convocatoria para el cargo de contralor departamental, este Tribunal considera que no existe violación manifiesta del artículo 4 de la Resolución 728 de 2019 en esta materia.

En cuanto a la exigencia de que la divulgación se hiciera con antelación mínima de diez (10) días calendario antes de la fecha de inicio de inscripciones, el Despacho encuentra que la Asamblea Departamental de Caldas cumplió lo expuesto por el artículo 4 de la Resolución 728 de 2019, dado que las inscripciones se previeron inicialmente para el 21 y 22 de septiembre de 2021, mientras que la divulgación inició el 6 de septiembre del mismo año.

4.4.9 Criterios de desempate y procedimiento para reclamaciones a los puntajes de la entrevista

Reprochó la parte actora que en la Resolución n° 0299 del 6 de septiembre de 2021 no se establecieran criterios de desempate para las distintas etapas del concurso, en caso de que ello ocurriera, ni que se hubiese previsto un procedimiento para realizar reclamaciones a los puntajes de la entrevista, en contravía de la Ley 909 de 2004 y de los criterios de igualdad, transparencia, publicidad y mérito de los concursos públicos.

Al respecto, el suscrito Magistrado advierte que si bien la Resolución n° 0299 del 6 de septiembre de 2021 no incluyó inicialmente criterios de desempate, lo cierto es que posteriormente sí lo hizo con la modificación efectuada a través de la Resolución n° 0305 del 20 de septiembre de 2021.

En lo que respecta a las reclamaciones frente a la entrevista, debe señalarse que la Ley 1904 de 2018 no contempló dicha etapa dentro del proceso de elección de los contralores; al tiempo que el artículo 12 de la Resolución 728 de 2019 previó que la entrevista no otorga puntaje sino que sirve como criterio orientador para la elección por parte de la corporación pública.

Conviene precisar que la elección de los contralores se efectúa a través de una convocatoria pública y no de un concurso de méritos, por lo cual no es posible acudir a la Ley 909 de 2004, ya que existe normativa especial y específica al respecto.

Conclusión

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, este Despacho considera que la evidente violación de los artículos 5 y 6 de la Ley 1904 de 2018 y 3 de la Resolución 728 de 2019, relacionados con la selección de la institución de educación superior en el mismo acto de convocatoria, las modificaciones del calendario fijado en la convocatoria y el cumplimiento de plazo mínimo entre la publicación de la convocatoria y la elección del contralor, amerita la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto administrativo general demandado y de sus resoluciones modificatorias.

No obstante lo anterior, se aclara que será en la sentencia que cierre la instancia donde se decidirá en forma definitiva la legalidad de los actos cuestionados.

No habrá lugar a asignar caución por tratarse de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados (inciso final del artículo 232 del CPACA).

Recuérdese a las partes que todo memorial debe ser allegado únicamente al correo dispuesto para tal fin, esto es, a la cuenta sgtadminld@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

Primero. DESVINCÚLASE del proceso al Departamento de Caldas y, en su lugar, ADMÍTESE la comparecencia directa de la Asamblea Departamental de Caldas, por expresa disposición legal.

Segundo. DECRETASE como medida provisional la suspensión de los efectos jurídicos de la Resolución n° 0299 del 6 de septiembre de 2021, con la cual se expidió la convocatoria pública CGC 001-2021 para la elección del

Contralor General del Departamento de Caldas para el período 2022-2025, y de las resoluciones modificatorias de dicho acto, esto es, de las Resoluciones n° 305, n° 314, n° 332, n° 378 y n° 401 de 2021, n° 439, n° 465 y n° 467 de 2022.

Tercero. ORDÉNASE a la Asamblea Departamental de Caldas que una vez se surta la notificación de esta providencia, la publique en la página web oficial de tal corporación, en el link correspondiente a la convocatoria para la elección del Contralor General del Departamento de Caldas para el período 2022-2025.

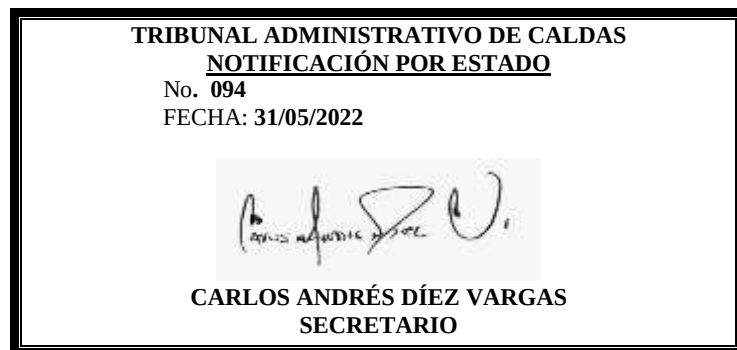
Cuarto. RECONÓCESE personería jurídica al abogado JORGE ÉDUAR OCAMPO SUÁREZ, identificado con la cédula de ciudadanía n° 75'051.180, y portador de la tarjeta profesional n° 184.815 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de la Asamblea Departamental de Caldas, en los términos y facultades señaladas en el poder obrante en el archivo n° 34 del expediente digital.

Quinto. RECONÓCESE personería jurídica a la abogada BEATRIZ ELENA HENAO GIRALDO, identificada con la cédula de ciudadanía n° 30'304.700 expedida en Manizales, y portadora de la tarjeta profesional n° 74.335 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación del Departamento de Caldas, en los términos y facultades señaladas en el poder obrante en las páginas 21 a 28 del archivo n° 38 del expediente digital.

Sexto. ADVIÉRTESE a las partes y demás intervinientes que todo memorial debe ser allegado únicamente al correo dispuesto para tal fin, esto es, a la cuenta sgtadminclld@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



Firmado Por:

**Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas**

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

Código de verificación:

b58eb79c84c2e1220a5eb1b2c575a81d484b65994f34644748badbb3a5ce48a2

Documento generado en 27/05/2022 02:39:14 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

Auto Interlocutorio 105

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado : 170012333002022 - 00062-00
Demandante : Richard Gómez Vargas
Demandado : Asamblea Departamental de Caldas y Universidad del
Atlántico

Procede el Despacho a pronunciarse acerca del auto que inadmitió la demanda dentro del proceso de la referencia:

Antecedentes

Por auto del 3 de mayo de 2022, se ordenó corregir la demanda para que fuera subsanada dentro del término de diez (10) días, previsto conforme lo prevé el artículo 170 de la Ley 1437 de 2011.

La parte actora corrigió la demanda dentro del término oportuno. Sin embargo, revisado el numeral primero del auto en mención, se ordenó integrar los actos de conformación de la terna y la elección, como anexos de la demanda. No obstante, se requería su integración en las pretensiones de la demanda.

A su vez, se observa en la corrección de la demanda, que la cuantía no fue estimada razonadamente, conforme lo establece el artículo 157 del CPACA.

Consideraciones

En ese orden, es procedente traer a colación, los fundamentos normativos previstos en el artículos 285 y 286 del Código General del Proceso, aplicables por remisión del artículo 306 del C.P.A.C.A., establecen en relación con la corrección de las providencias, lo siguiente:

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

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

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

ARTÍCULO 286. CORRECCIÓN DE ERRORES ARITMÉTICOS Y OTROS. Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.

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

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

Por lo anterior, se ordenará al accionante, para que en el término de diez (10) días, allegue lo siguiente:

1. Deberá integrar los actos de conformación de la terna y elección a las pretensiones de la demanda.
2. Deberá estimar razonadamente la cuantía, especificando la clase de perjuicios que reclama.

Por lo brevemente expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: Corregir el auto proferido el 3 de mayo de 2022, conforme a lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO REQUERIR a la parte actora para que en el término de diez (10) días subsane la demanda de la referencia, por los motivos expuestos.

TERCERO: NOTIFÍQUESE la providencia conforme lo prevé el artículo 201 del CPACA.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u> No. FECHA: 31/05/2022 Secretario
--

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN
MAGISTRADA PONENTE: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022)

A.I. 220

Radicación	17 001 23 33 000 2022 00080-00
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Sucesores de José Jesús Restrepo Y Cía S.A. Casa Luker S.A.
Demandados:	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

Procede la Sala de Decisión a resolver sobre el desistimiento presentado por la señora apoderada de la sociedad **SUCESORES DE JOSÉ JESÚS RESTREPO Y CÍA CASA LUKER SA** que formulara a la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** contra **LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN**

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

Con el escrito presentado el 29 de marzo de 2022, busca la accionante se declare la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión 102412020000006 del 10 de noviembre de 2020 proferida por la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Manizales, y la Resolución 010811 del 29 de noviembre de 2021 proferida por la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos de la DIAN.

Que, como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho se declare que la sociedad **SUCESORES DE JOSÉ JESÚS RESTREPO Y CÍA S.A. CASA LUKER S.A.** NIT. 890.800.718-1 no está obligada a pagar los mayores valores determinados por la DIAN en los actos demandados, y se declare la firmeza de la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2016 presentada el 17 de abril de 2017, mediante formulario N° 1112601747925.

La demanda se admitió a través de Auto del 6 de abril de 2022 (archivo 004) y se notificó personalmente a la entidad demandada el 28 de abril de 2022 (archivo 006).

LA SOLICITUD DE DESISTIMIENTO

Con memorial visible en el archivo 007 del expediente digital, la apoderada demandante presentó el desistimiento de la demanda, a la vez que solicitó que no se disponga condena en costas; lo anterior con fundamento en el artículo 314 del Código General del Proceso.

TRASLADO DE LA SOLICITUD

La solicitud fue enviada simultáneamente a la dirección de notificaciones judiciales de la demandada DIAN el día 28 de abril de 2022 y por ende el traslado de la misma se surtió los días 04 a 06 de mayo de 2022, sin que fuera allegado pronunciamiento alguno, según constancia secretarial en el archivo 008 del expediente digital.

II. CONSIDERACIONES

EL DESISTIMIENTO

El artículo 314 del Código General del Proceso establece:

“ARTÍCULO 314. DESISTIMIENTO DE LAS PRETENSIONES. El demandante podrá desistir de las pretensiones mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso. Cuando el desistimiento se presente ante el superior por haberse interpuesto por el demandante apelación de la sentencia o casación, se entenderá que comprende el del recurso.

El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada. El auto que acepte el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia.

Si el desistimiento no se refiere a la totalidad de las pretensiones, o si sólo proviene de alguno de los demandantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él.

En los procesos de deslinde y amojonamiento, de división de bienes comunes, de disolución o liquidación de sociedades conyugales o patrimoniales, civiles o comerciales, el desistimiento no producirá efectos sin la anuencia de la parte demandada, cuando esta no se opuso a la demanda, y no impedirá que se promueva posteriormente el mismo proceso.

El desistimiento debe ser incondicional, salvo acuerdo de las partes, y sólo perjudica a la persona que lo hace y a sus causahabientes.

El desistimiento de la demanda principal no impide el trámite de la reconvención, que continuará ante el mismo juez cualquiera que fuere su cuantía.

Cuando el demandante sea la Nación, un departamento o municipio, el desistimiento deberá estar suscrito por el apoderado judicial y por el representante del Gobierno Nacional, el gobernador o el alcalde respectivo”.

Así mismo, el artículo 316 dispone:

“4. Cuando el demandado no se oponga al desistimiento de las pretensiones que de forma condicionada presente el demandante respecto de no ser condenado en costas y perjuicios. De la solicitud del demandante se correrá traslado al demandado por tres (3) días y, en caso de oposición, el juez se abstendrá de aceptar el desistimiento así solicitado. Si no hay oposición, el juez decretará el desistimiento sin condena en costas y expensas”.

Aplicando lo anterior, advierte la Sala que la sra apoderada de la parte actora cuenta con la facultad expresa para desistir otorgada por la sociedad demandante (fls.1-2. Archivo 002) y en la etapa procesal en la que se encuentra la demanda –apenas notificada- aún no se ha proferido fallo que ponga fin al proceso, razones que tendrá en cuenta esta Sala para aceptar el desistimiento y dar por terminado el proceso, con efectos propios de cosa juzgada.

Así mismo, la norma en mención indica que el desistimiento opera previo traslado a la parte demandada, el cual corrió en debida forma, sin que la entidad convocada por pasiva planteara oposición alguna, razón que en consonancia con el artículo en cita permite que no se condene en costas en el *sub lite*.

Es por lo expuesto la Sala de Decisión,

III. RESUELVE

1. ACEPTAR el desistimiento de la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** presentada por la sociedad **SUCESORES DE JOSÉ JESÚS RESTREPO Y CÍA CASA LUKER SA** contra **LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN**. En consecuencia, **SE DA** por terminado el presente proceso con efectos de cosa juzgada.

2. SIN COSTAS, por lo considerado.

3. Ejecutoriada esta providencia **ARCHÍVESE** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

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

Notifíquese y Cúmplase

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de segunda Instancia

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Socorro Ramírez Buitrago
Demandado: Nación – Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio
Radicado: 17-001-33-33-004-2019-00522-02
Acto judicial: Sentencia 71

Manizales, veintitrés (23) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Proyecto discutido y aprobado en sala del veintitrés (23) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Asunto

§01. **Síntesis:** La parte demandante solicita que se condene a las demandadas a: (i) el reajuste anual de la mesada pensional conforme lo establece el artículo 1° de la ley 71 de 1998; y, (ii) el pago de las sumas de dinero superiores al 5% de los aportes al sistema de salud que le han descontado de las mesadas pensionales y adicionales de junio y diciembre. El juzgado de primera instancia negó las pretensiones. La sala confirma la decisión de primera instancia.

§02. La sala de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas dicta sentencia de segunda instancia en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **María Socorro Ramírez Buitrago**, parte demandante, en contra de la **Nación-Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, parte demandada. El objeto es decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el **veinticuatro (24) septiembre de dos mil veintiuno (2021)** por la Señoría del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del derecho interpuesto.

1. Antecedentes

1.1. La Demanda¹

¹ ExpJ4 Esc. 01

§02. Se pretende la nulidad de la **Resolución 9517-6 del 05 de diciembre de 2017**, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas.

§03. En restablecimiento del derecho, solicitó lo siguiente:

§03.1. **De acuerdo a la Ley 91 de 1989**: la aplicación y devolución de los **descuentos de aportes al sistema de salud**, a la mesada pensional en el porcentaje del 5%, incluyendo las mesadas adicionales, ordenando cesar el descuento del 12% como actualmente se realiza; y se reintegre las sumas de dinero superiores al 5% de dichas mesadas pensionales, sin que se continúe efectuando dicho descuento a futuro.

§03.2. **Conforme a la Ley 71 de 1988**: Al reajuste anual de la mesada pensional en el porcentaje que cada año se incrementa para el salario mínimo legal mensual, de forma retroactiva al año en que consolidó su derecho pensional y de manera constante para las mesadas subsiguientes y futuras.

§03.3. Al pago de las diferencias resultantes entre mesada pensional y los reajustes solicitados, cancelados de manera indexada, con los ajustes de valor y los intereses corrientes y moratorios a que haya lugar, y conforme al 192 del CPACA, y al pago de condena en costas.

§04. Como pretensión subsidiaria, solicitó el reintegro de los dineros de las mesadas **adicionales de junio y diciembre, equivalente al aporte en salud del 12%**, de forma indexada y con la inclusión de los ajustes de valor, intereses moratorios; y ordenar a la Fiduciaria la Previsora no continuar el descuento de las mesadas adicionales con destino al sistema de salud.

§05. En los hechos describió que la parte demandante es docente pensionada, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y se **vinculó con anterioridad al 27 de junio de 2003**, por lo que fue reconocido su derecho pensional mediante la **Resolución 796 del 6 de septiembre de 2002**.

§06. Afirmó que el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por intermedio de la entidad fiduciaria, ha venido descontando **para cotizaciones al sistema de salud**, el 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre.

§07. Que en el acto de reconocimiento pensional se consagró **que la mesada sería reajustada anualmente conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988, o sea con el salario mínimo legal mensual vigente**; sin embargo, la mesada ha venido siendo incrementada con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, **con el índice de precios al consumidor- IPC del año inmediatamente anterior**; esto es, en el porcentaje certificado por el DANE.

§08. Esbozó que elevó solicitud bajo el radicado **SAC 2017PQR18097 del 17/11/2017**, ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, con la finalidad de obtener la devolución de los valores descontados, **en exceso por concepto de descuento de salud de la mesada pensional; y el ajuste anual de la mesada conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988**.

§09. Expuso que a través de la resolución 9517-6 del 05/12/2017 la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, denegó los reajustes pensionales.

§10. Consideró como violados, el preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política; 137 de la Ley 1437; 1º de la Ley 71 de 1978; 15.2.a de la Ley 91 de 1989; 115 de Ley 115 de 1994; 279 de la Ley 100 de 1993; 1º de la Ley 238 de 1995; 4 de la Ley 700 de 2001; 9º de la Ley 797 de 2003; 81 de la Ley 812 de 2003; 160 de la Ley 1151 del 2007; Ley 33 de 1985; y párrafos transitorios 1 y 2 del Acto Legislativo 01 de 2005.

§11. Analizó que, en el régimen jurídico del personal docente vinculado antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 se encuentra exceptuado de la Ley 100 de 1993, y los principios de favorabilidad e irrenunciabilidad.

§12. **Respecto a los aportes en salud** cuestionó que se le han descontado a la parte demandante en exceso, al haberse vinculado con anterioridad a la referida ley 812 de 2013, y reconocer la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, por lo que el monto de descuento debe ser del 5% según la Ley 91 de 1989, misma que es aplicable a las mesadas adicionales, y no el 12% para los que se rigen por la Ley 100 de 1993.

§13. **Sobre el incremento anual de la pensión**, no le es aplicable el incremento estipulado en su artículo 14, esto es, con base en el IPC, sino el incremento indicado en la norma anterior, la Ley 71 de 1988, o sea, con el salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que obtuvo dicha prestación antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

1.2. Contestación del Departamento de Caldas²

§14. Permaneció Silente.

1.3. La Sentencia Apelada³

§15. El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia, negando a las pretensiones de la parte actora, las que pasan a relacionarse:

*“(...) PRIMERO: **NEGAR** las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instauró la señora **MARÍA SOCORRO RAMÍREZ BUITRAGO** en contra de la **NACION-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.*

***SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** a la parte demandante y a favor de la entidad demandada. Su liquidación y ejecución se hará de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva.*

² ExpJ4. Esc. 02

³ ExpJ4. Esc. 07

§16. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó como problemas jurídicos, los siguientes:

¿Tiene derecho la parte demandante que se le reconozca y aplique, el incremento del salario mínimo legal mensual vigente como fórmula de reajuste anual de su mesada pensional, conforme con lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 71 de 1988, quedando exceptuado del incremento previsto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993, en virtud de lo preceptuado en el artículo 279 de la mencionada ley?

¿Tiene derecho la parte demandante que se le aplique la cuantía de los aportes en salud establecida en el numeral 5° del artículo 8° de la ley 91 de 1989; es decir, que solo se aplique el 5% de cada mesada incluyendo las adicionales y se reintegre las sumas de dinero superiores que hayan sido descontadas para el sistema de salud?

¿El porcentaje de reajuste de la mesada pensional es un derecho adquirido?

¿La norma contenida en el art. 1 de la Ley 71 de 1988 se encuentra vigente?

§17. Negó las pretensiones de la demanda, porque no se puede ordenar el reajuste a favor de un docente pensionado con base en el mecanismo que fue establecido en el artículo 1° de la ley 71 de 1988, obviando la modificación que dispuso la ley 100 de 1993.

§18. Además, la fórmula que el legislador instituya para reajusta las pensiones no constituye un derecho adquirido a favor de los pensionados, sino tan solo una mera expectativa, que está sujeta a las modificaciones que aquel órgano considere pertinente para garantizar el poder adquisitivo de las pensiones.

§19. En cuanto a los descuentos en salud, el juzgado estimó que, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados contribuían con el 5% de su mesada pensional para la financiación de los servicios de salud. Sin embargo, la ley 100 de 1993 estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12%, sin importar el tipo de pensión de que se trate, y la Ley 812 de 2003, incrementó el porcentaje al 12% en concordancia a la Ley 100 de 1993. (C.E. Sent. Unificación 03 de junio de 2021).

1.4. La Apelación de la parte demandante⁴

§20. Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora, precisó los fundamentos de la apelación:

§21. En cuanto al incremento anual de la mesada pensional conforme al salario mínimo, expuso tres razonamientos: INDEBIDA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL, EL DESCONOCIMIENTO DE LOS REGÍMENES EXCEPTUADOS DE LA LEY 100 DE 1993 y REGÍMENES EXCEPTUADOS EN EL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005.

⁴ ExpJ4. Esc. 09

§22. Recalcó que el juzgado incurrió en una grave violación del debido proceso materializando los principios de congruencia, contradicción e igualdad al traer como referente jurisprudencial aplicables sentencias que no corresponde a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones.

§23. Si bien el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que hace referencia al incremento de la pensión con base en el IPC, se tuvo apoyo en la sentencia C-387 de 1994, la cual no hace referencia al régimen exceptuado de los docentes ni se pronunció sobre la Ley 71 de 1988 que señala el aumento con base en el salario mínimo. Además, el Consejo de Estado en sentencia del 17 de agosto de 2017 señaló que la Ley 71 de 1988 no era aplicable a los pensionados antes de la Ley 100 de 1993.

§24. Aclaró que la Ley 238 de 1995 adicionó un párrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, de los regímenes exceptuados, donde previó que sí se aplicaría el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, pero en lo que les fuera beneficioso.

§25. Hizo hincapié en que el Acto Legislativo 01 de 2005 mantuvo el régimen del magisterio como exceptuado para los docentes vinculados antes del 26 de junio de 2003, por lo que se les aplica las leyes 33 de 1985 y 91 de 1989, por lo que no puede aplicarse el incremento anual de la pensión establecido en la Ley 100 de 1993, sino el dispuesto por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, o sea, según el salario mínimo.

§26. Insistió que el objeto real del proceso era determinar la fórmula más equitativa de incremento pensional para el régimen exceptuado del magisterio.

§27. **Con relación a los descuentos de para salud de las mesadas pensionales, incluidas las adicionales de junio y diciembre**, puso de presente que la Corte Constitucional, en sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002 precisó que el descuento para aportes de salud de los docentes es del 5%.

1.5. Actuación segunda instancia⁵

§28. Mediante proveído del 14 de febrero de 2022 se admitió recurso de apelación interpuesto por la parte actora y se corrió traslado de alegatos de conclusión.

1.6. Alegatos de conclusión

§29. **Parte demandante⁶**: Sin pronunciamiento.

§30. **Parte demandada⁷**: Argumenta que, la Ley 812 de 2003 dio un amplio alcance al régimen de cotización en salud previsto en la Ley 100 de 1993, la cual en su artículo 204 estableció un 12%.

§31. El Ministerio Público no se pronunció.

⁵ Exp. Esc. 02

⁶ Exp. Esc. 06

⁷ ExpJ4. Esc. 14

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§32. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforma al artículo 153 del CPACA⁸.

2.2. Problemas Jurídicos

§33. ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

§34. ¿Se debe reembolsar a la parte actora algún porcentaje, por concepto de descuentos por los aportes de salud, descontados de la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre?

2.3. Lo demostrado en el proceso

§35. La señora **María Socorro Ramírez Buitrago** nació el 16 de mayo de 1949⁹.

§36. Que mediante la **Resolución 000796 del 06 de septiembre de 2002**, se reconoció la pensión de jubilación por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a favor de **María Socorro Ramírez Buitrago**, en cuantía de \$599.662 a partir del **17 de mayo de 2004**,¹⁰ el FNPSM descontará de cada mesada pensional en concordancia con las leyes 91 de 1989 el 5% y 812 de 2003 el 12%.

§37. El 17 de noviembre de 2017, la demandante solicitó al FOMAG el reajuste la pensión de jubilación tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al 5%.

§38. **Mediante Resolución 9517-6 del 05 de diciembre de 2017** expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, por el cual se niega el reajuste de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo y el reintegro de dinero por concepto de cotizaciones al servicio de salud¹¹.

§39. Una vez observadas las pruebas aportadas en el presente asunto, procede esta Colegiatura a resolver el problema jurídico formulado.

Fundamentos Jurídicos

⁸ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

⁹ Fl 41/69. ExpJ4. Esc. 01

¹⁰ Fl 44 a 45/69. ExpJ4. Esc. 01

¹¹ Fl 46 a 48 ExpJ4. Esc. 01

2.4. **Primer Problema Jurídico: el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme al incremento del salario mínimo como lo establece la ley 71 de 1988.**

2.1.1.1. **Régimen general de la seguridad social**

§01. La seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. (art. 48 CP).

§02. El artículo 53 ídem garantiza el derecho al reajuste periódico de las pensiones legales.

§03. Los anteriores son los mandatos del Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993¹².

§04. Por su parte, el artículo 11 ibídem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003; prevé su campo de aplicación, así:

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

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

§05. El artículo 1 de la Ley 4 de 1976¹³, determinó que todas las pensiones, a excepción de las originadas por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, según los parámetros que fijó.

§06. Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988¹⁴ y el Decreto 1160 de 1989 precisaron que las pensiones antes mencionadas, como la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

§07. Posteriormente, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 dispuso un ajuste de las pensiones con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor –IPC-, excepto aquellas pensiones iguales al salario mínimo que se incrementaban conforme al mismo:

¹²http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

¹³ Ley 4 de 1989, “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1165>

¹⁴ Ley 71 de 1988 por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=307>

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

§08. Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994¹⁵, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo cumplen el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el incremento:

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

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

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

Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.”

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

¹⁵ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; REF.: expediente No. D-529. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-387-94.htm>

§10. El 17 de agosto del 2017 la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado¹⁶ dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988. Además, es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

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

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

§11. Así, si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir que el incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988.

§12. La Corte Constitucional en la sentencia C-435 de 2017 señaló que no se aplica el principio de favorabilidad en la forma del reajuste de las pensiones dispuesto por el Legislador:

“Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.”

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

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

§13. De otra parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279¹⁷ contempló los regímenes exceptuados, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

§14. Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995¹⁸ que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

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

"Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

§15. De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988.

§16. En efecto, el incremento anual de las pensiones no forma parte del Régimen Pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa¹⁹.

§17. El reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual.

§18. Y el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

§19. En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, pues no le asiste razón al accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, el salario mínimo.

§20. Por lo anterior, no se accederá al incremento anual de la mesada pensional conforme al artículo 1º de la Ley 71 de 1988, o sea, conforme al aumento del salario mínimo legal mensual vigente para el año anterior.

2.1.2. Segundo problema jurídico: Reembolso de los descuentos de salud

§21. El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece que son afiliados al SGSS en salud todos los residentes en Colombia que se encuentren afiliados al régimen contributivo o al subsidiado y los vinculados temporalmente. Al régimen contributivo

¹⁷ ARTÍCULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

¹⁸ Ley 238 de 1995; http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

pertenecen los afiliados con capacidad de pago, como cotizantes están los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobreviviente, tanto del sector público como del privado.

§22. Por su parte, el artículo 143 ibídem, previó para los pensionados antes del 1 de abril de 1994, el reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de dicha norma. Así mismo, la cotización para salud a cargo de los pensionados, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

§23. El artículo 280 de la Ley 100 de 1993 dispuso sobre la obligatoriedad de aportar para los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones, a partir del 1 de abril de 1994.

2.1.2.1. Aplicación del régimen en salud para los afiliados al sector público y al fondo de prestaciones sociales del magisterio y al sistema general de seguridad social en salud.

§24. La Ley 4 de 1966²⁰, determinó para los afiliados a los Caja Nacional de Previsión Social, el deber de cotizar el porcentaje del 5%, a favor de la entidad de previsión, sobre la mesada pensional.

§25. Lo anterior es reiterado por el Decretos 3135 de 1968²¹, en cuyo artículo 37, se dispone: "*Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. **Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión***".

§26. Posteriormente la Ley 91 de 1989²², por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 8 numeral 2, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, y fue constituido entre otros: "...El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo **incluidas las mesadas adicionales**, como aporte de los pensionados."

§27. El artículo 15 de la citada disposición, determinó el régimen aplicable para el personal docente dependiente de la vinculación así:

"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***

²⁰ <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=1573>

²¹ "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

²² https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf

prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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

§28. Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003²³, estableció el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma y **los vinculados a partir de la entrada en vigencia** de la citada norma, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes [100](#) de 1993 y [797](#) de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

§29. Adicionalmente precisó en el inciso tercero y cuarto de dicha normativa, en cuanto a los servicios de salud para los afiliados a dicho Fondo, **prestados conforme lo estipula la Ley 91 de 1989 y el valor de las cotizaciones por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes [100](#) de 1993 y [797](#) de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores.**

§30. Posteriormente, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que: *“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”*

§31. En cuanto al monto de la contribución de cotizaciones el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, establecía:

*“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo **del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.** Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”. (Resalta la Sala)*

§32. Dicha preceptiva fue modificada por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que dispuso:

“Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1º) de enero del año 2007, del 12,5%

²³ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1

del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado.

Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).

§33. Y finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008¹², por medio del artículo 1 adicionó el 204 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

§34. De las normas señaladas se evidencia, que el objetivo del Legislador se encaminó a efectuar aportes para salud tanto en los regímenes especiales como del Sistema General de Seguridad Social, incluidos los pensionados, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

§35. En lo atinente al porcentaje de la cotización para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se dispuso inicialmente con la Ley 91 de 1989, una cotización del 5% y posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se habilitó un valor total de la cotización correspondiente a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

§36. En consecuencia se deriva que las cotizaciones que se deducen de la mesada pensional de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, equivalen al mismo porcentaje que se debe descontar al Régimen General de Seguridad Social.

§37. Por su parte, la Máxima Corporación Constitucional en sentencia T-835 de 2014, sobre la obligatoriedad en la cotización a los pensionados al Sistema General de Salud, tanto para regímenes especiales, como la pensión gracia, y el ordinario dispuso:

*“Entonces, **incluso los regímenes de excepción** tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:*

“(…) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

*En conclusión **todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución.** (...) Rft”*

§38. Respecto al monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, respecto al porcentaje del Régimen General de Pensiones, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2018²⁴, precisó:

“ 3. Por otro lado, la Ley 91 de 1989, fijó como otro de los objetivos del **Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio**: **Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, para contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo. Entonces, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio tiene a cargo las prestaciones sociales de los afiliados al Magisterio, entre estas, (i) la pensión ordinaria y (ii) garantizar la prestación la prestación de los servicios médico asistenciales. Lo que indica que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios, por disposición de la ley, tienen un régimen especial de seguridad social en salud.**

(...)

Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, se sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, **deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993).** Lo propio hizo el artículo 8° de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)**

(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, ²⁵ , artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN B- Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general.

(...)

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, y **teniendo en cuenta que los docentes gozan de un sistema de salud, especial**, señaló:

“22. Ahora bien, bajo el entendido que **los docentes gozan de un sistema de salud diferente al señalado en la Ley 100 de 1993**, corresponde al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio prestarle los servicios de salud a que tienen derecho y a la Caja Nacional de Previsión Social hoy UGPP, **efectuar los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud** al Fondo de Seguridad y Garantía - FOSYGA como lo determina el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, “Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, según el cual:

“Artículo 14. Régimen de excepción. Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud. Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos...”.

De conformidad con el anterior artículo es completamente válido -y legal que quien se encuentra percibiendo una pensión de vejez, y a su vez recibe pensión gracia, cotice sobre las dos pensiones en materia de salud. Una cotización será girada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la otra al FOSYGA, recursos con los cuales se financia el Sistema de Seguridad Social en Salud.

23. Como se puede observar ni el artículo 52 del Decreto 806 de 1998, ni en el artículo 14 de Decreto 1703 de 2002, excluyeron de la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud a los beneficiarios de la pensión gracia, por lo tanto, los mismos se encuentran obligados a efectuar aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en los términos señalados en la ley y en las normas reglamentarias aplicables.

24. Sobre el monto del aporte a salud con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados del sector oficial, incluyendo los beneficiarios de la pensión gracia, cotizaban sobre el 5% de su mesada pensional, con fin que se les prestaran los servicios médico asistenciales; porcentaje diferenciado respecto al establecido para los pensionados del sector privado afiliados al Instituto de Seguros Sociales.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, artículo 143, se estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12 %, motivo por el cual, con el fin de no afectar los ingresos efectivos de los pensionados, y mantener el poder adquisitivo de sus mesadas, se consagró un incremento en el monto de las pensiones equivalente a la diferencia entre el valor de la cotización establecida en la Ley 100 de 1993 (12%), y el valor del aporte que se le venía efectuando al beneficiario de la pensión gracia (5%).

De esta manera, por virtud de la misma disposición, a los beneficiarios de la denominada pensión gracia también se les incrementó correlativamente el valor de su mesada en el monto del

incremento de su aporte a salud, con el fin de no afectar los ingresos reales que venían percibiendo.

25. En conclusión, no existe disposición que excluya a los regímenes de excepción del deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, por el contrario se encuentra demostrado, que a través del tiempo los beneficiarios de la pensión gracia han estado obligados a efectuar los aportes correspondientes al sistema de salud para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. **El pago de las cotizaciones en salud es obligatorio**, independientemente de que se preste o no el servicio de salud, en acatamiento del principio de solidaridad que rige el sistema de Seguridad Social en Colombia, conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución, definido en el literal c) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993,

...

26. De lo expuesto se puede concluir que **todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes** a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. ...”-sft-

§39. De las normas anotadas y los postulados jurisprudenciales esgrimidos, se colige que los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al ser beneficiarios del régimen especial en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, no los exonera de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, por disposición expresa de la Ley 812 de 2003.

2.5.2. Descuento de Salud Sobre las Mesadas Adicionales

§40. En reciente pronunciamiento de unificación jurisprudencial el Consejo de Estado en sentencia del 3 de junio de 2021, señaló que los descuentos de las mesadas adicionales se hacen conforme a lo indicado en el sistema de seguridad social integral:

“83. Así las cosas, el término bajo examen lleva a que el descuento se haga a cada una de las mesadas pensionales que se reciban y no solamente de las ordinarias, pues de la expresión «de la respectiva mesada pensional» incluye las adicionales, puesto que también tienen esa connotación. Por lo tanto, las deducciones de las mesadas de junio y diciembre también se encuentran comprendidas en el contenido normativo en cuestión, dado que no se ha introducido excepción legal en este punto, contrario a ello, es una obligación derivada del artículo 8, inciso 6, de la Ley 91 de 1989.

84. En efecto, una interpretación lógica del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, lleva al mismo entendimiento si se tiene en cuenta que dicha norma prevé que la cotización mensual al régimen de salud será del 12% de la respectiva mesada pensional. Los pagos que superan los valores ordinarios recibidos en junio y diciembre son mesadas adicionales, tal y como se desprende de los artículos 50 y 142 ejusdem, y aún del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 cuando señala «incluidas las mesadas adicionales». Entonces, el porcentaje de los descuentos de que trata el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, aplicable por disposición del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, incluye a las mesadas adicionales.

85. En consecuencia, el argumento sustentado en una interpretación literal del artículo 204 de la Ley 100 de 1993 no implica la exclusión de las mesadas adicionales de los docentes pensionados afiliados al FOMAG.

1. REGLA DE UNIFICACIÓN

86. Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales. 3. Efectos en el tiempo del precedente

87. Con el fin de proteger los principios de equidad e igualdad y la superación de situaciones que afectan el valor de la justicia y la aplicación de las normas de conformidad con los cambios sociales, políticos, económicos y culturales, por regla general, la Sala Plena de esta Corporación ha dado aplicación a su precedente de forma retrospectiva 46 . En este caso, no se advierte la necesidad de dar efectos prospectivos a la regla de unificación aquí definida, toda vez que no restringen el acceso a la administración de justicia ni afectan los derechos adquiridos o fundamentales de las partes.

88. Además, es importante destacar que la decisión que se adopta en esta sentencia de unificación se acompasa con los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema pensional y de salud, en consideración a que los recursos que provienen de los aportes que efectúan los docentes de sus mesadas pensionales, cuya destinación está dada por la ley, redundan en su beneficio, por ende, tienen una finalidad de interés general inspirada en dichos principios. En consecuencia, los efectos retrospectivos de esta providencia resultan acordes con dicho objetivo.

89. Por lo anterior, en esta ocasión, se adopta el mismo criterio, por lo que la regla jurisprudencial que en esta providencia se fija se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, a través de acciones ordinarias, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables.”

§41. De esta manera, aun cuando la Ley 812 de 2003 extendió el régimen de cotización en materia de salud a los pensionados afiliados al FNPSM, ello sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12%. Esto no tiene virtualidad de derogar expresa ni tácitamente lo previsto en el régimen especial en punto de la posibilidad de hacer los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales.

§42. De igual manera, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017 22, denegó la solicitud sobre la devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, basado en los siguientes argumentos:

*“(…) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de **los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.***

§43. En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, **estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.**

§44. En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó **en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.**

§45. En ese orden de ideas, considera la Sala que los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre fueron previstos en la Ley 91 de 1989, para los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

§46. A pesar de no mencionarse taxativamente en la Ley 812 de 2003, no significa que hubiese cesado la obligación de cotizar sobre dichas mesadas, pues en atención al principio de solidaridad que erige el Sistema de Seguridad Social, y en aras de preservar la contribución al sistema para lograr la sostenibilidad, eficacia y financiación del mismo, es procedente realizar los descuentos sobre las mesadas adicionales recibidas por los pensionados afiliados a dicho Fondo.

§47. En este sentido, se tiene que los descuentos aplicados a los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, sobre la mesada ordinaria y adicionales de los meses de junio y diciembre, por concepto de salud, deben hacerse aplicando los porcentajes previstos por las normas anteriormente señaladas.

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

3. Costas en esta instancia.

§49. Con base en el numeral 3 del artículo 365 numeral 1 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011, no se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, toda vez que no se generaron gastos, ni se demostró en esta instancia alguna gestión de la parte accionada.

§40. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§41. Por lo discurrido, la Sala de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 24 de septiembre de 2021 por la Señoría del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso

de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **MARÍA SOCORRO RAMÍREZ BUITRAGO** en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE CALDAS** por los argumentos motivo de la demanda.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS conforme a los argumentos expuestos.

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

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de segunda Instancia

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Flor Alba Betancur Cortés
Demandado: Nación – Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio
Radicado: 17-001-33-33-004-2019-00542-02
Acto judicial: Sentencia 72

Manizales, veintitrés (23) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Proyecto discutido y aprobado en sala del veintitrés (23) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Asunto

§01. **Síntesis:** La parte demandante solicita que se condene a las demandadas a: (i) el reajuste anual de la mesada pensional conforme lo establece el artículo 1° de la ley 71 de 1998; y, (ii) el pago de las sumas de dinero superiores al 5% de los aportes al sistema de salud que le han descontado de las mesadas pensionales y adicionales de junio y diciembre. El juzgado de primera instancia negó las pretensiones. La sala confirma la decisión de primera instancia.

§02. La sala de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas dicta sentencia de segunda instancia en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **Flor Alba Betancur Cortés**, parte demandante, en contra de la **Nación-Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, parte demandada. El objeto es decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el **veinticuatro (24) septiembre de dos mil veintiuno (2021)** por la Señoría del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del derecho interpuesto.

1. Antecedentes

1.1. La Demanda¹

¹ ExpJ4 Esc. 01

§02. Se pretende la nulidad de la **Resolución 9325-6 del 28 de noviembre de 2017**, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas.

§03. En restablecimiento del derecho, solicitó lo siguiente:

§03.1. **De acuerdo a la Ley 91 de 1989**: la aplicación y devolución de los **descuentos de aportes al sistema de salud**, a la mesada pensional en el porcentaje del 5%, incluyendo las mesadas adicionales, ordenando cesar el descuento del 12% como actualmente se realiza; y se reintegre las sumas de dinero superiores al 5% de dichas mesadas pensionales, sin que se continúe efectuando dicho descuento a futuro.

§03.2. **Conforme a la Ley 71 de 1988**: Al reajuste anual de la mesada pensional en el porcentaje que cada año se incrementa para el salario mínimo legal mensual, de forma retroactiva al año en que consolidó su derecho pensional y de manera constante para las mesadas subsiguientes y futuras.

§03.3. Al pago de las diferencias resultantes entre mesada pensional y los reajustes solicitados, cancelados de manera indexada, con los ajustes de valor y los intereses corrientes y moratorios a que haya lugar, y conforme al 192 del CPACA, y al pago de condena en costas.

§04. Como pretensión subsidiaria, solicitó el reintegro de los dineros de las mesadas **adicionales de junio y diciembre, equivalente al aporte en salud del 12%**, de forma indexada y con la inclusión de los ajustes de valor, intereses moratorios; y ordenar a la Fiduciaria la Previsora no continuar el descuento de las mesadas adicionales con destino al sistema de salud.

§05. En los hechos describió que la parte demandante es docente pensionada, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y se **vinculó con anterioridad al 27 de junio de 2003**, por lo que fue reconocido su derecho pensional.

§06. Afirmó que el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por intermedio de la entidad fiduciaria, ha venido descontando **para cotizaciones al sistema de salud**, el 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre.

§07. Que en el acto de reconocimiento pensional se consagró **que la mesada sería reajustada anualmente conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988, o sea con el salario mínimo legal mensual vigente**; sin embargo, la mesada ha venido siendo incrementada con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, **con el índice de precios al consumidor- IPC del año inmediatamente anterior**; esto es, en el porcentaje certificado por el DANE.

§08. Esbozó que elevó solicitud bajo el radicado **SAC 2017PQR18097 del 17/11/2017**, ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, con la finalidad de obtener la devolución de los valores descontados, **en exceso por concepto de descuento de salud de la mesada pensional; y el ajuste anual de la mesada conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988**.

§09. Expuso que a través de la resolución 9517-6 del 05/12/2017 la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, denegó los reajustes pensionales.

§10. Consideró como violados, el preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política; 137 de la Ley 1437; 1º de la Ley 71 de 1978; 15.2.a de la Ley 91 de 1989; 115 de Ley 115 de 1994; 279 de la Ley 100 de 1993; 1º de la Ley 238 de 1995; 4 de la Ley 700 de 2001; 9º de la Ley 797 de 2003; 81 de la Ley 812 de 2003; 160 de la Ley 1151 del 2007; Ley 33 de 1985; y párrafos transitorios 1 y 2 del Acto Legislativo 01 de 2005.

§11. Analizó que, en el régimen jurídico del personal docente vinculado antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 se encuentra exceptuado de la Ley 100 de 1993, y los principios de favorabilidad e irrenunciabilidad.

§12. **Respecto a los aportes en salud** cuestionó que se le han descontado a la parte demandante en exceso, al haberse vinculado con anterioridad a la referida ley 812 de 2013, y reconocer la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, por lo que el monto de descuento debe ser del 5% según la Ley 91 de 1989, misma que es aplicable a las mesadas adicionales, y no el 12% para los que se rigen por la Ley 100 de 1993.

§13. **Sobre el incremento anual de la pensión**, no le es aplicable el incremento estipulado en su artículo 14, esto es, con base en el IPC, sino el incremento indicado en la norma anterior, la Ley 71 de 1988, o sea, con el salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que obtuvo dicha prestación antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

1.2. Contestación del Departamento de Caldas²

§14. El departamento se opuso a la totalidad de las pretensiones.

§15. En cuanto a los hechos admitió la vinculación de la parte demandante al servicio con anterioridad al 27 de junio de 2003; así mismo que a la actora le fue reconocida pensión.

§16. **Propuso los siguientes medios exceptivos:**

§16.1. **Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido:** Argumentó que la entidad reconoció la pensión de jubilación de la parte actora y ha realizado los ajustes anuales y los descuentos correspondientes, así sus derechos laborales se encuentran satisfechos y por ende, el acto administrativo acusado no viola en ningún aspecto a la parte demandante y no incurre en error o inaplicación de la ley.

§16.2. **Prescripción:** Si la entidad llega a ser condenada, declarar la prescripción de las mesadas causadas con tres años de anterioridad de la presentación de la demanda, de acuerdo al artículo 102 del decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969.

² Fl 62 a 69/82 ExpJ4. Esc. 01

§16.3. **Genérica.**

1.3. Contestación del Ministerio de Educación

§17. El departamento se opuso a la totalidad de las pretensiones.

§18. **Propuso los siguientes medios exceptivos:**

§18.1. **Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido:** Argumentó que la entidad reconoció la pensión de jubilación de la parte actora y ha realizado los ajustes anuales y los descuentos correspondientes, así sus derechos laborales se encuentran satisfechos y por ende, el acto administrativo acusado no viola en ningún aspecto a la parte demandante y no incurre en error o inaplicación de la ley.

§18.2. **Prescripción:** Si la entidad llega a ser condenada, declarar la prescripción de las mesadas causadas con tres años de anterioridad de la presentación de la demanda, de acuerdo al artículo 102 del decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969.

§18.3. **Genérica**

1.3. La Sentencia Apelada³

§19. El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, el 24 de septiembre de 2021, luego de agotadas las etapas establecidas en el artículo 180 de la Ley 1437 dictó sentencia de la siguiente manera:

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO** propuesta por la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y de oficio la **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA** respecto al **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instauró la señora **FLOR ALBA BETANCUR CORTÉS** en contra de la **NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante y a favor de las entidades demandadas. Su liquidación y ejecución se hará de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva.

(...)”

§20. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó como problemas jurídicos, los siguientes:

³ ExpJ4. Esc. 08

¿Tiene derecho la parte demandante a que se le reconozca y aplique, el incremento del salario mínimo legal mensual vigente como fórmula de reajuste anual de su mesada pensional, conforme con lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 71 de 1988, quedando exceptuado del incremento previsto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993, en virtud de lo preceptuado en el artículo 279 de la mencionada ley?

¿Tiene derecho la parte demandante que se le aplique la cuantía de los aportes en salud establecida en el numeral 5° del artículo 8° de la ley 91 de 1989; es decir, que solo se aplique el 5% de cada mesada incluyendo las adicionales y se reintegre las sumas de dinero superiores que hayan sido descontadas para el sistema de salud?

¿El porcentaje de reajuste de la mesada pensional es un derecho adquirido?

¿La norma contenida en el art. 1 de la Ley 71 de 1988 se encuentra vigente?

§21. Negó las pretensiones de la demanda, porque no se puede ordenar el reajuste a favor de un docente pensionado con base en el mecanismo que fue establecido en el artículo 1° de la ley 71 de 1988, obviando la modificación que dispuso la ley 100 de 1993.

§22. Además, la fórmula que el legislador instituya para reajusta las pensiones no constituye un derecho adquirido a favor de los pensionados, sino tan solo una mera expectativa, que está sujeta a las modificaciones que aquel órgano considere pertinente para garantizar el poder adquisitivo de las pensiones.

§23. En cuanto a los descuentos en salud, el juzgado estimó que, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados contribuían con el 5% de su mesada pensional para la financiación de los servicios de salud. Sin embargo, la ley 100 de 1993 estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12%, sin importar el tipo de pensión de que se trate, y la Ley 812 de 2003, incrementó el porcentaje al 12% en concordancia a la Ley 100 de 1993. (C.E. Sent. Unificación 03 de junio de 2021).

1.4. La Apelación de la parte demandante⁴

§24. Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora, precisó los fundamentos de la apelación:

§25. En cuanto al incremento anual de la mesada pensional conforme al salario mínimo, expuso tres razonamientos: **INDEBIDA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL, EL DESCONOCIMIENTO DE LOS RÉGIMENES EXCEPTUADOS DE LA LEY 100 DE 1993 y RÉGIMENES EXCEPTUADOS EN EL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005.**

§26. Recalcó que el juzgado incurrió en una grave violación del debido proceso materializando los principios de congruencia, contradicción e igualdad al traer como

⁴ ExpJ4. Esc. 10

referente jurisprudencial aplicables sentencias que no corresponde a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones.

§27. Si bien el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que hace referencia al incremento de la pensión con base en el IPC, se tuvo apoyo en la sentencia C-387 de 1994, la cual no hace referencia al régimen exceptuado de los docentes ni se pronunció sobre la Ley 71 de 1988 que señala el aumento con base en el salario mínimo. Además, el Consejo de Estado en sentencia del 17 de agosto de 2017 señaló que la Ley 71 de 1988 no era aplicable a los pensionados antes de la Ley 100 de 1993.

§28. Aclaró que la Ley 238 de 1995 adicionó un párrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, de los regímenes exceptuados, donde previó que sí se aplicaría el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, pero en lo que les fuera beneficioso.

§29. Hizo hincapié en que el Acto Legislativo 01 de 2005 mantuvo el régimen del magisterio como exceptuado para los docentes vinculados antes del 26 de junio de 2003, por lo que se les aplica las leyes 33 de 1985 y 91 de 1989, por lo que no puede aplicarse el incremento anual de la pensión establecido en la Ley 100 de 1993, sino el dispuesto por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, o sea, según el salario mínimo.

§30. Insistió que el objeto real del proceso era determinar la fórmula más equitativa de incremento pensional para el régimen exceptuado del magisterio.

§31. **Con relación a los descuentos de para salud de las mesadas pensionales, incluidas las adicionales de junio y diciembre**, puso de presente que la Corte Constitucional, en sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002 precisó que el descuento para aportes de salud de los docentes es del 5%.

1.5. Actuación segunda instancia⁵

§32. Mediante proveído del 07 de febrero de 2022 se admitió recurso de apelación interpuesto por la parte actora y se corrió traslado de alegatos de conclusión.

1.6. Alegatos de conclusión⁶

§33. Las partes y el Ministerio Público sin pronunciamiento.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§34. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforma al artículo 153 del CPACA⁷.

⁵ Exp. Esc. 02

⁶ Exp. Esc. 06

⁷ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

2.2. Problemas Jurídicos

§35. ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

§36. ¿Se debe reembolsar a la parte actora algún porcentaje, por concepto de descuentos por los aportes de salud, descontados de la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre?

2.3. Lo demostrado en el proceso

§37. La señora **Flor Alba Betancur Cortés** nació el 08 de noviembre de 1953⁸.

§38. El 07 de noviembre de 2017, la demandante solicitó al FOMAG el reajuste la pensión de jubilación tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al 5%.

§39. Mediante Resolución 9325-6 del 28 de noviembre de 2017 expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, por el cual se niega el reajuste de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo y el reintegro de dinero por concepto de cotizaciones al servicio de salud⁹.

§40. Una vez observadas las pruebas aportadas en el presente asunto, procede esta Colegiatura a resolver el problema jurídico formulado.

Fundamentos Jurídicos

2.4. Primer Problema Jurídico: el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme al incremento del salario mínimo como lo establece la ley 71 de 1988.

2.1.1.1. Régimen general de la seguridad social

§01. La seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. (art. 48 CP).

§02. El artículo 53 ídem garantiza el derecho al reajuste periódico de las pensiones legales.

§03. Los anteriores son los mandatos del Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993¹⁰.

§04. Por su parte, el artículo 11 ibídem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003; prevé su campo de aplicación, así:

⁸ Fl 42/82. ExpJ4. Esc. 01

⁹ Fl 46 a 48 ExpJ4. Esc. 01

¹⁰ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

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

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

§05. El artículo 1 de la Ley 4 de 1976¹¹, determinó que todas las pensiones, a excepción de las originadas por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, según los parámetros que fijó.

§06. Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988¹² y el Decreto 1160 de 1989 precisaron que las pensiones antes mencionadas, como la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

§07. Posteriormente, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 dispuso un ajuste de las pensiones con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor –IPC–, excepto aquellas pensiones iguales al salario mínimo que se incrementaban conforme al mismo:

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

§08. Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994¹³, donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo cumplen el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el incremento:

“Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad

¹¹ Ley 4 de 1989, “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1165>

¹² Ley 71 de 1988 por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones,

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=307>

¹³ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; REF.: expediente No. D-529. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-387-94.htm>

manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

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

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

Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.”

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

§10. El 17 de agosto del 2017 la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado¹⁴ dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988. Además, es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

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

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella”

§11. Así, si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir que el incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988.

§12. La Corte Constitucional en la sentencia C-435 de 2017 señaló que no se aplica el principio de favorabilidad en la forma del reajuste de las pensiones dispuesto por el Legislador:

“Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.”

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

§13. De otra parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279¹⁵ contempló los regímenes exceptuados, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

§14. Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995¹⁶ que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

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

"Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

¹⁵ ARTÍCULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

¹⁶ Ley 238 de 1995; http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

§15. De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988.

§16. En efecto, el incremento anual de las pensiones no forma parte del Régimen Pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa¹⁷.

§17. El reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual.

§18. Y el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

§19. En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, pues no le asiste razón al accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, el salario mínimo.

§20. Por lo anterior, no se accederá al incremento anual de la mesada pensional conforme al artículo 1º de la Ley 71 de 1988, o sea, conforme al aumento del salario mínimo legal mensual vigente para el año anterior.

2.1.2. Segundo problema jurídico: Reembolso de los descuentos de salud

§21. El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece que son afiliados al SGSS en salud todos los residentes en Colombia que se encuentren afiliados al régimen contributivo o al subsidiado y los vinculados temporalmente. Al régimen contributivo pertenecen los afiliados con capacidad de pago, como cotizantes están los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobreviviente, tanto del sector público como del privado.

§22. Por su parte, el artículo 143 ibídem, previó para los pensionados antes del 1 de abril de 1994, el reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de dicha norma. Así mismo, la cotización para salud a cargo de los pensionados, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

§23. El artículo 280 de la Ley 100 de 1993 dispuso sobre la obligatoriedad de aportar para los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones, a partir del 1 de abril de 1994.

2.1.2.1. Aplicación del régimen en salud para los afiliados al sector público y al fondo de prestaciones sociales del magisterio y al sistema general de seguridad social en salud.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

§24. La Ley 4 de 1966¹⁸, determinó para los afiliados a los Caja Nacional de Previsión Social, el deber de cotizar el porcentaje del 5%, a favor de la entidad de previsión, sobre la mesada pensional.

§25. Lo anterior es reiterado por el Decretos 3135 de 1968¹⁹, en cuyo artículo 37, se dispone: "*Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. **Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión***".

§26. Posteriormente la Ley 91 de 1989²⁰, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 8 numeral 2, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, y fue constituido entre otros: "...El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo **incluidas las mesadas adicionales**, como aporte de los pensionados."

§27. El artículo 15 de la citada disposición, determinó el régimen aplicable para el personal docente dependiente de la vinculación así:

"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.***

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."

§28. Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003²¹, estableció el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma y **los vinculados a partir de la entrada en vigencia** de la citada norma, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

¹⁸ <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=1573>

¹⁹ "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

²⁰ https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf

²¹ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1

§29. Adicionalmente precisó en el inciso tercero y cuarto de dicha normativa, en cuanto a los servicios de salud para los afiliados a dicho Fondo, **prestados conforme lo estipula la Ley 91 de 1989 y el valor de las cotizaciones por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores.**

§30. Posteriormente, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que: “*El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*”

§31. En cuanto al monto de la contribución de cotizaciones el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, establecía:

*“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo **del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.** Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”. (Resalta la Sala)*

§32. Dicha preceptiva fue modificada por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que dispuso:

*“**Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones.** La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1º) de enero del año 2007, **del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.** **La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado.** Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).*

§33. Y finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008¹², por medio del artículo 1 adicionó el 204 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

§34. De las normas señaladas se evidencia, que el objetivo del Legislador se encaminó a efectuar aportes para salud tanto en los regímenes especiales como del Sistema General de Seguridad Social, incluidos los pensionados, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

§35. En lo atinente al porcentaje de la cotización para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se dispuso inicialmente con la Ley 91 de 1989, una cotización del 5% y posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se habilitó un valor total de la cotización correspondiente a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

§36. En consecuencia se deriva que las cotizaciones que se deducen de la mesada pensional de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, equivalen al mismo porcentaje que se debe descontar al Régimen General de Seguridad Social.

§37. Por su parte, la Máxima Corporación Constitucional en sentencia T-835 de 2014, sobre la obligatoriedad en la cotización a los pensionados al Sistema General de Salud, tanto para regímenes especiales, como la pensión gracia, y el ordinario dispuso:

*“Entonces, **incluso los regímenes de excepción** tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:*

“(…) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

*En conclusión **todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución.** (...) Rft”*

§38. Respecto al monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, respecto al porcentaje del Régimen General de Pensiones, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2018²², precisó:

*“ 3. Por otro lado, la Ley 91 de 1989, fijó como otro de los objetivos del **Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio**: Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, para contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo. Entonces, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio tiene a cargo las prestaciones sociales de los afiliados al Magisterio, entre estas, (i) la pensión ordinaria y (ii) **garantizar la prestación la prestación de los servicios médico asistenciales. Lo que indica que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios, por disposición de la ley, tienen un régimen especial de seguridad social en salud.***

(...)

²² CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN B- Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, se sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, **deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993).** Lo propio hizo el artículo 8° de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)**

(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, ²³ , artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general.

(...)

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, y **teniendo en cuenta que los docentes gozan de un sistema de salud, especial**, señaló:

“22. Ahora bien, bajo el entendido que **los docentes gozan de un sistema de salud diferente al señalado en la Ley 100 de 1993**, corresponde al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio prestarle los servicios de salud a que tienen derecho y a la Caja Nacional de Previsión Social hoy UGPP, **efectuar los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud** al Fondo de Seguridad y Garantía - FOSYGA como lo determina el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, “Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, según el cual:

“Artículo 14. Régimen de excepción. Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud. Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos... ”.

De conformidad con el anterior artículo es completamente válido -y legal que quien se encuentra percibiendo una pensión de vejez, y a su vez recibe pensión gracia, cotice sobre las dos pensiones en materia de salud. Una cotización será girada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la otra al FOSYGA, recursos con los cuales se financia el Sistema de Seguridad Social en Salud.

23. Como se puede observar ni el artículo 52 del Decreto 806 de 1998, ni en el artículo 14 de Decreto 1703 de 2002, excluyeron de la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud a los beneficiarios de la pensión gracia, por lo tanto, los mismos se encuentran obligados a efectuar aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en los términos señalados en la ley y en las normas reglamentarias aplicables.

24. Sobre el monto del aporte a salud con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados del sector oficial, incluyendo los beneficiarios de la pensión gracia, cotizaban sobre el 5% de su mesada pensional, con fin que se les prestaran los servicios médico asistenciales; porcentaje diferenciado respecto al establecido para los pensionados del sector privado afiliados al Instituto de Seguros Sociales.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, artículo 143, se estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12 %, motivo por el cual, con el fin de no afectar los ingresos efectivos de los pensionados, y mantener el poder adquisitivo de sus mesadas, se consagró un incremento en el monto de las pensiones equivalente a la diferencia entre el valor de la cotización establecida en la Ley 100 de 1993 (12%), y el valor del aporte que se le venía efectuando al beneficiario de la pensión gracia (5%).

De esta manera, por virtud de la misma disposición, a los beneficiarios de la denominada pensión gracia también se les incrementó correlativamente el valor de su mesada en el monto del incremento de su aporte a salud, con el fin de no afectar los ingresos reales que venían percibiendo.

25. En conclusión, no existe disposición que excluya a los regímenes de excepción del deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, por el contrario se encuentra demostrado, que a través del tiempo los beneficiarios de la pensión gracia han estado obligados a efectuar los aportes correspondientes al sistema de salud para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. **El pago de las cotizaciones en salud es obligatorio**, independientemente de que se preste o no el servicio de salud, en acatamiento del principio de solidaridad que rige el sistema de Seguridad Social en Colombia, conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución, definido en el literal c) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993,

...

26. De lo expuesto se puede concluir que **todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes** a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. ... ”-sft-

§39. De las normas anotadas y los postulados jurisprudenciales esgrimidos, se colige que los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al ser beneficiarios del régimen especial en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, no los exonera de realizar

los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, por disposición expresa de la Ley 812 de 2003.

2.5.2. Descuento de Salud Sobre las Mesadas Adicionales

§40. En reciente pronunciamiento de unificación jurisprudencial el Consejo de Estado en sentencia del 3 de junio de 2021, señaló que los descuentos de las mesadas adicionales se hacen conforme a lo indicado en el sistema de seguridad social integral:

“83. Así las cosas, el término bajo examen lleva a que el descuento se haga a cada una de las mesadas pensionales que se reciban y no solamente de las ordinarias, pues de la expresión «de la respectiva mesada pensional» incluye las adicionales, puesto que también tienen esa connotación. Por lo tanto, las deducciones de las mesadas de junio y diciembre también se encuentran comprendidas en el contenido normativo en cuestión, dado que no se ha introducido excepción legal en este punto, contrario a ello, es una obligación derivada del artículo 8, inciso 6, de la Ley 91 de 1989.

84. En efecto, una interpretación lógica del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, lleva al mismo entendimiento si se tiene en cuenta que dicha norma prevé que la cotización mensual al régimen de salud será del 12% de la respectiva mesada pensional. Los pagos que superan los valores ordinarios recibidos en junio y diciembre son mesadas adicionales, tal y como se desprende de los artículos 50 y 142 ejusdem, y aún del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 cuando señala «incluidas las mesadas adicionales». Entonces, el porcentaje de los descuentos de que trata el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, aplicable por disposición del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, incluye a las mesadas adicionales.

85. En consecuencia, el argumento sustentado en una interpretación literal del artículo 204 de la Ley 100 de 1993 no implica la exclusión de las mesadas adicionales de los docentes pensionados afiliados al FOMAG.

1. REGLA DE UNIFICACIÓN

86. Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales. 3. Efectos en el tiempo del precedente

87. Con el fin de proteger los principios de equidad e igualdad y la superación de situaciones que afectan el valor de la justicia y la aplicación de las normas de conformidad con los cambios sociales, políticos, económicos y culturales, por regla general, la Sala Plena de esta Corporación ha dado aplicación a su precedente de forma retrospectiva 46 . En este caso, no se advierte la necesidad de dar efectos prospectivos a la regla de unificación aquí definida, toda vez que no restringen el acceso a la administración de justicia ni afectan los derechos adquiridos o fundamentales de las partes.

88. Además, es importante destacar que la decisión que se adopta en esta sentencia de unificación se acompasa con los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema pensional y de salud, en consideración a que los recursos que provienen de los aportes que efectúan los docentes de sus mesadas pensionales, cuya destinación está dada por la ley, redundan en su beneficio, por ende, tienen una finalidad de interés general inspirada en dichos principios. En consecuencia, los efectos retrospectivos de esta providencia resultan acordes con dicho objetivo.

89. Por lo anterior, en esta ocasión, se adopta el mismo criterio, por lo que la regla jurisprudencial que en esta providencia se fija se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, a través de acciones ordinarias, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables.”

§41. De esta manera, aun cuando la Ley 812 de 2003 extendió el régimen de cotización en materia de salud a los pensionados afiliados al FNPSM, ello sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12%. Esto no tiene virtualidad de derogar expresa ni tácitamente lo previsto en el régimen especial en punto de la posibilidad de hacer los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales.

§42. De igual manera, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017 22, denegó la solicitud sobre la devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, basado en los siguientes argumentos:

*“(…) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de **los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.***

§43. En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, **estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.**

§44. En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó **en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.**

§45. En ese orden de ideas, considera la Sala que los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre fueron previstos en la Ley 91 de 1989, para los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

§46. A pesar de no mencionarse taxativamente en la Ley 812 de 2003, no significa que hubiese cesado la obligación de cotizar sobre dichas mesadas, pues en atención al principio de solidaridad que erige el Sistema de Seguridad Social, y en aras de preservar

la contribución al sistema para lograr la sostenibilidad, eficacia y financiación del mismo, es procedente realizar los descuentos sobre la mesadas adicionales recibidas por los pensionados afiliados a dicho Fondo.

§47. En este sentido, se tiene que los descuentos aplicados a los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, sobre la mesada ordinaria y adicionales de los meses de junio y diciembre, por concepto de salud, deben hacerse aplicando los porcentajes previstos por las normas anteriormente señaladas.

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

3. Costas en esta instancia.

§49. Con base en el numeral 3 del artículo 365 numeral 1 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011, no se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, toda vez que no se generaron gastos, ni se demostró en esta instancia alguna gestión de la parte accionada.

§41. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§42. Por lo discurrido, la Sala de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 24 de septiembre de 2021 por la Señoría del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **FLOR ALBA BETANCUR CORTÉS** en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE CALDAS** por los argumentos motivo de la demanda.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS conforme a los argumentos expuestos.

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

Notifíquese y Cúmplase
Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de segunda instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Gloria Inés Vélez
Demandado: Nación – Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Radicación: 17001-33-39-008-2020-00260-02
Acto judicial: Sentencia 73

Manizales, veintitrés (23) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Proyecto discutido y aprobado en sala del veintitrés (23) de mayo de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

§01. **Síntesis:** La parte demandante docente solicita el reconocimiento de la prima de mitad de año consagrada en la Ley 91 de 1989. El juzgado de primera instancia negó las pretensiones. La sala confirma la decisión del juzgado.

§02. La sala dicta sentencia de segunda instancia en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** interpuesto por **GLORIA INÉS VÉLEZ**, demandante, en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, demandadas. El objeto de decisión es la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia dictada el 19 de noviembre de 2021 proferida por la Señoría del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. LA DEMANDA¹

§03. El parte demandante pretende la nulidad del acto ficto configurado el 19 de octubre de 2019, frente a la petición presentada el 19 de julio de 2019.

§04. En restablecimiento del derecho, solicitó se reconozca y pague la prima de de junio a que tiene derecho por ser pensionado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues no tuvo derecho al reconocimiento de la pensión gracia.

¹ ExpJ8. Esc. 02

§05. Expuso que la demandante le fue reconocida pensión mediante Resolución 0787 del 21 de diciembre de 2015, expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales, en representación de la Nación.

§06. Manifestó que conforme lo preceptúa el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, por haber sido nombrada con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 y no ser acreedora de la pensión gracia establecida en la Ley 114 de 1913.

§07. Consideró como violados el artículo 15 de la ley 91 de 1989 y la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019.

§08. Expresó que se vulneró el artículo 13 de la Constitución Política, al negar el reconocimiento y pago **de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, contemplada en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989, para los docentes que se encuentran pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que no tuvieron derecho a la pensión gracia por haber sido nombrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980** o por ser nombrados docentes nacionales. Esta prima fue creada como una compensación por la pérdida al derecho a la pensión gracia.

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

1.2. Contestación de la Demanda del Ministerio de Educación

§10. No hubo pronunciamiento.

1.3. La sentencia apelada²

§11. El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia, negando a las pretensiones de la parte actora, las que pasan a relacionarse:

“PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaurado por la señora GLORIA INÉS VÉLEZ en contra de la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte actora y a favor de Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya liquidación se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso.

FÍJESE por concepto de agencias en derecho, también a cargo de la parte demandante y a favor de la accionada la suma de \$229.000, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

² ExpJ8. Esc. 15

§12. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó el siguiente problema jurídico:

“El problema principal se formula en los siguientes términos:

¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, creada por la Ley 91 de 1989, artículo 15 numeral 2º, al haber sido nombrado con posterioridad al 31 de diciembre de 1980?

Para dar respuesta al problema principal planteado se deben antes decidir los siguientes subproblemas:

¿La demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989 artículo 15 numeral 2º en su condición de pensionada del magisterio?

¿Son correspondientes la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989 artículo 15 numeral 2º y la mesada adicional para pensionados o “mesada catorce” contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993?

¿En caso de prosperar las pretensiones cual es la entidad encargada de reconocer y pagar la prima de mitad de año al docente pensionado?

En caso de tener derecho al reconocimiento solicitado, ¿se configura la prescripción del reconocimiento solicitado por la demandante?

§13. La sentencia analizó: (i) el régimen jurídico contemplado en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reconocimiento de la mesada adicional para pensionados, conocida como mesada catorce; (ii) el análisis de constitucionalidad hecho por la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-409 de 1994; (iii) las modificaciones realizadas a la norma ibídem, introducidas en la Ley 238 de 1995; (iv) el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y acto legislativo 01 de 2005, éste última que eliminó dicha mesada en todos los regímenes pensionales, conforme a los parámetros allí señalados; y, (v) el pronunciamiento sobre dicho tópico hizo la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado.

§14. Conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales precitados, el juez de instancia consideró que el Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la mesada catorce a partir del 25 de julio de 2005, pues la pensión le fue reconocida a la parte demandante con posterioridad al 31 de julio de 2011.

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

§16. En consecuencia, como la parte accionante adquirió el estatus luego del 31 de julio de 2011 y la mesada es superior a tres smlmv por lo que no accedió a las pretensiones.

1.4. Apelación de la sentencia ³

§17. La parte actora solicitó se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones.

§18. Para ello resaltó que la **prima de mitad de año con base en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989**, es diferente a la mesada adicional cuyo pago es en el mes de junio de cada año, establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

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

§20. Describió que la prima de mitad de año, fue prevista por el legislador como un beneficio adicional a la pensión de jubilación, para aquellos docentes que por su fecha de vinculación no tenían derecho a la pensión gracia. De ahí que por el hecho de que se pague en junio y que equivalga a una mesada pensional, no desnaturaliza su calidad de prima de beneficio solo para los docentes que cumplen los requisitos establecidos en el numeral 2, literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y tampoco la convierte en la mesada adicional creada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, pues la naturaleza de ambas es diferente.

§21. Señaló que conforme a la Ley 812 de 2003 los docentes vinculados al sector educativo antes de junio de 2003 continuarán con el régimen pensional anterior.

§22. Concluyó que la Ley 91 de 1989 no fue modificada en ninguno de los apartes por el acto legislativo número 01 de 2005, y sigue vigente la prima de mitad de año.

§23. Adicionalmente, solicitó que se revoque la condena en costas, dadas las facultades de los operadores judiciales para considerar las condiciones especiales directamente relacionadas con el caso, con parámetros justos y equitativos, y se trata de la demanda de una docente en procura de sus derechos.

1.6. Alegatos de segunda instancia e intervención del Ministerio público

§24. Las partes y el Ministerio Público permanecieron silentes.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§25. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforma al artículo 153 del CPACA⁴.

§26. “...(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... junto

³ ExJ8. Esc. 17

⁴ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”⁵

2.2. Problemas Jurídicos

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

§28. ¿Es procedente la condena en costas en primera instancia?

2.3. Lo probado en el proceso

§29. Mediante la **Resolución 0787 del 21 de diciembre de 2015**, se reconoció la pensión de jubilación por la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales a favor de Gloria Inés Vélez en cuantía de \$2.171.221 partir del **06 de junio de 2015**.⁶

2.4. Fundamento Jurídico

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

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

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

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

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

⁶ ExpJ8. Esc. 02. Fl 22 a 23/24

sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

2.4.1. Prima de mitad de año de los docentes afiliados al FOMAG

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

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional”-nft-

§34. La mesada adicional de diciembre para los pensionados de los sectores público, oficial semioficial y privado los empleados públicos, incluidos docentes, fue creada por la Ley 4ª de 1976:

“Artículo 5º Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión.

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

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

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

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

(...)

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

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

§37. Es de recordar que la Ley 100 de 1993 estipuló en el artículo 279 un régimen de excepción para los afiliados al FOMAG:

“ARTÍCULO 279. Excepciones.

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

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

§39. La Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto 1857 de 20074, ilustró que sobre el tránsito legislativo de la Ley 238 de 1995 que: “... *la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.*”

“La sentencia C-461 de 1995 de la Corte Constitucional, en cuya demanda se pretendía la extensión de la mesada del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 a todos los docentes, explica que la prima de medio año y la mesada catorce son asimilables, y debían ampliarse el beneficio de la mesada adicional solamente a los docentes que no gozaban de pensión gracia vinculados con anterioridad al 1º de enero de 1981: “... el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2º, literal b, de la Ley 91 de 1989, según el cual los pensionados vinculados al Fondo con posterioridad al 1º de enero de 1981, "gozarán (...) adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional", puede asimilarse a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993... ”:

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

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

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

Ley 100), teniendo en cuenta que como mesada pensional se conoce aquel pago mensual (30 días) que recibe un pensionado en virtud de su derecho a la pensión.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“5.4 La eliminación de la decimocuarta mesada pensional

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

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

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

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

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

§44. En sede de tutela, el Consejo de Estado ha considerado que esta interpretación de equivalencia de la prima de mitad de año y la mesada de junio: “...no desconoce las normas aplicables al caso, ni el precedente judicial de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre la materia, por lo que para la Sala es claro que no vulneró los derechos fundamentales que la accionante alega conculcados.”⁷

§45. En reiteradas sentencias de este Tribunal⁸ se estableció la siguiente regla: “De acuerdo a lo anterior, es claro concluir que, la mesada catorce consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985 solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes de 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, o que, habiendo causado su derecho pensional antes del 31 de julio del 2011, su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6° del artículo 1° del Acto Legislativo en mención.”

⁷ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN CUARTA - Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO- Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03255-00(AC). SECCIÓN PRIMERA- Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS- Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03251-00(AC).

⁸ Sent. 23 de 2021 MP Dr. Carlos Manuel Zapata Jaimes. Rad. 2020-00031-02, Sent. 3 dic. 2021 MP Dr. Dohor Edwin Varón Vivas Rad. 2020-00261-02

§46. En igual sentido la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 10 de marzo de 2020 Rad. 11001-03-06-000-2020-00010-00(C).⁹

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

§48. En el sub judice, la parte actora le fue reconocido el derecho a la pensión de jubilación por aportes a través de la Resolución 0787 del 21 de diciembre de 2015; conforme en dicho acto adquirió el estatus pensional el 06 de junio de 2015; además el monto de la pensión está estimado en un valor de \$ 2.171.221 a partir del 06 de junio de 2015.

§58. En consecuencia, no le asiste el derecho a la parte en percibir la mesada adicional toda vez que no se encuentra dentro de las excepciones previstas en el Acto Legislativo 01 de 2005; dado que su derecho pensional fue causado con posterioridad a la vigencia de dicho acto, esto es el 25 de julio de 2005 y después del 31 de julio de 2011..

§59. Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

2. Costas en primera y segunda instancia

§49. En cuanto a las costas emitidas por el juzgado de instancia, es del caso señalar que el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 permite dicha condena “... *cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.*”

§50. En el presente caso, la demanda tenía un fundamento legal el cual estaba claro en el desarrollo de la demanda, y la decisión del juzgado se acompañó de un elaborado razonamiento, por lo que no puede colegirse que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal. De esta manera, se revocará la condena de costas de primera instancia.

§51. En cuanto a las costas de esta instancia, con base en el numeral 3 del artículo 365 numeral 1 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, atendiendo que no se reflejaron actuaciones por parte de la entidad accionada en esta instancia y la demanda no tiene carencia manifiesta de fundamento legal.

§52. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

⁹ La interpretación armónica de estas normas permite entender que, además de los requisitos establecidos en la Ley 91 de 1989, para que un docente sea beneficiario de la prima de medio año, establecida en el parte final del literal B, numeral 2 del artículo 15 de la citada ley, debe, en principio, (i) adquirir su estatus pensional antes del 31 de julio de 2011 y (ii) tener derecho a una mesada pensional igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

§53. Por lo discurrido, la Sala de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia dictada el 19 de noviembre de dos mil veintiuno (2021) por la Señoría del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, con respecto al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **GLORIA INÉS VÉLEZ** contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, por los argumentos motivo de la demanda.

SEGUNDO: Confírmese en lo demás la sentencia de primera instancia

TERCERO: NO SE CONDENA EN COSTAS conforme a los argumentos expuestos.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso. Remítase de la sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Decisión

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de segunda instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Miller Antonio Cardona Taborda
Demandado: Nación – Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG
Radicación: 17001-3339-006-2020-00314-02
Acto judicial: Sentencia 74

Manizales, veintitrés (23) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Proyecto discutido y aprobado en sala del veintitrés (23) de mayo de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

§01. **Síntesis:** La parte demandante docente solicita el reconocimiento de la prima de mitad de año consagrada en la Ley 91 de 1989. El juzgado de primera instancia negó las pretensiones. La sala confirma la decisión del juzgado.

§02. La sala dicta sentencia de segunda instancia en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** interpuesto por **MILLER ANTONIO CARDONA TABORDA**, demandante, en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, demandada. El objeto de decisión es la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia dictada el 14 de diciembre de 2021 proferida por la Señoría del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda¹

§03. El actor pretende la nulidad del acto ficto del 17 de octubre de 2019, frente a la petición presentada el 17 de julio de 2019.

¹ ExpJ6. Esc. 02

§04. En restablecimiento del derecho, solicitó se reconozca y pague la prima de junio a que tiene derecho por ser pensionado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues no tuvo derecho al reconocimiento de la pensión gracia.

§05. Expuso que la parte demandante le fue reconocida pensión mediante Resolución 7619-6 del 04 de octubre de 2017, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, en representación de la Nación.

§06. Manifestó que conforme lo preceptúa el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, por haber sido nombrada con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 y no ser acreedora de la pensión gracia establecida en la Ley 114 de 1913.

§07. Consideró como violados el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019.

§08. Expresó que se vulneró el artículo 13 de la Constitución Política, al negar el reconocimiento y pago **de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, contemplada en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989, para los docentes que se encuentran pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que no tuvieron derecho a la pensión gracia por haber sido nombrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980** o por ser nombrados docentes nacionales. Esta prima fue creada como una compensación por la pérdida al derecho a la pensión gracia.

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

1.2. Contestación de la Demanda del Ministerio de Educación ²

§10. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y admitió los hechos relacionados con los actos proferidos por la entidad.

§11. Como razonamientos de apoyo indicó que el docente adquirió su estatus el 04 de octubre de 2017, es decir, con posterioridad de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la prima de junio.

§12. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§12.1. Legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad: Señala que los actos administrativos expedidos por la entidad se encuentran bajo la normativa y ajustados a derecho.

§12.2. Carencia de fundamento jurídico de las pretensiones: Reitera que es improcedente reconocer y pagar la prima de mitad de año a favor de la parte actora, debido a que se iría en contra de la jurisprudencia emitida por las altas Cortes.

§12.3. **Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido:** En razón de que no es pertinente reconocer y pagar la prima de mitad de año sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley.

1.3. La sentencia apelada²

§13. En pasado 14 de diciembre de 2021, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, dictó sentencia, negando a las pretensiones de la parte actora, las que pasan a relacionarse:

“PRIMERO: DECLÁRASE LA EXISTENCIA del acto administrativo ficto generado con ocasión de la petición radicada por el accionante el 17 de julio de 2019, acto mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año al señor **MILLER ANTONIO CARDONA TABORDA**.

SEGUNDO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda que por el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho formuló el señor **RODRIGO MERCHAN CORREA** en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

TERCERO: CONDENASE en costas a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso. **FÍJASE** por concepto de agencias en derecho, también a cargo de esa entidad y a favor de la demandada, la suma de trescientos ochenta y un mil pesos (\$381.000).

§14. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó el siguiente problema jurídico:

“¿EL DEMANDANTE TIENE DERECHO A QUE SE LE RECONOZCA Y PAGUE LA PRIMA DE MITAD DE AÑO CREADA POR LA LEY 91 DE 1989 ARTÍCULO 15 NUMERAL 2º EN SU CONDICIÓN DE PENSIONADO DEL MAGISTERIO?

¿SON CORRESPONDIENTES LA PRIMA DE MITAD DE AÑO CREADA POR LA LEY 91 DE 1989 ARTÍCULO 15 NUMERAL 2º Y LA MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS O “MESADA CATORCE” CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 142 DE LA LEY 100 DE 1993?

¿EN CASO DE PROSPERAR LAS PRETENSIONES CUAL ES LA ENTIDAD ENCARGADA DE RECONOCER Y PAGAR LA PRIMA DE MITAD DE AÑO AL DOCENTE PENSIONADO?

EN CASO DE TENER DERECHO AL RECONOCIMIENTO SOLICITADO, ¿SE CONFIGURA LA PRESCRIPCIÓN DEL RECONOCIMIENTO SOLICITADO POR EL DEMANDANTE?

§15. La sentencia analizó: (i) la Ley 91 de 1989; (ii) el régimen jurídico contemplado en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reconocimiento de la mesada adicional para pensionados, conocida como mesada catorce; (iii) la Ley 812 de 2003; (iv) el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y acto legislativo 01 de 2005, éste última que eliminó dicha mesada en todos los regímenes pensionales, conforme a los parámetros

² ExpJ6. Esc. 14

allí señalados; y, (v) el pronunciamiento sobre dicho tópico hizo la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado.

§16. Conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales precitados, el juez de instancia consideró que el Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la mesada catorce a partir del 25 de julio de 2005, pues la pensión le fue reconocida a la parte demandante con posterioridad al 31 de julio de 2011.

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

§18. En consecuencia, como la parte accionante adquirió el estatus luego del 31 de julio de 2011, no tienen derecho a las pretensiones demandadas.

1.4. Apelación de la sentencia ³

§19. La parte actora solicitó se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones.

§20. Para ello resaltó que la **prima de mitad de año con base en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989**, es diferente a la mesada adicional cuyo pago es en el mes de junio de cada año, establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

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

§22. Describió que la prima de mitad de año, fue prevista por el legislador como un beneficio adicional a la pensión de jubilación, para aquellos docentes que por su fecha de vinculación no tenían derecho a la pensión gracia. De ahí que por el hecho de que se pague en junio y que equivalga a una mesada pensional, no desnaturaliza su calidad de prima de beneficio solo para los docentes que cumplen los requisitos establecidos en el numeral 2, literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y tampoco la convierte en la mesada adicional creada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, pues la naturaleza de ambas es diferente.

§23. Señaló que conforme a la Ley 812 de 2003 los docentes vinculados al sector educativo antes de junio de 2003 continuarán con el régimen pensional anterior.

§24. Además, puntualizó que la sentencia SUJ – 014 -CE- S2-2019 del 25 de abril del Consejo de Estado señaló que del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 los docentes tienen derecho a la pensión gracia, si fueron vinculados antes del 31 de diciembre de 1980, y la pensión de jubilación del sector nacional y una prima de medio año.

§25. Concluyó que la Ley 91 de 1989 no fue modificada en ninguno de los apartes por el acto legislativo número 01 de 2005, y sigue vigente la prima de mitad de año.

³ Exp. Esc. 04

§26. Adicionalmente, solicitó que se revoque la condena en costas, dadas las facultades de los operadores judiciales para considerar las condiciones especiales directamente relacionadas con el caso, con parámetros justos y equitativos, y se trata de la demanda de una docente en procura de sus derechos.

1.5. Alegatos de segunda instancia e intervención del Ministerio público

§27. Las partes y el Ministerio Público permanecieron silentes.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§28. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforma al artículo 153 del CPACA⁴.

§29. “...(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”⁵

2.2. Problemas Jurídicos

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

§31. ¿Es procedente la condena en costas en primera instancia?

2.3. Lo probado en el proceso

§32. El señor Miller Antonio Cardona Taborda nació el 19 de enero de 1962.⁶

§33. Mediante la **Resolución 7619-6 del 04 de octubre de 2017**, se reconoció la

⁴ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

⁶ ExpJ6. Esc. 02. Fl. 24/24

pensión de jubilación por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas a favor de Miller Antonio Cardona Taborda en cuantía de \$3.059.549 a partir del **20 de enero de 2017**.⁷

§34. El 17 de julio de 2019 la parte actora presento petición, solicitando que se le reconozca y pague prima de medio año.⁸

2.4. Fundamento Jurídico

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

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

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

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

2.4.1. Prima de mitad de año de los docentes afiliados al FOMAG

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

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional”-nft-

§39. La mesada adicional de diciembre para los pensionados de los sectores público, oficial semioficial y privado los empleados públicos, incluidos docentes, fue creada por la Ley 4ª de 1976:

“Artículo 5º Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión.

⁷ ExpJ6. Esc. 02 – Fl 22 a 23/24.

⁸ ExpJ6. Esc. 02 – Fl 18 a 19/24.

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

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

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

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

(...)

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

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

§42. Es de recordar que la Ley 100 de 1993 estipuló en el artículo 279 un régimen de excepción para los afiliados al FOMAG:

“ARTÍCULO 279. Excepciones.

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

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

§44. La Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto 1857 de 2007, ilustró que sobre el tránsito legislativo de la Ley 238 de 1995 que: “... *la iniciativa fue muy clara en el*

sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.”

“La sentencia C-461 de 1995 de la Corte Constitucional, en cuya demanda se pretendía la extensión de la mesada del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 a todos los docentes, explica que la prima de medio año y la mesada catorce son asimilables, y debían ampliarse el beneficio de la mesada adicional solamente a los docentes que no gozaban de pensión gracia vinculados con anterioridad al 1º de enero de 1981: “... el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2º, literal b, de la Ley 91 de 1989, según el cual los pensionados vinculados al Fondo con posterioridad al 1º de enero de 1981, "gozarán (...) adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional", puede asimilarse a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993...”:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"5.4 La eliminación de la decimocuarta mesada pensional

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

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

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

§47. Como se anotó en precedencia, la prima de medio año de una mesada prevista en el literal b, numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es equivalente a la mesada prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que se extendió en garantía del

principio de igualdad a todos los docentes por la sentencia C-461 de 1995, por la Ley 238 de 1995.

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

§49. En sede de tutela, el Consejo de Estado ha considerado que esta interpretación de equivalencia de la prima de mitad de año y la mesada de junio: “...no desconoce las normas aplicables al caso, ni el precedente judicial de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre la materia, por lo que para la Sala es claro que no vulneró los derechos fundamentales que la accionante alega conculcados.”⁹

§50. En la apelación la parte demandante indicó que la sentencia SUJ – 014 -CE- S2-2019¹⁰ del 25 de abril del Consejo de Estado se señaló que los docentes tenían derecho a la prima de medio año demandada. Al respecto, la mención de esta prima no fue en la razón de la decisión, sino un dicho de paso, ya que el objeto de dicho proceso era la unificación de la jurisprudencia acerca de la liquidación de la pensión ordinaria de los docentes. Por lo que no puede tenerse dicha unificación como precedente acerca de la prima de medio año de que trata este proceso.

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

§52. En el sub judice, la parte actora le fue reconocido el derecho a la pensión de jubilación por aportes a través de la Resolución 7619-6 del 04 de octubre de 2017; conforme en dicho acto adquirió el estatus pensional el 19 de enero de 2017; además el monto de la pensión está estimado en un valor de \$ 3.059.549 a partir del 20 de enero de 2017.

§58. En consecuencia, no le asiste el derecho a la parte en percibir la mesada adicional toda vez que no se encuentra dentro de las excepciones previstas en el Acto Legislativo 01 de 2005; dado que su derecho pensional fue causado con posterioridad a la vigencia de dicho acto, esto es el 25 de julio de 2005 y después del 31 de julio de 2011.

§59. Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

2. Costas en primera y segunda instancia

⁹ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN CUARTA - Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO- Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03255-00(AC). SECCIÓN PRIMERA- Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS- Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03251-00(AC).

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA Consejero Ponente: César Palomino Cortés Sentencia de unificación Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019 Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Expediente: 680012333000201500569-01 N.º Interno: 0935-2017

§53. En cuanto a las costas emitidas por el juzgado de instancia, es del caso señalar que el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 permite dicha condena “... *cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.*”

§54. En el presente caso, la demanda tenía un fundamento legal el cual estaba claro en el desarrollo de la demanda, y la decisión del juzgado se acompañó de un elaborado razonamiento, por lo que no puede colegirse que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal. De esta manera, se revocará la condena en costas de primera instancia.

§55. En cuanto a las costas de esta instancia, con base en el numeral 3 del artículo 365 numeral 1 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, atendiendo que no se reflejaron actuaciones por parte de la entidad accionada en esta instancia y la demanda no tiene carencia manifiesta de fundamento legal.

§56. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§57. Por lo discurrido, la Sala de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia dictada el 14 de diciembre de dos mil veintiuno (2021) de por la Señoría del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, con respecto al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **MILLER ANTONIO CARDONA TABORDA** contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, por los argumentos motivo de la demanda.

SEGUNDO: Confírmese en lo demás la sentencia de primera instancia

TERCERO: NO SE CONDENA EN COSTAS conforme a los argumentos expuestos.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso. Remítase de la sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y Cúmplase
Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Decisión

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de segunda instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Luz Adíela Gutiérrez Martínez
Demandado: Nación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG-
Radicación: 17001-33-33-004-2021-00009-02
Acto judicial: Sentencia 75

Manizales, veintitrés (23) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Proyecto discutido y aprobado en sala del veintitrés (23) de mayo de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

§01. **Síntesis:** La parte demandante docente solicita el reconocimiento de la prima de mitad de año consagrada en la Ley 91 de 1989. El juzgado de primera instancia negó las pretensiones. La sala confirma la decisión del juzgado.

§02. La sala dicta sentencia de segunda instancia en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** interpuesto por **LUZ ADIELA GUTIÉRREZ MARTÍNEZ**, demandante, en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, demandadas. El objeto de decisión es la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia dictada el 07 de diciembre de 2021 proferida por la Señoría del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda¹

§03. La parte demandante pretende la nulidad del acto ficto o presunto configurado el 14 de enero del 2021 por el silencio a la petición presentada el 14 de octubre de 2020.

§04. En restablecimiento del derecho, solicitó se reconozca y pague la prima de junio a que tiene derecho por ser pensionado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues no tuvo derecho al reconocimiento de la pensión gracia.

¹ ExpJ4. Esc. 01.

§05. Expuso que la parte demandante le fue reconocida pensión mediante Resolución 11306-8 del 22 de diciembre de 2015, expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales, en representación de la Nación.

§06. Manifestó que conforme lo preceptúa el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, por haber sido nombrada con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 y no ser acreedora de la pensión gracia establecida en la Ley 114 de 1913.

§07. Consideró como violados los artículos 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política; artículo 56 de la Ley 962 de 2005; 56 del Decreto 2831 de 2005; 15 de la Ley 91 de 1989

§08. Expresó que se vulneró el artículo 13 de la Constitución Política, al negar el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, contemplada en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989, para los docentes que se encuentran pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que no tuvieron derecho a la pensión gracia por haber sino nombrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 o por ser nombrados docentes nacionales. Esta prima fue creada como una compensación por la pérdida al derecho a la pensión gracia.

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

1.2. Contestación de la Demanda del Ministerio de Educación ²

§10. El ministerio contestó extemporáneamente.

1.3. La sentencia apelada ²

§11. En pasado 07 de diciembre de 2021, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia, negando a las pretensiones de la parte actora, las que pasan a relacionarse:

“PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaura la señora LUZ ADIELA GUTIÉRREZ MARTÍNEZ en contra de LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SEGUNDO: Condenar en costas a cargo de la parte demandante y a favor de la entidad demandada, cuya liquidación y ejecución se hará conforme las normas del C.G. del P.

§12. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó el siguiente problema jurídico:

² (Exp 01- Arch 13)

¿Tienen derecho la demandante a que se le reconozca y pague una mesada adicional en el mes de junio con base en el literal b del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

Problema jurídico asociado:

¿La mesada adicional de junio, creada por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, desapareció del mundo jurídico con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 o, por el contrario, permaneció incólume en virtud de lo consagrado en el parágrafo primero transitorio de dicho acto?

§13. La sentencia analizó: (i) el régimen jurídico contemplado en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reconocimiento de la mesada adicional para pensionados, conocida como mesada catorce; (ii) el análisis de constitucionalidad hecho por la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-409 de 1994; (iii) las modificaciones realizadas a la norma ibídem, introducidas en la Ley 238 de 1995; (iv) el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y acto legislativo 01 de 2005, éste última que eliminó dicha mesada en todos los regímenes pensionales, conforme a los parámetros allí señalados; y, (v) el pronunciamiento sobre dicho tópico hizo la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado.

§14. Conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales precitados, el juez de instancia consideró que el Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la mesada catorce a partir del 25 de julio de 2005, pues la pensión le fue reconocida a la parte demandante con posterioridad al 31 de julio de 2011.

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

§16. En consecuencia, como la parte accionante adquirió el estatus luego del 31 de julio de 2011 y después del 31 de julio de 2011, no tiene derecho a la prima demandada.

1.4. Apelación de la sentencia ³

§17. La parte actora solicitó se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones.

§18. Para ello resaltó que la **prima de mitad de año con base en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989**, es diferente a la mesada adicional cuyo pago es en el mes de junio de cada año, establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

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

³ (fs. 105 a 111, c. 1)

§20. Describió que la prima de mitad de año, fue prevista por el legislador como un beneficio adicional a la pensión de jubilación, para aquellos docentes que por su fecha de vinculación no tenían derecho a la pensión gracia. De ahí que por el hecho de que se pague en junio y que equivalga a una mesada pensional, no desnaturaliza su calidad de prima de beneficio solo para los docentes que cumplen los requisitos establecidos en el numeral 2, literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y tampoco la convierte en la mesada adicional creada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, pues la naturaleza de ambas es diferente.

§21. Señaló que conforme a la Ley 812 de 2003 los docentes vinculados al sector educativo antes de junio de 2003 continuarán con el régimen pensional anterior.

§22. Además, ilustró que la sentencia SUJ – 014 -CE- S2-2019 del 25 de abril del Consejo de Estado señaló que del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 los docentes tienen derecho a la pensión gracia, si fueron vinculados antes del 31 de diciembre de 1980, y la pensión de jubilación del sector nacional y una prima de medio año.

§23. Concluyó que la Ley 91 de 1989 no fue modificada en ninguno de los apartes por el acto legislativo número 01 de 2005, y sigue vigente la prima de mitad de año.

§24. Adicionalmente, solicitó que se revoque la condena en costas, dadas las facultades de los operadores judiciales para considerar las condiciones especiales directamente relacionadas con el caso, con parámetros justos y equitativos, y se trata de la demanda de una docente en procura de sus derechos.

1.6. Alegatos de segunda instancia e intervención del Ministerio público

§25. La parte demandante y el Ministerio Público permanecieron silentes.

§26. Parte demandada: Reiteró los argumento que expuso en la contestación

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§27. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforma al artículo 153 del CPACA⁴.

§28. “...(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo,

⁴ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

*aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”*⁵

2.2. Problemas Jurídicos

§29. ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, conforme lo prevé el numeral 2 artículos 15 de la Ley 91 de 1989?

§30. ¿Es procedente la condena en costas en primera instancia?

2.3. Lo probado en el proceso

§31. Mediante la **Resolución 11306-8 del 22 de diciembre de 2015** se reconoció la pensión de jubilación por la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales a favor de Luz Adielá Gutiérrez Martínez en cuantía de \$2.412.002 a partir del **04 de octubre de 2015**.⁶

§32. Petición elevada el 14 de octubre de 2020.⁷

2.4. Fundamento Jurídico

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

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

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

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

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

⁶ ExpJ4. Esc. 01. Fl. 23 a 24/25.

⁷ ExpJ4. Esc. 01. Fl. 18/25.

sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

2.4.1. Prima de mitad de año de los docentes afiliados al FOMAG

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

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional”-nft-

§37. La mesada adicional de diciembre para los pensionados de los sectores público, oficial semioficial y privado los empleados públicos, incluidos docentes, fue creada por la Ley 4ª de 1976:

“Artículo 5º Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión.

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

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

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

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

(...)

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

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

§40. Es de recordar que la Ley 100 de 1993 estipuló en el artículo 279 un régimen de excepción para los afiliados al FOMAG:

“ARTÍCULO 279. Excepciones.

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

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

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

“La sentencia C-461 de 1995 de la Corte Constitucional, en cuya demanda se pretendía la extensión de la mesada del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 a todos los docentes, explica que la prima de medio año y la mesada catorce son asimilables, y debían ampliarse el beneficio de la mesada adicional solamente a los docentes que no gozaban de pensión gracia vinculados con anterioridad al 1º de enero de 1981: “... el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2º, literal b, de la Ley 91 de 1989, según el cual los pensionados vinculados al Fondo con posterioridad al 1º de enero de 1981, "gozarán (...) adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional", puede asimilarse a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993... ”:

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

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

El monto de la prima de medio año del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es el mismo que el de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, ya

que existe equivalencia entre "una mesada pensional" (monto de la prima de medio año de la Ley 91) y "30 días de pago de la pensión" (monto de la mesada adicional de la Ley 100), teniendo en cuenta que como mesada pensional se conoce aquel pago mensual (30 días) que recibe un pensionado en virtud de su derecho a la pensión.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"5.4 La eliminación de la decimocuarta mesada pensional

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

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

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

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

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

§47. En sede de tutela, el Consejo de Estado ha considerado que esta interpretación de equivalencia de la prima de mitad de año y la mesada de junio: “...no desconoce las normas aplicables al caso, ni el precedente judicial de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre la materia, por lo que para la Sala es claro que no vulneró los derechos fundamentales que la accionante alega conculcados.”⁸

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

§49. En el sub judice, la parte actora le fue reconocido el derecho a la pensión de jubilación por aportes a través de la Resolución 11306-8 del 22 de diciembre 2015; conforme en dicho acto adquirió el estatus pensional el 03 de octubre de 2015; además

⁸ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN CUARTA - Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO- Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03255-00(AC). SECCIÓN PRIMERA- Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS- Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03251-00(AC).

el monto de la pensión está estimado en un valor de \$ 2.412.002 a partir del 04 de octubre de 2015.

§50. En la apelación la parte demandante indicó que la sentencia SUJ – 014 -CE- S2-2019⁹ del 25 de abril del Consejo de Estado se señaló que los docentes tenían derecho a la prima de medio año demandada. Al respecto, la mención de esta prima no fue en la razón de la decisión, sino un dicho de paso, ya que el objeto de dicho proceso era la unificación de la jurisprudencia acerca de la liquidación de la pensión ordinaria de los docentes. Por lo que no puede tenerse dicha unificación como precedente acerca de la prima de medio año de que trata este proceso.

§52. En consecuencia, no le asiste el derecho a la parte en percibir la mesada adicional toda vez que no se encuentra dentro de las excepciones previstas en el Acto Legislativo 01 de 2005; dado que su derecho pensional fue causado con posterioridad a la vigencia de dicho acto, esto es el 25 de julio de 2005 y después del 31 de julio de 2011.

§53. Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

2. Costas en primera y segunda instancia

§54. En cuanto a las costas emitidas por el juzgado de instancia, es del caso señalar que el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 permite dicha condena “... *cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.*”

§55. En el presente caso, la demanda tenía un fundamento legal el cual estaba claro en el desarrollo de la demanda, y la decisión del juzgado se acompañó de un elaborado razonamiento, por lo que no puede colegirse que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal. De esta manera, se revocará la condena de costas de primera instancia.

§56. En cuanto a las costas de esta instancia, con base en el numeral 3 del artículo 365 numeral 1 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se impondrán costas a cargo de la parte vencida en el proceso, atendiendo que no se reflejaron actuaciones por parte de la entidad accionada en esta instancia y la demanda no tiene carencia manifiesta de fundamento legal.

§57. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§58. Por lo discurrido, la Sala de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA Consejero Ponente: César Palomino Cortés Sentencia de unificación Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019 Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Expediente: 680012333000201500569-01 N.º Interno: 0935-2017

SENTENCIA

PRIMERO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia dictada el 07 de diciembre de dos mil veintiuno (2021) de por la Señoría del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, con respecto al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **LUZ ADIELA GUTIÉRREZ MARTÍNEZ** contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, por los argumentos motivo de la demanda.

SEGUNDO: Confírmese en lo demás la sentencia de primera instancia

TERCERO: NO SE CONDENA EN COSTAS conforme a los argumentos expuestos.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso. Remítase de la sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Sexta

Magistrado Ponente: PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Acción: Popular.

Radicación: 17001-33-33-001-2018-00087-02

Demandante: Javier Elías Arias Idárraga

Demandado: Municipio de Manizales y otro.

Auto Int: 106

Manizales, veintitrés (23) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Proyecto discutido y aprobado en sala del veintitrés (23) de mayo de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

Se reconforma la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, debido a que en el proceso de la referencia se han aceptado los impedimentos para conocer el trámite de la Magistrada Patricia Varela Cifuentes y Augusto Ramón Chávez Marín.

El objeto es decidir el impedimento formulado por el Magistrado Carlos Manuel Zapata Jaimes, para conocer de la apelación en la acción popular que presentó el señor Javier Elías Arias Idárraga, en contra del Banco de Bogotá- Municipio de Manizales.

Se avoca exclusivamente el conocimiento de la declaración del impedimento conforme al inciso cuarto del artículo 142 del CGP.

EL IMPEDIMENTO

El Magistrado Carlos Manuel Zapata Jaimes, manifestó su impedimento para conocer del presente asunto al considerar que está incurso en la causal de impedimento previsto en el numeral 8 del artículo 141 del Código General del Proceso, toda vez que el 11 de noviembre de 2011 radicó ante la Fiscalía General de la Nación, denuncia penal por los delitos de injuria y calumnia en contra del señor Javier Elías Arias Idárraga, contemplados en los artículos 220 y 221 de la ley 599 de 2000.

Agrega el Honorable Magistrado que las gravísimas, reiteradas y numerosas imputaciones que sin prueba alguna ha efectuado quien obra como parte demandante en este proceso y contra quien se formuló la citada denuncia penal, afectaría el principio de imparcialidad que orienta toda actuación proveniente de un órgano encargado de dispensar justicia.

CONSIDERACIONES

El artículo 141 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 44 de la ley 472 de 1998, preceptúa:

"Art. 141.- Causales de recusación. Son causales de recusación las siguientes:

8. Haber formulado el juez, su cónyuge, compañero permanente o pariente en primer grado de consanguinidad o civil, denuncia penal o disciplinaria contra una de las partes o su representante o apoderado, o estar aquellos legitimados para intervenir como parte civil o víctima en el respectivo proceso penal.

Los impedimentos tienen como fundamento la integridad moral del funcionario que los declara, quien en razón de la existencia de ciertas situaciones puede sentirse condicionado, bien en su fuero interno o en sus circunstancias externas. Sobre el particular, el H. Consejo de Estado ha expresado que:

"...Impedimento o la recusación establecidos por la ley como formas excluyentes al ejercicio de la función pública de administrar justicia que un juez tiene en un asunto determinado, constituye una excepción al normal desarrollo de esa actividad que le es propia por asignación legal; y como tal, dichas causales tienen carácter restringido, no pueden crearse por las partes o el juez, ni aplicarse por vía analógica..."¹

Ahora bien, en cuanto a la interpretación que se debe a las mismas, el H. Consejo de Estado ha precisado que:

"... Las causales de impedimento son taxativas y de aplicación restrictiva comportan una excepción al cumplimiento de la función jurisdiccional que le corresponde al Juez, y como tal, están debidamente delimitadas por el legislador y no pueden extenderse o ampliarse a criterio del juez o de las partes, por cuanto, la escogencia de quien decide no es discrecional..."

En el presente asunto, la demanda fue presentada por el señor Javier Elías Arias Idárraga, atendiendo a la interpretación taxativa y restrictiva de las causales de impedimento, se encuentra en el supuesto regulado por el numeral 8° del art. 141 del CGP a la situación fáctica planteada por el Honorable Magistrado Carlos Manuel Zapata Jaimes.

Por lo anterior al configurarse la causa de impedimento prevista en el numeral 8 del artículo 141 del C.G.P, se declarará fundada la manifestación de impedimento

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta, febrero 19 de 1991 Auto resuelve solicitud de impedimento en relación con el proceso nro. 0957. Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

presentada por el Doctor Carlos Manuel Zapata Jaimes, Magistrado del Tribunal Administrativo de Caldas, para seguir conociendo de la presente acción popular.

Por lo brevemente expuesto, la sala de Decisión Honorable Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la declaración de IMPEDIMENTO manifestada por el Magistrado Carlos Manuel Zapata Jaimes, Magistrado del Tribunal Administrativo de Caldas, para conocer de la acción popular impetrada por el señor JAVIER ELÍAS ÁRIAS IDÁRRAGA.

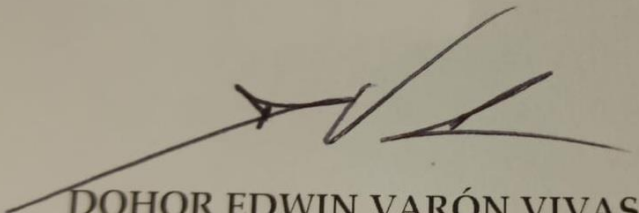
SEGUNDO: Continúese el trámite del proceso.

NOTIFÍQUESE

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado