

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

RADICACIÓN	17001-23-33-000-2022-00066-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	EDNA DORIS OSPINA WALKER
DEMANDADO	DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS - DTSC

Conforme lo dispone el inciso 2 del numeral 1 del artículo 182A del CPACA, y al hacerse innecesario en el presente caso realizar audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo establecido en el inciso 2 del numeral 2 del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹, córrase traslado a las partes y al Ministerio Público por el término de diez (10) días para que presenten sus alegatos de conclusión.

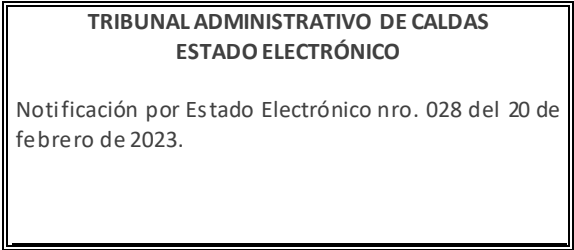
Notifíquese por estado electrónico a las partes, a las cuales se les enviará una vez surtido éste, mensaje de datos según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del C.P.A.C.

Se advierte a las partes que para efectos del proceso, el único correo electrónico autorizado para la recepción de memoriales es el sgtadminclld@notificacionesrj.gov.co; y que toda documentación enviada a otro correo electrónico se tendrá por no presentada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

¹ También C.P.A.C.A



Firmado Por:
Carlos Manuel Zapata Jaimes
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División 1 De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **dbbd4f788549f6f9fef5822a75a32e30b37d1483ed7f70308588fba4d4891aa8**

Documento generado en 17/02/2023 07:44:23 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Asunto: Traslado de excepciones
Medio de Control: Ejecutivo
Demandante: Yebrail Salcedo Guerrero y otros
Demandado: Municipio de Marmato
Radicado: 170012333002001-00436-00
Acto Judicial: Auto Interlocutorio 27

Manizales, Febrero diecisiete (17) de dos mil veintitrés (2023)

Asunto

Procede el Despacho a resolver sobre las excepciones de mérito formuladas por el Municipio de Marmato, en respuesta, en respuesta al traslado del auto que libró mandamiento de pago.

Conforme a la constancia secretarial arribada al expediente digital¹ se observa que la parte ejecutada contestó dentro del término oportuno.

Consideraciones

Traslado de excepciones

En el proceso ejecutivo el trámite de formulación de excepciones se encuentra regulado por el artículo 442 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, el cual dispone:

“(…) Artículo 442. Excepciones. La formulación de excepciones se someterá a las siguientes reglas: 1. Dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo el demandado podrá proponer excepciones de mérito. Deberá expresar los hechos en que se funden las excepciones propuestas y acompañar las pruebas relacionadas con ellas. 2. Cuando se trate del cobro de obligaciones contenidas en una providencia, conciliación o transacción aprobada por quien ejerza función jurisdiccional, sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento y la de pérdida de la cosa debida.”

Conforme a la norma precitada se tiene que la parte ejecutada en la contestación de la demanda, ante el cobro de obligaciones contenidas en providencia, conciliación o transacción; puede excepcionar el pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción y transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia. A su turno, el artículo 443 del Código General del Proceso, *“(…) Artículo 443. Trámite de las excepciones. El trámite de excepciones se sujetará a las siguientes reglas: 1. De las excepciones de mérito propuestas por el ejecutado se correrá traslado al ejecutante*

¹ Expediente digital19constanciadespacho

por diez (10) días, mediante auto, para que se pronuncie sobre ellas, y adjunte o pida las pruebas que pretende hacer valer. (...)”

Descendiendo al caso concreto, el apoderado judicial de la entidad no interpuso recurso de reposición frente al mandamiento de pago, que se deba resolver, tampoco frente al auto que negó las medidas cautelares. A su vez, en la contestación de la demanda propuso el medio exceptivo de “PAGO DE LA OBLIGACIÓN”.

Así las cosas, en el presente caso, resulta procedente dar trámite a la excepción de “PAGO DE LA OBLIGACIÓN” y, por ende, se dispondrá correr su traslado por el término de 10 días, a la parte ejecutante, en aplicación de lo previsto en los el numeral 1 del artículo 443 del C.G.P

En mérito de lo expuesto, el Despacho Sexto del Tribunal Administrativo de Caldas;

RESUELVE

Primero. CORRER TRASLADO de la excepción de mérito, denominada “PAGO DE LA OBLIGACIÓN”, formulada por el Municipio de Marmato, a la parte ejecutante, por el término común de diez (10) días, con el fin de que se pronuncie sobre las mismas, adjunte y pida las pruebas que pretenda hacer valer, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 443 del C.G.P.

Segundo. EJECUTORIADA esta providencia, continúese con el trámite procesal pertinente.

Notifíquese y cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u> No. 028 FECHA: 20/02/2023 SECRETARIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, febrero diecisiete (17) de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 29

Medio de Control: Ejecutivo
Demandante: Guillermo Antonio Castañeda y otros
Demandado: Ese Hospital San Marcos de Chinchiná y
Ese Hospital de Caldas
RADICADO: 17001233-00-2005-002339-00

Una vez revisada la constancia secretarial arribada al expediente electrónico, procede el despacho a pronunciarse sobre la información solicitada por las entidades financieras.

En atención al auto que decretó la medida cautelar concernientes al embargo y retención de las sumas de dineros depositados en las cuentas señaladas en el respectivo proveído a nombre del Hospital San Marcos de Chinchiná y Ese Hospital de Caldas. Las entidades financieras del Banco de Occidente, Banco de Bogotá, Banco Pichincha, solicitaron la identificación de los ejecutados para proceder a decretar la medida.

De otro lado, las entidades Bancos Popular, Av Villas, Sudameris, Caja social, Colpatria, Davivienda, Bancolombia, Citi Bank, Itaú y Agrario, no dieron repuesta a la medida de embargo ordenada por el despacho.

De esta manera, en aras de dar respuesta a la información solicitada por las entidades financieras se acudió al directorio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el link de la Contaduría General de la Nación en el cual se identificaron los datos de las entidades ejecutadas en el presente proceso así:

Id Entidad	Nit	Razón Social	Departa mento	Mu nici pio	Direcció n	Códi go Post al	Teléfono	Fax	e-mail	Página Web
127417 000	8908020 36:6	E.S.E. Hospital San Marcos - Chinchiná	DEPARTA MENTO DE CALDAS	CHI NC HIN A	CARRERA 9 CALLES 16 Y 17	1760 20	096- 840091 1	096- 840099 0	gerencia1 @hsmarco s.com	http://ww w.hsmarco s.com
124917 001	8001556 33:1	E.S.E. Hospital de Caldas	DEPARTA MENTO DE CALDAS	MA NIZ ALE S	CARRERA 25 CALLE 48 -49	1700 03	096- 878251 3,8862 700	096- 878251 6,8861 210	secretaria @hospital decaldas.g ov.co	http://ww w.hospital decaldas.g ov.co

En este sentido, se ordenará a la Secretaría de la corporación remitir la presente información para que se ejecute la medida cautelar ordenada. Y se informe al Despacho, acerca del acatamiento o no de la misma por parte de las entidades financieras en mención.

Seguidamente, se ordena requerir por Segunda vez, a las entidades financieras para que brinden información acerca de la efectividad de la medida ordenada, poniendo en conocimiento el número del Nit de las entidades ejecutadas.

Es por ello que,

Resuelve

PRIMERO: REQUERIR por Segunda vez a las entidades financieras mencionadas en el presente proveído para que en el término de cinco (5) días, señalen sobre el acatamiento de la medida cautelar y se ponga en conocimiento la identificación de las entidades ejecutadas.

SEGUNDO: REMITIR, a las entidades financieras en mención la información de identificación de las entidades ejecutadas para que en el término de cinco (5) días, remitan información acerca de la efectividad de la medida ordenada.

Notifíquese y Cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
<u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u>
No. 028
FECHA: 20/02/2023
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, Febrero diecisiete (17) de dos mil veintitrés (2023)

Asunto:	Traslado de excepciones
Medio de Control:	Ejecutivo
Demandante:	Teresa de Jesús Tabares Sánchez
Demandado:	Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales UGPP
Radicado:	170012333002011-00255-00
Acto Judicial:	Acto Interlocutorio 28

Asunto

Procede el Despacho a resolver sobre las excepciones de mérito formuladas por Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales UGPP, en respuesta al traslado del auto que libró mandamiento de pago.

Conforme a la constancia secretarial arribada al expediente digital¹ se observa que la parte ejecutada contestó dentro del término oportuno.

Consideraciones

Traslado de excepciones

En el proceso ejecutivo el trámite de formulación de excepciones se encuentra regulado por el artículo 442 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, el cual dispone:

“(…) Artículo 442. Excepciones. La formulación de excepciones se someterá a las siguientes reglas: 1. Dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo el demandado podrá proponer excepciones de mérito. Deberá expresar los hechos en que se funden las excepciones propuestas y acompañar las pruebas relacionadas con ellas. 2. Cuando se trate del cobro de obligaciones contenidas en una providencia, conciliación o transacción aprobada por quien ejerza función jurisdiccional, sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento y la de pérdida de la cosa debida.”

Conforme a la norma precitada se tiene que la parte ejecutada en la contestación de la demanda, ante el cobro de obligaciones contenidas en providencia, conciliación o transacción; puede excepcionar el pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción y transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia. A su turno, el artículo 443 del Código General del Proceso, *“(…) Artículo 443. Trámite de las excepciones. El trámite de excepciones se sujetará a las siguientes*

¹ Expediente digital29constanciadespacho

reglas: 1. De las excepciones de mérito propuestas por el ejecutado se correrá traslado al ejecutante por diez (10) días, mediante auto, para que se pronuncie sobre ellas, y adjunte o pida las pruebas que pretende hacer valer. (...)”

Descendiendo al caso concreto, el apoderado judicial de la entidad interpuso recurso de reposición frente al mandamiento de pago, proponiendo los medios exceptivos de “CARENCIA DE OBJETO PARA DEMANDAR” e “INEPTITUD DE LA DEMANDA”. Por auto del 6 de octubre de 2022, frente al primer medio exceptivo se ordenó decidirlo en el fondo del asunto, y respecto al segundo denegarlo.

A su vez, en la contestación de la demanda propuso los medios exceptivos de “PAGO DE LA OBLIGACIÓN” Y “CADUCIDAD DE LA ACCIÓN”.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las denominadas “CADUCIDAD DE LA ACCIÓN” y “CARENCIA DE OBJETO PARA DEMANDAR, no corresponden a las excepciones de mérito taxativamente enlistadas en el artículo 442 del CGP, que son las únicas procedentes cuando se trate del cobro ejecutivo de una providencia judicial, el Despacho se pronunciará de fondo sobre las mismas.

Así las cosas, en el presente caso, resulta procedente dar trámite a la excepción de “PAGO DE LA OBLIGACIÓN” y, por ende, se dispondrá correr su traslado por el término de 10 días, a la parte ejecutante, en aplicación de lo previsto en los el numeral 1 del artículo 443 del C.G.P

En mérito de lo expuesto, el Despacho Sexto del Tribunal Administrativo de Caldas;

RESUELVE

Primero. CORRER TRASLADO de la excepción de mérito, denominada “PAGO DE LA OBLIGACIÓN”, formulada por la **Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales UGPP**, a la parte ejecutante, por el término común de diez (10) días, con el fin de que se pronuncie sobre las mismas, adjunte y pida las pruebas que pretenda hacer valer, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 443 del C.G.P.

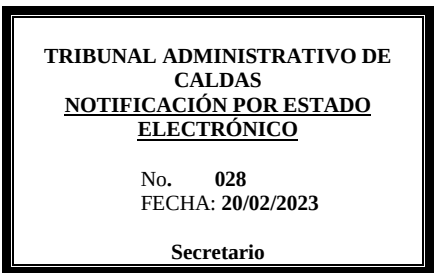
Segundo. EJECUTORIADA esta providencia, continúese con el trámite procesal pertinente.

Notifíquese y cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	17001 23 33 000 2017 000730 00
Demandante:	Nelson Camelo Cubides
Vinculada:	Diana Patricia Mazo Velásquez
Demandado:	Procuraduría General de la Nación
Providencia:	Sentencia No. 25

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

I. Antecedentes

1. Declaraciones y condenas.

- “1. Que se INAPLIQUEN por ilegales la Resolución N° 040 del 20 de enero de 2015, por medio de la cual la Procuraduría General de la Nación convocó al concurso de méritos para proveer en propiedad los cargos de Procuradores Judiciales I y II; la Resolución N° 357, que publicó la lista de elegibles para el cargo de Procurador Judicial Penal; así como la totalidad de los actos administrativos de carácter general proferidos en el marco del concurso, conforme lo establece el artículo 148 del CPACA.*
- 2. Que se declare la NULIDAD de los Decretos 3779 y 3886 proferidos el 8 de agosto de 2016 por la Procuraduría General de la Nación, que dispuso la desvinculación del cargo que detentaba mi mandante al interior de la entidad demandada.*
- 3. Que, como consecuencia de lo anterior y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se condene a la entidad enjuiciada a reintegrar a mi mandante en el ejercicio de mi cargo de Procurador 106 Judicial II Penal de Manizales, en las mismas condiciones laborales, salariales y prestacionales que detentaba con anterioridad a la expedición de los actos administrativos demandados.*
- 4. Que así mismo se condene a la Procuraduría General de la Nación a cancelar a la parte demandante las sumas y conceptos que a continuación se discriminan:*

4.1 Perjuicios Materiales, en la modalidad de Lucro Cesante:

- Para el señor NELSON CAMELO CUBIDES, el valor que corresponda a la sumatoria de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de desvinculación efectiva de la entidad (6 de septiembre de 2016) y la fecha en que se profiera la sentencia correspondiente, teniendo como base para el efecto la información salarial expedida por la Procuraduría General de la Nación, que se adjunta al presente escrito.

4.2. Perjuicios Inmateriales, en la modalidad de daño moral.

- Para Nelson Camelo Cubides, la suma de CIEN SALARIOS MINIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (100 S.S.M.M.) por concepto del dolor y afectación emocional derivada de una destitución injusta e ilegal, así como de la angustiosa situación económica a la que se ha visto abocado por la imposibilidad de proveer el sustento económico para sí y su grupo familiar.*
- Para la señora JACOBO CAMELO AREIZA, la suma de CIEN SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (100 S.S.M.M.) por concepto del dolor y afectación emocional que le produjo ver a su padre sometido a la angustia derivada de una situación injusta y de la perjudicial situación económica que le causó.*

5. Que las sumas reconocidas sean debidamente indexadas, conforme lo dispone el inciso 3 del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6. Que se condene a la entidad demandada al pago de las costas y las agencias en derecho."

2. Hechos.

Los fundamentos de hecho de mayor relevancia se resumen en los siguientes:

- Mediante Resolución N° 747 del 27 de octubre de 2014, la Secretaría General de la Procuraduría General de la Nación ordenó la apertura de la Licitación Pública No 08 de 2014. Esa licitación tuvo por objeto "(...) seleccionar al contratista que preste los servicios de apoyo técnico, funcional y logístico en la convocatoria, reclutamiento (inscripción y aspectos técnicos del proceso, y verificación de requisitos mínimos), diseño, construcción y aplicación de las pruebas escritas de conocimientos y de competencias y la de análisis de antecedentes, hasta la determinación de las personas que integran las listas de elegibles en el concurso abierto para el ingreso de personal idóneo a la procuraduría general de la nación a nivel nacional, en cargos de procurador judicial I y II (...)".

- Como resultado de dicha convocatoria, y para efectos de la elaboración de las pruebas requeridas, la Procuraduría celebró con la Universidad de Pamplona el Contrato N° 197-097-2014 de 11 de diciembre de 2014.
- El 20 de enero de 2015, el Señor Procurador General de la Nación expidió la Resolución N° 040, *"por medio de la cual se da apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la Entidad"*, con el fin de proveer 744 empleos de Procurador Judicial I y II, y la fecha límite para la inscripción en el concurso cerró a las 4 p.m. del 20 de febrero de 2015.
- En las condiciones generales contenidas en la Resolución N° 040 de 2015 se advierte la ausencia de varias de las exigencias constitucionales y legales previstas para llevar a cabo el concurso abierto necesario para designar a los Procuradores Judiciales I y II, al interior de la entidad convocada.
- El acto enjuiciado no se tuvo en cuenta, ni en su parte motiva ni en la resolutive, que, el sistema especial de carrera de la Procuraduría General de La Nación exige que para todos los demás cargos se cumpla a cabalidad con las disposiciones del numeral 45 del artículo 7 del Decreto 262 de 2000.
- Ni en el acto demandado ni en las convocatorias que hacen parte integral de éste se previó, teniendo en cuenta la homologación de derechos entre Fiscales, Jueces y Magistrados establecida en el artículo 280 de la Constitución Política, que para los aspirantes a ocupar esos cargos ha sido concebida, por reserva de ley, la exigencia de que aprueben previamente el correspondiente curso de formación judicial, de acuerdo con lo establecido en los artículos 160 y 168 de la Ley 270 de 1996.
- La Resolución N° 040 de 20 de enero de 2015 no incluyó las equivalencias entre títulos y experiencia de los funcionarios del nivel profesional -como los Procuradores Judiciales I y II, según los artículos 4° y 7° del Decreto 264 de 2000-. En cuarto lugar, se observa que la Resolución N° 040 de 20 de enero de 2015, proferida por el Señor Procurador General, no respeta el principio del mérito en el concurso abierto para la provisión de los referidos cargos, en razón a que la utilización de la herramienta de selección llamada "análisis de

antecedentes", necesariamente, comporta un ejercicio discrecional y subjetivo de la selección de quienes aprueban las pruebas escritas.

- Al aplicarse este instrumento, bajo un sistema de puntajes por la importancia de la formación que adjudica puntuaciones inusitadas al doctorado y al post doctorado -propios de perfiles investigativos y no profesionales, queda al arbitrio de quien aplica la prueba determinar si los títulos universitarios y las publicaciones -que además hay que aportar en ejemplares físicos tienen la virtualidad de satisfacer los requisitos de acceso a los empleos de Procurador Judicial I y II.

- La Resolución N° 040 impuso acreditar las publicaciones literarias de los aspirantes mediante la entrega de un ejemplar físico de cada una de ellas, cuando lo razonable, en términos de eficacia y eficiencia de la administración pública, de cara a los requisitos que de forma plausible pueden exigirse para la realización de estas actividades, es que se permitiera la entrega de una copia de los documentos aludidos en medios magnéticos

- La Resolución N° 040 de 20 de enero de 2015, proferida por el Señor Procurador General de la Nación, está viciada de nulidad porque infringe, de forma manifiesta, las normas superiores en que debe fundarse.

- Las condiciones generales de la convocatoria a concurso abierto para proveer los referidos empleos allí establecidas, vulneran la igualdad de los Procuradores Judiciales I y II en materia laboral, respecto de los Jueces y Magistrados ante quienes actúan.

- Dichas condiciones tampoco prevén expresamente las equivalencias que por ley y reglamento están obligados a reconocer en esta clase de convocatorias; y vulneran el principio general del mérito en los concursos abiertos, al establecer exigencias insustanciales e improcedentes para la evaluación de los aspirantes que no están destinadas a escoger, de forma transparente, profesionales cuya función es la de intervenir, como agentes del Ministerio Público, en los procesos judiciales.

- El 20 de abril de 2015 se publicaron las listas de admitidos y no admitidos para participar en el concurso; a renglón seguido se procedió a realizar las

pruebas escritas, que se dividieron en 2 componentes, a saber: pruebas de conocimientos de carácter eliminatorio, que se superaban con un puntaje superior a 75 puntos y pruebas comportamentales.

- Ambas pruebas se llevaron a cabo el 13 de septiembre de 2015, guiadas por la "Cartilla de orientación al aspirante", el documento de "Ejes temáticos" y los respectivos demos de la página oficial del concurso.

- La publicación de resultados de las pruebas de conocimientos se surtió el 7 de octubre de 2015, y el 4 de noviembre siguiente se dieron a conocer los resultados de las pruebas comportamentales a quienes hubieran superado las pruebas escritas.

- Durante el tiempo comprendido entre la elaboración de las pruebas y la publicación de resultados de las mismas se presentaron quejas en las que se alegaron falta de garantías; y mediante las comunicaciones radicadas en la entidad con SIAF 394606-2015, 402757-2015, 413341-2015, 433264-2015 y 433264-2015 se informó de irregularidades de gran envergadura, permitidas y auxiliadas por funcionarios de la Procuraduría, la Universidad de Pamplona y Thomas Greg & Sons, firma contratada para brindar protocolos de seguridad. Las quejas se resumieron en violación a los protocolos de seguridad y mecanismos de preservación de cadena de custodia en Cali, Pasto y Pereira; circulación de los cuadernillos de preguntas antes de la fecha de la práctica de las pruebas escritas; comercialización de los cuadernillos de preguntas en Cali. -Inconformidad por los puntajes asignados a ciertos participantes que obtuvieron 100 puntos en la prueba de conocimientos o sicotécnica.

- Para el 21 de enero de 2016, la Procuraduría publicó la Resolución N° 1440 de 18 de diciembre de 2015, en la que "resolvía" las quejas incoadas en contra del concurso de méritos. En dicho acto se desvirtuaron los informes presentados en varias ciudades (Cali, Bogotá, Pasto) alegando supuesta falta de pruebas y dando plena credibilidad a los testimonios de los acusados de cometer irregularidades.

- En esa misma fecha se publicó el "Consolidado de pruebas escritas" mediante el cual se establecieron los puntajes definitivos para elaborar las listas de elegibles; y, como la Resolución N° 1440 de 18 de diciembre de 2015

desestimó todas las acusaciones formuladas contra los trámites previos, el 24 de febrero de 2016 se publicaron los resultados del análisis de antecedentes, acto en contra del cual se impetraron reclamaciones por violación a los derechos fundamentales de los participantes en el concurso.

- El 19 de mayo de 2016 se informó a los aspirantes que el Contrato N° 179-097-2014 suscrito con la Universidad de Pamplona se había suspendido desde el 6 de ese mismo mes y año hasta el 15 de junio de 2016, en cumplimiento de un fallo de tutela.

- El 8 de julio de 2016 la entidad convocada publicó las listas de elegibles para las convocatorias 01, 02, 03, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13 y 14 de 2015, mediante las Resoluciones 337 a 349, de la misma fecha. Así mismo, el 11 de julio de 2016 se publicó la lista de elegibles de la Convocatoria N° 04 de 2015 por Resolución 357 del 11 de julio de 2016.

- Mediante Resolución N° 358 del 12 de julio de 2016, la Procuraduría corrigió las Resoluciones mencionadas en el numeral anterior y aclaró que "la lista de elegibles fue elaborada de conformidad con el art. 20 de la Resolución N° 040 de 20 de enero de 2015".

- La entidad ha proferido actos administrativos adicionales modificando las listas de elegibles establecidas mediante las Resoluciones antedichas, entre las se encuentran la Resolución N° 410 de 31/08/16, Resolución N° 428 de 06/09/16, Resolución N° 453 de 03/10/16 y la Resolución N° 711/10/31.

- El 8 de agosto de 2016, a través de los Decretos 3779 y 3886 (SIC), la Procuraduría General de la Nación adoptó la lista de elegibles publicada mediante la Resolución 357 de 2016, designando a otra persona para ocupar el cargo que ocupaba el señor Omar Orozco Cárdenas en el cargo de Procurador Judicial I Administrativo de Manizales, y disponiendo en consecuencia la cesación del vínculo que este detentaba con la entidad.

- A la fecha de presentación de la demanda la Resolución N° 040 del 20 de enero de 2015, que convocó al concurso abierto de méritos al que hemos hecho alusión, se encuentra demandada ante la Sección Segunda del Consejo

de Estado, a través del medio de control de nulidad simple radicado bajo el número 11001-03-25-000-2015-00305-00.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Refiere el apoderado del demandante como normas vulneradas las siguientes, (el concepto de vulneración se dirá detalladamente en el estudio de cada norma invocada):

Artículos 4, 13, 113, 125, 279 y 280 de la Constitución Política.

Artículos 12, 13 y 28 de la Ley 30 de 1993; 127, 128, 160 y 168 de la Ley 270 de 1996.

Artículos 7, 44, 191, 194, 195, 196 y 203 del Decreto Ley 262 de 2000.

Artículo 20 del Decreto Ley 263 de 2000

Artículos 4 y 7 del Decreto Ley 264 de 2000

Artículo 229 del Decreto Ley 19 de 2012

Artículo 6 de la Ley 527 de 1999

Artículo 14 del Decreto 2772 de 2005.

Resolución 253 de 2012 de la Procuraduría General de la Nación.

Artículos 66,67, 68 y 72 del CPACA

El demandante funda la vulneración de las normas en mención y afirma que, los actos demandados son el resultado de los siguientes cargos:

- Los actos administrativos enjuiciados, como resultado de un concurso ilegal, convocado por la resolución No. 040 de 20 de enero de 2015, constituye una violación indirecta de los artículos 13 y 280 de la constitución política, porque a pesar de que los procuradores judiciales I y II deben tener las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los jueces y magistrados de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo, en el concurso abierto convocado, que dio origen a la destitución del demandante, no se tuvieron en cuenta las particulares condiciones que ha de tener la carrera administrativa de quienes ejercen funciones de intervención judicial.

- Vulneración a la reserva de ley consagrada en los artículos 113, 125 y 279 de la constitución política, en concordancia con la ley 270 de 1996.

- Vulneración a la reserva de ley estatutaria consagrada en el artículo 152 de la constitución política, en concordancia con la ley 270 de 1996.
- Vulneración al artículo 20 del decreto 263 de 2000 y la resolución no. 253 de 9 de agosto de 2012 de la procuraduría general de la nación, en tanto el concurso de méritos que le sirvió de fundamento no previo equivalencia alguna para cargos del nivel profesional, como lo son los de procuradores judiciales I y II, en las respectivas convocatorias.
- Contravención de lo previsto en el artículo 14 del decreto 2772 de 2005 y el artículo 229 decreto 19 de 2012.
- Contravención de lo previsto en el artículo 6 de la ley 527 de 1999, el artículo 84 de la constitución política y el numeral 5° del artículo 9° del CPACA.
- Los actos enjuiciados no fueron notificados personalmente y, por ende, vulneró lo dispuesto en los artículos 66, 67, 68, 69 y 72 del CPACA.

4. Contestación de la demanda.

- Contestación Procuraduría (Fls. 150 a 175 c. 1)

La demandada Procuraduría General de la Nación contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones de la misma, y hace un resumen de la convocatoria para la provisión de empleos para Procurador Judicial I, los actos administrativos relacionados, y los antecedentes de ello.

Frente a las normas vulneradas expone que, el régimen de carrera aplicable a los empleos de procurador judicial no es el establecido para los jueces y magistrados; y que, corresponde a la Procuraduría aplicar el Decreto Ley 262 de 2000 para la selección, ingreso, permanencia y retiro de dicho cargo, conforme lo estableció la Corte Constitucional en sentencia C-101 de 2013 y en auto del 6 de noviembre de 2013, por el cual se resolvió la solicitud de nulidad interpuesta contra dicha sentencia; y que, allí se determinó que, los cargos de procuradores judiciales debían ser catalogados en el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación y no de la Rama Judicial; aclarando mediante auto de 6 de noviembre de 2013 que, la igualdad de

derechos que había sido dispuesta mediante sentencia C-101 de 2013 se limitaba al ingreso a través de concurso público de méritos pero que, ello no implicaba un régimen especial distinto al que ya regía en la Procuraduría General de la Nación.

Afirma la procuraduría que, no le asiste derecho al demandante, en cuanto a la necesidad de terminar una ley para establecer un nuevo sistema de carrera para los procuradores judiciales; y que, tampoco resulta posible que el concurso de procuradores judiciales se rija por las disposiciones de la Ley 270 de 1996, pues este estatuto solo aplica para los empleos de la Rama Judicial; y que, la resolución 040 de 2015 se rige por lo dispuesto en el Decreto Ley 262 de 2000, que es la norma que regula los concursos para el ingreso a empleos de carrera de la Procuraduría General de la Nación y cumple con todas las exigencias de dicho estatuto como se explicará más adelante.

Sostiene que la Resolución 040 de 2015 desarrolla todas las etapas del concurso de méritos con base en las normas en que debe fundarse, esto es, el Decreto Ley 262 de 2000, y que, al revisar la Ley 270 de 1996, que regula los concursos de la Rama Judicial se encuentra que el curso si está allí contemplado como una etapa del proceso de selección; y que, el artículo 160 de la Ley Estatutaria regula el curso concurso como una fase y un requisito mínimo para acceder a los empleos en carrera. Esta etapa y dicho requisito para acceder a un empleo en la Procuraduría General de la Nación no está prevista en el Decreto Ley 262 de 2000.

Dice que la prueba de conocimientos es de carácter eliminatorio que valora los conocimientos generales y específicos que requerirá una persona para un desempeño adecuado del cargo de Procuradores Judiciales I y II y, la prueba de competencias comportamentales es de carácter clasificatorio y tiene como objetivo de evaluación valorar la capacidad del aspirante para desempeñar con éxito las funciones inherentes al empleo convocado, con base en los requerimientos de calidad y resultados esperados en la Procuraduría General de la Nación.

Que la evaluación de estas etapas más el periodo de prueba integran la selección del personal que va a ocupar los empleos ofertados, con lo cual se garantiza la evaluación integral de sus competencias laborales y la idoneidad

en el ejercicio del cargo en forma concreta y no hipotética como ocurre con el curso concurso; y que, en efecto, como se concibe en el curso concurso por parte de la Rama Judicial, este busca formar al aspirante para que pueda ser más idóneo en contextos educativos desarrollados a través de módulos diseñados para tal fin. Y que, en el régimen especial de la Procuraduría se realiza un período de prueba de cuatro (4) meses en el cual se mide en la práctica, en el quehacer diario del empleo, la capacidad del elegido, por tanto, no puede haber una mejor prueba para garantizar la idoneidad que tanto reclama el convocante que este periodo.

Argumenta que la orden de la Corte fue regular la carrera de los procuradores judiciales, y que, la imposición que hizo la Corte fue abrir convocatoria pública de méritos para proveer mediante concurso los cargos de procurador judicial y no expedir una ley para regular su carrera.

Refiere que, la ley establece que la aplicación de equivalencias no es viable sino están previstas en el manual o en la respectiva convocatoria y que, en este caso, ninguna reglamentación las permiten, y contrario a ello, las prohíben en forma expresa; y por ello la Resolución 040 de 2015 y los 14 formatos de convocatorias indican en forma clara que no aplican equivalencias para acreditar los requisitos mínimos, en consonancia con lo establecido en el Manual Específico de Funciones y Requisitos, contenido en la Resolución 253 de 2012, modificada por la Resolución 413 de 2014.

Concluye que, quienes ejerzan los cargos de Procuradores Judiciales deben acreditar los mismos requisitos establecidos para los jueces y magistrados establecidos en la Ley 270 de 1996, régimen legal que exige que la experiencia sea contada con posterioridad al título de abogado; lo cual también puede verificarse en el Acuerdo PSAA13-9939 del 25 de junio de 2013 que convocó a concurso los empleos de funcionarios de la Rama Judicial exigiendo el mismo condicionamiento para contar la experiencia profesional.

Respecto de la importancia de la valoración de los libros publicados por los aspirantes en la prueba de análisis de antecedentes, precisa que, ese criterio de puntuación está contemplado en la Resolución 040 de 2015 en experiencia profesional, dado que la experiencia para los cargos de procurador judicial, establecida en el parágrafo 1° del artículo 128 de la Ley 270 de 1996 deberá

ser adquirida con posterioridad a la obtención del título de abogado en actividades jurídicas ya sea de manera independiente o en cargos públicos o privados o en el ejercicio de la función judicial.

Finalmente, y en relación con la indebida notificación como causal de nulidad de los actos demandados, afirma la Procuraduría que, ese argumento que no está llamado a prosperar, pues la declaratoria de nulidad únicamente es consecuencia del incumplimiento de los requisitos de validez del acto administrativo, requisitos que no incluyen la notificación del mismo.

- **Contestación Vinculada Señora Diana Patricia Mazo Velásquez (Fls. 201 a 220 C. 1)**

La vinculada señora Diana Patricia Mazo Velásquez contesta la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la misma, y frente al concepto de violación, dice que desconoce si el demandante, señor Nelson Camelo Cubides participó o no en el concurso de méritos para proveer el cargo que en ese momento ocupaba en provisionalidad como Procurador 106 Judicial II (SIC) Penal; así como que no hay pruebas que cuestionen ni demeriten las capacidades intelectuales, profesionales y competencias de la vinculada en el ejercicio de su profesión; y que el demandante, ni siquiera le hizo entrega oficial del cargo que desempeñaba.

Como razones de defensa expone que la Corte Constitucional en sentencia C – 101 de 2012 determinó que los cargos de Procuradores Judiciales de la Procuraduría general de la Nación son empleos de carrera administrativa especial, y ordenó convocar a un concurso público de méritos para la provisión en propiedad de los cargos de Procurador Judicial de dicha entidad; de manera que los cargos de Procurador judicial fueron declarados de carrera administrativa, por lo que los funcionarios que desempeñaban esos cargos que eran de libre nombramiento y remoción, quedaron en provisionalidad mientras se realizaba la provisión definitiva de esos cargos.

Sostiene que al revisar el Decreto 3779 de 2016, mediante el cual se hace un nombramiento en periodo de prueba y se termina una provisionalidad, se hace allí un recuento del proceso de selección por concurso de méritos, y que, previo el lleno de todos los requisitos, el Procurador General de la Nación, la nombró como Procuradora Judicial 106 Judicial II, Código 3PJ, Grado EC,

asignada a la Procuraduría delegada para el Ministerio Público en asuntos Penales, diciendo en dicho acto que, se encontraba ese cargo ocupado en provisionalidad por el señor Nelson Camelo Cubides; y que, en el inciso final, dice que en consecuencia, a partir de la posesión, la señora Diana Patricia Mazo Velásquez, ocuparía el cargo señalado, culminando así con la vinculación en provisionalidad del señor Nelson Camelo Cubides.

Que, desde su nombramiento en período de prueba, se motivó el acto administrativo y condicionó el retiro del servicio al señor Nelson Camelo Cubides, afirmando que, los actos demandados fueron expedidos por funcionario competente, debidamente motivados, y ajustados al ordenamiento jurídico.

Frente a la indebida notificación, sostiene que no es cierto lo mencionado en la demanda, pues la notificación personal de los Decretos 3779 y 3886 (SIC) de 8 de agosto de 2016, se realizó con observancia de las normas que rigen el procedimiento administrativo en este punto; y que de ello da cuenta las notas de notificación personal de los mismos.

Finalmente hace citas jurisprudenciales y propone las excepciones denominadas inepta demanda, legalidad de los actos demandados, incoherencia de las normas violadas y concepto de violación.

5. Alegatos de conclusión.

- Parte demandante (documento 021 del expediente digital)

El demandante en su escrito de alegatos reitera en su totalidad los argumentos de la demanda, así como cada uno de los cargos de violación de la demanda.

Concluye que se evidenció que la entidad demandada al expedir la Resolución 040 de 2015, reguló temas que conciernen a la administración de justicia por su contenido fundamental y referente especialmente al derecho al acceso a los cargos públicos transgredió la reserva estatutaria; ello por cuanto la convocatoria estableció limitaciones y restricciones irrazonables para acceder a los cargos en comento, lo que a su juicio, constituye una afectación general para quienes decidieron participar en la mencionada convocatoria; y que, por ello, los actos demandados, debían ceñirse a las normas de notificación

personal establecidas en el CPACA; no obstante, se obvió la notificación personal del mismo al señor Nelson Camelo Cubides, evidenciándose la inoponibilidad del acto que desvinculó al citado señor, por lo que, no podía surtir efectos.

- **Parte demandada (Documento 023 del expediente digital)**

La demandada Procuraduría General de la Nación presenta escrito de alegatos reiterando lo expuesto en la contestación de la demanda, y dice que la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación se encuentra en una normativa especial y excepcionalmente se puede acudir al régimen común de carrera, pero sin que ello implique aplicar disposiciones de carrera previstas en otros regímenes especiales, como el de la rama judicial; por lo que, no es dable establecer analogías entre regímenes especiales de carrera, como tampoco realizar remisiones ni aplicaciones extensivas o supletorias.

Hace una reseña de los antecedentes que dieron lugar a la expedición de los actos demandados, y menciona la sentencia C-101 del 28 de febrero de 2013, que declaró inexecutable la expresión “Procurador Judicial”, que aparece enlistada en el artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000 como uno de los empleos que se excluyen de la carrera por ser de libre nombramiento y remoción, por lo cual el Procurador General de la Nación se vio compelido por el expreso.

6. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto como dice la constancia secretarial del 13 de enero de 2022, que se encuentra en el documento 025 del expediente digital.

I. Consideraciones de la Sala

Cuestión Previa.

Es necesario precisar por esta Sala de Decisión que, pese a que el demandante solicita la nulidad del Decreto 3886 de 8 de agosto de 2016, mediante el cual se retiró del servicio al señor Nelson Camelo Cubides; al revisar los actos aportados, se evidencia que dicho acto no corresponde a la

numeración de 3886, sino 3880; por lo que, para los fines pertinentes, así se denominará en adelante, por considerarlo como un yerro en la digitación del mismo en la demanda.

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

1. Problemas jurídicos a resolver:

El problema jurídico general se contrae a establecer si, ¿en este caso existen causales para inaplicar por ilegal la Resolución N° 040 del 20 de enero de 2015, por medio de la cual la Procuraduría General de la Nación convocó al concurso de méritos para proveer en propiedad los cargos de Procuradores Judiciales I y II; la Resolución N° 357 (sin fecha) que publicó la lista de elegibles?; y, ¿si hay lugar a declarar la nulidad de los Decretos 3779 y 3880 de 8 de agosto de 2016 proferidos por la Procuraduría General de la Nación.?

De los antecedentes en este asunto.

Previo al estudio de los cargos invocados por el demandante en este caso, esta Sala considera necesario hacer un recuento del origen del acto del cual se solicita la inaplicación, así como de la sentencia proferida por la Corte constitucional referida en los hechos de la demanda y las contestaciones de la misma de la siguiente manera:

La Corte Constitucional mediante sentencia C- 101 del 28 de febrero de 2013, resuelve una demanda de inconstitucionalidad presentada contra el numeral 2° del artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000, con relación a los Procuradores Judiciales de libre nombramiento y remoción; y resolvió declarar la inexequibilidad del artículo en cita, al considerar que, dicho precepto contraría lo previsto en el artículo 280 de la Carta Política de 1991, relacionado con que los agentes del Ministerio Público tendrán las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los Magistrados y Jueces de mayor jerarquía, ante quienes ejerzan el cargo; es decir, las equivalencias de dichos cargos a los de Jueces y Magistrados.

En virtud de la declaratoria de inexequibilidad de la expresión “*Procurador Judicial*”, que aparece enlistada en el Artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000, como uno de los empleos que se excluyen de la carrera por ser de libre

nombramiento y remoción; el Procurador General de la Nación se vio en la necesidad de cumplir el mandato jurisprudencial mediante la resolución No. 040 de 2015 por la que se convocó el concurso público para la provisión en propiedad de los cargos de Procurador Judicial I y II.

2. Del régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación.

El numeral 45 del Artículo 7º del Decreto Ley 262 de 2000, vigente para la época de los hechos *“por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos”* dispuso:

“Artículo 7º. Funciones. - El Procurador General de la Nación cumple las siguientes funciones: [...]

45. Ejercer la suprema dirección y administración del sistema de carrera de la entidad, en desarrollo de lo cual deberá:

- a) Definir las políticas para la elaboración y aplicación de las pruebas que se utilizaran en los concursos y determinar los parámetros para su calificación.*
- b) Adoptar los instrumentos necesarios para el cumplimiento de los fines de cada una de las etapas del proceso de selección.*
- c) Designar a las personas que integraran el jurado encargado de elaborar y calificar las pruebas de pregunta abierta y la entrevista y de resolver las reclamaciones relacionadas con estas pruebas.*
- d) Definir las condiciones de las convocatorias para los concursos de méritos y suscribirlas.*
- e) Excluir de la lista de elegibles, a solicitud de la Comisión de Carrera de la Procuraduría General, a las personas que hubieren sido incluidas en ella, cuando se demuestre la existencia de irregularidades en el proceso de inclusión en la lista.*
- f) Declarar desiertos los concursos, cuando se presenten las causales establecidas en este decreto.*
- g) Revocar, a solicitud de la Comisión de Carrera de la Procuraduría General, los nombramientos efectuados, cuando se demuestre la existencia de irregularidades en el proceso de selección.*
- h) Fijar las políticas sobre estudios e investigaciones en asuntos relacionados con la administración de carrera. (...).”*

Ahora bien, la Procuraduría General de la Nación tiene un régimen propio de carrera, diferente del régimen común establecido en la Ley 909 de 2004, no obstante, su artículo 3ro, dispone en su campo de aplicación que las disposiciones allí contenidas son aplicables “con carácter supletorio” a la carrera especial de la Procuraduría General de la Nación.

Por otra parte, el numeral 4º del artículo 1º de la Ley 573 de 2000, dispuso:

“Modificar la estructura de la Procuraduría General de la Nación, así como su régimen de competencias y la organización de la Procuraduría General de la Nación e igualmente la del Instituto de Estudios del Ministerio Público, así como el régimen de competencias interno de la entidad y dictar normas para el funcionamiento de la misma; determinar el sistema de nomenclatura, denominación, clasificación, y seguridad social de sus servidores públicos, así como los requisitos y calidades para el desempeño de los diversos cargos de su planta de personal y determinar esta última; crear, suprimir y fusionar empleos en esa entidad; modificar su régimen de carrera administrativa, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores públicos y regular las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos”.

Por su parte, mediante el Decreto Ley 262 del 22 de febrero de 2000, se regula el régimen especial de carrera de la Procuraduría General de la Nación, y dice que, cuenta con una Comisión de Carrera y una oficina de Selección de Carrera, cuyas funciones se encuentran expresamente detalladas en éste.

3. De las normas que el demandante reputa como vulneradas con la expedición de la resolución 040 de 20 de enero de 2015.

Se inicia con una transcripción de los artículos constitucionales que, el demandante dice fueron vulnerados con la expedición de la resolución demandada.

“Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, 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.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Artículo 84. Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio

Artículo 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

- a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;
- b) Administración de justicia;
- c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales;
- d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana.
- e) Estados de excepción.
- f) La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley.

Parágrafo transitorio. El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentarán, antes del 1o. de marzo de 2005, un Proyecto de Ley Estatutaria que desarrolle el literal f) del artículo 152 de la Constitución y regule además, entre otras, las siguientes materias: Garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el Presidente de la República sea candidato y normas sobre inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República.

El proyecto tendrá mensaje de urgencia y podrá ser objeto de mensaje de insistencia si fuere necesario. El Congreso de la República expedirá la Ley Estatutaria antes del 20 de junio de 2005. Se reducen a la mitad los términos para la revisión previa de exequibilidad del Proyecto de Ley Estatutaria, por parte de la Corte Constitucional.”

Artículo 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

- a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;
- b) Administración de justicia;
- c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales;
- d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana.
- e) Estados de excepción.
- f) <Literal adicionado por el artículo 4 del Acto Legislativo 2 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentarán, antes del 1o. de marzo de 2005, un Proyecto de Ley Estatutaria que desarrolle el literal f) del artículo 152 de la Constitución y regule, además, entre otras, las siguientes materias: Garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el Presidente de la República sea candidato y normas sobre inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República.

El proyecto tendrá mensaje de urgencia y podrá ser objeto de mensaje de insistencia si fuere necesario. El Congreso de la República expedirá la Ley Estatutaria antes del 20 de junio de 2005. Se reducen a la mitad los términos para la revisión previa de exequibilidad del Proyecto de Ley Estatutaria, por parte de la Corte Constitucional.

Artículo 279. La ley determinará lo relativo a la estructura y al funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación, regulará lo atinente al ingreso y concurso de méritos y al retiro del servicio, a las inhabilidades, incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración y al régimen disciplinario de todos los funcionarios y empleados de dicho organismo.”

Artículo 280. Los agentes del Ministerio Público tendrán las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo.”

También adujo como vulnerados los siguientes:

“Artículo 20 del Decreto 263 de 2000 por el cual se establecen los requisitos de los empleos de la Procuraduría General.

Equivalencias. Los requisitos de que trata el presente decreto no podrán ser disminuidos. Sin embargo, de acuerdo con la jerarquía, las funciones y las responsabilidades de cada empleo, podrán hacerse las siguientes equivalencias:

Para los empleos pertenecientes a los niveles directivo, asesor, ejecutivo y profesional.

1. Título de formación avanzada o de postgrado por:

§ Tres (3) años de experiencia profesional específica o relacionada, siempre que se acredite el título universitario; o la expedición de la tarjeta profesional de periodista.

§ Aprobación de todas las materias del pénsum académico de educación avanzada o postgrado y un (1) año de experiencia profesional o docente.

§ Título de formación universitaria adicional al exigido en el requisito del respectivo empleo, siempre y cuando dicha formación adicional sea afín con las funciones del cargo; o

§ Aprobación de un año de maestría o doctorado

2. Un título de formación avanzada o de postgrado relacionado con las funciones del cargo, adicional al exigido como requisito mínimo para el respectivo empleo, por tres (3) años de experiencia específica o relacionada.

3. Título de formación universitaria adicional al exigido como requisito mínimo para el respectivo empleo por tres (3) años de experiencia profesional específica o relacionada.

4. Título de formación universitaria por el grado de oficial de la Fuerza Pública a partir del grado de Capitán o Teniente de Navío.

Para los empleos pertenecientes a los niveles técnico, administrativo y operativo:

1. Título de formación técnica profesional o de formación tecnológica, por un (1) año de experiencia específica o relacionada, siempre y cuando se acredite la terminación y la aprobación de los estudios en la respectiva modalidad.

2. Un (1) año de educación superior por dos (2) años de experiencia específica o relacionada y viceversa, o por un (1) año de experiencia específica o relacionada y curso específico de mínimo sesenta (60) horas de duración y viceversa, siempre y cuando se acredite diploma de bachiller para ambos casos.

3. Diploma de bachiller en cualquier modalidad, por aprobación de cuatro (4) años de educación básica secundaria y tres (3) años de experiencia y viceversa.

4. Aprobación de un (1) año de educación básica secundaria por un (1) año de experiencia y viceversa, siempre y cuando se acredite la formación básica primaria.

5. La formación de educación básica primaria, secundaria o técnica por la formación que imparte el SENA así:

§ Tres (3) años de educación básica secundaria o dos (2) años de experiencia específica o relacionada por el modo de formación "aprendizaje".

§ El diploma de bachiller en cualquier modalidad o tres (3) años de experiencia específica o relacionada, por el modo de formación "complementación".

§ Tres (3) años de formación en educación superior o cuatro (4) años de experiencia específica o relacionada, por el modo de formación "técnica".

Parágrafo. Las equivalencias deberán establecerse, de conformidad con lo señalado en el presente artículo, directamente en el manual específico de funciones y de requisitos que se adopte e igualmente deberán señalarse en las respectivas convocatorias."

Artículo 14 del Decreto 2772 de 2005, Decreto que fue derogado por el Decreto nacional 1785 de 2014

Artículo 229. Del Decreto Ley 19 de 2012, Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.

Experiencia profesional. Para el ejercicio de las diferentes profesiones acreditadas por el Ministerio de Educación Nacional, la experiencia profesional se computará a partir de la terminación y aprobación del pensum académico de educación superior.

Se exceptúan de esta condición las profesiones relacionadas con el sistema de seguridad social en salud en las cuales la experiencia profesional se computará a partir de la inscripción o registro profesional.

Artículo 6º de la Ley 527 de 1999 "Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones."

Escrito. Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito.

Resolución 253 de 9 de agosto de 2012, *“Por la cual se adopta el Manuel específico de funciones por Competencias Laborales y Requisitos de los empleados de la Planta de Personal de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público”*.

Ahora, debe decirse que, el proceso de selección convocado a través de la Resolución 040 de 20 de enero de 2015, fue realizado en cumplimiento de una orden judicial que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, por lo que, obliga a todas las autoridades y a los particulares, tal como lo disponen el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, que dice que *“Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares”*, y de acuerdo con el artículo 48 de la Ley 270 de 1997 que dispone:

“Artículo 48. Alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional. *Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:*

1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.

2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.”

Por otra parte, es necesario precisar en este punto de partida del análisis del caso, que, la Procuraduría General de la Nación tiene un régimen especial de carrera; y, el hecho de que el numeral segundo del artículo 3ro de la ley 909 de 2004, en lo concerniente a su campo de aplicación, disponga que lo contenido en dicha ley se aplica con carácter supletorio en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales, incluyendo allí a la Procuraduría General de la Nación; ello no implica que el régimen de ésta sea el que allí se describe.

También se pone de presente que, el Consejo de Estado, en sentencia de 30 de julio de 2021¹ estudió el tema de la legalidad de la resolución 040 del 20 de enero de 2015, y resolvió entre otros, declarar la legalidad condicionada del inciso tercero, numeral 1, artículo 17; del inciso tercero del artículo 5, numeral 2.9 del artículo 9, y el párrafo primero del artículo 17 de la resolución 040 de 2015.

Es igualmente necesario decir que, en todos los cargos formulados por el demandante, el único que se relaciona con situaciones particulares en su caso, es el de indebida notificación; pues los demás, se fundan en consideraciones generales que tienen que ver con la vulneración de normas constituciones y de otra naturaleza, con la expedición de la resolución número 040 de 2015; y no hace una exposición respecto de cada artículo de la resolución en mención, de cuáles fueron vulnerados y la razón de ello; sino que hace una exposición de manera general.

4. Del contenido de los actos de los cuales se solicita su inaplicación por ilegalidad.

La resolución 040 de 20 de enero de 2015 dio apertura y reglamentó la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la Procuraduría General de la Nación; ello en cumplimiento de la orden judicial de la Corte Constitucional en sentencia C101 de 2013 y en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 7° del Decreto Ley 262 de 2000, procede a dar apertura y reglamentar la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales I (3PJ-EG) Y 11 (3PJ-EC).

La mentada resolución tiene 25 artículos desde dar apertura al concurso, hasta la vigencia del mismo, los cuales no se transcriben debido a su extensión, y a ser innecesarios en este instante de la discusión.

También solicita el demandante, inaplicar por ilegal la resolución número 357 (sin fecha) que dice, fue la que publicó la lista de elegibles para el cargo de Procurador Judicial Penal, y la totalidad de los actos administrativos de

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 30 de julio de 2021. CP. Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Rad. 11001-03-25-000-2015-00366-00(0740-15)

carácter general proferidos en el marco del concurso; solicitud frente a la cual es preciso aclarar que, no resulta posible el estudio en un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de actos generales e indeterminados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 163 del Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que dice respecto de la individualización de las pretensiones, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión; y que, si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron; no siendo ese este caso.

Y, respecto de esa misma solicitud de nulidad (Resolución número 357 sin fecha); también necesario precisar que dicho acto no se aportó con la demanda, tampoco se relaciona en los documentos aportados; y la ausencia del mismo, contraría lo ordenado por el artículo 166 del CPACA que dice entre otros que, con la demandada deberá acompañarse la copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, comunicación, notificación o ejecución, según sea el caso; y este acto es uno de carácter particular que debió acompañarse con la demanda, por lo que no resulta posible su estudio.

Finalmente, se solicita la nulidad de los Decretos 3779 y 3880 de 8 de agosto de 2016, mediante los cuales cual se hace un nombramiento en periodo de prueba y se termina una provisionalidad, el cual resuelve nombrar a la señora Diana Patricia Mazo Velásquez, en el cargo de Procurador Judicial II Código 3PJ, Grado EC, en la Procuraduría 106 Penal , con sede en Manizales; y, en consecuencia, a partir de su posesión, se culmina la vinculación laboral en provisionalidad del señor Nelson Camelo Cubides, quien desempeña ese cargo; y, el decreto 3880 de 8 de agosto de 2016, que retira del servicio al mentado señor, a partir del momento en el cual tome posesión la señora Diana Patricia Mazo Velásquez.

5. De los artículos que se predicen como vulnerados.

5.1. Sostiene el demandante que se vulneró el artículo 13 constitucional, relacionado con el derecho a la igual, y el artículo 280 ibidem, pues interpreta que, el concurso para proveer los cargos de Procuradores Judiciales debe surtir en igualdad de condiciones que aquél que corresponde a los Jueces y Magistrados ante quienes actúan.

Frente a ello considera esta Sala de decisión que, si bien el artículo 280 dispone que, los Agentes del Ministerio Público tendrán las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los Magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo; de esa afirmación no puede desprenderse que, existe igualdad en el régimen de carrera entre Jueces, Magistrados y Procuradores I y II; tanto así que, en la misma sentencia C – 101 de 2013, que fue la que motivó al Procurador General de la Nación a proferir la resolución 040 de 2015, consideró que:

“(…) En este sentido, la carrera administrativa, tiene por objeto la garantía del derecho a la igualdad de oportunidades para el acceso a cargos y funciones públicas (CP, 40.7), la búsqueda de la eficiencia y la eficacia en el servicio público para el cumplimiento de los fines del Estado (CP, 1, 2, 122 a 131 y 209), y la protección de los derechos subjetivos a los que tienen derecho las personas vinculadas a la carrera (CP, 53 y 125) y se funda en el mérito de los aspirantes, para lo cual la Carta Política prescribió el concurso público como el mecanismo idóneo para establecer el mérito y las calidades de los mismo.

(…)

5.4.4. El artículo 280 de la Constitución Política refuerza lo anteriormente señalado, cuando establece que los agentes del Ministerio Público tendrán la misma “categoría” de los magistrados y jueces ante los que actúan, vocablo que significa la equivalencia en los cargos que desempeñan unos y otros, la cual se quebranta con la distinción que realiza la disposición acusada, al clasificar el cargo de procurador judicial como de libre nombramiento y remoción, cuando los de los jueces y magistrados ante los que actúan, son de carrera administrativa, conduciendo a su inexequibilidad.

5.4.5. Así, los procuradores judiciales, en su condición de agentes del Ministerio Público que actúan ante jueces y tribunales cuyos cargos han sido definidos por el legislador -Ley 270 de 1996- como de carrera, tienen el derecho a ser clasificados igualmente como carrera administrativa, en aplicación del artículo 280 constitucional. Tal decisión, además, se aviene con el principio general de la carrera, prevista en el artículo 125 superior.

(…)

5.5. Consideraciones finales.

5.5.1. La Corte declarará la inexequibilidad de la norma demandada, por vulneración del artículo 280 de la Constitución que ordena la equiparación en materia de “derechos” entre magistrados y jueces y los agentes del ministerio público que ejercen el cargo ante ellos, entendiendo esta Corte que derechos a homologar se encuentra el ser considerado de carrera administrativa.

(…)

5.5.2. Cabe distinguir que una es la carrera judicial administrada por el Consejo Superior de la Judicatura y otra la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación. Por ello, la incorporación que

procede respecto de los “procuradores judiciales” es a la carrera propia de la Procuraduría General de la Nación.

5.5.3. En consecuencia, al declarar inexecutable la expresión “procurador judicial”, contenida en el numeral 2) del artículo 182 del decreto ley 262 de 2000 -que los define como de libre nombramiento y remoción-, ordenará a la Procuraduría General de la Nación la convocación de un concurso público de méritos para la provisión de tales cargos, en un término no mayor de seis (6) meses, de acuerdo con las reglas y procedimientos que lo regulan.

De las normas transcritas inicialmente, y de la cita jurisprudencial, para esta Sala es claro que, la solicitud de igualdad predicada por el actor, no se quebranta por el régimen especial de carrera que tiene la Procuraduría General de la Nación; y, mal podría interpretarse que, el mero hecho de mencionar equivalencias en categorías, remuneración, derechos y prestaciones respecto de los Magistrados y Jueces, de lugar a una igualdad en el régimen de carrera administrativa, con los mismos requisitos de aquellos; ello, por cuanto la misma Constitución Política de Colombia, reconoce a la Procuraduría General de la Nación como un órgano con autonomía e independencia, son que los rija la carrera de la rama judicial, ni lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura.

Ahora, el Decreto Ley 262 de 2000, mediante el cual se modifica la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; dicta normas para su funcionamiento; modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos contemplados; en su artículo 182 contempla la naturaleza de los empleos, sin que se encuentre el de Procurador Judicial como de libre nombramiento y remoción; y en su título XIV regula el régimen de carrera de la Procuraduría General, pues si bien estaba allí incluido, mediante la sentencia C – 101 de 2013, se declaró inexecutable esa parte.

Por lo expuesto, los artículos 13 y 280 constitucionales no se encuentran vulnerados con la expedición de la resolución 040 de 2015.

5.2. De la vulneración que dice el demandante de los artículos 113, 125 y 279 constitucionales con la expedición de la resolución 040 de 2015; porque el

Procurador General de la Nación no tenía la facultad de regular aspectos relacionados con la carrera administrativa y concurso de los Procuradores Judiciales I y II; sin que pueda esta entidad, determinar si hay o no lugar a homologaciones o equivalencias en el concurso debatido, excediendo las facultades.

Sea lo primero mencionar que, el artículo 113 refiere como ramas del poder público, la legislativa, ejecutiva y judicial; y el 125 define que los empleos y órganos del Estado son de carrera, con las excepciones que allí plantea, dentro de las cuales no se hace mención expresa a los Procuradores Judiciales, y contrario a ello, se dice que, el ingreso a los cargos de carrera se hará mediante el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para la determinación de los méritos y calidades de aspirantes; y, el artículo 279 dice que la Ley determinará lo relativo a la estructura y al funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación, en lo relacionado con el ingreso y concurso de méritos, entre otros.

Basta la lectura del artículo 113 para decir que, la resolución 040 de 2015 no vulnera el mismo, por cuanto no modifica en nada la división de ramas de poder público dispuestas por el constituyente; y el artículo 125 no se encuentra vulnerado, en concordancia con lo mencionado en el numeral anterior, donde el mismo artículo 182 de la ley 262 de 2000 contempla cuales son los cargos de libre nombramiento y remoción, y, pese a que allí se encontraba el de Procurador Judicial, fue sacado de la lista, en virtud de la declaratoria de inexequibilidad correspondiente que determinó la sentencia C – 101 de 13 de febrero de 2013; de manera que, la Sala no encuentra vulnerado el artículo constitucional en mención con la expedición de la resolución 040 de 2015; pues, contrario a ello, esa resolución fue expedida en virtud de esa misma sentencia.

Sumado a lo anterior, tampoco puede decirse que, el artículo 279 ha conferido al Procurador General de la Nación competencia alguna para regular el régimen de carrera de los empleados de esta entidad, pues allí no se hace alusión ni al jefe del Ministerio Público; y lo que hace es decir que, la ley regulará lo relativo a la estructura, y funcionamiento de la Procuraduría, y lo relacionado con el concurso de méritos; siendo la ley que regula dicha materia, la mencionada Decreto 262 de 2000, la cual fue expedida por el Presidente de

la República de Colombia, *“en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere el numeral 4 del artículo primero de la Ley 573 de 2000, y oído el concepto del Procurador General de la Nación”*.

Se reitera lo mencionado previo al análisis de los demás cargos planteados en el sentido que, fue la Corte Constitucional mediante la sentencia C – 101 de 2013 quien ordenó convocar un concurso público para la provisión en propiedad de todos los cargos de Procurador Judicial y precisó que el sistema de carrera aplicable al concurso sería el sistema especial de carrera de la Procuraduría; sin que allí se previera en ningún caso la homologación de los sistemas de carrera de la rama con el ministerio público; motivos por los cuales para esta Sala, no se encuentran vulnerados los artículos indicados por el demandante.

6. De la reserva estatutaria del artículo 152 de la Constitución Política.

El demandante afirma que se vulneró el artículo referido por desconocer la cláusula de reserva de ley de carrera de los agentes del Ministerio Público, al establecerse por constitución y ley que los cargos de Procuradores Judiciales I y II son equivalentes a los de Jueces y magistrados; reiterando el tema de las equivalencias entre ellos.

El artículo 152 constitucional dice que las leyes estatutarias regularán entre otros, los derechos y deberes fundamentales de las personas y procedimientos para su protección.

El Consejo de Estado² se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“(…) Lo dispuesto en los literales a) y b) del Artículo 152 superior, se inspira en el propósito del constituyente de amparar la estructura básica y el núcleo esencial de los derechos fundamentales, los procedimientos y recursos para su protección y garantizar su efectividad y toca igualmente con aspectos estructurales de la administración de justicia. Lo anterior explica el por qué la regulación de esos asuntos se encuentra sujeta al cumplimiento de ciertas exigencias particulares como son su aprobación por mayoría absoluta de los miembros del Congreso, que su trámite se haga en una sola legislatura y que antes

² Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 30 de julio de 2021. CP. Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Rad. 11001-03-25-000-2015-00366-00(0740-15)

de su sanción, sean revisadas por la Corte Constitucional.

En palabras de esa colegiatura, esas particularidades de las leyes estatutarias, responden a la necesidad de brindar "...una garantía constitucional de eficacia normativa de los derechos fundamentales frente a la competencia del legislador para regularla, que consiste en la mayor rigidez de su reforma y mayor consenso para su reglamentación", obedece a la necesidad de "...evitar que la limitación del derecho se convierta en su anulación o (...) impedir que se despoje de su necesaria protección."

El "núcleo esencial de los derechos fundamentales", ha sido definido por la Corte Constitucional como "...el mínimo de contenido que el legislador debe respetar, es esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas. En sentido negativo debe entenderse el núcleo esencial de un derecho fundamental como aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental. O, también, puede verse como la parte del derecho fundamental que no admite restricción porque en caso de hacerlo resulta impracticable o se desnaturaliza su ejercicio o su necesaria protección."

(...)

El derecho fundamental de acceso a los cargos públicos, consagrado en el Artículo 40 de la Carta, constituye una de las principales expresiones de la democracia participativa. Ese derecho protege al ciudadano frente a decisiones injustificadas y arbitrarias que obstaculizan el ingreso al empleo público y tornan imposible el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para que un ciudadano pueda adquirir o consolidar la condición de servidor público. (...)"

Ahora, de acuerdo con el artículo que se cita como vulnerado por el demandante, y, teniendo en cuenta el pronunciamiento que ha hecho el Consejo de Estado, lo que debe entenderse del artículo en mención, en concordancia con la resolución 040 de 2015 es que, ésta no buscaba regular todos los concursos de mérito para la provisión de los empleos de procuradores judiciales que deba convocar la entidad demandada, sino que da apertura y reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la entidad en virtud de lo siguiente:

- El artículo 182 del Decreto ley 262 de 2000 incluyó a los Procuradores Judiciales en la denominación de Libre nombramiento y remoción.

Mediante sentencia de la Corte Constitucional C-101 de 2013 se declaró inexecutable el apartado en mención, y afirmó que "(...) Los procuradores

judiciales, en su condición de agentes del Ministerio Público que actúan ante jueces y tribunales cuyos cargos han sido definidos por el legislador en la Ley 270 de 1996- como de carrera, tienen el derecho a ser clasificados igualmente como carrera administrativa, en aplicación del artículo 280 constitucional".

- En la sentencia citada, la Corte Constitucional resolvió:

"Primero.- Declarar la INEXEQUIBILIDAD de la expresión "Procurador Judicial" del numeral 2), del artículo 182, del Decreto Ley 262 de 2000, por la vulneración del artículo 280 de la Constitución Política.

Segundo.- ORDENAR a la Procuraduría General de la Nación que en un término máximo de seis meses, contados a partir de la notificación de este fallo, convoque a un concurso público para la provisión en propiedad de los cargos de Procurador Judicial, que deberá culminar a más tardar en un año desde la notificación de esta sentencia."

- En cumplimiento de lo anterior, la Procuraduría General de la Nación profirió la resolución 040 de 2015.

Ahora, la resolución 040 de 2015 consideró entre otros:

"(...) Que el precitado Decreto Ley clasificó los empleos al interior de la Entidad, de acuerdo con la naturaleza de su vinculación en: carrera, libre nombramiento y remoción y de periodo fijo. Que en la categoría de empleos de libre nombramiento y remoción, dispuesta en el artículo 182 del Decreto en mención, estaban incluidos los cargos de procuradores judiciales I (3PJ-EG) Y 11 (3PJ-EC), disposición que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-101 de 2013, en la cual sostuvo: "...los procuradores judiciales, en su condición de agentes del Ministerio Público que actúan ante jueces y tribunales cuyos cargos han sido definidos por el legislador Ley 270 de 1996- como de carrera, tienen el derecho a ser clasificados igualmente como carrera administrativa, en aplicación del artículo 280 constitucional".

Que como consecuencia de lo anterior, la Corte Constitucional ordenó convocar a concurso público de méritos para la provisión en propiedad todos los empleos de procuradores judiciales I (3PJ-EG) Y 11 (3PJ-EC), distribuidos en la planta de personal de la Entidad a nivel nacional. Que para dar cumplimiento a esta orden, se realizaron todas las gestiones administrativas inherentes al Subproceso de Selección de Empleados de Carrera de la Procuraduría General de la Nación, certificado bajo la norma ISO 9001 :2008, tales como la planeación, consecución de los recursos financieros, técnicos y humanos, trámite precontractual orientado a seleccionar al operador que brindará el apoyo técnico, logístico y funcional requerido para el desarrollo del concurso y demás actividades internas para la convocatoria, de lo cual se ha informado periódicamente a la Corte Constitucional."

Y resolvió en su artículo primero:

Artículo primero: Dar apertura al concurso abierto de méritos, para proveer todos los empleos de procuradores judiciales I (3PJ-EG) Y 11 (3PJ-EC) y reglamentar las condiciones generales de la convocatoria y de las etapas del proceso de selección. Los cargos objeto de concurso son 744, de los cuales 317 son procuradores judiciales I (3PJ-EG) Y 427 procuradores judiciales 11 (3PJ-EC), que se encuentran distribuidos en la planta de personal de la Entidad a nivel nacional. Estos empleos se identifican según el código, grado, denominación y área de trabajo a la cual están asignados, y se clasifican por número de convocatoria, así:

Por lo expuesto, para esta Sala la resolución 040 de 2015 se profirió acatando el mandato Constitucional impartido mediante sentencia judicial, y para ello, aplicando en ella el Decreto 262 de 2000, vigente para el momento de su expedición, definiendo en la resolución 040 las condiciones particulares de ese determinado concurso de méritos, no regulando todos los concursos de méritos que desarrolle la Procuraduría General de la Nación.

Finalmente, lo que se garantiza es el acceso a los cargos públicos, el acceso en este caso a los cargos de Procuradores Judiciales de la Procuraduría General de la Nación, lo que no implica que, no deban darse directrices precisas en los concursos de méritos, para que los interesados que cumplan los requisitos establecidos en el mismo, puedan concursar, ser calificados conforme a los términos plateados por el concurso que se realice, y sean evaluados de manera objetiva, pudiendo finalmente materializarse ese acceso a los cargos públicos, cuando superados todas las etapas del concurso convocado, se haga parte de una lista de elegibles, y finalmente, se pueda ser nombrado y posesionado en el cargo al cual se aspiró; sin que ello, vulnere de manera alguna, lo dispuesto en el artículo 152 constitucional.

6. Del artículo 20 del Decreto 263 de 2000 y de la resolución 253 de 9 de agosto de 2012.

Afirma el demandante que no se establecieron las equivalencias propias en la convocatoria adelantada, pues le eran aplicables las contenidas en el artículo en mención.

Sea lo primero, precisar que, el artículo 20 del Decreto 263 de 2000 dispuso establecer unas equivalencias para los empleos de la Procuraduría, y dice expresamente que: *“Equivalencias. Los requisitos de que trata el presente*

decreto no podrán ser disminuidos. Sin embargo, de acuerdo con la jerarquía, las funciones y las responsabilidades de cada empleo, podrán hacerse las siguientes equivalencias:”

Ahora bien, en este punto de la discusión no puede la Sala pasar por alto la manera tan general con la que el demandante atacó los actos demandados; pues en este caso particular de las equivalencias, ni siquiera dice cuál es el artículo preciso, o la parte del concurso de méritos de Procuradores Judiciales I y II donde se descartan las equivalencias mencionadas, lo cual no permite hacer el análisis detallado del cargo imputado.

Dicho esto, para la Sala, el hecho de que se excluyan o no las equivalencias dispuestas en el artículo mencionado en el concurso de Procuradores Judiciales I y II, no es sino el resultado de la facultad prevista en el mismo artículo, donde expresamente dice que *“podrán hacerse las siguientes equivalencias”*, sin que constituya una orden, un mandato legal inobjetable, ni uno de obligatorio e inmediato cumplimiento; dejando así, a la facultad del Procurador General de la Nación la posibilidad de incluirlas o no el respectivo concurso de méritos; motivo suficiente para no considerarse vulnerado este artículo con la expedición de la resolución 040 de 2015.

Y, respecto de la vulneración de la resolución 253 de 9 de agosto de 2012, donde el actor dice que, dicho manual adopta directamente la fórmula de establecer equivalencias para ser agente del Ministerio Público, basta con decir que dicha resolución adopta el Manual Específico de Funciones por Competencias Laborales y Requisitos de los empleos de la Planta de Personal de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; y, dice expresamente que es proferida en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, especialmente las conferidas en los artículos 7, numeral 41, del Decreto Ley 262 de 2000 y 22 del Decreto Ley 263 del mismo año; es decir que, se remite a la ley 262 de 2000, de la cual se hizo el análisis en renglones precedentes.

De igual manera, la resolución 253 de 9 de agosto de 2012 contiene un total de 25 artículos, y ninguno habla de equivalencias; y así lo hiciera, dicha resolución fue expedida en observancia de la ley 262 de 2000, estudiada anteriormente, la cual define la equivalencia como facultativa, como ya se dijo.

7. Del artículo 14 del Decreto 2772 de 2005 y artículo 229 del Decreto 19 de 2012.

Para el actor, los artículos mencionados se vulneraron con la expedición de la resolución 040 de 2015 por cuanto hay una exigencia de un mínimo de experiencia para acceder a la carrera de empleos de agentes del Ministerio Público; y los argumentos que expone son tan generales, que no es claro en decir porque se invoca como vulnerada la norma en mención; no obstante, se precisa que el Decreto 2772 de 10 de agosto de 2005, por el cual se establecían las funciones y requisitos generales para los diferentes empleos públicos de los organismos y entidades del orden nacional, fue derogado por el artículo 37 del Decreto Nacional 1785 de 2014; esto es, previo a la expedición de la resolución 040 de 20 de enero de 2015, la cual se dice vulneró la norma del decreto derogado; motivo por el cual no procede el estudio del cargo invocado respecto de esa norma.

Ahora, respecto de la vulneración del artículo 229 del decreto 229 de 2012; debe decir esta Sala que, dicho Decreto dicta normas para suprimir, reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública; y, en su artículo 1º, dentro define dentro de su objetivo general *“suprimir o reformar los trámites, procedimientos y regulaciones innecesarios existentes en la Administración Pública, con el fin de facilitar la actividad de las personas naturales y jurídicas ante las autoridades, contribuir a la eficiencia y eficacia de éstas y desarrollar los principios constitucionales que la rigen.”*

A la vez, su artículo segundo, define el ámbito de aplicación y dice que: *“se aplicará a todos los organismos y entidades de la Administración Pública que ejerzan funciones de carácter administrativo, en los términos del artículo 39 de la Ley 489 de 1998 y a los particulares cuando cumplan funciones administrativas.”*

Y, su artículo 229 dispone:

“Artículo 229. Experiencia profesional. Para el ejercicio de las diferentes profesiones acreditadas por el Ministerio de Educación Nacional, la experiencia profesional se computará a partir de la terminación y aprobación del pensum académico de educación superior.

Se exceptúan de esta condición las profesiones relacionadas con el sistema de seguridad social en salud en las cuales la experiencia profesional se computará a partir de la inscripción o registro profesional.”

Ahora bien, de la norma en mención se advierte que, ésta se aplica en las entidades de administración pública que ejerce funciones de carácter administrativo, y, lo que busca es facilitar y simplificar los trámites administrativos; ello por economía en las actuaciones administrativas.

Así mismo, la Procuraduría General de la Nación, es una entidad que representa a los ciudadanos ante el Estado, constituyéndose en el máximo organismo del Ministerio Público; y, dentro de sus obligaciones está la función preventiva, la de intervención y la disciplinaria.

Con el argumento expresado por el demandante, no se advierte cómo la resolución 040 de 2014 contraría el artículo transcrito, en primer lugar, porque la interpretación que se hace del mismo, no puede ser fuera del contexto del ámbito de aplicación del Decreto 19 de 2012, cuyo espíritu normativo no es otro que, agilizar los trámites administrativos y erradicar los trámites innecesarios, sin que encuentre esta Sala relación alguna con los requisitos del concurso de méritos para Procuradores Judiciales I y II, y menos aún, con la resolución 040 de 2015.

Y, si en gracia de discusión, y en aras de garantizar su aplicación a todos los escenarios públicos, se dijera que, el artículo 229 del decreto en mención se aplica al concurso de méritos que se debate, el numeral 2 del artículo 9 de la resolución 040 de 2015 dispone:

“Artículo Noveno: Forma de acreditar y presentar documentos de estudios y experiencia profesional para requisitos Mínimos y la prueba de análisis de antecedentes. Los soportes, certificaciones, constancias y/o documentos necesarios para acreditar el cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos para el ejercicio de los empleos ofertados y los relativos a títulos de estudios y experiencia profesional adicionales que tengan por objeto la asignación de puntaje en la prueba de análisis de antecedentes se deben adjuntar en el módulo de inscripción, teniendo en cuenta las especificaciones técnicas que se determinen en el instructivo respectivo y las siguientes disposiciones:

2. Experiencia profesional: La experiencia profesional para los empleos de procuradores judiciales 1 (3PJ-EG) Y 11 (3PJ-EC) es la adquirida con posterioridad a la obtención del título de abogado en actividades

jurídicas ya sea de manera independiente o en cargos públicos o privados o en el ejercicio de la función judicial, de acuerdo con lo previsto en el Manual Específico de Funciones y Requisitos por Competencias Laborales de la Entidad. La experiencia docente es la adquirida en el ejercicio de actividades como profesor o investigador adelantadas en instituciones de educación superior reconocidas oficialmente, en áreas jurídicas afines al cargo que se va a desempeñar y con posterioridad a la obtención del correspondiente título de formación universitaria. las certificaciones de experiencia profesional deben reunir los siguientes requisitos:” (Subraya la sala).

Del artículo transcrito se evidencia que, la exigencia en el concurso de méritos de Procuradores en experiencia profesional, era la obtenida con posterioridad a la obtención del título de abogado; y, si bien el artículo 229 del decreto 19 de 2012 dice que, para el ejercicio de las profesiones, esa experiencia se computará a partir de la terminación y aprobación del pensum académico de educación superior, ello no puede estudiarse, de manera aislada y, fuera del contexto del numeral 1 del artículo 9 de la resolución 040 de 2015, que dispuso:

“Estudios:

El requisito de estudio mínimo exigido para los cargos de procurador judicial I (3PJ-EG) Y 11(3PJ-EC) es el título de abogado expedido o revalidado conforme a la ley. Para la acreditación del mismo, el participante debe allegar copia del diploma o acta de grado, expedidos por institución de educación superior autorizada, o la respectiva tarjeta profesional.”

Es así, como para la convocatoria de Procuradores Judiciales I y II se tenía como requisito mínimo el título de abogado expedido legalmente, por lo que, allí se consigna que la experiencia profesional se entiende con posterioridad a la obtención del título, y ello resulta coherente y necesario para el cargo al cual se aspira; pues no basta en este caso, que la persona haya terminado y aprobado el pénsum académico como lo refiere el artículo 229 que se reputa como vulnerado, pues debe ser quien se haya graduado de abogado; motivos suficientes para no encontrar vulnerado el artículo en mención.

8. Del artículo 6 de la Ley 527 de 1999, artículo 84 Constitucional, y, numeral 5 del artículo 9 del CPACA.

El demandante dice que se vulneraron las normas mencionadas con la resolución 040 de 2015, porque contradice lo estipulado sobre la validez y eficacia de los mensajes de datos y documentos electrónicos de las

actuaciones administrativas, por lo que, a su juicio, no existía razón para exigir que se aportaran ejemplares físicos de las publicaciones realizadas, pues las copias de éstos en medios magnéticos deben tener el mismo valor del original.

El artículo 84 constitucional que invoca como vulnerado el demandante dice que, cuando ha sido reglamentado de manera general una actividad o derecho, las autoridades públicas no pueden exigir requisitos adicionales para su ejercicio; y, el artículo 9 del CPACA contempla 16 prohibiciones para las autoridades, dentro de las cuales se encuentra el numeral 5 que dice:

“5. Exigir documentos no previstos por las normas legales aplicables a los procedimientos de que trate la gestión o crear requisitos o formalidades adicionales de conformidad con el artículo 84 de la Constitución Política.”

Ahora, el artículo 6 de la ley 527 de 1999, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones, dispone:

“Artículo 6o. Escrito. Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito.”

De igual manera, la Ley en mención es aplicable a todo tipo de información en forma de mensajes de datos, a excepción de las obligaciones contraídas por el Estado colombiano en virtud de convenios o tratados internacionales; y, en las advertencias escritas que por disposición legal deban ir necesariamente impresas en cierto tipo de productos en razón al riesgo que implica su comercialización, uso o consumo.

El demandante expone su inconformidad y la vulneración mencionada, con el contenido del inciso 3ro y 6to del artículo 5 de la resolución 040 de 2015, los cuales disponen:

“Artículo Quinto: Inscripción. La fase de inscripción tiene por objeto el

registro del formulario electrónico y de los documentos que acrediten los requisitos mínimos exigidos para el empleo seleccionado, y se realiza únicamente en la sede electrónica institucional, a través del módulo dispuesto para tal fin, el cual asignará un número de inscripción para cada aspirante. Para todos los efectos, se entenderá que no hay inscripción válida si no se tiene el número suministrado por el sistema durante el tiempo previsto para esta fase.

(...)

No se permiten inscripciones múltiples. El sistema confrontará automáticamente los datos registrados por los participantes y en caso de existir múltiples inscripciones todas serán anuladas mediante acto administrativo.

(...)

Los documentos que los participantes adjunten a través de la sede electrónica institucional, módulo de inscripciones, son los únicos que se tienen en cuenta en la revisión de los requisitos mínimos y en la prueba de análisis de antecedentes, salvo lo indicado en este artículo para los libros y los funcionarios de la Entidad. (...)"

Al respecto es necesario precisar que, como se dijo inicialmente, en este caso el demandante no precisó ninguna situación de carácter personal, que dé cuenta de la vulneración de sus derechos particulares con la expedición de la resolución 040 de 2015, y la situación que expone en este caso, y en los demás, son generales de vulneración del ordenamiento superior; es decir que, acá no dice que hubiera entregado información de manera física para los fines del concurso de méritos, y que, la Procuraduría General de la Nación, en virtud de la resolución el comentario se los hubiera rechazado.

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado³ en el estudio que hizo de la resolución cuestionada por el demandante, respecto de la vulneración del artículo 6 de la ley 527 de 1999, en la sentencia citada en varias oportunidades, consideró:

"(...) Si bien es un hecho notorio que la gran mayoría de publicaciones se encuentran impresas en papel, no puede pasarse por alto que en los últimos lustros la producción y comercialización de publicaciones digitales han venido en aumento. Además de ello, las reglas de la experiencia enseñan que las obras intelectuales valen por sí mismas, independientemente del formato o la presentación que tengan. Adicionalmente, si de lo que trata es de poder medir la idoneidad y la suficiencia profesional de una persona a través de sus obras, ninguna relevancia tiene el hecho de que se encuentren impresas en papel o grabadas en un medio digital.

³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 30 de julio de 2021. CP. Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Rad. 11001-03-25-000-2015-00366-00(0740-15)

180 En tales circunstancias, el hecho de que se haya dispuesto la exclusión de las obras que sean aportadas en medios digitales, resulta lesivo del derecho de participar en los concursos que tienen por objeto la provisión de los empleos a partir del mérito, desconoce la validez de los documentos digitales, y en suma, es una medida contraria al ordenamiento jurídico.

181 Para la época en que fue expedido el acto demandado, ya se encontraba vigente la Ley 527 de 1999 en cuyas normas, siguiendo una tendencia universal, se reconocen plenos efectos a los documentos digitales y por ello se consagraron los principios de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional, según los cuales, los mensajes de datos tienen la misma eficacia y valor jurídico que los documentos físicos. En la misma vía, el Código General del Proceso ratificó que los mensajes de datos se encuentran dentro de la categoría de documentos (art. 243) y por ellos tienen plena validez probatoria (arts. 165, 244, 247).

182 Es importante poner de relieve que la potestad reglamentaria asignada al Procurador General de la Nación en los Artículos 275 Superior y 7º (numeral 45) del Decreto Legislativo 262 de 2000, debía desarrollarse en los precisos términos y límites dispuestos por el legislador, sin soslayar de manera alguna la aptitud probatoria de los documentos digitales.

183 Si la Procuraduría General de la Nación quería facilitar a los aspirantes la acreditación de las publicaciones, tal como lo argumentan su apoderado judicial y la agente del Ministerio Público, ese propósito en realidad no se consigue con la restricción que aquí se censura, pues ésta resulta excluyente de otros medios alternativos y restringe el derecho de acceso a los cargos públicos. En definitiva, la citada exigencia no es proporcional en sentido estricto, pues lejos de buscar la plena realización de ese derecho y la optimización del principio del mérito, establece una limitación arbitraria e injustificada. Si lo que se busca con la aportación de las publicaciones es la demostración de la suficiencia académica de los aspirantes, el hecho de descartar los trabajos intelectuales por venir presentados en un medio digital, es una medida que no supera los test de proporcionalidad y razonabilidad. En esa misma línea, no puede perderse de vista que muchas obras intelectuales se elaboran desde sus orígenes en medios digitales, sin llegar tener versiones impresas.

184 **La disposición demandada tiene importantes repercusiones respecto de quienes superaron la prueba de conocimientos, pues les impide acreditar la experiencia adicional relacionada, justo en una etapa del concurso en donde obtener o no puntos adicionales resulta crucial y definitivo.** En este orden de ideas, la entidad demandada ha debido dejar abierta la opción de presentar las obras en medio físico o digital, para hacerlas valer en la prueba de análisis de antecedentes, lo cual estaría acorde con el marco normativo previamente esbozado y con el mandato de realización del derecho de acceso a los cargos públicos y el principio del mérito.

185 Siendo así, la Sala concluye que le asiste razón a los demandantes y, por tal motivo se procederá a declarar la legalidad condicionada de los aportes relacionados con la valoración de los libros aportados en original y físico, contenidos en los Artículos arts.5º (inciso 3º), 9º(numeral 2.9) y 17 (parágrafo 1º) de la Resolución 040 de 2015, bajo el entendido que los libros que dan lugar a puntaje en la prueba de análisis de antecedentes pueden presentarse en original y físico o

en forma digital por quienes superen la prueba de conocimientos, siempre y cuando los derechos de autor de las publicaciones elaboradas y/o presentadas en físico o en medios digitales se encuentren debidamente registrados y cuenten con el respectivo ISBN (International Standard Book Number), tal como se exige en el numeral 2º del art. 17 del acto demandado. (...) (Subrayas y negrillas de la Sala)

Acoge esta Sala el precedente vertical del Consejo de Estado en mención, considerando que, efectivamente, los participantes en la prueba de conocimientos tenían la posibilidad de aportar en medio digital sus publicaciones realizadas; pues con ello se satisface el requisito que era, acreditar la suficiencia académica y los requisitos exigidos; y, la misma ley ha conferido a los documentos aportados en mensajes de datos, iguales efectos que los físicos.

Ahora, el Consejo de Estado lo que hizo fue, declarar la legalidad condicionada de los apartes relacionados con la valoración de los libros aportados en original y físico, contenidos en los Artículos arts.5º (inciso 3º), 9º(numeral 2.9) y 17 (parágrafo 1º) de la Resolución 040 de 2015; y dejó claro que, se debe entender que, los libros que dan lugar a puntaje en la prueba de análisis de antecedentes pueden presentarse en original y físico o en forma digital por quienes superen la prueba de conocimientos, siempre, con los requisitos de derechos de autor y registros que allí establece.

Es decir que, el Consejo de Estado no declaró ilegal el acto demandado, solo condicionó esa legalidad en la interpretación que menciona; y, en el numeral 4 de los efectos de las declaratorias de legalidad condicionada de la sentencia dispuso:

***“(...) 4.- EFECTOS DE LAS DECLARATORIAS DE LEGALIDAD
CONDICIONADA***

¹⁹⁶ *La decisión de la Sala de declarar la legalidad condicionada de los Artículos 5º inciso 3º; 9º numeral 2.9 y 17 parágrafo 1º y del Artículo 17, numeral 1ª. Inciso 3ª de la Resolución 040 de 2015, tal como se expresó en los numerales 3.9 y 3.11 de esta providencia, solamente producirá efectos ex nunc, esto es, hacia futuro, teniendo en cuenta las posibles consecuencias jurídicas que pudieron derivarse de tales disposiciones mientras se mantuvo vigente la presunción de su legalidad.*

(...)

¹⁹⁹ *Respecto de aquellos asuntos que se estén ventilando en procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que se encuentren en trámite*

y que tengan que ver con los problemas jurídicos mencionados en los numerales 3.9 y 3.11 de esta providencia, el efecto será retrospectivo, siempre y cuando las decisiones que se adopten no afecten derechos y situaciones particulares ya consolidados.”

De acuerdo con lo expuesto, esta Sala entiende que, el hecho de que el Consejo de Estado hubiese declarado la legalidad condicionada referida, no implica que la resolución 040 de 2015 deba ser declarada nula; y tampoco, debe ser inaplicada por ilegal; ello por cuanto el actor jamás hizo alusión a una situación particular que diera lugar en su caso a inaplicar ese artículo, por ser interpretado de manera estricta, tampoco se tiene conocimiento si el demandante se presentó o no al concurso de méritos, si superó o no satisfactoriamente el mismo, y, en caso de haberlo superado, si se dio alguna situación relacionada con publicaciones que eventualmente hubiera hecho, y que, no se las hubieran tenido en cuenta por haberlas llevado en medio físico.

Por lo expuesto, esta Sala no encuentra motivos para inaplicar la resolución 040 de 2015 por las razones expuestas, y basta la declaratoria de legalidad condicionada realizada por el Consejo de Estado en este caso.

9. De la notificación personal de los Decretos 3779 y 3880 de 8 de agosto de 2016.

Reprocha el demandante que, los decretos en mención vulneraron los artículos 66 al 69 y 72 del Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo porque no fue notificado personalmente del mismo, y que, solo comunicó mediante correo electrónico que se había proferido éste, en virtud del cual era separado del empleo público.

Sea lo primero indicar que los artículos mencionados se refieren al deber de notificación personal de los actos administrativos de carácter particular y concreto, las citaciones a notificación personal y la notificación por aviso.

Ahora, dentro de las pruebas documentales que reposan en el expediente se encuentran las siguientes:

- Oficio SG 4432 de 12 de agosto de 2016, mediante el cual el Secretario General de la Procuraduría General de la Nación, informa al señor

Nelson Camelo Cubides, sobre la terminación de su vinculación en provisionalidad, en virtud del decreto 3799 de agosto 8 de 2016, que dice que en aplicación de la lista de elegibles contenida en la resolución 357 de 11 de julio de 2016, se nombró a la señora Diana Patricia Mazo Velásquez en el cargo de Procurador 106 Judicial II Penal de Manizales Código 3PJ, Grado EC, en el cual se encontraba el demandante en provisionalidad; por lo que, a partir de la posesión de la citada señora, culmina con la vinculación del señor Nelson Camelo Cubides. (Fls. 51 y 72 C. 1).

Oficio en el cual obra una nota a mano en la parte inferior derecha, con una firma y, en la cual se lee:

“Recibido hoy 30 Agosto/16 el Decreto 3880 de 8 de Ag 16 contra el cual interpongo recurso de reposición por fuero sindical.

“Recibido hoy 30 Agosto/16 el Decreto 3779 de 8 de Ag 16 contra el cual interpongo recurso de reposición por fuero sindical.

- Decreto 3779 de 8 de agosto de 2016 (Fls. 47 y 48 C. 1) mediante el cual se resuelve:

“ARTÍCULO PRIMERO: Nombrase en periodo de prueba, por un término de cuatro (4) meses, a DIANA PATRICIA MAZO VELÁSQUEZ, identificado (a) con la cédula de ciudadanía número 43.547.691, en el cargo de Procurador Judicial II Código 3PJ, Grado EC, en la Procuraduría 106 Penal, con sede en la ciudad de Manizales.

Dicho término se contará a partir de la fecha de posesión en el cargo.

En consecuencia, a partir de la posesión del (la) doctor (a) DIANA PATRICIA MAZO VELÁSQUEZ en el cargo señalado, culminará la vinculación laboral, en provisionalidad, del (la) doctor (a) NELSON CAMELO CUBIDES, quien se desempeña en este empleo.

ARTICULO SEGUNDO: Culminado el periodo de prueba se evaluará el desempeño laboral del servidor nombrado, en cumplimiento del artículo 218 del Decreto 262 de 2000.”

- Decreto 3880 de 8 de agosto de 2016 (Fls. 49 y 50 C. 1) mediante el cual se resuelve:

“ARTÍCULO PRIMERO: Retirar del servicio al (la) señor (a) NELSON CAMELO CUBIDES identificado (a) con la cédula de ciudadanía número 79.512.638 quien se desempeña en el cargo de Procurador Judicial Código 106 Judicial II Penal Manizales, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente acto.

El retiro se hará efectivo a partir de la fecha en la cual se tome posesión del cargo el (la) señor (a) DIANA PATRICIA MAZO VELÁSQUEZ.

ARTÍCULO SEGUNDO: Comunicar la presente decisión al (la) señor (a) NELSON CAMELO CUBIDES, al Ministerio del Trabajo y a la División de Gestión Humana para los fines pertinentes.

ARTÍCULO TERCERO: Contra el presente acto no procede recurso alguno en sede administrativa, por tratarse de ejecución de un mandato constitucional y legal.

ARTÍCULO CUARTO: El presente acto rige a partir de la fecha de su expedición.

Expedido en Bogotá D.C., a los 08 días agosto 2016”

Ahora, el artículo 67 del CPACA dispone:

“Artículo 67. notificación personal. Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse.

En la diligencia de notificación se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.

El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación.

La notificación personal para dar cumplimiento a todas las diligencias previstas en el inciso anterior también podrá efectuarse mediante una cualquiera de las siguientes modalidades:

1. Por medio electrónico. Procederá siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera.

La administración podrá establecer este tipo de notificación para determinados actos administrativos de carácter masivo que tengan origen en convocatorias públicas. En la reglamentación de la convocatoria impartirá a los interesados las instrucciones pertinentes, y establecerá modalidades alternativas de notificación personal para quienes no cuenten con acceso al medio electrónico.

2. En estrados. Toda decisión que se adopte en audiencia pública será notificada verbalmente en estrados, debiéndose dejar precisa constancia de las decisiones adoptadas y de la circunstancia de que dichas decisiones quedaron notificadas. A partir del día siguiente a la notificación se contarán los términos para la interposición de recursos”.
(Subraya la Sala)

Contrario a lo que se afirma en la demanda, de las pruebas revisadas, se encuentra la videncia de la notificación personal de los Decretos 3779 y 3880 de 8 de agosto de 2016, pues están las notas a mano de recibido de 30 de

agosto de 2016, ambos decretos, con la nota de interposición de recurso de reposición por fuero sindical, con la firma del demandante al final. (Fl. 72 C. 1). La cual fue aportada por la demandada, en virtud del oficio número 160 de 25 de enero de 2018 mediante el cual se solicita la copia de los decretos 3779 y 3880 de 8 de agosto de 2016, dando cuenta de la diligencia o constancia de notificación o comunicación al señor Nelson Camelo Cubides (Fl. 70 C. 1).

Lo anterior resulta ser motivo suficiente para que no prospere el cargo relacionado con que los actos demandados no fueron notificados personalmente al demandante.

Finalmente, no puede esta Sala quedarse sin dejar presente que, en este caso, el demandante solicita inaplicación de la resolución 040 de 2015, de la resolución 357 (sin fecha) que publicó la lista de elegibles, y la nulidad de los Decretos 3777 y 3880 de 8 de agosto de 2016; y la única causal de nulidad directa que invoca, es la indebida notificación de los mentados Decretos; pero, respecto de la Resolución 040 de 2015 y de la resolución sin fecha 357 no hace ninguna afirmación de vulneración particular con dichos actos; es decir, en ninguno de los argumentos para solicitar la inaplicación por ilegal hace referencia a la vulneración de sus derechos particulares, no se sabe siquiera si el demandante se presentó o no para el concurso de Procuradores Judiciales I y II penales; si superó o no con satisfacción el concurso; en caso de no haberlo superado, cuáles fueron los motivos de ello; y, si alguna de las ilegalidades que discute, fueron el motivo de la afectación de sus derechos como concursante; pues en todos los cargos hace alusión a que, si el concurso convocado y todos los actos administrativos proferidos en éste, se encuentran viciados de nulidad por no cumplir con los requisitos del ordenamiento jurídico; en ese mismo orden, los Decretos 3779 y 3880 de 8 de agosto de 2016, al adoptar la decisión de desvinculación del demandante, con sustento en el resultado del concurso, se encuentran viciados y deben ser anulados.

Frente a la manifestación realizar por el actor en sentido expuesto, debe decirse que, la eventual ilegalidad de un acto administrativo, no convierte per se, en nulos, los actos administrativos que de éste puedan derivarse; y solo, en algunos casos particulares, lo que podría ocurrir es el decaimiento de los actos posteriores, ello, al desaparecer los argumentos jurídicos en los cuales

se fundaban; y, en este caso, la Resolución No. 040 de 2015 conserva su presunción de legalidad, y lo único, es que, algunos de sus artículos, fueron declarados legalmente condicionados en el control constitucional que hizo el Consejo de Estado, en el medio de simple nulidad dentro del proceso con radicado número 1101032500020150036600, correspondiente a la Sección Segunda.

Finalmente, también es necesario dejar presente que, el demandante, señor Nelson Camelo Cubides no ostentaba un derecho de carrera administrativa, pues con la decisión de la Corte Constitucional en sentencia C 101 de 2013, el cargo cambió de naturaleza, pasando de libre nombramiento y remoción, a uno de carrera administrativa, pasando el demandante a tener una situación de provisionalidad, que terminó cuando otra persona superó con éxito el concurso de méritos convocado y fue nombrada debidamente; y más aún, antes del cambio en la denominación del empleo, el demandante, también tenía una vinculación que no le otorgaba fuero de estabilidad en dicho cargo.

Por todo lo expuesto, para esta Sala no resulta procedente acceder a la pretensión de inaplicar por ilegales la Resolución N° 040 del 20 de enero de 2015, por medio de la cual la Procuraduría General de la Nación convocó al concurso de méritos para proveer en propiedad los cargos de Procuradores Judiciales I y II y la Resolución N° 338; ni hay lugar a declarar la nulidad de los Decretos 3779 y 3880 de 8 de agosto de 2016; y menos aún, el restablecimiento de derecho alguno, por lo que se negará la inaplicabilidad solicitada, y se negarán las pretensiones de la demanda, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

Por lo anterior, esta Sala declarará próspera la excepción propuesta por la vinculada al proceso, señora Diana Patricia Mazo Velásquez, denominada legalidad de los actos demandados; y respecto de la que define como “incoherencia de las normas violadas y concepto de violación”, no se advierte razón para su prosperidad, por cuanto fue coherente la propuesta de normas violadas y concepto de violación para los cargos planteados por el demandante, y en tal sentido, se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

10. Costas

No se condenará en costas a la parte actora vencida, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión a las normas procedimentales civiles, contenida en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por cuanto no se encuentran acreditadas las mismas, acorde con la posición que ha asumido el Consejo de Estado que, luego de señalar el criterio objetivo- valorativo para la imposición de costas⁴, en la que se indicó que: “(...) *En esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe). Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365*”, y, ha proferido número de sentencias⁵ sin condena en costas, al considerar que no se encuentra demostrada su causación.

Pues bien, teniendo en cuenta que la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), dispone en el numeral octavo del artículo 365, entre otras que: “*Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*”; una vez revisado el expediente, se advierte que no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas en esta instancia, así como tampoco se observa ningún tipo de conducta que amerite la condena por ese concepto, razonamientos estos que son trasunto de los que las diferentes secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado han señalado en punto a costas, donde la regla general ha sido la no condena por tal concepto. En consecuencia, al no existir fundamento para su imposición la Sala concluye que no es procedente la condena en costas.

11. De la renuncia de poder

⁴Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2016, radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14 Actor: José Francisco Guerrero Bardi)

⁵Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, providencia del 17 de octubre de 2018. Radicación: 66001-23-31-003-2012-00140-01, Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Héctor Alexander Zamora Perea. Demandado: Municipio de Pereira; providencia del 19 de abril de 2018, Radicación: 66001-23-33-000-2013-0334-01, Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Luz Nelly Meza Ocampo. Demandado: Departamento de Risaralda; providencia del 26 de abril de 2018. Radicación: 66001-23-33-000-2013-00203-01. Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Esmeralda García Carvajal. Demandado: Departamento de Risaralda; providencia del 21 de junio de 2018. Radicación: 66001-23-33-000-2013-00427-01. Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Ligia Stella López Restrepo. Demandado: Departamento de Risaralda, entre otras.

Debe finalmente pronunciarse la Sala sobre la renuncia de poder que reposa en el documento 029 del expediente digital, presentada por el abogado Gustavo Quintero Navas identificado con cédula de ciudadanía número 79.288.589 y portador de la tarjeta profesional número 42.992 del CS de la J, quien obraba como apoderado del demandante señor Nelson Camelo Cubides; aportando memorial de renuncia de poder, con manifestación de paz y salvo y envió por correo electrónico al citado demandante.

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

Falla

Primero: Declarar próspera la excepción propuesta por la vinculada al proceso, señora Diana Patricia Mazo Velásquez, denominada *“legalidad de los actos demandados”*.

Segundo: Declarar impróspera la excepción planteada por la vinculada al proceso, señora Diana Patricia Mazo Velásquez, definida como *“incoherencia de las normas violadas y concepto de violación”*.

Tercero: Negar la inaplicabilidad por ilegal de las resoluciones números 040 de 20 de enero de 2015, y 357 (sin fecha), mediante las cuales la Procuraduría General de la Nación convocó al concurso de méritos para proveer en propiedad los cargos de Procuradores Judiciales I y II; y publicó la lista de elegibles para el cargo de Procurador Judicial Penal respectivamente.

Cuarto: Negar las pretensiones del demandante dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por el señor Nelson Camelo Cubides contra la Procuraduría General de la Nación.

Quinto: Sin condena en costas.

Sexto: Aceptar la renuncia de poder presentada por el abogado Gustavo Quintero Navas identificado con cédula de ciudadanía número 79.288.589 y portador de la tarjeta profesional número 42.992 del CS de la J.

Séptimo: Ejecutoriada esta providencia, **liquidar** los gastos del proceso, **devolver** los remanentes si los hubiere, y **archivar** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia XXI.

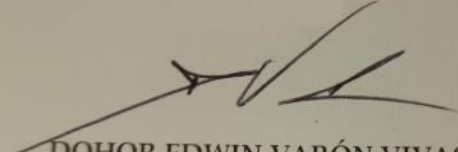
Notifíquese y cúmplase

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

Magistrados



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
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. 030

Manizales, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 7 001 33 39 005 2017 00056 02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento Del Derecho
Demandante: Edgar Hoyos Diaz
Demandado: Municipio de Supía, ESE Hospital San Lorenzo de Supía (Caldas)

Se emite fallo con ocasión al recurso apelación impetrado por el demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicitó se declare la nulidad del Decreto 031 de 2016 *“POR MEDIO DEL CUAL SE TERMINA UN ENCARGO Y SE EFECTÚA UN NOMBRAMIENTO EN PROPIEDAD”* al ser expedido en forma irregular y dar por terminada de manera irregular la vinculación del demandante del cargo de Gerente de la Empresa Social del Estado - ESE Hospital San Lorenzo de Supia – Caldas.

En consecuencia, se ordene a las demandadas reintegrarlo al cargo que venía desempeñando hasta la terminación de su período de 4 años que comenzó el 31 de marzo de 2016 y a pagar todos los salarios con sus respectivos reajustes legales, bonificaciones, primas legales, vacaciones con sus respectivas primas, cesantías, prestaciones legales, aportes a la seguridad social integral y demás emolumentos dejados de percibir por el actor desde la fecha del retiro efectivo del servicio público, hasta la fecha de reintegro al cargo o hasta la fecha de terminación de sus período legal, lo mismo que al pago de la indemnización de perjuicios causados por dichos actos, valores que deberán ser indexados teniendo en cuenta los índices de precios al consumidor o al por mayor.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se señaló que, el demandante fue nombrado como gerente encargado de la ESE Hospital San Lorenzo de Supía, con posesión en el cargo el 31 de marzo de 2016, hasta el 31 de junio de 2016, fecha en la cual debería terminar el concurso de méritos para realizar el nombramiento en propiedad del cargo de Gerente.

Que realizado su nombramiento, remitió oficio el 01 de abril de 2016 a la Junta Directiva de la ESE, por medio del cual informó que se encontraba impedido para participar en todos los asuntos relacionados con el concurso de méritos, advirtiendo su intención de participar dentro del proceso.

Que el 29 de junio de 2016, no se culminó el concurso de méritos, por lo que, ante la finalización del encargo designado en el demandante, la administración municipal lo prorrogó; transcurrido un mes después de la terminación de la prórroga, el 28 de julio de la misma anualidad, el señor Carlos Ayala Uchima, se acercó al Despacho con el Decreto 023 de 29 de junio de 2016 *“Por el cual se decide prorrogar un encargo”* actuación que el demandante se abstuvo de firmar por inconsistencia con la fecha.

El 13 de julio de esa anualidad, se expidió la Ley 1797 de 2016 *“Por medio de la cual se dictan las disposiciones que regularán la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud”* regulando la designación de los Gerente de las ESE, con nombramiento para periodos institucionales de 4 años contados a partir de la posesión y con finalización 3 meses después del inicio del periodo institucional del Alcalde, marco legal que autorizó la continuación de concursos hasta el nombramiento del Director de la entidad.

El 2 de agosto de 2016, la Administración Municipal expidió Decreto 031 *“POR MEDIO DEL CUAL SE TERMINA UN ENCARGO Y SE EFECTÚA UN NOMBRAMIENTO EN PROPIEDAD”*, a través del cual se nombró a la Doctora Mary Cruz Hernández Largo en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, con aplicación de régimen de transición allí contemplado.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Se invocaron como vulnerados los artículos 1, 2, 4, 15, 21, 25, 29, 74, 83, 84, 85, 87, 89, 90, 91, 93 de la Carta Política, así como Ley 446 de 1998; Ley 640 de 2001, Ley 1285 de 2009, Ley 1437 de 2011, Ley 136 de 1994 y Ley 1797 de 2016.

Indicó que, la administración municipal desconoció principios de orden constitucional, como quiera el acto de terminación del encargo no contiene motivación, por lo que la presunción de legalidad entró en crisis, recordando que no es dable que el nominador se escude en la facultad discrecional, sino que es mester que se propenda por el mejoramiento del servicio público. Indicó que las razones personales de ordenes burocráticas o similares no pueden justificar la remoción de un funcionario a través de una supuesta temporalidad en el empleo, pues es claro que siempre deben existir razones lógicas y ciertas.

Que el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, por medio de la cual se determina como causales de retiro del servicio de quienes desempeñen empleos de libre nombramiento y remoción, la declaratoria de insubsistencia, así como hace referencia a la Ley 1797 de 2016 por medio de la cual se define reglas para nombramiento de los gerentes de las ESE. Con cita de precedente jurisprudenciales indicó que la irregular utilización de la figura en encargo, suscitó ilegalidad del acto y por lo tanto, no se efectuó desvinculación correcta al demandante.

2. La contestación de la demanda

2.1. Municipio de Supía

Se opuso a las pretensiones del demandante; precisó que, el 29 de abril de 2016, el presidente de la Junta expuso como necesario retomar el proceso de concurso de méritos para la elección del Gerente de la ESE San Lorenzo de Supía y que, de acuerdo con el Decreto 800 de 2008 y pese a realizar la respectiva invitación para la selección de la Universidad o Institución avalada para la práctica y desarrollo del concurso, no se recibió propuesta alguna, por lo que la invitación se declaró desierta. Propuso las excepciones de mérito:

“INEXISTENCIA DEL VICIO QUE CONLLEVE A LA NULIDAD DEL ACTO ENJUICIADO”: Basada en que el acto demandado expone los argumentos y razones suficientes conforme a derecho, tanto para dar por terminada la vinculación del demandante como para efectuar nombramiento de la Doctora Mary Cruz Hernández Largo. Que no existe ausencia de motivos como tampoco adolece de una desviación de poder, habida cuenta que no se ha desmejorado la prestación del servicio por parte del Hospital; la señora Hernández Largo presentó anexos a su hoja de vida que acreditan el cumplimiento del perfil a cargo; ningún interés existe por parte de la administración para que esta ocupara el empleo, pues todo se realizó conforme a los parámetros legales, además que, el nominador contaba con plena discrecionalidad para realizar el nombramiento conforme al artículo 20 de la Ley 1797 de 13 de julio de 2016, pues al no existir concurso de méritos, no se hablaba de un régimen de transición, debiéndose aplicar lo dispuesto en el inciso final del artículo 20.

“LA EXPEDICIÓN DEL DECRETO 031 DE 2016 EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL”: Basada en que la Administración expidió el acto de conformidad con el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 y con la orientación del principio de legalidad que irriga toda actuación y sirve de faro para el cumplimiento de los fines del Estado por parte de las autoridades públicas.

“LA NO APLICABILIDAD EN EL CASO CONCRETO DEL PERIODO DE TRANSICIÓN ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 20 DE LA LEY 1797 DE 2016”. Con referencia del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, respecto a la designación de los Gerentes de las ESE precisó que, al no darse la elección por medio de concurso de mérito exigido por la norma y en vigencia de la Ley 1797 de 2016 que autorizó al Jefe de la respectiva entidad territorial para efectuar nombramiento, previa verificación de los requisitos del cargo.

“APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO”. Indicó que toda actividad que haya realizado la Junta Directiva de la ESE, fue en favor del interés general, resaltando que el Decreto 031 de 2016 tiene plena eficacia, pues a pesar de la errónea referencia de un nombramiento en encargo, la terminación del periodo para el cual fue nombrado el demandante, debe entenderse bajo los supuestos de hecho y de derecho que dieron origen al vínculo legal y reglamentario que lo conectó con la Administración. Que como se expone en el Decreto 010 de 2016, exigía un mínimo de requisitos como lo eran la experiencia de 36 meses, formación y conocimientos que debían acreditarse con los títulos profesionales y después de verificar la planta de la entidad, se constató que no existía un empleado de carrera que cumpliera con los requisitos mínimos exigidos por el manual específico de funciones y competencias laborales para el cargo de gerente de la E.S.E. Por lo expuesto, la Junta Directiva evaluó hojas de vida, permitiendo que el señor Hoyos Díaz, ocupara el empleo de manera provisional. Preciso que, frente a la desvinculación de funcionario nombrado en provisionalidad, la Corte Constitucional, ha dicho que la misma debe realizarse mediante acto motivado, circunstancia debidamente acreditada.

“INEXISTENCIA DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO”: Sostuvo que la Ley 1797 de 2016, en concordancia con el Decreto 1427 de 2016, facultó a los Alcaldes Municipales para efectuar nombramiento de Directos de Hospitales de primer nivel.

2.2. ESE. Hospital San Lorenzo de Supía - Caldas

Representada por la doctora Mary Cruz Hernández Largo, se opuso a las pretensiones del demandante, para ello propuso las siguientes excepciones:

“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”: basada en que el Decreto 031 de 2 de agosto de 2016, fue expedido por el Alcalde Municipal en uso de las atribuciones contempladas en el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016. Precisó que la ESE no ha intervenido en la producción del acto demandado. Que en el lapso del encargo no se consolidó un concurso de mérito y por lo tanto, el alcance de la Ley 1797 de 2016, atribuía competencia funcional para la designación de Gerentes a los respectivos Alcaldes sin intervención de la Junta Directiva o de funcionarios de la ESE.

“INEXISTENCIA DE CAUSAL DE NULIDAD DEL ACTO”: Con sustento en que el Decreto 031 de 2 de agosto de 2016, cumple con los requisitos formales y sustanciales, por lo que no ostenta vicio de legalidad. Resaltó que los cargos de Gerente a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1797 de 2016, son cargos de libre designación, para periodos de cuatro años, dentro del que no será exigible proceso previos de concurso de méritos como lo contemplaba el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007 y artículo 72 de la Ley 1438 de 2011. Que la figura del encargo, al margen de que fuera o no correcta, solo procuró designar provisional o temporalmente a una persona que hiciera las veces de Gerente, hasta que se cumpliera el procedimiento definido en las normas vigentes para ese momento, por lo que la designación era de contenido provisional. Consideró inadmisibile que el demandante pueda beneficiarse de los yerros en que pudo incurrir la administración local en su designación bajo la figura de encargo, asumiendo que como no le fue prorrogado al vencimiento del plazo descrito en el Decreto 010 de 2016, la designación automáticamente se convierte en un nombramiento definitivo.

“PAGO”: basada en que la ESE canceló la contraprestación o salario y prestaciones legales del demandante durante el tiempo que permaneció en el cargo de gerente.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundadas las excepciones de *“INEXISTENCIA DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO”* e *“INEXISTENCIA DE CAUSAL DE NULIDAD DEL ACTO”* propuestas por el municipio de Supía y por la ESE Hospital San Lorenzo de Supía - Caldas, respectivamente en consecuencia, negó las pretensiones del demandante.

Para fundamentar lo anterior, luego de referirse a los hechos acreditados y el marco jurídico aplicable señaló que, el cargo de Gerente que fue desempeñado por el señor Edgar Hoyos Díaz, es de libre nombramiento y remoción, y no podía realizarse bajo la modalidad de encargo como de manera equivocada lo realizó la ESE.

Que la prórroga de nombramiento del demandante, como Gerente de la ESE tuvo sustento la Ley 1122 de 2007 *“Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social y se dictan otras disposiciones”*, aclarando que a la fecha, no se había reiniciado concurso

de méritos para la provisión del cargo y que ante el Congreso de la República, se tramitaba el proyecto de Ley en el que se suprimiría la provisión del empleo por el sistema de concurso de méritos, quedando como un cargo de libre nombramiento y remoción.

Con posterioridad, se expidió la Ley 1797 de 13 de julio de 2016. Como consecuencia de tal disposición, la Alcaldía de Supía expidió el Decreto 031 de 2 de agosto de 2016 *“POR MEDIO DEL CUAL SE TERMINA UN ENCARGO Y SE EFECTÚA UN NOMBRAMIENTO EN PROPIEDAD”*, dentro del cual se resaltó el último inciso del artículo 20 de la Ley 1796 de 2016, advirtiendo la procedencia de nombramiento en propiedad.

En este sentido, es claro entonces que el cargo de Gerente desempeñado por el demandante en la ESE, no obedeció a una vinculación por derechos de carrera administrativa y se encontraba clasificado dentro de la categoría de empleos de libre nombramiento y remoción.

Por lo anterior, la inconsistente modalidad de encargo se plasmó desde el acto de vinculación del demandante y fue reproducida en el acto de desvinculación, aclarándose en diversos apartados, los fallidos intentos en el concurso de méritos para la selección de Gerente de la entidad y la calidad externa con la que ingresó el demandante a la ESE.

Precisó que como quiera que los anteriores argumentos expuestos por la parte demandante, tocan directamente con la presunción de legalidad del Decreto 010 de 31 de marzo de 2016 y Decreto 023 de 29 de junio de 2016, actos que no han sido objeto de pretensión de nulidad en esta oportunidad, al Despacho le está vedado realizar un estudio de fondo sobre la legalidad de la modalidad de encargo, debiendo en consecuencia, atenerse a su contenido, sin que sea necesario efectuar consideraciones adicionales sobre este particular.

En cuanto a la motivación del acto demandado señaló que, la terminación del nombramiento no requería motivación, pues su vinculación atendió las condiciones de un empleo de libre nombramiento y remoción.

Que además, la parte actora no logró probar el móvil oculto que ponga en duda los límites discrecionales del nominador, puesto que el acto expedido en ejercicio de la facultad discrecional se presume legal y ejercido en aras del buen servicio.

4. Recurso de apelación

El **demandante** solicitó revocar la decisión y en su lugar acceder a sus pretensiones, para lo cual insistió en el cargo de expedición del acto demandado con infracción de las normas en que debía fundarse, señalando que, ni en vigencia de La ley 1122 de 2007 ni de la Ley 1797 de 2016 era procedente un nombramiento a través de la figura del encargo, para quien no tenía derechos de carrera administrativa, y mucho menos señalarse como se hizo en el Decreto 031 de 2016, de que era procedente darse por terminando el encargo.

Que además, el demandante no era funcionario de la entidad territorial ni de la ESE y su vinculación y su supuesta prorroga atendían al criterio de que debía primar la realidad sobre la forma, y en ese lo que emerge de ese acto de nombramiento era que el mismo había sido nombramiento ordinario en un empleo de período.

Que es claro que, haberse efectuado el nombramiento ordinario en un empleo de período, y no haberse adelantado ningún concurso, ante el cambio de normativa ese nombramiento lo

fue por un período de 4 años como lo contempla la norma, pues la vacante en ese momento al vencimiento del período del anterior gerente era una vacante definitiva.

Que es evidente que el Decreto 031 del 02 de agosto de 2016, estando este viciado de nulidad, por cuanto fue expedido en contravía del ordenamiento jurídico, al utilizar una figura propia de los empleos de carrera administrativa.

Que por tanto, no puede aceptarse como se señala en la sentencia que, al ser un empleo de libre nombramiento y remoción, ha de entenderse que la terminación del “encargo”, lo fue en uso de la facultad discrecional de declaratoria de insubsistencia y mucho menos aceptarse la tesis que ese nombramiento fue en provisionalidad como lo señalaron el municipio y el Hospital en desarrollo del proceso.

Que la “*terminación del encargo*” efectuada en el Decreto 031 de 2016, no encaja en ninguna de las hipótesis señaladas por el legislador, pues el demandante no estaba vinculado dentro de la planta de personal de la ESE, ni del municipio para ser nombrado en encargo y muchos menos tenía a esa fecha derechos de carrera administrativa en esa entidad.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Vista la sentencia recurrida y los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el asunto se centra en dilucidar: *¿Es nulo el acto que dispuso la terminación del nombramiento del demandante, toda vez que, en realidad se trataba de un nombramiento ordinario en un empleo de período y al no haberse adelantado el concurso, ante el cambio normativo, ese nombramiento lo fue por un período de 4 años?*

2. Primer Problema Jurídico

2.1. Tesis del Tribunal

El acto administrativo que dispuso la terminación del nombramiento en encargo del demandante como Gerente de la ESE Hospital San Lorenzo de Supia, no se encuentra viciado de nulidad toda vez que, se trataba de un nombramiento transitorio en un cargo de libre nombramiento y remoción, esto es, mientras se adelantaba el concurso de méritos. Además, el demandante no se encontraba en alguno de los casos señalados en el párrafo transitorio del artículo 20 de la Ley 1797 de 13 de julio de 2016¹, por lo que el Alcalde tenía la potestad de proceder al nombramiento definitivo.

Para fundamentar lo anterior, se analizará: *i)* el marco jurídico sobre la designación del gerente de una Empresa Social del Estado; la naturaleza del cargo de gerente de la ESE; el encargo y los nombramientos provisionales; *ii)* los hechos relevantes acreditados; para descender al *iii)* análisis del caso.

2.2. Marco jurídico

¹ “Por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”

2.2.1. La designación del gerente o director de las ESE²

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993³, se estableció un esquema diferente en la prestación del servicio de salud, al permitir que se efectuara a través de las llamadas Empresas Sociales del Estado - ESE, que podían crearse por ley, ordenanza o acuerdo, según su nivel y fueron concebidas como entidades públicas descentralizadas, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa (art. 194 ib).

En cuanto a sus regímenes jurídico, laboral, contractual, presupuestal y otros aspectos, esa misma ley indicó que las ESE tendrían como objeto la prestación del servicio de salud dejando claro que es un servicio público y de seguridad social a cargo del Estado. Cuenta con una junta o consejo directivo y con un director o representante legal (art. 195). Frente a ese director o gerente, quien funge como representante legal, la Ley 100 de 1993, consagró en el artículo 192, lo siguiente:

“Dirección de los Hospitales Públicos. Los directores de los hospitales públicos de cualquier nivel de complejidad, serán nombrados por el jefe de la respectiva entidad territorial que haya asumido los servicios de salud, conforme a lo dispuesto en la Ley 60 de 1993 y a la reglamentación que al efecto expida el Gobierno Nacional, de terna que le presente la junta directiva, constituida según las disposiciones de la Ley 10 de 1990, por períodos mínimos de tres (3) años prorrogables. Sólo podrán ser removidos cuando se demuestre, ante las autoridades competentes, la comisión de faltas graves conforme al régimen disciplinario del sector oficial, faltas a la ética, según las disposiciones vigentes o ineficiencia administrativa.”

La Ley 1122 de 9 de enero de 2007⁴, en su artículo 28 se estableció que:

“Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos que deberá realizarse dentro de los tres meses, contados desde el inicio del período del Presidente de la República o del Jefe de la Entidad Territorial respectiva, según el caso. Para lo anterior, la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente”.

Posteriormente, la Ley 1438 de 2011⁵, sobre la elección de los gerentes de las ESE, dispuso:

“Artículo 72. Elección y evaluación de directores o gerentes de hospitales. ...

En caso de que el cargo de Director o Gerente de una Empresa Social del Estado esté vacante a más tardar dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes se iniciará un proceso de concurso público para su elección.

La Junta Directiva conformará una terna con los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado.

El nominador deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya alcanzado el más

² Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra, sentencia del 9 de septiembre de 2021, Rad. 54001-23-33-000-2020-00470-01.

<https://relatoria.consejodeestado.gov.co:3001/api/DescargarProvidenciaPublica/1100103/47001233300020220003401/4487FB9E4653DCFC0FE2C1FC4303ACF0B71144D328780BC799BB27D32E64B85D/2>

³ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

⁴ “por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”

⁵ “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”

alto puntaje dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la finalización del proceso de elección.

El resto de la terna operará como un listado de elegibles, para que en el caso de no poder designarse el candidato con mayor puntuación, se continuará con el segundo y de no ser posible la designación de este, con el tercero”.

Mediante Decreto reglamentario 2993 de 2011⁶, se indicó:

“Artículo 12. Modifíquese el artículo 4° del Decreto 800 de 2008, conforme a lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 1438 de 2011, el cual quedaría así: “Artículo 4°. La Junta Directiva conformará una terna con los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones en el proceso de selección adelantado. El nominador deberá designar en el cargo de gerente o director a quien haya alcanzado el más alto puntaje dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la finalización del proceso de elección. El resto de la terna operará como un listado de elegibles, para que en el caso de no poder designarse el candidato con mayor puntuación, se continúe con el segundo y de no ser posible la designación de este, con el tercero”.

La Ley 1797 de 13 de julio de 2016⁷ en lo atinente a la designación de los gerentes, señaló:

“Artículo 20. Nombramiento de gerentes o directores de las empresas sociales del estado. Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial serán nombrados por el Jefe de la respectiva Entidad Territorial. En el nivel nacional los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por el Presidente de la República. Corresponderá al Presidente de la República, a los Gobernadores y los Alcaldes, dentro de los tres (3) meses siguientes a su posesión, adelantar los nombramientos regulados en el presente artículo, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes y evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública. Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados para periodos institucionales de cuatro (4) años, el cual empezará con la posesión y culminará tres (3) meses después del inicio del periodo institucional del Presidente de la República, del Gobernador o del Alcalde. Dentro de dicho periodo, solo podrán ser retirados del cargo con fundamento en una evaluación insatisfactoria del plan de gestión, evaluación que se realizará en los términos establecidos en la Ley 1438 de 2011 y las normas reglamentarias, por destitución o por orden judicial.

Parágrafo transitorio. Para el caso de los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado que a la entrada en vigencia de la presente ley hayan sido nombrados por concurso de méritos o reelegidos, continuarán ejerciendo el cargo hasta finalizar el período para el cual fueron nombrados o reelegidos.

Los procesos de concurso que al momento de entrada en vigencia de la presente ley, se encuentren en etapa de convocatoria abierta o en cualquiera de las etapas subsiguientes continuarán hasta su culminación y el nombramiento del Gerente o Director recaerá en el Integrante de la terna que haya obtenido el primer lugar, el nominador deberá proceder al nombramiento en los términos del artículo 72 de la Ley 1438 de 2011. En el evento que el concurso culmine con la declaratoria de desierto o no se integre la terna, el nombramiento se

⁶ “Por el cual se establecen disposiciones relacionadas con la conformación y funcionamiento de la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado de nivel territorial (municipal, departamental o distrital) de primer nivel de atención y se dictan otras disposiciones.”

⁷ “Por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”

efectuará en los términos señalados en el primer inciso del presente artículo.

Del mismo modo, en los casos en que la entrada en vigencia de la presente ley, no se presente ninguna de las situaciones referidas en el inciso anterior, el jefe de la respectiva Entidad Territorial o el Presidente de la República procederá al nombramiento de los Gerentes o Directores dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, en los términos señalados en el presente artículo”.

2.2.2. Naturaleza del cargo de Gerente de una ESE⁸

El Consejo de Estado ha precisado que, el empleo de director o gerente de las ESE constituye un cargo de confianza, pues maneja políticas públicas, en este caso, relacionadas con la prestación del servicio de salud y tiene asignadas funciones directivas, de conducción o manejo institucional, “lo que significa que se pueda catalogar como de libre nombramiento y remoción”. Así lo explicó la Corte Constitucional, en la sentencia C-046 de 23 de mayo de 2018, en la cual declaró exequible el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016:

(...) acerca del cargo de director o gerente de las Empresas Sociales del Estado, se tiene que desde su creación se determinó que este cargo tenía dos características principales: (i) la naturaleza de libre nombramiento y remoción; y (ii) el periodo fijo. Esas dos características cumplen con dos de los criterios que escapan a la carrera administrativa, uno constitucional y el segundo de orden legal, en la medida en que la Ley 909 de 2004 establece, en su artículo 5°, que los cargos de periodo fijo no son de carrera. En este sentido, desde la Ley 100 de 1993 hasta la disposición que ahora se revisa se ha mantenido la misma naturaleza, sin que se hubiesen dado cambios en ese aspecto, lo cual se verifica en el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016.

...

En efecto, el cargo cumple con los criterios establecidos por la jurisprudencia para definirse como de libre nombramiento y remoción, pues tiene: (i) fundamento legal; (ii) responde al principio de razón suficiente; y (iii) su ejercicio exige confianza plena y total, e implica decisiones políticas y, por lo tanto, al cumplir con los criterios objetivos, subjetivo y orgánico, no desborda los límites impuestos por el principio de la carrera administrativa como regla general que admite excepciones.

En primer lugar, tiene fundamento legal, toda vez que el cargo que reglamenta el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 en su forma genérica fue determinado por el artículo 5° de la Ley 909 de 2004 como de libre nombramiento y remoción además de que el artículo 20 de la Ley 1797 también es de orden legal (...). Por ello, cumple con el criterio objetivo ya que cuando se trata de funciones directivas, de conducción o manejo institucional es posible catalogar el cargo como de libre nombramiento y remoción.

En segundo lugar, cumple con el criterio orgánico, al considerar el nivel jerárquico que ocupa dentro de la estructura de la entidad, es decir, tiene en consideración que se trata de la cabeza de la entidad, es decir, no se trata de cualquier empleado público dentro de la misma, sino del cargo que reviste las funciones de su dirección.

En tercer lugar, cumple con el criterio subjetivo, por tratarse de un cargo que requiere de confianza, al manejar y conducir políticas públicas y en especial la prestación del servicio de salud, que es de las responsabilidades más sensibles que tiene el Ejecutivo.

⁸ Ibidem.

*Finalmente, no se trata de un cargo en el que se ejercen funciones administrativas, ejecutivas o subalternas como se precisará a continuación. (...) De esta manera, la designación del gerente o director de las Empresas Sociales del Estado en los términos del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 responde a un cargo de **libre nombramiento y remoción** lo cual está permitido por el artículo 125 de la Constitución, como una excepción a la carrera administrativa". (Subrayado fuera de texto).*

2.2.3. Encargo y nombramientos en provisionalidad

Teniendo en cuenta que el cargo de gerente o director de las Empresas Sociales del Estado es de libre nombramiento y remoción con periodo fijo, debe tenerse en cuenta que la Ley 909 de 2004⁹ establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 24. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva". (Se resalta)

El artículo 2.2.5.3.1 del Decreto 1083 de 2015¹⁰ modificado por el artículo 1° del Decreto 648 de 2017, señala:

"Provisión de las vacancias definitivas. Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

Las vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda.

Mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional, en los términos señalados en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Ley 760 de 2005 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera.

Las vacantes definitivas en empleo de periodo o de elección se proveerán siguiendo

⁹ Dicha norma fue modificada por la Ley 1960 de 2019, no obstante, la misma no era aplicable para la época de los hechos.

¹⁰ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

los procedimientos señalados en las leyes o decretos que los regulan.

Sobre el encargo, el artículo 2.2.5.4.7, modificado por el artículo 1° del Decreto No. 648 de 2017, establece:

“Encargo. Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo, en los términos señalados en el siguiente capítulo”.

En cuanto a la terminación de un nombramiento, el artículo 2.2.5.3.4 del del Decreto 1083 de 2015¹¹ señaló que: *“Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”.*

2.3. Hechos relevantes acreditados

- Mediante Decreto 010 de 31 de marzo de 2016 expedido por el Alcalde de Supía y el Presidente de la Junta Directiva de la ESE Hospital San Lorenzo, se nombró al demandante en *“la modalidad de Encargo para el cargo de Gerente”* de la ESE, precisando en la parte resolutive: ***“SEGUNDO: El tiempo de Encargo será hasta la fecha en que culmine el concurso de méritos y se designe el gerente permanente del Hospital San Lorenzo E.S.E. de acuerdo al concurso de méritos, el cual no puede ser superior en todo caso al 30 de junio de 2016”***(Sic). En la parte considerativa se señaló:

“Que el artículo 28 de la ley 1122 de 2007, dispuso que los gerentes de las empresas sociales del estado E.S.E, serán nombrados por periodos institucionales de cuatro años, mediante concurso de méritos que deberá realizarse dentro de los tres meses contados desde el inicio del periodo del jefe de la respectiva entidad territorial.

Que de acuerdo a lo preceptuado en el decreto 800 del 2008, se realizó la respectiva invitación para la selección de la Universidad o institución avalada para la práctica y desarrollo del concurso de méritos, sin recibir propuesta alguna por parte de universidades o instituciones de educación superior o estas asociadas con entidades especializadas en procesos de selección, motivo por el cual se declaró desierta.

Por tal motivo no fue posible la selección para el cargo de Gerente dentro de los tres meses siguientes al periodo inicial del Alcalde, dados los trámites procesales de contratación.

En este sentido, se procedió a la modalidad de contratación directa de acuerdo al manual interno de contratación de la E.S.E. haciendo un estudio juicioso de antecedentes régimen de inhabilidades y cumplimiento de requisitos para contratar exigidos por ley a las instituciones de educación superior para la elaboración del concurso, según consta en las actas de reunión de la junta directiva del Hospital San Lorenzo de Supía E.S.E, siendo necesario celebrar un contrato directo con la Universidad de Pamplona, entidad certificada en los procesos de selección y concursos de méritos para la escogencia y conformación de la lista de candidatos a la Gerencia del Hospital.

¹¹ Modificado por el Decreto 648 de 2017 *“Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública”.*

Que el gerente actual Dr. Francisco Javier Gutiérrez culmina su periodo institucional el 31 de marzo de 2016 de acuerdo al decreto Número 03 de 2012 y el parágrafo transitorio del artículo 28 de la ley 1122 de 2007, mediante el cual se reeligió.

Que se hace necesario, el nombramiento de un Gerente encargado para la dirección y manejo del Hospital San Lorenzo de Supia hasta la finalización y escogencia del concurso de méritos realizado por la Universidad de Pamplona, el cual finalizará de acuerdo al cronograma a finalizar en el mes de Junio de 2016.

...

...se procedió a evaluar hojas de vida de personal externo a la institución a fin de suplir el encargo con el lleno de los requisitos legales en el cumplimiento de la función pública..."¹². (Sic)

-. A través del Decreto 023 de 29 de junio de 2016 expedido por el Alcalde de Supía y Presidente de la Junta Directiva de la ESE Hospital San Lorenzo, se prorrogó el encargo del demandante en el cargo de Gerente del Hospital; señalando en la parte considerativa:

"Que dado que a la fecha actual no se ha reiniciado el concurso de méritos para la provisión bajo esta modalidad del empleo público en comento, y además es de conocimiento que en el Congreso de la República se tramita en último debate el proyecto de ley Proyecto de Ley número 109 de 2015 Cámara y 024 de 2014 Senado "Por medio del cual se dictan las dicta las disposiciones que regularán la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud", en el cual se suprimiría la provisión de este empleo por el sistema de concurso de méritos quedando como un cargo de libre nombramiento y remoción de periodo institucional.

Que teniendo en cuenta lo anterior, y en aplicación del principio de economía a fin de no incurrir en trámites y gastos presupuestales innecesarios frente al costo que acarrearía la realización de un concurso de méritos se hace necesario a fin de garantizar la continuidad del servicio público que se presta en la E.S.E HOSPITAL SAN LORENZO, prorrogar el encargo efectuado al médico EDGAR HOYOS DIAZ"¹³. (Sic)

-. A través del Decreto 031 de 2 de agosto de 2016 expedido por el Alcalde de Supía y el Presidente de la Junta Directiva de la ESE Hospital San Lorenzo, se dispuso la terminación del encargo y la prórroga del demandante en el cargo de Gerente del Hospital y se nombró en propiedad a la doctora Mary Cruz Hernández; en la parte considerativa se indicó:

"Que de conformidad con el último inciso del artículo 20 de la ley 1796 de 2016 en el evento que a la entrada en vigencia ésta ley no se presente ninguna de las situaciones referidas en el párrafo anterior, el jefe de la respectiva entidad territorial procederá con el nombramiento de los Gerentes o directores de los Hospitales dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, por lo tanto, estando dentro del término previsto en la norma se procede con la terminación del encargo y se procede a efectuar el nombramiento en propiedad. Que finalmente es importante precisar que si bien es cierto mediante el Decreto 010 de 31 de marzo de 2016 , se dispuso en su artículo 2° que el encargo inicial se realizaba hasta la fecha en que se culminará el concurso de méritos y se designará el gerente permanente del Hospital San Lorenzo de acuerdo al cronograma del concurso de méritos, el cual no podría ser superior al 30 de junio de 2016, también lo es que para tal fecha o antes de esta ni el Gerente encargado, ni la junta directiva de la E.S.E HOSPITAL SAN LORENZO, iniciaron el procedimiento para dar

¹² Fl. 8-15 A.D. 04Anexos.pdf.

¹³ Fl. 24-26 A.D. 04Anexos.pdf.

apertura a un concurso de méritos, razón por la cual el Dr. EDGAR HOYOS DIAZ continuó en ejercicio del empleo como gerente encargado.

Que también debe indicarse que a fin de prorrogar el encargo con posterioridad al 30 de junio de 2016, le fue remitida al Dr. HOYOS DIAZ la comunicación de la prórroga, sin que de manera expresa decidiese devolver tal aceptación de la prórroga del encargo a la Alcaldía Municipal, aún a sabiendas de encontrarse haciendo uso del ejercicio funcional como gerente encargado después de esta fecha, aspecto que claramente es contrario a la buena fe constitucional...”¹⁴. (Sic)

2.4. Análisis sustancial del caso concreto

Señala el demandante en su recurso de apelación contra la sentencia que, ni en vigencia de La ley 1122 de 2007 ni de la Ley 1797 de 2016 era procedente un nombramiento a través de la figura del encargo, para quien no tenía derechos de carrera administrativa, y mucho menos señalarse como se hizo en el Decreto 031 de 2016, de que era procedente darse por terminado el encargo.

Al respecto basta señalar que, si bien el demandante no era funcionario de la entidad territorial ni de la ESE y por tanto no podía ser nombrado en encargo como gerente del Hospital San Lorenzo, lo cierto es que su vinculación fue transitoria, *“hasta la fecha en que culmine el concurso de méritos y se designe el gerente permanente del Hospital San Lorenzo E.S.E.”* pues así se indicó en el Decreto 010 de 31 de marzo de 2016 por medio del cual se le designó como gerente y en el Decreto 023 de 29 de junio de 2016 por medio del cual se prorroga ese nombramiento. Actos que como lo señaló el *a quo*, no han sido objeto de pretensión de nulidad en esta oportunidad, por lo que le estaba vedado realizar un estudio de fondo sobre su legalidad.

Ahora, el hecho que el referido concurso de mérito no se hubiese realizado, no conllevaba a que el nombramiento se considerara definitivo y por un período de 4 años, como lo reclama el demandante; esto por cuanto, bajo el régimen de las Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011, vigente para la fecha del nombramiento del demandante, la designación del gerente de las Empresas Sociales del Estado, dependía de un concurso de méritos que generaba derechos para aquellos que ocuparan la primera posición en la lista de elegibles; lo cual no es el caso del demandante, pues su nombramiento no derivó de un concurso de méritos.

Posteriormente, artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, vigente y que sirvió de sustento al acto que ordenó la desvinculación del demandante, cambió el referido sistema en la medida que, ahora serían nombrados *“por el Presidente de la República, los gobernadores o alcaldes dentro de los tres meses siguientes a su posesión, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo, establecidos por las normas correspondientes y evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública”*; es decir, se suprimieron el concurso de méritos y la actuación de la Junta Directiva de la entidad para la conformación de una terna.

Adicionalmente esta norma en su párrafo transitorio, determinó un régimen de transición, que respeta: (a) los periodos de quienes habían sido nombrados por concurso de méritos y ejercen el cargo para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 1797 de 2016; y (b) los concursos que al momento de entrada en vigencia de la ley, se encuentren en etapa de convocatoria abierta o en cualquiera de las etapas subsiguientes los cuales continuarán hasta

¹⁴ Fl. 1-5 A.D. 04Anexos.pdf.

su culminación y el nombramiento del Gerente recaerá en el Integrante de la terna que haya obtenido el primer lugar; situaciones en las que tampoco se encontraba el demandante.

Finalmente, la citada norma también señaló que, ante el evento de un concurso desierto o no se integre la terna, y en los demás casos, el nombramiento se realizaría en la forma general indicada en la norma, es decir, por el Presidente, gobernadores o alcaldes.

Por lo tanto, como quiera que, el demandante no se encontraba en ninguna de las condiciones señaladas en el párrafo transitorio del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016 no es posible afirmar que su nombramiento se debía considerar definitivo y por un período de 4 años como lo reclama en la demanda.

2.5. Conclusión

Por lo expuesto, es claro que el Decreto 031 del 02 de agosto de 2016, por medio del cual se termina el nombramiento del demandante como gerente de la ESE Hospital San Lorenzo de Supía - Caldas, no se encuentra viciado de nulidad, a pesar de que se hubiera afirmado que el nombramiento fue en encargo, toda vez que, se trataba de un nombramiento transitorio en un cargo de libre nombramiento y remoción, esto es, mientras se adelantaba el concurso de méritos. Además, el demandante no se encontraba en alguno de los casos señalados en el párrafo transitorio del artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, por lo que el Alcalde tenía la potestad de proceder al nombramiento definitivo.

En consecuencia, los cargos señalados por la parte recurrente no prosperan y se confirmara en su integridad la sentencia apelada.

3. Costas en esta instancia

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso, a partir del criterio objetivo valorativo que ha sido expuesto por el Consejo de Estado¹⁵ para la imposición de la condena en costas, se torna necesaria la existencia de gastos procesales y actuaciones en que hayan incurrido las partes, para dar lugar a la imposición de dicha condena.

Así las cosas, no se condenará en esta instancia, ello teniendo en cuenta que, las entidades demandadas no efectuaron intervención ante este Tribunal.

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,

RESUELVE

Primero: Confirmar de la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2021 por el Juzgado Quinto Administrativo de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió Edgar Hoyos Díaz contra el municipio de Supía y la ESE Hospital San Lorenzo de Supía (Caldas)

Segundo: Sin costas en esta instancia.

¹⁵ Ver: Sentencia del 7 de febrero de 2019, Rad. 41001-23-33-000-2015-00741-01(2982-17).

Tercero: Ejecutoriada esta decisión devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previa anotación en el Sistema “*Justicia Siglo XXI*”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 12 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN 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. 029

Manizales, diecisiete (17) febrero de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-33-003-2017-00166-02
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: Jhon Fredy Arias Toro y Otros
Demandados: Nación - Rama Judicial
Fiscalía General de la Nación

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia mediante la cual se denegaron sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita se declare responsables a las entidades demandadas por los perjuicios ocasionados al señor Jhon Fredy Arias Toro -en adelante JFAT- y a su núcleo familiar¹, a raíz de la privación injusta de la libertad que aquel soportó, entre el 16 de julio de 2013 y el 26 de junio de 2015. Que por lo anterior, se ordene a las demandadas pagar las indemnizaciones pertinentes con el fin de resarcir los perjuicios morales², daño a la salud³ y los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante⁴.

1.2. Hechos.

Se indica en síntesis que, el señor JFAT fue vinculado mediante resolución de apertura de investigación del 25 de julio de 2013 -con base en la Ley 600 del 2000- a la investigación penal por el fallecimiento del señor Luis Enrique Restrepo Ortiz, quien fue visto con vida por última vez el 26 de septiembre de 2004 y cuyo cadáver fue encontrado cerca de 3 años después en el municipio de Samaná, zona en que para dicha época operaba el frente 47 de las FARC.

Que el accionante fue capturado por el ente investigador el 17 de julio de 2013 por la presunta comisión de los delitos de desaparición forzada, homicidio en persona protegida y rebelión.

¹ Adriana María Restrepo (compañera permanente), María Alejandra Arias Restrepo (hija) y Osmar Adaime Arias Restrepo (hijo).

² Tasados en 100 smlmv para cada uno de los demandantes.

³ Estimados en 100 smlmv para el afectado directo, en 50 smlmv frente para su compañera permanente, y en 20 smlmv para sus hijos.

⁴ Computados en \$ 30.267.583.

Que el proceso judicial correspondió por competencia al Juzgado Penal del Circuito de La Dorada - Caldas quien profirió fallo el 6 de octubre de 2014 condenado al señor JFAT a la pena principal de 416 meses de prisión, sentencia que fue revocada por el Tribunal Superior de Manizales el 26 de junio de 2015, por considerar que las pruebas de cargo que vinculaban al señor JFAT con los tipos penales endilgados resultaban insuficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, siendo absuelto en aplicación del principio *in dubio pro reo*.

2. Contestación de la demanda

2.1. Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Se opuso a las pretensiones de la parte actora para lo cual afirmó que, los presupuestos fácticos de la demanda no llevan a atribuir responsabilidad a la entidad demandada, sumado a que muchos de los mismos corresponden a apreciaciones subjetivas de la parte actora. Propuso las excepciones:

“Falta de legitimación por la causa por pasiva de la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial”. Como quiera que fue la Fiscalía General de la Nación en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 250 de la Constitución Política, la que inició la investigación en contra del señor JFAT.

“Falta de configuración de los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual del estado”, al señalar que la privación de la libertad soportada por el señor JFAT no puede catalogarse como antijurídica pues no se trató de una actuación o decisión arbitraria, injustificada o irrazonable que transgrediera los procedimientos y reglas establecidas por el legislador, por lo cual no se demostró un daño antijurídico, un delito o culpa generado por la conducta de un agente judicial, que se traduzca en una falla de la administración, como tampoco el nexo causal, que implica la comprobación que el daño o perjuicio se produjo como consecuencia del actuar de dicha autoridad.

“Hecho de un tercero” y *“Culpa de la víctima”*, advirtiendo que la investigación, privación de la libertad y condena en primera instancia se basó en la existencia de testimonios que afirmaron que el señor JFAT era colaborador de las FARC y que mantenía comunicación con los insurgentes para informar los movimientos de las autoridades.

2.2. Fiscalía General de la Nación

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante, toda vez que su actuación se adelantó de conformidad con la Constitución y la Ley, por lo que no se puede predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, no hubo error y ni privación injusta de la libertad, lo que se fundamenta en transcripciones de las pruebas obrantes en el expediente penal y en normas penales y constitucionales relativas a las competencias y funciones del ente acusador. Propuso las excepciones tituladas:

- *“Culpa exclusiva de la víctima”*, teniendo en cuenta que el comportamiento inadecuado del señor JFAT, fue el que dio lugar a la judicialización y por lo tanto la medida de aseguramiento de la cual fue objeto.

- *Inexistencia de nexo causal*, entre la actuación de la Fiscalía General de la Nación y el presunto e improbadado daño aducido por la parte actora, reiterando que la medida impuesta tuvo como base indicios serios que permitían inferir la necesidad de la misma.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probadas las excepciones de “*hecho de un tercero*” e “*inexistencia del nexo causal*” propuestas por las entidades demandadas y **denegó las pretensiones** de la parte demandante.

Para dar base a la decisión, realizó un análisis fáctico y jurisprudencial del caso, para luego afirmar que, en el *sub iúdice* se configuró la causal eximente de responsabilidad denominada hecho de un tercero, pues la investigación penal adelantada en contra de JFAT tuvo fundamento en los testimonios rendidos por miembros desmovilizados de las FARC, y, algunos familiares de Luis Enrique Restrepo que lo relacionaron con ese grupo armado, pruebas que, no rebaten la razonabilidad y proporcionalidad en que se fundó la valoración que se realizó para adopción de la medida aseguramiento; pues tal como lo señaló el Tribunal Superior, las pruebas presentadas provocaron que fuera objeto de investigación y de una medida de aseguramiento.

De otro lado, advirtió que respecto de los hijos del señor JFAT se probó la inexistencia de afectaciones extrapatrimoniales, pues según informe pericial UBMZL-DSCLD-01806-2019 del 12 de febrero del 2019, realizado por el Profesional Universitario Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal-Unidad Básica de Manizales, no se presentaron signos que puedan estar generando una alteración clínicamente significativa a nivel psicológico como consecuencia de la privación de la libertad.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones; señalando que, no hay lugar a dudas que al señor JFAT se le causó un daño que no tenía que soportar, toda vez que estuvo privado de la libertad desde el 16 de julio de 2013 hasta el 26 de junio de 2015, fecha en la que la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales revocó la sentencia condenatoria, al identificar diversas falencias en la valoración probatoria por parte del Juzgado de Primera Instancia, yerros que derivan sin dudas en una falla en el servicio que dio lugar a expedir una sentencia condenatoria que truncó la vida de los demandantes, toda vez que tanto la Fiscalía como el Juzgado Penal tomaron decisiones que afectaron gravemente el derecho a la libertad del señor JFAT.

Advierte que la determinación de un eximente de responsabilidad como el de “*culpa de un tercero*” es totalmente contraria a lo que se probó dentro del proceso penal y donde resultó exonerado de responsabilidad el demandante, pues basta con revisar la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Manizales que sin hesitación alguna concluyó que los testigos entre los cuales se encontraba Henry Saldarriaga, expresaron que el señor JFAT nada tuvo que ver con los hechos que derivaron en los delitos que lo privaron injustamente de su libertad, como tampoco se probó que el aquí demandante hiciera parte de las FARC.

Manifiesta igualmente su oposición al hecho de que en la sentencia se manifestara que no se probó el daño moral causado, desconociendo el precedente judicial establecido en la sentencia de unificación del Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena – Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E), dentro del radicado 36.149, que determina que el daño moral es una consecuencia natural que de una privación injusta de la libertad, pues se genere un dolor moral tanto a la víctima como a sus familiares, por lo que el Juzgador debe acudir a las reglas de la experiencia y no a un dictamen pericial para concluir si existió o no daño moral.

Igualmente, advierte que, no existió ningún tipo de conducta desplegada por el señor JFAT que le obligara a soportar la investigación penal, pues como lo señaló Tribunal Superior de Manizales los testimonios recaudados no eran suficientes para determinar su participación ni con los grupos al margen de la Ley, ni con la desaparición y homicidio del señor Luis Enrique Restrepo Ortiz.

III. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se estima necesario resolver: *¿Se encuentran probados los elementos que dan lugar a la responsabilidad administrativa y patrimonial de las entidades demandadas, por la privación de la libertad soportada por el señor JFAT con ocasión del proceso penal adelantado en su contra?*

En caso afirmativo *¿Hay lugar al reconocimiento de los perjuicios deprecados?*

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del Tribunal

No se encuentran reunidos los elementos para atribuir responsabilidad patrimonial a las demandadas, por cuanto el daño sufrido por el señor JFAT, consistente en soportar la carga de un proceso penal que conllevó a la afectación a su derecho a la libertad personal no puede ser catalogado como antijurídico, pues el mismo se observa legal, razonable y proporcionado.

Para fundamentar lo anterior, a continuación se hará mención a: i) los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado; ii) lo probado en el proceso y iii) el análisis del caso concreto.

2.2. Fundamento jurídico - Elementos de la Responsabilidad

2.2.1. El daño

Es considerado el elemento principal sobre el cual gira la responsabilidad civil, pues su fundamento es la reparación de aquel y el límite a la reparación es el mismo daño, pues no se puede reparar ni más ni menos de su real entidad- *Principio de Reparación Integral*.

El daño a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico; ii) que se lesione un derecho, bien, o interés protegido legalmente por el ordenamiento; iii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura⁵.

2.2.2. Antijuridicidad e imputación

Establecida la existencia del daño es necesario verificar si este tiene el carácter de

⁵ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 29 de febrero de 2012; Exp. 21536.

antijurídico, esto es, aquél que la víctima no está en el deber jurídico de soportar, pues no existe causa que justifique la producción de este, razón por la cual deviene en una lesión patrimonial injusta.

En relación con los casos de privación injusta de la libertad, la Corte Constitucional ha sostenido que, se debe examinar la actuación que dio lugar a la medida restrictiva de este derecho fundamental pues, no resulta viable la reparación automática de los perjuicios en dichos eventos. Sobre el particular, en la sentencia C-037 de 1996⁶, al analizar la constitucionalidad de, entre otros, el artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, señaló:

“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término ‘injustamente’ se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención” (subrayas fuera de texto).

De conformidad con lo expuesto, el carácter injusto de la privación de la libertad debe analizarse a la luz de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida restrictiva de la libertad, ponderando los intereses y derechos comprometidos, de ahí que se deba determinar en cada caso si existía o no mérito para proferir decisión en tal sentido y si su prolongación estuvo justificada.

En adición a lo anterior, la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado⁷, en concordancia con la sentencia SU-072 de 2018⁸, ha sostenido que ningún cuerpo normativo -a saber, ni el artículo 90 de la Constitución Política, ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, ni la sentencia C-037 de 1996- establecía un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad; y en consecuencia, en cada caso será el juez el que deberá realizar un análisis para determinar si la privación de la libertad fue apropiada, razonable y/o proporcionada.

En ese sentido, la Corte Constitucional en la referida la sentencia SU-072 de 2018, indicó:

“105. Esta Corporación comparte la idea de que en dos de los casos deducidos por el Consejo de Estado –el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica- es posible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos.

“(…)

“106. Así las cosas, los otros dos eventos definidos por el Consejo de Estado como causas de

⁶ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: José Roberto SÁCHICA Méndez. Sentencia del 19 de febrero de 2021. Rad.: 50001-23-31-000-2010-00004-01(50545)

⁸ Corte Constitucional, sentencia SU 072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

responsabilidad estatal objetiva –el procesado no cometió la conducta y la aplicación del in dubio pro reo- exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios, pues a pesar de su objetividad, requiere del Fiscal o del juez mayores disquisiciones para definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma”.

(...)

109. Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial– del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo no establece un único título de atribución y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio iura novit curia, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante” (subrayas fuera de texto).

Así las cosas, el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal y posteriormente, se precluya la investigación o se revoque la medida de aseguramiento por prueba sobreviniente, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración. No por otra razón, la Corte Constitucional afirmó en el pronunciamiento antes indicado, lo siguiente:

“Determinar, como fórmula rigurosa e inmutable, que cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia –aplicación del principio in dubio pro reo-, o incluso en otros eventos, por ejemplo, cuando no se acreditó el dolo, es decir, operó una atipicidad subjetiva, el Estado debe ser condenado de manera automática, esto es, a partir de un título de imputación objetivo, sin que medie un análisis previo que determine si la decisión a través de la cual se restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, transgrede un precedente constitucional con efecto erga omnes, concretamente la sentencia C-037 de 1996.

*“Ahora bien, a pesar del criterio aplicado por el juez penal, el juez **administrativo deberá establecer si está frente a un caso de duda acerca del valor demostrativo de la prueba recaudada o de su absoluta inexistencia y, en tal caso, elegir, si a ello hubiere lugar, un título de atribución objetiva**. Esa libertad judicial también se extiende a la nominación de las causales de privación injusta, dado que estas no se agotan en el derogado artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en tanto responden a cierto estado de cosas, independientemente de estar o no normados”.*

Soportado en las anteriores premisas, la privación de la libertad, bien en cumplimiento de una orden de captura o de una medida de aseguramiento de detención preventiva, como medida coercitiva para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la efectividad de la pena, o impedir que se transgredan otros bienes jurídicos tutelados, no quebranta el derecho a la libertad de protección constitucional (artículo 28) y convencional (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – artículo 12 – y Convención Americana de Derechos Humanos – artículo 22 –), siempre que las autoridades civiles y judiciales acaten de manera estricta los términos y condiciones que la ley prevé para la procedencia y materialización de esa medida.

Así pues, en cuanto al necesario examen de la antijuridicidad del daño que se discute en el

juicio de responsabilidad por una privación injusta de la libertad, se exige constatar si la orden de detención y las condiciones bajo las cuales esta se llevó a cabo, se apegaron a los cánones legales y constitucionales o no; en caso afirmativo se analizará el fundamento de la imputación o nexo causal, en especial debe establecerse si el detenido causalmente contribuyó y determinó con su actuar doloso o gravemente culposos a la detención, para estimar si debe asumir las consecuencias de su actuación, que pudo sentar las bases para que se adoptara la medida restrictiva de su libertad.

Si la detención se realizó de conformidad con el ordenamiento jurídico, corresponderá al juez estudiar la responsabilidad bajo alguno de los otros títulos de atribución, como el daño especial, como cuando: i) se logra establecerse que el hecho que pretendía imputarse al detenido no existió, o ii) la conducta era objetivamente atípica; en estos casos también debe analizarse el fundamento de la imputación o nexo causal, en especial si el detenido causalmente contribuyó y determinó con su actuar la detención.

Ahora, cuando en la sentencia penal se logra establecer que el sindicado no cometió la conducta o que fue absuelto en aplicación del principio *in dubio pro reo*, debe auscultar tales circunstancias bajo la óptica del régimen subjetivo de falla del servicio, pues en estos casos, el juez penal debe concluir su veredicto luego de un riguroso análisis probatorio que permita calificar la conducta y verificar la participación del individuo en el ilícito al cual se lo vincula de cara a las pruebas que se recauden y valoren en el proceso penal respectivo, de cuya valoración se desprende la suerte procesal penal del investigado.

Al respecto, el Consejo de Estado⁹ en sentencia del 22 de noviembre de 2021 precisó que:

*“Esta concepción de la fuente de responsabilidad en comento, si bien encuentra amplia aplicación y desarrollo en la falla del servicio, que exige el estudio de la adecuada actuación del Estado a la hora de dictar la orden de detención contra una persona y por tanto el apego de dicha medida al ordenamiento jurídico, no excluye la posibilidad de estudiar la responsabilidad derivada de la restricción a la libertad de las personas bajo alguno de los otros títulos de atribución como ocurre con **el daño especial** en eventos en los cuales el sindicado sufre injustificada e inmerecidamente los rigores de la medida adoptada en debida forma por el órgano competente, pero, en tales casos, ello resulta de aplicación residual frente a la falla del servicio y puede presentarse en situaciones en las cuales **el mismo reo no dio pie a la adopción de la medida dictada en su contra, donde la actuación del Estado se ajustó al ordenamiento jurídico, pero se causó un desequilibrio de las cargas públicas respecto del administrado**, como cuando logra establecerse que **el hecho que pretendía imputarse al detenido no existió o la conducta era objetivamente atípica**, eventos en donde el daño antijurídico resulta acreditado sin mayor arrojo.*

***Otra circunstancia** sucede cuando en la sentencia penal se logra establecer que el sindicado no cometió la conducta o que **fue absuelto en aplicación del principio in dubio pro reo**, por cuanto, en estos casos, el juez penal debe concluir su veredicto luego de un riguroso análisis probatorio que permita calificar la conducta y verificar la participación del individuo en el ilícito al cual se lo vincula de cara a las pruebas que se recauden y valoren en el proceso penal respectivo, de cuya valoración se desprende la suerte procesal penal del investigado, lo que implica **el deber de auscultar tales circunstancias bajo la óptica del régimen subjetivo de falla del servicio**¹⁰. (Se resalta)*

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P: Nicolás Yepes Corrales. sentencia del 22 de noviembre de 2021, Rad. 50001-23-31-000-2011-00436-01(58457)

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-072 de 2018. FJ. 105 a 107 y 120 a 127.

2.3. Lo probado en el proceso.

- El 16 de julio de 2012, se expidió orden de captura contra el señor JFAT, por el delito de desaparición forzada, homicidio en persona protegida y rebelión y, el 24 de julio de 2013 la Fiscalía Primera Especializada de Manizales impuso medida de aseguramiento y expidió la boleta de detención¹¹.

- El 6 de octubre del 2014, el Juzgado Penal del Circuito de La Dorada profirió fallo condenatorio contra el demandante, imponiendo la pena de prisión de 34.6 años y una multa de 2933.33 SMLMV, para 2004. Igualmente, dispuso la inhabilitación de funciones públicas por espacio de 225 meses¹².

- El 26 de junio de 2015, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Manizales revocó la sentencia y ordenó la libertad del señor JFAT. La decisión mencionada quedó debidamente ejecutoriada el 24 de septiembre del mismo año¹³.

- De acuerdo con el certificado de libertad expedido por el Inpec, el señor JFAT estuvo privado de su libertad desde el 16 de julio de 2013 hasta el 26 de junio de 2015, fecha en la que se ordenó su libertad inmediata, por sentencia absolutoria, según boleta de libertad no. 07 librada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales¹⁴.

2.4. Análisis sustancial del caso concreto

A continuación, se analizará si: i) se encuentra acreditada la existencia de un daño; ii) si este es o no antijurídico y en caso afirmativo se establecerá iii) si es o no imputable a las entidades demandadas.

2.4.1. En cuanto al daño

En la sentencia apelada se encontró acreditado el daño alegado por los demandantes, que se concretó en la privación de la libertad del señor -JFAT-, desde el entre el 16 de julio de 2013 y el 26 de junio de 2015 en virtud de la captura, la medida de aseguramiento de detención preventiva y la sentencia condenatoria de primera instancia. Asunto que no es objeto de debate en esta instancia.

2.4.2. En cuanto a la antijuridicidad del daño

La parte demandante en su escrito de apelación señaló que, la medida de aseguramiento dictada contra el señor JFAT, carecía de validez dado que, las pruebas aportadas al proceso no permitían inferir razonablemente la autoría o participación en el delito que se había denunciado, agregando que no existe un solo hecho o conducta que haya sido desplegada por aquel y que le impusiera el deber de soportar la privación de la libertad.

Al respecto, como se refirió en el acápite anterior, la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁵, en concordancia con la sentencia SU-072 de 2018¹⁶ de la Corte Constitucional, señalan que, ni el artículo 90 de la Constitución Política, ni el artículo 68 de la Ley 270 de

¹¹ Expediente digital, archivo "01ExpedienteEscaneadoCno1" fl. 5 y s.s.

¹² Expediente digital, archivo "05ExpedienteEscaneadoCno2AExpedientePenal" fls. 357-389.

¹³ Expediente digital, archivo "01ExpedienteEscaneadoCno1" fls. 29-46.

¹⁴ Expediente digital, archivo "01ExpedienteEscaneadoCno1" fl. 14.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: José Roberto SÁCHICA Méndez. Sentencia del 19 de febrero de 2021. Rad.: 50001-23-31-000-2010-00004-01(50545)

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia SU 072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

1996, ni la sentencia C-037 de 1996- establecen un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad; y en consecuencia, en todo caso, será el juez el que deberá realizar un análisis para determinar si la privación de la libertad fue *apropiada, razonable y/o proporcionada*.

En este orden de ideas, el análisis de responsabilidad de las entidades accionadas se debe desplegar a partir de la revisión de las atribuciones constitucionales y legales que tiene en el marco del *ius puniendi* del Estado y en el desarrollo del procedimiento penal reglado en la Ley 600 de 2000¹⁷, código oponible a los hechos de la presente acción, frente a la imposición de la privación de la libertad, con el fin de determinar si el daño es antijurídico y si las entidades demandadas incurrieron en conductas constitutivas de reproche o afectación ilegítima del derecho a la libertad.

Por lo tanto, a continuación se analizará el marco normativo y las circunstancias que rodearon la imposición de la medida de aseguramiento y la decisión condenatoria de primera instancia, a efectos de establecer si existía o no mérito para proferir decisiones en tal sentido; así como la duración de la privación de la libertad.

2.4.2.1. Sobre la imposición de medidas de aseguramiento:

Como punto de partida se precisa que, la Fiscalía General de la Nación, *“está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”* (Artículo 250, Superior).

El artículo 355 de la Ley 600 del 2000¹⁸ señaló que, *“La imposición de la medida de aseguramiento procederá para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria”*.

A su vez, sobre los requisitos y procedencia de la medida de aseguramiento, señalaba:

“Artículo 356. Requisitos. Solamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva.

Se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso.

No procederá la medida de aseguramiento cuando la prueba sea indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad.

Artículo 357. Procedencia. *La medida de aseguramiento procede en los siguientes eventos:*

1. Cuando el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de cuatro (4) años...”

¹⁷ El cual fue la norma aplicada en la causa penal adelantada contra el aquí demandante.

¹⁸ Advirtiendo que fue este el estatuto procesal penal aplicable al caso del aquí demandante, debido a la fecha de los hechos objeto de persecución penal.

De otra parte, el Código Penal -en su texto vigente para la data de los hechos objeto de persecución penal- estableció los delitos de “homicidio en persona protegida” y “rebelión”¹⁹ con una pena mínima de 30 años para el primero y de 6 años para el segundo.

En el caso concreto se tiene que, la medida de aseguramiento que fue impuesta por la Fiscalía General de la Nación se fundó en una serie de pruebas²⁰ que otorgaban un importante grado de convicción sobre la comisión de las conductas endilgadas al señor JFAT, como son la declaración de la señora Flor Marina Muñoz Cortes -cónyuge del difunto- quien relató a los investigadores que:

“El día que nosotros fuimos a la finca a buscar a mi esposo, no encontramos nada, entonces fuimos a la casa de un vecino ADALBERTO ARIAS, encontramos allá a éste, a WILSON y al agregado JHON FREDY y éste último tenía el reloj de mi esposo, no le dijimos nada porque nosotros íbamos muy tristes y con mucho miedo, no le dijimos nada: digo nosotros porque íbamos NANCY Y LILIANA que son mis hijos, y YO; hablamos con ellos y les preguntamos que si sabían algo de mi esposo y dijeron que nada: y al ratico JHON FREDY escondió el reloj: de eso se dieron cuenta mis hijas NANCY y LILIANA: nosotros estuvimos buscando por todos los alrededores de la casa y ADALBERTO andaba cerquita de nosotros con un machete en la mano, luego JHON FREDY se perdió y luego apareció con la guerrilla, y la guerrilla nos llevó pal monte, luego hablaron por radio y luego nos dijeron que váyanse, desaparezcanse de por aquí, no quiero volver a verlos, nos iban dizque a matar, un desmovilizado, el que señaló todas esas cosas fue el que nos dijo... Pero también recuerdo que a las seis de la mañana que estuvimos en la casa de ALBERTO y el agregado andaban muy cerca de nosotros como vigilándonos, se comunicaban entre ambos y no escuchábamos lo que hablaban, se les veía mucha malicia, en donde nosotros estábamos estaba ALBERTO al ladito con un machete en la mano, todo paso que recorrimos ahí estaba ALBERTO y el agregado (Jhon Fredy Arlas Toro) se perdió y cuando ya estábamos como a medio día o a las dos de la tarde para ir a Encimadas, ya veníamos entrando a un montecito de Encimadas cuando nos encontramos la guerrilla un grupo grande junto con el agregado, el agregado como que se perdió y se fue a buscarlos, porque el apareció con ellos, entonces yo le pregunte a ellos que había pasado con mi esposo que se había perdido, entonces ellos me dijeron que nada, que lo único que sabían era que él había pedido permiso y que se había ido, que no sabían para donde, luego nos dijeron que teníamos que seguirlos a una montaña por todo el camino real para hablar con el comandante en ese entonces dizque era el PAISA, entonces nosotros subimos con ellos camino arriba, hasta donde se ve la Moravia, hasta allá nos llevaron, casi a la carretera, nos sacaron al camino de donde se ve la carretera y ahí cogieron un radio y llamaron al comandante, no nos quisieron llevar hasta allá sino que lo llamaron, hablaron unas palabras con él, no supimos que hablaron con él, minutos después nos dijeron que nos fuéramos tranquilas que el hombre se había ido, eso fue lo que nos dijeron, que nos podíamos venir tranquilas: en ese tramo nosotras hablamos con el agregado(Jhom Fredy Arlas Toro) y él nos dijo que él no sabía nada, que el cuándo menos le habían avisado que fuera, que la finca estaba sola, cuando nosotros íbamos caminando con la guerrilla íbamos delante de todos ellos y atrás iba la guerrilla y FREDY el agregado iba con ellos, iba junto con ellos”. (Se resalta)

A su vez, la señora Dora Liliana Restrepo Muñoz -hija del fallecido- relató:

“...cuando nosotros tres llegamos, o sea MI MAMÁ que se llama FLOR MARINA MUÑOZ, mi hermana que se llama NANCY RESTREPO MUÑOZ Y YO, cuando llegamos estaba

¹⁹ Artículos 135 y 467, respectivamente.

²⁰ Expediente digital, archivo “05ExpedienteEscaneadoCno2AExpedientePenal”, folios 28-122.

BERTO y FREDY (Jhon Fredy Arlas Toro) juntos en el patio de la casa: nosotros les llegamos como de sorpresa porque ellos no nos alcanzaron a ver de lejos, sino que cuando menos pensamos los saludamos en el patio, Inmediatamente **yo conocí el reloj que tenía FREDY(Jhon Fredy Arias Tora) puesto, el agregado de la finca, conocí que ese reloj que él llevaba puesto en una de las manos era el reloj de mi papá, lo conocí porque es que ese reloj se lo regalamos las hijas a mi papá en una ocasión**, no recuerdo exactamente qué ocasión, cuando volteamos un momento a mirar hacia otro lado y al volver a mirar ya no tenía puesto el reloj, de una lo escondió, pienso que en un bolsillo porque él no se movió de ahí, es que él se dio cuenta que yo le vi el reloj porque me vio mirándole el reloj; en ese momento le preguntamos por mi papá a los dos y el agregado FREDY nos dijo que cuando mi papá había llegado él le había pedido permiso para irse, no dijo para donde, y que no lo volvió a ver; lo mismo nos dijo BERTO O ADALBERTO que lo había visto los primeros tres días y que no lo volvió a ver. De ahí salimos para la finca todos juntos. ellos con nosotros, ninguno de los dos nos desampararon en ningún momento. Cuando llegamos a la finca yo muy insistentemente le dije a FREDY que él tenía que saber dónde está mi papá, pues se supone que usted es el agregado y debe saber dónde está, y él se me zafó diciendo que él se había ido cuando mi papá había llegado a la finca: él estuvo con nosotros y con BERTO hasta eso de las diez de la mañana a diez y media y se perdió, no se despidió ni nada, cuando menos pensamos ya no estaba por ahí, y BERTO siguió con nosotros. y por donde caminábamos era un poquito retirado pero siempre pendiente de nosotros y con una macheta en la mano y rosaba helechos y estuvo pendiente, sin desampararnos y todo el tiempo con la macheta en la mano, es que nosotros andamos todos los alrededores de la casa. En vista de que no lo encontrábamos salimos hacia el Corregimiento de Encimadas como a la una y media o dos caminando; en la entrada a un montecito **nos encontramos a la guerrilla que venía con FREDY (Jhon Fredy Arfas Toro) cuando nosotros nos topamos con ellos FREDY (Jhon Fredy Arlas Toro) les dijo que nosotras éramos las hijas de ENRIQUE y que nosotras lo estábamos culpando a él, porque le decíamos que él tenía que saber dónde estaba mi papá; la guerrilla inmediatamente nos metieron al medio de ellos, y nos dijeron que siguiéramos con ellos, eran unos delante de nosotros y otros atrás, FREDY siguió para la Vereda Viboral después de habernos entregado a la guerrilla, o sea, haberles dicho que ellas son las hijas de ENRIQUE y que lo culpábamos a él; caminamos mucho, nos internaron en el monte, un monte muy largo como quince minutos a media hora y nos sacaron a unas barranquitos y nos sentaron ahí, uno de ellos se iba para el montecito donde nosotros no lo escucháramos y hablaba con otra persona, me imagino que con el Comandante, nos tuvieron ahí retenidos como media hora, esa misma persona salía cada ratito hacia el monte y hablaba por radio, cuando ya llegó la última vez y nos dijo que mi papá les había pedido permiso a la guerrilla para salir de la finca, que tenía que ir a una diligencia, pero no dijo a donde y que nos fuéramos y que por ningún motivo nos atreviéramos a regresar a la finca, nos tocó venirnos sin esperanza alguna de encontrarlo...".** (Se resalta)

Así mismo el testimonio del señor Henry Saldarriaga Valencia -desmovilizado del frente 47 de las FARC- quien señaló que:

"Después de muerto don ENRIQUE en una ocasión subieron a la finca las hijas del viejo a buscarlo, iban en compañía de JHON FREDY LOPEZ OROZCO (dhon Fredy Arias Toro) quien para esa época era el agregado de don ENRIQUE y tengo conocimiento que este señor ese día portaba el reloj del finado don ENRIQUE, las hijas lo vieron, yo también me di cuenta incluso a mí me dijo JHONATAN que cuando había matado a don ENRIQUE, que él le había quitado el reloj y se lo había regalado al agregado, que era un reloj fino decía JHONATAN, por eso digo que este señor tiene que saber algo de la muerte de don ENRIQUE, es que este señor era miliciano para esa época...". (Se resalta)

Asimismo, el testimonio del señor Wilmer Fabian Osorio Cifuentes -persona que entregó el cuerpo del señor Luis Enrique Restrepo- y quien advirtió:

"PREGUNTADO dígame a la Fiscalía si conoció usted a LUIS ENRIQUE RESTREPO ORTIZ en caso afirmativo, díganos las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que lo conoció. CONTESTO No lo distinguí, se quién es en este momento porque supe en dónde queda la finca de la que él era propietario, en donde queda y conozco la familia. Eso lo conocí porque en cierta ocasión el señor HENRY SALDARRIAGA me dijo que si me quería ganar una plática y yo le dije que sí y él me dijo que él había contactado a un señor que estaba enterrado en Samaná y que fuera a hablar con un señor que se llama FREDY (Jhon Fredy Arias Toro) que se encontraba en Pensilvania, yo fui y me encontré con el señor en Pensilvania y él me mostro donde estaba enterrado el señor dueño de esa finca, yo fui por la condición de ser desmovilizado de la guerrilla y que me quedaba más fácil en donde estaba eso, porque es que a HENRY no le quedaba tiempo, no podía y fue cuando me dijo que yo fuera, fuimos y el señor ya me mostro, nos regresamos y yo me vine para Manizales otra vez fuimos hasta Viboral y el señor FREDY (Jhon Fredy Arlas Toro) me llevo a un sitio como a doscientos o trescientos metros de la casa, eso ya estaba enrastrado y él me dijo que no era sino que buscaran en ese rastrojo y ahí encontraban al señor, PREGUNTADO díganos si usted sabe a qué actividades se dedicaba FREDY (Jhon Fredy Arlos Toro) para la fecha en que lo conoció CONTESTO la verdad es que el me conto que él era el agregado del señor ese y de antes lo conocía como agricultor, trabajador en las fincas PREGUNTADO díganos que información le suministro FREDY (Jhon Fredy Arias Toro) a usted respecto al cuerpo que se encontraba enterrado en el lugar que el señalo CONTESTO me dijo que lo había matado la guerrilla, pero no me dijo quienes, pero HENRY si me ha dicho que lo mato JHONATAN, EL POLLO, para cuando eso según las cosas ocurrió en el 2004 y para esa fecha si estaban esos por ahí, yo los distinguí, cuando yo distinguí a JHONATAN, era guerrillero de base y después ascendió a comandante de escuadra, actualmente no sé qué hará, he escuchado decir que lo mataron; EL POLLO era el comandante de ese momento en esas veredas, era comandante de guerrilla: el comandante de toda esa área era para esa época me parece que MARTIN, pero el comandante de todos y los que manejaban esa zona eran EL POLLO Y EL PAISA. PREGUNTADO díganos en qué lugar encontró usted a FREDY (Jhon Fredy Arias Toro) CONTESTO En Pensilvania en el propio pueblo, de ahí nos gastamos un día en la ida a Viboral". (Se resalta)

Igualmente, las decisiones adoptadas por las entidades demandadas tuvieron bases en el encubrimiento de algunos de los hechos por parte del señor JFAT aquí demandante, pues como puede verse en la indagatoria rendida el 18 de julio de 2013, este manifestó en síntesis no tener ningún conocimiento acerca del paradero del señor Luis Enrique Restrepo, ya que en la última ocasión en que habló con aquel le solicitó permiso para trabajar en un lote de su propiedad en la vereda Yarumal, sin que hubiese sabido otra cosa del fallecido, declaración que fue modificada por el mismo JFAT en ampliación a su indagatoria rendida el 10 de febrero de 2014, en la cual señaló:

"eso fue un sábado a las 7 de la mañana, la fecha no la recuerdo, estaba yo en la finca de LUÍS ENRIQUE RESTREPO, estaba con él, con DON LUIS ENRIQUE RESTREPO, y estando yo ahí le dijeron a mi patrón, o sea LUÍS ENRIQUE RESTREPO, que si era tan amable y los acompañaba para hacerle unas preguntas y él les respondió claro no hay ningún problema, en el mismo instante salieron con él hacía el lado de debajo de la casa, pasaron por ahí 10 minutos, y escuche dos disparos, a la hora y media más o menos de habérselo llevado regresaron a la casa los mismos tres sujetos, y llamaron hacía fuera de la casa, este señor que se hacía llamar "JHONNATAN" y me dijo muchacho nosotros sabemos que usted es el administrador de esta finca, a su patrón lo maté porque ese viejo es un sapo, entonces yo le respondí como así,

entonces que va a pasar conmigo, entonces "JHONNATAN" me respondió con usted no va a pasar nada, ni le va a pasar siempre y cuando usted no diga nada, si en algún momento llega a venir la familia de Don Luís Enrique, a preguntar por él, usted tiene que decirle que usted no sabe nada de él, ni ha visto nada, entonces yo le respondí, como así, no me acaba de decir usted que lo mató, entonces él me respondió, si lo maté y lo enterré por allá abajo, a ese viejo por sapo, simplemente usted, diga eso a todo aquel que le pregunte por eso viejo, y si no ya sabe lo que pasa a usted también, que ahí puede ver como terminan los sapos, por ese motivo es que cuando la familia de don LUIS ENRIQUE, o sea mi patrón, fueron a buscarlo, y me preguntaron que si yo sabía de su paradero, yo les dije que yo no sabía nada de él, por la amenaza que me hizo "JHONNATAN", porque yo sabía que si les decía algo a mí me pasaba lo mismo que a él; es por eso que yo en la declaración pasada le dije a la Fiscalía que yo no me encontraba en la finca, por miedo de que la guerrilla me pueda hacer algo, pero ahora por no haber dicho la verdad de lo que sucedió allá me están inculcando a mí de ese homicidio".

Igualmente se contó con diligencia de reconocimiento fotográfico de la testigo Nancy Restrepo Muñoz (fl. 79) -hija de la víctima- quien, "...en los ÁLBUMES FOTOGRÁFICOS N° 91201300391-3 (fl. 59) y 201300391-4 (fl. 62) obrantes en el cartapacio, reconoció al señor JHON FREDY ARIAS TORO como la persona que era agregado de la finca en ese entonces, el que tenía puesto el reloj de su padre cuando fueron a buscarlo y que luego lo guardó..." y con el reconocimiento fotográfico del testigo Fabio Nelson Aguirre -ex militante de las FARC- (fl. 79) quien "...En el ÁLBUM FOTOGRÁFICO N° 201300391-3 (fl. 59) obrante en el cartapacio, reconoció al señor JHON FREDY ARIAS TORO de quien no recuerda el nombre, pero especifica que era un colaborador de las FARC, a él lo ocupaban para hacer registros e informar los movimientos de las autoridades....".

En línea con lo anterior, las actuaciones que conllevaron a la privación de la libertad del señor JFAT se fundaron en las declaraciones rendidas por testigos, quienes señalaron que este fue colaborador de las FARC, ocupándose de hacer registros e informar los movimientos de las autoridades, sumado a las declaraciones consistentes de las señoras Flor Marina Muñoz Cortes y Dora Liliana Restrepo Muñoz quienes comentaron como el investigado fue visto con pertenencias del desaparecido Luis Enrique Restrepo y en comunicación con miembros de las FARC, en las fechas en que las referidas familiares del occiso pretendieron ejercer su búsqueda.

Ahora bien, cabe destacar que si bien, la sentencia de primera instancia en el proceso penal, no lo menciona, existe una conducta desplegada por el demandante que cuando menos entorpeció la labor investigativa de la Fiscalía y otorgó fundamentos adicionales a las decisiones tomadas por dicha entidad y por el respectivo Juez penal, esto es, la conducta del hoy demandante al informar hechos falsos ante el cuerpo de investigación, negando su conocimiento sobre el asesinato del señor Luis Enrique Restrepo a pesar de que estuvo presente el día de los hechos y conoció de primera mano sobre su homicidio, como el propios JFAT lo señaló una vez que se dio cuenta de que la investigación penal también era dirigida en su contra.

De lo anterior la Sala encuentra que, la privación de la libertad del señor JFAT se ajustó a los postulados y directrices señalados en el artículo 355, 365 y 366 de la Ley 600 de 2000, pues, para el momento en que se ordenó la captura existían "*motivos razonablemente fundados*" para inferir que había participado en la comisión del delito que era objeto de investigación.

Se destaca que, en este estadio inicial de la investigación penal, la ley no exige para disponer la captura, la existencia de una certeza de la responsabilidad penal, solamente exige que se encuentren “*motivos razonablemente fundados*” de la autoría o participación en el delito.

Además, la parte demandante no alega, ni la Sala encuentra que, la Fiscalía para el momento de la imposición de la medida de aseguramiento, conocieran de otros elementos probatorios que pudieran desvirtuar esos motivos razonables que permitían inferir que - JFAT- era autor o partícipe del delito que se investigaba, por el contrario los elementos materiales de prueba y su conducta falaz en los primeros estados de la investigación, dieron motivos suficientes para imponer la privación de la libertad que padeció.

De manera que, la medida de aseguramiento de detención preventiva en contra del señor JFAT, fue dictada conforme a los parámetros previstos en el artículo 355, 365 y 366 de la Ley 600 de 2000 y con base en las pruebas recaudadas por parte de la autoridad judicial, pruebas que igualmente dieron base razonable y fundada a la sentencia condenatoria de primera instancia como se pasará a exponer.

2.4.2.2. Sobre la decisión condenatoria de primera instancia.

Ahora, frente a la decisión condenatoria de primera instancia, cabe señalar que el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 disponía:

“Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación.

No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado.”

A su turno el artículo 233 de la misma normatividad señalaba:

“Son medios de prueba la inspección, la peritación, el documento, el testimonio, la confesión y el indicio.

El funcionario practicará las pruebas no previstas en este código, de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, respetando siempre los derechos fundamentales”.

Así, una de las finalidades de la actuación penal y requisitos de una sentencia condenatoria no es otra que establecer si el actuar del o los imputados se subsume de manera precisa en lo descrito por una norma, lo que implica demostrar racionalmente que mediante una acción típica se vulnera o se pone en riesgo un bien jurídico concreto.

El 6 de octubre del 2014, el Juzgado Penal del Circuito de La Dorada, profirió fallo condenatorio de primera instancia, por los delitos de Rebelión y Homicidio en Persona Protegida, advirtiendo respecto del primero de los señalados tipos penales que:

“[E]n cuanto a JHON FREDY ARIAS TORO, quien a lo largo del proceso ha negado cualquier vínculo con dicha organización armada, tenemos que quien primero lo señala como tal es el desmovilizado FABIO NELSON AGUIRRE AGUIRRE en diligencia de reconocimiento fotográfico obrante en el expediente, donde en forma clara lo tildó como “...colaborador de las FARC, a él lo ocupaban para hacer registros e informar los movimientos de las autoridades..., un segundo en hacerlo fue el también desmovilizado PEDRO LUIS PINO VALDERRAMA, quien luego de reconocer su fotografía no dudó en señalar que “...Lo conoció

como JHON FREDY era un agregado que tenía Don Luis Enrique Restrepo y tengo entendido que este señor le colaboraba a la guerrilla especialmente al Pollo y al Paisa..., el tercero que lo relacionó con dicha organización fue HENRY SALDARRIAGA VALENCIA en su declaración cuando refirió "...Si lo conozco, éramos conocidos de por allá, él era miliciano de la guerrilla también... sindicaciones que compaginan con la información contenida en la Orden de Batalla elaborada por los organismos de inteligencia y seguridad del Estado que recoge el componente orgánico de las FARC. su área de injerencia a nivel Nacional, principales cabecillas y los alias y/o nombres de sus integrantes. donde se relaciona al señor FREDY ARIAS como integrante de dicha agrupación subversiva en área rural del municipio de Samaná (Caldas) quien cumplía funciones como "Miliciano popular de la Vereda Viboral, encargado de brindar información a la guerrilla de los movimientos del Ejército en la zona".

Ahora bien, respecto del delito de homicidio en persona protegida con ocasión de la muerte violenta del señor Luis Enrique Restrepo, la sentencia condenatoria efectuó el análisis de los testimonios recaudados por el órgano de investigación y que anteriormente dieron lugar a la imposición de la medida de aseguramiento y en concordancia con las pruebas que daban razón de la culpabilidad del aquí demandante en el delito de rebelión, concluyó que:

"Fue así como ambos prestaron su colaboración para que todo se materializara. JHON FREDY ARIAS TORO facilitando los medios y el momento propicio para que LUIS ENRIQUE RESTREPO ORTIZ fuera sacado de la casa para metros más adelante ser ultimado inmisericordemente y luego sepultado en su propia finca, hecho que quiso revestir de normalidad frente al silencio guardado por largos años, durante los cuales trató de mostrarse ajeno por completo al fatal desenlace, ocultándole no solo a las autoridades sino a los familiares cercanos de la víctima el macabro crimen. Con total desparpajo permaneció en la finca luego del homicidio, recibió al parecer de manos de alias "JONATHAN" el reloj de su antiguo patrón, el cual sin escrúpulo alguno lució siéndole visto por las hijas del obitado la mañana que se trasladaron hasta la finca de ADALBERTO ARIAS ESCOBAR en su búsqueda para indagarle sobre el paradero de su padre, mismo que en forma disimulada ocultó una vez se sintió observado por DORA LILIANA RESTREPO MUÑOZ, oportunidad en la cual no dudó en buscar el apoyo del Frente al que pertenecía, al considerarse agobiado por las constantes preguntas que sobre el destino final del desaparecido le realizaban la esposa y las hijas. quienes bajo amenazas fueron obligadas a abandonar la región y a cesar sus averiguaciones.

Las pruebas con que cuenta el proceso no solo lo vinculan con la organización guerrillera, sino que permiten deducirle participación y responsabilidad en el homicidio de LUIS ENRIQUE RESTREPO ORTIZ, pues estuvo presente desde que lo sacaron de la casa y, en medio de sus evasivas y de cambiar la versión en sus diferentes exposiciones, admite no solo haber escuchado dos disparos a los pocos minutos de habérselo llevado, sino haber estado en casa del padre de WILSON ARIAS ZAPATA luego de que lo enterraran, donde en forma muy detallada, como si le estuvieran rindiendo cuentas a él, dijo haber escuchado de alias "El Pollo". a quien denominó el comandante, todos los pormenores del fatídico hecho, amén de reconocer haber visto allí las dos palas enterradas con las cuales habían cavado la fosa, relato que mal puede hacer quien no estuvo presente y al tanto de todo lo ocurrido esa mañana."

Observa la Sala que las conclusiones de culpabilidad a las que arribó la sentencia de primera instancia no se vislumbran caprichosas o desprovistas de prueba, pues se sustentan en un análisis razonable de los medios probatorios que daban razón de la participación del señor JFAT en dos delitos como son los de rebelión y homicidio en persona protegida, tomando incluso como fuente de conclusiones no solo los testimonios que daban cuenta de los comportamientos del aquí demandante, sino incluso la actitud adoptada por aquel al

pretender en una etapa inicial ocultar los hechos por el conocidos -como lo aceptara en etapa posterior- respecto del asesinato del señor Luis Enrique Restrepo.

Ahora bien, la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Manizales – Sala Penal revocó la decisión condenatoria que fuese adoptada por el Juzgado Penal del Circuito de La Dorada, en aplicación del principio *in dubio pro reo* al considerarse por dicha colegiatura que los testimonios recaudados en la causa penal no otorgaban plena certeza de la participación del señor JFAT en los delitos como son los de rebelión y homicidio en persona protegida, en efecto esta Corporación advirtió que:

“...pese a la concurrencia de ciertos medios de prueba que informan sobre la eventualidad de su compromiso en los delitos endilgados, imperativa resulta la aplicación de la garantía que apremia la resolución de toda duda en favor del procesado...” destacando que *“En punto ahora de la responsabilidad del señor Jhon Fredy Arias Toro, menester resulta señalar que no corre la misma adversa suerte que su coacusado, habida cuenta que, no obstante divisarse ciertos elementos de convicción que darían visos de su responsabilidad, estos no surgen idóneos para que el Juzgador le atribuya la comisión de los delitos...”* (Subrayados fuera de texto).

La sentencia en cita prosigue advirtiendo que, existían razonables indicios de la culpabilidad del señor JFAT, de los cuales no desconoce su existencia pero les otorga un alcance inferior al que se hiciese por el fallador de primera instancia, en efecto se señaló:

“De modo que, si bien asoma cierto y además milita en su contra, el carácter mendaz de su inicial atestación cuando rindió indagatoria al decir que no se hallaba en el predio cuando su patrón desapareció como lo sostuviera en principio a los parientes del señor Restrepo, no aflora descabellado que hubiese recurrido a la mentira para salvaguardar su integridad, amén de que ello únicamente constituye un perjudicial indicio y no una prueba contundente de su cabal responsabilidad.

...

Es cierto, se itera, que la mendacidad incurrida en su primera exposición respecto del conocimiento sobre el paradero de su patrón obra en su contra, además de haberse mencionado por los tres familiares de don Luis Enrique Restrepo que fue visto con el grupo guerrillero que las interceptó cuando iban para el corregimiento de “Encimadas”, quienes les dijeron que él había pedido permiso para irse de la vereda y que ellas también debían abandonar el lugar. Así mismo, que fue él quien dio las indicaciones a Wilmer Fabián Osorio, alias “El Pavo” para la localización del cuerpo.

Pese a lo resaltado, debe destacarse que fue este mismo testigo de la Fiscalía, quien simultáneamente a señalar a WILSON y ADALBERTO ARIAS como colaboradores de la guerrilla, enfatizó que nunca conoció a John Fredy Arias como miliciano.

Además, que habiendo aceptado finalmente Arias Toro que efectivamente estaba en la finca cuando sacaron a su patrón y que continuó trabajando allí por acuerdo con una de las hijas del obitado; fluye como probable que hubiese hallado la fosa en uno de los recorridos, puesto que es apenas normal que un agricultor, sobre todo en un predio cafetero, lo recorta palmo a palmo mientras realiza les desyerbas o cosecha el café, tal como lo refirió el acusado.”

En este orden de ideas, como lo concluyó el *a quo* en el presente asunto, si bien el Tribunal Superior de Manizales, dio una análisis diferente al material probatorio del proceso penal, concluyendo que surgieron dudas acerca de la responsabilidad del señor JFAT, se destaca que el fallo absolutorio a favor del señor Arias Toro no se obtuvo por arribarse a conclusiones puntuales sobre su no participación, sino sobre la falta de certeza a la que

pudieron llevar al fallador de segunda instancia los elementos probatorios que sí existieron y que involucraban a aquel en el ilícito, los cuales fueron objeto de un análisis cuando menos razonable y que no se vislumbra caprichoso por parte del Juzgado Penal del Circuito de La Dorada a efectos de emitir la sentencia condenatoria de primera instancia.

2.4.2.3. Sobre la duración de la privación de la libertad

Sobre la duración de la privación de la libertad padecida por el señor JFAT ha de señalarse que la misma se extendió entre el 16 de julio de 2013 y el 06 de octubre de 2014 debido a la medida preventiva impuesta por la Fiscalía General de la Nación y a partir de esta ultima data y el 26 de junio de 2015 en virtud de la sentencia condenatoria de primera instancia que fue proferida por el Juzgado Penal del Circuito de La Dorada.

El referido lapso de privación de la libertad que soportó el señor JFAT si bien se extendió por un periodo considerable cercano a los 2 años, no se observa por esta Colegiatura como desproporcionado o injustificado pues como se advirtió en precedencia tuvo como sustento la imposición de una medida preventiva y la emisión de sentencia condenatoria en primera instancia, ambas decisiones en razón de delitos de importante magnitud como son los de rebelión y homicidio en persona protegida, siendo entonces este aspecto, otra situación que no se erige a ojos de esta Colegiatura como fundamento de responsabilidad estatal en virtud de una falla en el servicio.

2.5. Análisis del título de imputación del daño especial

Ahora bien, teniendo en cuenta que la orden de detención y las condiciones bajo las cuales esta se llevó a cabo, se apegaron a los cánones legales y constitucionales, la Sala procederá a analizar si se configuró un daño antijuridico basado en que las entidades rompieron el principio de igualdad de las cargas públicas que debe soportar todo ciudadano al generarse un daño anormal, especial y grave.

Al respecto, el Consejo de Estado ha precisado que, si la detención se realizó de conformidad con el ordenamiento jurídico, corresponderá al juez estudiar la responsabilidad bajo alguno de los otros títulos de atribución, como el daño especial, como cuando: **i)** se logra establecerse que el hecho que pretendía imputarse al detenido no existió, o **ii)** la conducta era objetivamente atípica²¹; en estos casos también debe analizarse el fundamento de la imputación o nexo causal, en especial si el detenido causalmente contribuyó y determinó con su actuar la detención.

En el caso concreto, como se advirtió en precedencia la sentencia del Tribunal Superior de Manizales – Sala Penal señaló que *“...pese a la concurrencia de ciertos medios de prueba que informan sobre la eventualidad de su compromiso en los delitos endilgados, imperativa resulta la aplicación de la garantía que apremia la resolución de toda duda en favor del procesado...”*

Por lo tanto, el proceso penal contra el señor JFAT terminó en aplicación del principio *In dubio pro reo* es decir, la absolución no se dio porque el hecho que pretendía imputarse no existió, o porque la conducta era objetivamente atípica, sino sobre la conclusión de que las pruebas existentes si bien vinculaban al aquí demandante en algunos escenarios conductuales, se generó duda sobre su participación en los delitos imputados.

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P: Nicolás Yepes Corrales. sentencia del 22 de noviembre de 2021, Rad. 50001-23-31-000-2011-00436-01(58457)

Así, sobre la absolución en aplicación del principio *in dubio pro reo*, el Consejo de Estado ha señalado:

*“Otra circunstancia sucede cuando en la sentencia penal se logra establecer que el sindicado no cometió la conducta o que **fue absuelto en aplicación del principio in dubio pro reo**, por cuanto, en estos casos, el juez penal debe concluir su veredicto luego de un riguroso análisis probatorio que permita calificar la conducta y verificar la participación del individuo en el ilícito al cual se lo vincula de cara a las pruebas que se recauden y valoren en el proceso penal respectivo, de cuya valoración se desprende la suerte procesal penal del investigado, lo que implica el **deber de auscultar tales circunstancias bajo la óptica del régimen subjetivo de falla del servicio**”²². (Se resalta)*

De acuerdo con lo anterior, en el presente asunto no se configura la responsabilidad por daño especial, por cuanto, la privación de la libertad del procesado no resulta desproporcionada, pues fue absuelto por el Juez penal -en segunda instancia- luego de un riguroso análisis probatorio del cual concluyó que los elementos materiales probatorios a pesar de presentar indicios de culpabilidad también permitían asomo de duda sobre la participación típica del acusado.

Adicionalmente, como se indicó en el acápite anterior, las decisiones adoptadas por las entidades demandadas tuvieron bases en el encubrimiento de algunos de los hechos por parte del aquí demandante, pues como puede verse en la indagatoria rendida el 18 de julio de 2013, este manifestó en síntesis no tener ningún conocimiento acerca del paradero del señor Luis Enrique Restrepo, ya que en la última ocasión en que habló con aquel le solicitó permiso para trabajar en un lote de su propiedad en la vereda Yarumal, sin que hubiese sabido otra cosa del fallecido, declaración que fue modificada por el mismo JFAT en ampliación a su indagatoria rendida el 10 de febrero de 2014.

Aunado a lo anterior, las actuaciones que conllevaron a la privación de la libertad del señor JFAT se fundaron en las declaraciones rendidas por testigos, quienes señalaron que este fue colaborador de las FARC, sumado a las declaraciones consistentes de las señoras Flor Marina Muñoz Cortes y Dora Liliana Restrepo Muñoz quienes comentaron como el investigado fue visto con pertenencias del desaparecido Luis Enrique Restrepo y en comunicación con miembros de las FARC, en las fechas en que las referidas familiares del occiso pretendieron ejercer su búsqueda.

2.6. Conclusión

Por lo anterior se concluye que, el daño sufrido por el señor JFAT, consistente en la afectación a su derecho a la libertad personal, no es antijurídico pues, la detención emergió como una carga que se está en el deber jurídico de soportar y que se justifica en el ejercicio legítimo de la acción penal y del poder coercitivo del Estado, que propende por la investigación de las conductas que revisten las características de delitos y la individualización de los presuntos autores de las mismas. Además, la privación de la libertad fue legal, razonable y proporcionada, por lo que no existe un daño que pueda calificarse como antijurídico, y por ende, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo²³.

²² Ibidem.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de mayo de 2017, expediente 41.533, C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Por estas razones, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la parte actora.

3. Costas en esta instancia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y atendiendo a la remisión normativa señalada por el canon 306 *ibidem* en concordancia con el artículo 365 del CGP, no se condenará en costas en esta instancia ya que no se encuentra acreditada su causación en esta instancia.

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

SENTENCIA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 09 de mayo de 2022 por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales, dentro del medio de control de reparación directa formulado por Jhon Fredy Arias Toro y Otros contra la Nación - Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

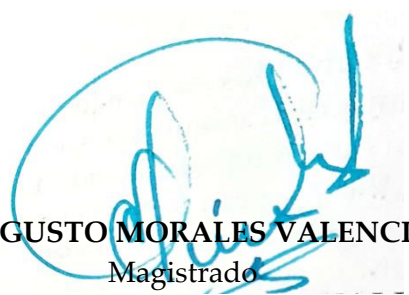
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 12 de 2023.

NOTIFICAR



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, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 031

Radicación:	17001-33-39-005-2018-00217-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	UGPP
Demandado:	Elizabeth Jaramillo Vda de Ramírez

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante contra el auto que negó la medida cautelar solicitada.

I. Antecedentes

1. Demanda

La demandante solicita la declaratoria de nulidad de la Resolución 20546 del 03 de julio de 1998, mediante la cual Cajanal reliquidó la pensión gracia de la demandante, como consecuencia de ello, se ordene a la mencionada ciudadana reintegrar la totalidad de las sumas canceladas en virtud del acto administrativo que le reliquidó la pensión gracia al retiro definitivo.

2. Solicitud de medida cautelar

La actora solicita la suspensión provisional del acto demandado argumentando que en él, Cajanal reliquidó la pensión de jubilación gracia, al retiro del servicio efectiva a partir del 01 de agosto de 1997, mediante la cual se mejoró un derecho sin fundamento legal, por lo cual es manifiesta la violación a las disposiciones que regulan la materia.

3. Oposición a la medida cautelar

La demandada no se pronunció en esta etapa.

4. Providencia recurrida

El *a quo* negó la medida cautelar argumentando que, a esta altura del proceso no existe razón suficiente para decretar una medida de la naturaleza como la solicitada; porque el hecho de que Cajanal haya reconocido un derecho que ahora la UGPP alega no tiene asidero legal, se desconoce las razones que tuvo para ello, lo cual se logra con un estudio precisamente del acto administrativo de reconocimiento y; en segundo lugar, de llegar a

considerar que el reconocimiento de ese derecho va en contravía del ordenamiento jurídico, habría que entrar a probar, para efectos de restituciones, si la beneficiaria obró de mala fe.

Por lo tanto, al realizar la confrontación del acto administrativo acusado con el contenido de las normas constitucionales y legales invocadas en la demanda, no se advierte en principio la vulneración de aquellas, adicionalmente de las pruebas documentales aportadas con la demanda, tampoco surge con claridad la violación de los preceptos legales invocados, además que la parte demandante tampoco cumplió con el requisito de demostrar de manera siquiera sumaria, la existencia de perjuicios.

5. Recurso de apelación

La actora solicitó se revoque la decisión y en su lugar se decrete la medida cautelar argumentando que, sí existen pruebas que permiten concluir que sí se dan los presupuestos para decretar la medida cautelar, en primer lugar por cuanto se aportó copia con certificación de autenticidad del expediente administrativo en la que consta que la demandada nació el 23 de diciembre de 1932, y laboró como Docente, quien después de haber cumplido con los requisitos señalados en la Ley 114 de 1913 y demás disposiciones aplicables al régimen de la pensión gracia se procedió a reconocer la referida prestación mediante la Resolución 12520 del 18 de octubre de 1983, efectiva a partir del 23 de diciembre de 1982.

Asimismo, se tiene probado que por medio de la Resolución 20546 del 03 de julio de 1998, Cajanal reliquidó la pensión de jubilación gracia por retiro definitivo del servicio, efectiva a partir del 1° de agosto de 1997.

Que en tal sentido, se ha contrariado el ordenamiento jurídico en la medida en que se procedió a reliquidar la pensión gracia a partir del momento del retiro definitivo del servicio, siendo lo correcto a partir del estatus pensional.

Que el análisis de la solicitud de la medida cautelar no lleva implícito el análisis de la buena fe o no de la demandada para efectos de acceder a la suspensión temporal, dicho análisis solo es viable realizar para efectos de determinar un posible restablecimiento del derecho al momento de emitir sentencia definitiva.

Reitera que la solicitud de medida cautelar no pretende suspender el pago de la pensión gracia, sino que la misma se ajuste a derecho, esto es que se reliquide a partir del estatus pensional por expresa disposición legal y jurisprudencial, situación que en poco o nada afectaría el mínimo vital de la demanda, y que por el contrario si afectara el erario.

6. Oposición al recurso

La demandada no se pronunció en esta etapa.

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 del acto demandado, por cuanto se dispuso la reliquidación de la pensión gracia de la demandada al momento del retiro definitivo del servicio?*

Para resolver lo anterior, se hará referencia a: i) el marco jurídico sobre: las medidas cautelares, para descender al ii) análisis sustancial del caso.

3. Marco jurídico - Sobre las medidas cautelares

La Ley 1437 de 2011 concibió la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos como medida cautelar en los casos en que del análisis que surja entre estos y las normas invocadas se evidencie la transgresión de estas últimas, en tal sentido el artículo 231 de la referida normativa señala:

“ARTÍCULO 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES.
Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.” (Resalta la Sala)

Dado que esta figura intrínsecamente busca dejar en suspenso y de forma transitoria la presunción de legalidad del acto, previo a una decisión definitiva dentro del proceso respectivo y sin que el Juez deba realizar un análisis profundo del asunto planteado, en todo caso ha de evidenciarse la transgresión que el acto administrativo materializa sobre las normas invocadas. Al respecto el H. Consejo de Estado expuso:

“Como lo tiene decantada la jurisprudencia de esta Corporación, la suspensión provisional de los actos administrativos, prevista como medida cautelar en el artículo 231 del CPACA, fue concebida para evitar que las decisiones de las autoridades manifiestamente ilegales puedan producir o continuar produciendo efectos, mientras sobreviene el fallo de fondo que los retire del ordenamiento jurídico, si resultan ciertos los argumentos de la demanda; de igual manera, se ha precisado que la medida implica desvirtuar de manera transitoria y anticipada la presunción de legalidad que acompaña los actos de la administración, es decir, que se constituye como juicio previo que conduce a negar aquella presunción. Por lo anterior, para desvirtuar tal presunción, es imperativo demostrar que la trasgresión del ordenamiento surge de la sola descripción de lo que mandan o prohíben las normas superiores y el contenido del

*acto acusado, de cuyo cotejo debe aparecer de modo nítido, directo y evidente que la aplicación de este, pugna con la vigencia de la norma de orden superior; empero, si para verificar los supuestos que soportan la solicitud de suspensión provisional es necesario hacer algún tipo de análisis que implique elaboradas deducciones, ya no procede la medida cautelar pues debe privilegiarse la presunción de legalidad propia de los actos de la administración, lo que sin más implica que, de no ser evidente la violación al ordenamiento jurídico, debe reservarse su decisión para la sentencia de fondo, previo el estudio cuidadoso de todo el acervo probatorio vertido al plenario por las partes”.*¹ (Se resalta).

En este sentido, acorde a los anteriores planteamientos, y en concordancia con lo previsto en los artículos 229 a 241 del CPACA, se colige que la potestad del juez, en cuanto al decreto de la medida cautelar de suspensión provisional, va más allá de la simple confrontación del acto demandado con las normas que se consideran infringidas, puesto que, además de tal facultad, se le permite realizar un análisis probatorio para efectos de determinar su procedencia, sin que ello conlleve a prejuzgar.

4. Vulneración de la normativa invocada

Con el fin de determinar la viabilidad de la medida de suspensión provisional solicitada, resulta necesario establecer *prima facie* si el acto administrativo objeto de pretensiones de nulidad vulnera la normativa invocada, entre otros, la Ley 114 de 1913²; artículo 6 de la Ley 116 de 1928, Ley 4ª de 1966, Decreto Reglamentario 1743 de 1966, bajo la egida de que, en dicho acto se reliquidó la pensión gracia de la demandada con base en lo devengado al momento del retiro del servicio.

Así, se observa del contenido literal de la Resolución 20546 del 03 de julio de 1998³, por medio de la cual Cajanal reliquidó la pensión, que en la parte considerativa se señala que la ahora demandada solicitó la reliquidación de su pensión, acreditando nuevos tiempos de servicios y el retiro definitivo; se indica que la solicitante fue pensionada mediante “Resolución 12520 de 1983” y que cumple con los requisitos establecidos en la Ley 114 de 1913, esto es, los referidos a la pensión de jubilación gracia. Por lo que, para la reliquidación de la pensión se tuvo en cuenta el 75% sobre el salario promedio de los 12 meses anteriores al retiro definitivo del servicio, esto es, el 30 de julio de 1997.⁴

Ahora bien, en la referida Resolución 12520 de 18 de octubre de 1983⁵ expedida por Cajanal “Por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación” se hace referencia al cumplimiento por parte de la ahora demandada, de los requisitos de: haber cumplido 50 años de edad, aportar las declaraciones extrajuicio sobre pobreza y buena conducta y el certificado de que no devenga pensión ni recompensa del Tesoro Nacional. En cuanto a las disposiciones aplicables se invoca la Ley 114 de 1913, referente a la “pensión de jubilación gracia”.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A; M.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. providencia de 23 de julio de 2014. Rad. 68001-23-33-000-2013- 0221-01(3531-13).

² «Que crea pensiones de jubilación a favor de los Maestros de Escuela»

³ FL 91-92 A.D. 06Anexos.pdf

⁴ FL 36-38 A.D. 06Anexos.pdf

⁵ FL 36-38 A.D. 06Anexos.pdf

De acuerdo a lo anterior, no hay duda que, la Resolución 20546 del 03 de julio de 1998⁶, tuvo por objeto reliquidar la pensión de jubilación gracia reconocida a la demandada a través de la Resolución 12520 de 18 de octubre de 1983, para lo cual tuvo en cuenta “el 75% sobre el salario promedio de los 12 meses” anteriores al retiro definitivo del servicio, esto es, el 30 de julio de 1997.⁷

Sobre la improcedencia de la reliquidación de la pensión gracia con el salario promedio recibido durante los últimos 12 meses de servicio, el Consejo de Estado ha precisado de manera reiterada que dicha prestación “*debe ser liquidada con el 75% de la totalidad de los factores salariales devengados por el docente en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, de conformidad con la Ley 4ª de 1966 y el Decreto 1743 de ese año, por cuanto expresamente el artículo 1º (inciso 2º) de la Ley 33 de 1985 excluyó las pensiones especiales del régimen ordinario allí previsto*”⁸.

Por ende, es dable concluir *prima facie* que, el acto administrativo que reajustó la mesada pensional de la demandada, con el salario promedio recibido durante los últimos 12 meses de servicio, trasgrede las normas de carácter legal invocadas⁹.

Por otra parte, contrario a lo indicado en el auto apelado, en el escrito introductorio no se plantearon reparos relacionados con la legalidad de la prestación social que le fue otorgada a la ahora demandada con Resolución 12520 de 18 de octubre de 1983, esto es, si satisfacía o no los requisitos para obtenerla, de manera que el asunto se contrae a cuál es el lapso que debe tenerse en cuenta para efectos del cálculo de la pensión gracia, mas no a los requisitos para concederla.

Respecto de la segunda afirmación expuesta en la decisión recurrida referente a la necesidad de probar si la beneficiaria obró de mala fe, la Sala precisa que, dicho análisis no es necesario para efectos de analizar la procedencia de la suspensión temporal, pues se trata de un tema que debe examinarse al momento de resolver el fondo del litigio, habida cuenta que atañe directamente a las consecuencias de la declaratoria de ilegalidad del acto administrativo acusado y no a la medida de suspensión provisional discutida en esta etapa procesal.

De igual modo, considera la Sala que en el presente asunto el pago de la reliquidación, ordenada con Resolución 20546 del 03 de julio de 1998, constituye un detrimento patrimonial para el Estado, por lo que, en aras de salvaguardar el erario, es necesario ordenar la suspensión provisional de los efectos del mencionado acto.

5. Conclusión

Así las cosas, prosperan los argumentos expuestos por la entidad demandante en consecuencia se revocará la decisión apelada y en su lugar se dispondrá la suspensión

⁶ FL 91-92 A.D. 06Anexos.pdf

⁷ FL 36-38 A.D. 06Anexos.pdf

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 25 de noviembre de 2021, expediente 47001-23-33-000-2016-00307-01(4287-17).

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, auto de 7 de julio de 2022, expediente 17001-23-33-000-2018-00369-01 (2722-2020).

temporal de la Resolución 20546 del 03 de julio de 1998¹⁰, hasta tanto se profiera sentencia ejecutoriada que ponga fin a este contencioso subjetivo de anulación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera del Tribunal Administrativo de Caldas,

Resuelve:

Primero: Se **revoca** el auto proferido el 11 de noviembre de 2022, por el Juzgado Quinto Administrativo de Manizales, en cuanto dispuso negar la medida cautelar solicitada por la demandante, dentro del medio de control de nulidad, formulado por la UGPP contra Elizabeth Jaramillo Vda de Ramírez.

Segundo: En su lugar, se decreta la **suspensión provisional** de los efectos de la Resolución 20546 del 03 de julio de 1998¹¹, proferida por la Caja Nacional de Previsión Social EICE, mediante la cual se reliquidó la pensión gracia a favor de la señora Elizabeth Jaramillo Vda de Ramírez, hasta tanto se profiera sentencia ejecutoriada que ponga fin a este contencioso subjetivo de anulación. .

Tercero: 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 de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 12 de 2023.

NOTIFICAR


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado


AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

¹⁰ FL 91-92 A.D. 06Anexos.pdf

¹¹ FL 91-92 A.D. 06Anexos.pdf

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 28

Manizales, diecisiete (27) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001 33 39 005 2019 00132 02
Naturaleza: Protección De Derechos E Intereses Colectivos
Accionante: Juan Carlos Rodríguez Moreno
Demandado: Municipio de Manizales, Invama
Vinculado: Nación -Ministerio De Vivienda, Ciudad Y Territorio

Se resuelve el recurso de apelación formulado por el municipio de Manizales contra la sentencia que accedió a las pretensiones del actor.

I. Antecedentes

1. Demanda

El actor señaló que, la legalización de los predios en los que está ubicada la institución educativa Colegio Integrado Villa del Pilar es necesaria, por cuanto para lograr la intervención del municipio se requiere que la propiedad sea de este ente territorial; que el trámite de legalización se ha solicitado desde 2007, sin embargo, no se ha logrado que se dé inicio, en razón a las acreencias que tienen los predios por concepto de impuesto de años anteriores.

Que en razón a lo anterior, la institución educativa no ha podido ser intervenida en su planta física; no se cuenta con personal de celaduría, servicios locativos ni de servicios generales; además que el alumbrado público y el sistema de iluminación interno son precarios.

Con fundamento en lo anterior solicita la protección a los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

En consecuencia solicita se ordene a las accionadas: - legalizar la Institución Educativa Colegio Integrado “Villa Pilar”; -exencionar de acreencias por impuestos para que el mismo municipio asuma la propiedad y titularidad de esta planta física; -intervenir de manera efectiva en torno a las instalaciones y planta física, como la optimización de escenarios deportivos, pintura y mejoras locativas; -efectivizar personal de celaduría, servicios locativos y generales; -instalar luminarias y lámparas de buena cobertura y - las demás

acciones que sean necesarias y prioritarias para garantizar la protección y garantía de sus derechos.

2. Pronunciamiento frente a la demanda

2.1. El municipio de Manizales

Se opuso a las pretensiones del actor; afirmó que es cierto que, no se ha realizado la transferencia del derecho real de dominio al municipio del predio donde funciona la sede principal de la Institución Educativa Colegio Integrado Villa del Pilar; que de conformidad con el Oficio SEM 1439 del 21 de mayo de 2019, suscrito por la Secretaría de Educación, en la institución de educación se cuenta con tres vigilantes, un cargo de servicios generales, un técnico operativo y una secretaria. Que el alumbrado público es un servicio a cargo del Invama, y en consecuencia las falencias respecto a este servicio público deben ser gestionadas por el rector o rectora del establecimiento educativo.

Formuló las excepciones que denominó: - *“INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS”*: basada en el hecho de que en la presente acción no se identifican cuáles son los derechos colectivos vulnerados por el municipio, el cual ha actuado siempre de una manera ajustada a derecho. - *“PRETENSIONES CONTRARIAS A DERECHO”*: fundada en que las pretensiones son abstractas y contrarias en sí mismo y a la protección, que la quinta pretensión corresponde al Invama, la primera al Ministerio de Vivienda y la cuarta ya está cumpliéndose por parte del municipio, además que la segunda es ilícita, por lo que se entiende que las demás pretensiones son improcedentes.

El municipio de Manizales, llamó en garantía al Ministerio de Vivienda, fundamentando su petición en que este tiene la propiedad del predio donde funciona la Institución Educativa Colegio Integrado Villa del Pilar, y es el deudor del impuesto predial.

2.2. Instituto de Valorización de Manizales - Invama

Se opuso a las pretensiones del actor; afirmó que, no le consta que la legalización de los predios en los que se encuentra la Institución Educativa sea necesaria, pues nada tiene que ver con esto. Que el alumbrado público del predio no es precario, ya que la entidad siempre está atenta a la prestación del servicio, y que, la entidad sólo puede realizar obras en los sectores aledaños a la institución educativa y no dentro de esta.

Formuló los siguientes medios exceptivos: - *“MALA FE DEL ACCIONANTE”*. Basada en que, se presenta la acción bajo parámetros de deshonestidad, utilizando figuras tendientes a vulnerar derechos a la entidad, sin sustento jurídico alguno. - *“INEXISTENCIA DE PRUEBAS SOBRE LOS HECHOS QUE CONSTITUYEN PRESUNTA VULNERACIÓN”*. basada en que a la demanda no se allegó expediente alguno que fundamente las pretensiones. - *“INEXISTENCIA DE CAUSA PARA DEMANDAR”*. Aseveró que, ya que no existe prueba de la vulneración alegada no se podrá iniciar acción en contra de la entidad; que además, se han realizado obras con anterioridad a la presentación en las calles aledañas a la Institución Educativa.

2.3. Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio

Se opuso a las pretensiones del actor; afirmó que, el predio objeto de la demanda, es un

activo que esta en la agenda de saneamiento predial de la entidad, para el estudio técnico y jurídico y señaló que, no se encuentran los supuestos sustanciales para la procedencia de la acción popular.

Formuló las excepciones que denominó: - *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”*: basada en que no es la llamada a satisfacer las pretensiones del actor, ya que se trata de asuntos fuera del marco de sus funciones y competencias, pues estas son del resorte del ente territorial y o de la empresa prestadora de servicios públicos correspondiente. - *“FALTA DE DEMOSTRACIÓN DE LA AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO”*: fundada en que no existe prueba que permita establecer que la cartera ministerial haya vulnerado los derechos invocados por el actor, además que en la demanda no se dirigió ningún hecho o señalamiento de incumplimiento por parte del Ministerio. Que el ente territorial debe estar a paz y salvo por concepto de impuestos, tasas y contribuciones del predio que ha usufructuado durante 25 años.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundada la excepción denominada, *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”*, propuesta por la Nación - Ministerio de Vivienda, Ciudad y territorio; y probada de oficio, respecto al Invama; declaró responsable al municipio de Manizales de la vulneración de los derechos colectivos al: *“acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; y el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente”*.

En consecuencia, le ordenó que, en el término máximo de 4 meses, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia:

“realice estudios de fondo respecto de la planta física de la Institución Educativa Colegio Integrado Villa del Pilar que produzcan un diagnóstico actualizado y detallado que determine entre otros, la verdadera situación de la planta física de la institución educativa, los sistemas de iluminación del inmueble, así como la suficiencia de la planta de personal de servicios generales que laboran en dicha institución, para atender adecuadamente al personal educativo.

Una vez terminados dichos estudios y junto con las conclusiones adoptadas en relación con la problemática, deberán iniciarse las obras correspondientes, las cuales deberán culminar en un plazo máximo de un año, adoptando todas las obras que sean necesarias para cesar definitivamente la vulneración de los derechos colectivos aquí protegidos”.

Para fundamentar su decisión señaló que, se acreditó que las instalaciones de la Institución Educativa Villa del Pilar, aunque no se encuentra en un grave estado de deterioro, sí precisa una intervención en su planta física. Lo anterior, se logra evidenciar en el informe rendido por el municipio de Manizales ante el Despacho el 31 de agosto de 2021, y en el que además se indicó que la institución educativa cuenta con dos auxiliares de servicios generales, quienes desempeñan sus labores diariamente según las indicaciones del rector de la institución; sin embargo, resulta necesario determinar si el personal vinculado en el área de servicios generales es suficiente para la adecuada prestación del servicio.

Que no es dable recibir los argumentos del municipio respecto de que en razón a que la titularidad del inmueble no se encuentra en cabeza de este ente territorial, no es posible

hacerse cargo del respectivo mantenimiento, pues atendiendo que la Institución Educativa está a cargo del municipio, las condiciones de las instalaciones para una adecuada prestación del servicio deben ser garantizada por la Entidad Territorial.

4. Recurso de apelación

El **municipio de Manizales** solicitó se revoque la sentencia teniendo en cuenta que, en ningún momento ha amenazado el acceso a la infraestructura de los servicios a la salubridad públicas; que como lo informó la Secretaría de Educación del municipio en el informe técnico allegado al proceso, la Institución Educativa cuenta con un auxiliar de servicios generales vinculado en propiedad, y otro vinculado a través de contrato de aseo con la empresa Incihula S.A. E.S.P., y que las labores de ambos auxiliares de servicios generales se realizan de forma diaria, siendo el rector quien las asigna, con un horario no superior a las 44 horas semanales.

Que así mismo se indicó que las instalaciones del plantel educativo cuentan con un sistema de iluminación para las aulas y áreas comunes funcional pero obsoleto, pero como se dijo en el mismo informe, es viable la adquisición de lámparas con recursos del Sistema General de Participaciones transferido a las instituciones educativas por niño atendido a través de los Fondos de Servicios Educativos según la Ley 1075 de 2015.

Que tampoco ha violado los derechos a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente en dicha institución Educativa, pues no se han sufrido daños, ni eventos catastróficos y tampoco se está afectando la calidad de vida de los habitantes, porque la Institución Educativa con las evidencias fotográficas demuestran que no es cierto que se encuentre abandonada.

Que a pesar de que el municipio no es el propietario del inmueble se le ha dado el mantenimiento adecuado y no ha sido objeto de obras de ampliación o implementación de espacios para los estudiantes, debido a que el municipio no es el propietario del inmueble y si no es el propietario no puede destinar recursos públicos en la institución educativa.

Que los estudios de fondo respecto de la planta física de la Institución Educativa son: • *Estudio de vulnerabilidad Sísmica y de reforzamiento estructural.* • *Estudio de Redes Hidrosanitarias y Eléctricas, al igual que canales, cubiertas y bajantes.* • *Estudio de patología general de la Infraestructura.* • *Estudio Geológico.* • *Plan de Implantación,* los cuales son altamente técnicos y profesionales y el municipio no cuenta con los profesionales expertos para adelantarlos, lo cual implica que habría que contratarlos, he incurriría en la misma prohibición incoada en el ítem anterior.

Que la Institución Educativa Colegio Integrado Villa del Pilar cuenta con una nueva sede en la Carrera 15 #14-59 que ya está terminada y será entregada el 4 de agosto de 2022, donde serán reubicados los estudiantes.

Que ante las ultimas evidencias presentadas no cabría amparar derechos que no están siendo vulnerados, como quiera que se brindaba el servicio educativo en higiénicas instalaciones, ya se cuenta con nueva sede, y no se podría realizar estudios a un inmueble que no es propiedad del municipio, por lo tanto, solicita se declare el hecho superado.

5. Concepto del Ministerio Público

Solicita se confirme la sentencia de primera instancia, para lo cual señaló que, conforme a las pruebas que reposan en el expediente, se acreditaron los supuestos fácticos de la demanda que se refieren a la problemática producida por el inadecuado estado de las instalaciones institución educativa Colegio Integrado Villa del Pilar, condiciones que atentan contra los derechos colectivos de esta comunidad estudiantil.

En cuanto a los argumentos que sustentan el recurso de apelación interpuesto por el municipio de Manizales precisó que: las órdenes impartidas en la sentencia no se refieren a la ejecución de obras de ampliación o implementación de espacios para los estudiantes; los informes allegados al proceso indican que son necesarias algunas medidas de mantenimiento y conservación de la planta física, cuya ejecución no se demostró en el expediente.

Que no son admisibles los argumentos del municipio, referentes a que no le corresponde el mantenimiento de las instalaciones de la institución educativa, por no ser el titular del dominio del inmueble en el cual se ubicada el mencionado establecimiento; lo anterior, debido a que la institución educativa está a su cargo, por lo que debe garantizar la adecuada prestación del servicio y el buen estado de las instalaciones.

Que no se reúnen los presupuestos para que se declare la carencia actual de objeto por hecho superado y en cuanto a la nueva sede, esta circunstancia deberá ser objeto de análisis en el estudio correspondiente que debe adelantar el ente territorial.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

De acuerdo con los argumentos propuestos en el recurso de apelación, se centran en dilucidar: *¿El municipio de Manizales vulneró o no los derechos colectivos al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, debido al estado en que se encuentra la institución educativa Colegio Integrado Villa del Pilar?*

¿Se configuró o no un hecho superado teniendo en cuenta que el Colegio Integrado Villa del Pilar cuenta con nueva sede?

¿Es imposible cumplir con lo ordenado en la sentencia teniendo en cuenta que el inmueble donde se encuentra la sede de la institución educativa Colegio Integrado Villa del Pilar, objeto de la demanda, no es propiedad del municipio?

2. Primer Problema jurídico

2.1. Tesis del Tribunal

El municipio de Manizales vulneró los derechos colectivos al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; y el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, pues se encuentra acreditado el estado inadecuado en que se encuentra la sede de la institución educativa Colegio Integrado Villa del Pilar, objeto de la demanda; además que al estar la institución educativa a cargo del municipio de

Manizales, es a este al que le corresponde garantizar que las instalaciones del establecimiento educativo se encuentren en óptimo y adecuado estado para la prestación del servicio público.

Para fundamentar lo anterior, se analizarán: i) los hechos probados; ii) el marco jurídico sobre, la naturaleza de las acciones populares; el alcance de los derechos colectivos invocados; para descender al análisis del iii) caso concreto.

2.2. Hechos acreditados relevantes para resolver el problema jurídico

- En el Oficio SEM - 1439 del 21 de mayo de 2019, a través del cual la Secretaría de Educación de Manizales da respuesta a la petición del accionante, se indica que:

“En cuanto a la legalización de la institución educativa Villa Pilar por competencia la Secretaría de Hacienda a través de la oficina de Bienes ha realizado las gestiones pertinentes ante el Ministerio de Vivienda, este proceso se encuentra en etapa de negociación del pago del impuesto predial por parte del ente nacional, con el fin de ser entregada la deuda por este concepto totalmente saneada.

Con respecto a la inversión en el mejoramiento locativo de esta sede no es viable con los recursos del municipio de Manizales, hasta tanto, se lleve a cabo el proceso de legalización del inmueble saneada.

En relación con el personal asignado a esta institución para apoyar labores administrativas se cuenta con 07 funcionarios distribuidos de la siguiente manera:

Tres (3) vigilantes cargo asumido por los señores: Pedro Emilio Castro, Germán Bonilla y José Alonso Ramírez Giralda.

Dos (2) Servicios generales señora Ofelia Galvis Castro.

Un (1) técnico operativo señor: Fabián Augusto Arias Bonilla.

Un (1) secretaria señora: Flor Alba Cortés Triana”¹.

- En el Oficio SH OB 892 - 19 del 24 de julio de 2019, de la Secretaría de Hacienda de Manizales, en respuesta a la solicitud del asesor externo de la Secretaria Jurídica de Manizales, se indicó que: *“...una vez consultada la base de datos de los bienes inmuebles de propiedad del Municipio de Manizales, se pudo constatar que el predio identificado con ficha catastral 1-04- 0134-0006-000 y folio de matrícula inmobiliaria N° 100 - 6849 NO es propiedad del Municipio de Manizales, sino del ICT Instituto de Crédito Territorial, hoy en cabeza del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio”².*

- En el Concepto Técnico emitido por la Secretaría de Educación de Manizales dirigido al despacho de primera instancia, radicado el 31 de agosto de 2021, respecto de la sede ubicada en la calle 9 con carrera 3, se indicó:

“FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO TÉCNICO:

3 “Deberá indicar las condiciones de la planta física de la Institución Educativa, como los escenarios deportivos y pintura, agregando las pruebas que den cuenta del estado actual de las mismas”

...

¹ Fl. 13 A.D. 01Expediente Digitalizado.pdf

² Fls. 79 A.D. 01Expediente Digitalizado.pdf

Respuesta: Al respecto es necesario indicar que la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales posee un plan de infraestructura educativa, en el cual se determina el estado de cada una de las instituciones educativas; de allí se extrae el estado de la sede en comento:

Institución Educativa	Necesidades de las Plantas Físicas	Categoría de atención		
		Alta	Media	Baja
		A	M	B
Villa del Pilar Principal	Recolección de humedades,, mantenimiento redes eléctricas, poda de árboles, pintura general, reforzamiento auditorio, instalación de ascensor y/o plataforma salva escaleras		X	

4. "Deberá indicar si esta institución cuenta con personal que realice los servicios generales. Especificando la periodicidad en la que se realiza la limpieza de la institución".

Respuesta: La Institución Educativa Villa Pilar cuenta con un (1) Auxiliar de Servicios Generales vinculado en propiedad, y con un (1) auxiliar de servicios generales vinculado a través de contrato de aseo con la empresa INCIHULA S.A. E.S.P.

Las labores de ambos auxiliares de servicios generales se realizan de forma diaria, siendo el rector quien las asigna, con un horario no superior a las 44 horas semanales.

5. "Deberá indicar las condiciones de iluminación tanto en las aulas como en las áreas comunes indicándole al Despacho quien es la entidad [encargada] de suministrar y adecuar dichas instalaciones para el plantel educativo".

Respuesta: La institución educativa oficial **villa del pilar principal** cuenta con un sistema de iluminación para las aulas y áreas comunes funcional pero obsoleto, y que no cumple con estándares de la Norma Técnica Colombiana NTC 4595 Ingeniería Civil y Arquitectura Planeamiento y Diseño de Instalaciones Escolares y Reglamento Técnico de Iluminación y Alumbrado Público RETILAP.

La entidad encargada de suministrar y adecuar las instalaciones para el plantel educativo es la secretaria de educación del Municipio de Manizales, de conformidad con lo reglado en las normas Ley 115 de 1994, Ley 715 de 2001 y Resolución 2451 de 2002.

De la misma manera por ser estos elementos para el funcionamiento de la instituciones viable la adquisición de lámparas con recursos del sistema General de Participaciones transferido a las instituciones educativas por niño atendido a través de los Fondos de Servicios Educativos según la Ley 1075 de 2015; indica que el mantenimiento y reparación de bienes muebles que se utilicen para el cumplimiento de sus labores en el desarrollo de la prestación del servicio educativo puede realizarse con cargo a estos.

6. "Deberá indicar si el plantel educativo cuenta con personal de vigilancia (celaduría)."

Respuesta: La Institución Educativa Villa del Pilar cuenta con dos (02) celadores vinculados en propiedad y uno (01) en periodo de prueba"³.

³ A.D. 34.InformeColegioIntegradoVillaPilar.pdf

2.3. Fundamento jurídico

2.3.1. Naturaleza de las acciones populares

Las acciones populares consagradas en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política y reglamentada por la Ley 472 de 1998, tienen como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando estos resulten amenazados por la acción u omisión de las autoridades o de los particulares. Cabe señalar que tales derechos e intereses colectivos no son únicamente los enunciados en el artículo 4º de la Ley 472 de 1998, sino también los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados internacionales celebrados por Colombia.

Los supuestos sustanciales para que proceda la acción popular son los siguientes, a saber: a) una acción u omisión de la parte demandada; b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, y; c) la relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de los derechos colectivos, los tres supuestos anteriores deben demostrarse en el trámite respectivo.

2.3.2. Alcance de los derechos colectivos invocados

En la sentencia apelada fueron amparados los derechos: *“al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente”*; estos derechos tienen la calidad de colectivos, como se describe a continuación:

2.3.2.1. Derecho al acceso a una infraestructura de servicios educativos que garantice la salubridad pública

El artículo 44 de la Constitución Política consagra el derecho que tienen los niños de acceder a una educación de calidad que garantice la prestación del servicio educativo en condiciones dignas; norma que además hace alusión a que, para el amparo de los derechos fundamentales, la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Por su parte, el artículo 67 de la Constitución consagra:

La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura (...)

Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo”.

En relación con el tema del aseo en las instituciones educativas, la Corte Constitucional en sentencia T-273 de 2014 explicó lo siguiente sobre la prestación de los servicios administrativos:

10.3. Ahora, la Corte debe precisar que no cualquier ausencia de personal administrativo constituye una violación de la garantía de acceso a la educación debida a los menores estudiantes. No obstante, cuando la falta o interrupción de un servicio general o administrativo represente una barrera de acceso, obstruya la permanencia de los estudiantes en una institución educativa o afecte el derecho de los menores a recibir educación en condiciones dignas, dicha interrupción constituye una vulneración de su derecho fundamental a la educación. Así por ejemplo cuando la ausencia de personal de aseo conduzca a un grave deterioro de las condiciones de salubridad e higiene de una institución, el derecho a los menores a recibir educación en condiciones dignas se verá vulnerado. Así mismo, cuando un servicio administrativo particular como el de granjero resulte indispensable para garantizar la operación de uno de los programas definitorios de la institución, dicho servicio puede constituir una barrera de acceso y permanencia en la educación. Como ocurrió en el caso de la institución educativa León de Greiff, cuyos objetivos en materia de educación incluyen la formación agroempresarial, la ausencia de granjero implicó la afectación de los programas agrarios, así como el cuidado de los animales que hacían parte de la granja.

Lo anterior, significa que el derecho fundamental a la educación conlleva una obligación de proveer los servicios administrativos que sean necesario para garantizar la prestación del servicio educativo en condiciones dignas.

Así también se expuso en la sentencia T-279 de 2018 en la cual se concluyó:

“En definitiva, la falta de aseo prolongada en una institución educativa puede generar ambientes escolares insalubres y grave deterioro de la infraestructura, situaciones que pueden amenazar o vulnerar el derecho a la educación de sujetos de especial protección constitucional, como los niños y niñas.

Lo anterior por cuanto un entorno hostil e insalubre desincentiva el aprendizaje de los menores de edad; pone en riesgo la salud y la vida de la comunidad educativa; limita el libre desarrollo de la personalidad; y corre el riesgo de promover en el estudiantado una cultura que no se compadece con el cuidado que merecen el medio ambiente y los bienes públicos, lo cual va en contravía del inciso segundo del artículo 67 Superior⁴. Los niños y niñas aprenden del ejemplo, de aquello que ven y experimentan al interactuar con su entorno, razón por la cual los ambientes escolares son sin duda, un referente de comportamiento para ellos.

Las providencias transcritas sirven para concluir que efectivamente como parte del derecho fundamental a la educación de los niños, se encuentra el de garantizar que el mismo se preste en óptimas condiciones, es necesario contar y brindar con servicios administrativos, entre ellos el servicio de aseo.

Ahora, el artículo 311 de la Constitución Política asigna a los municipios la función de “prestar los servicios públicos que la ley determine y construir las obras necesarias para el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes (...)”.

En concordancia, el artículo 3º de la Ley 136 de 1994 asigna a los municipios las atribuciones de:

⁴ “(...) La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente (...)”.

“(1) Administrar los asuntos municipales y prestar los servicios públicos que determine la ley.

...

(7) Procurar la solución de las necesidades básicas insatisfechas de los habitantes del municipio, en lo que sea de su competencia, con especial énfasis en los niños, las niñas, los adolescentes, las mujeres cabeza de familia, las personas de la tercera edad, las personas en condición de discapacidad y los demás sujetos de especial protección constitucional”.

La Ley 115 de 1994, que estableció el Sistema General de Educación, asigna a las entidades territoriales la responsabilidad de promover la educación y la Ley 715 de 2001, que trata del Sistema General de Participaciones para la atención de las necesidades básicas insatisfechas, dentro del componente educación el artículo 15 señala la destinación de los recursos para varios ítems, entre ellos, *“15.2. Construcción de la infraestructura, mantenimiento, pago de servicios públicos y funcionamiento de las instituciones educativas.”*

2.3.2.2. Derecho a la seguridad y prevención de desastres

Acerca del contenido y alcance de este derecho, la Corte Constitucional señaló: *“El derecho a la prevención y atención de desastres está consagrado en la ley 472 de 1998, como un derecho de carácter colectivo a la seguridad y la prevención de desastres técnicamente previsibles. En principio, el derecho carece de jerarquía constitucional y su protección debe perseguirse mediante las acciones colectivas, de grupo o de cumplimiento”*.⁵ De igual forma, el Consejo de Estado⁶ señaló:

“Proclamado por el literal l) del artículo 4º de la ley 472 de 1998, este derecho, orientado a precaver desastres y calamidades de origen natural o humano, busca garantizar por vía de la reacción -ex ante- de las autoridades la efectividad de los derechos y bienes jurídicos reconocidos por la Constitución a las comunidades y a las personas y la conservación de las condiciones normales de vida en un territorio.

Por esto demanda de los entes públicos competentes la adopción de las medidas, programas y proyectos que resulten necesarios y adecuados para solucionar de manera efectiva y con criterio de anticipación (y no solo de reacción posterior a los desastres, como es habitual en las actuaciones de policía administrativa) los problemas que aquejan a la comunidad y que amenazan su bienestar, integridad o tranquilidad y que resultan previsibles y controlables bien por la simple observación de la realidad, bien por medio de la utilización de las ayudas técnicas de las que hoy dispone la Administración Pública. De ahí que esta Sección haya destacado el carácter preventivo de este derecho haciendo énfasis en su vocación de “evitar la consumación de los distintos tipos de riesgo que asedian al hombre en la actualidad”⁷, ya no solo naturales (v. gr. fuego, deslizamientos de tierra, inundaciones, sequías, tormentas, epidemias, etc.), sino también –cada vez más– de origen antropocéntrico (v.gr., contaminación del ambiente, intoxicaciones o afectaciones a la salud, destrucción o afectación de la propiedad privada o pública por accidentes, productos, actividades o instalaciones).

Pese al talante preventivo de este derecho colectivo, nada obsta para que su amparo pueda presentarse también ante situaciones que ya no solo constituyen riesgos sino vulneraciones

⁵ Sentencia T-235/11. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 26 de marzo de 2015. Rad. 15001-23-31-000-2011-00031-01. C.P. Guillermo Vargas Ayala

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 23 de mayo de 2013, Rad. No. 15001 23 31 000 2010 01166 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

concretas de los derechos e intereses reconocidos por la Constitución y la ley a la comunidad y a las personas que la conforman, y que, por ende, ameritan la intervención del Juez Constitucional. En últimas, tanto la prevención como la protección, corrección y restitución de estos derechos frente a situaciones que los afectan constituyen objetivos propios de las acciones populares; a las que, como se mencionó líneas arriba, es inherente una dimensión preventiva, protectora, reparadora y restitutoria de los derechos que amparan.

De acuerdo con lo señalado por la jurisprudencia de esta Corporación, el derecho a la seguridad pública ha sido definido como “parte del concepto de orden público (...) concretado en las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad (...) Su contenido general, implica, de acuerdo con la jurisprudencia citada, en el caso de la seguridad, la prevención de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas”. Supone, entonces, una Administración Pública activa, técnica y comprometida con la asunción permanente de sus responsabilidades y con el monitoreo constante de aquellos ámbitos de la vida diaria que están bajo su cargo, como presupuesto de la actuación anticipada o preventiva (y también reactiva) que instaure como estándar de sus actuaciones.

No se puede olvidar que es misión de las autoridades realizar las acciones y adoptar las medidas que resulten indispensables para garantizar la vida e integridad de los residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y, en general, el conjunto de derechos de los que son titulares; para lo cual es esencial su compromiso con la prevención de situaciones de amenaza o vulneración de esos derechos, en especial cuando ellas son susceptibles de ser anticipadas mediante la fiscalización permanente de la realidad y la adopción oportuna de las medidas pertinentes para asegurar la efectividad de los derechos, bienes e intereses de la comunidad y de sus miembros.

Todo ello, lógicamente, en un marco de razonabilidad y de proporcionalidad, pues mal puede suponer la imposición a la Administración de obligaciones imposibles de cumplir por razones técnicas, jurídicas, económicas o sociales”.

2.4. Análisis del caso concreto

El demandante señaló en su demanda que, la institución educativa Colegio Integrado Villa del Pilar no ha podido ser intervenida en su planta física; no cuenta con personal de celaduría, servicios locativos ni de servicios generales; además que el sistema de iluminación interno es precario.

El *a quo* amparó los derechos colectivos a: “El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; y el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente”; en consecuencia ordenó al municipio de Manizales que en el término máximo de 4 meses, “realice estudios de fondo respecto de la planta física de la Institución Educativa Colegio Integrado Villa del Pilar que produzcan un diagnóstico actualizado y detallado que determine entre otros, la verdadera situación de la planta física de la institución educativa, los sistemas de iluminación del inmueble, así como la suficiencia la planta de personal de servicios generales que laboran en dicha institución, para atender adecuadamente al personal educativo” y que: “Una vez terminados dichos estudios y junto con las conclusiones adoptadas en relación con la problemática, deberán iniciarse las obras correspondientes, las cuales deberán culminar en un plazo máximo de un año...”.

El municipio en su apelación afirma que, no ha amenazado los derechos colectivos señalados, pues como lo informó la Secretaría de Educación en informe técnico allegado al

proceso, la institución educativa cuenta con personal de celaduría y de servicios generales, cuenta con iluminación en las dependencias de la Institución; no se han presentado daños, ni eventos catastróficos, y que ha dado el mantenimiento adecuado.

En cuanto al personal de celaduría y de servicios generales, el Tribunal, de acuerdo con las pruebas obrantes al proceso, encuentra acreditado que, de conformidad con el Oficio SEM - 1439 del 21 de mayo de 2019, la Secretaría de Educación de Manizales, en relación con el personal asignado a esta institución para apoyar labores administrativas, informó que: “se cuenta con 07 funcionarios distribuidos de la siguiente manera:

Tres (3) vigilantes cargo asumido por los señores: Pedro Emilio Castro, Germán Bonilla y José Alonso Ramírez Giralda.

Dos (2) Servicios generales señora Ofelia Galvis Castro.

Un (1) técnico operativo señor: Fabián Augusto Arias Bonilla.

Un (1) secretaria señora: Flor Alba Cortés Triana”⁸.

En el Concepto Técnico⁹ emitido por la Secretaría de Educación de Manizales dirigido al despacho de primera instancia, radicado el 31 de agosto de 2021, al respecto se indicó, que:

“La Institución Educativa Villa Pilar cuenta con un (1) Auxiliar de Servicios Generales vinculado en propiedad, y con un (1) auxiliar de servicios generales vinculado a través de contrato de aseo con la empresa INCIHULA S.A. E.S.P.

Las labores de ambos auxiliares de servicios generales se realizan de forma diaria, siendo el rector quien las asigna, con un horario no superior a las 44 horas semanales.

...

La Institución Educativa Villa del Pilar cuenta con dos (02) celadores vinculados en propiedad y uno (01) en periodo de prueba”.

De acuerdo a lo anterior, se encuentra acreditado que la institución educativa cuenta permanentemente con personal de celaduría y de servicios generales; de otra parte no existen elementos de juicio que permitan afirmar que ese personal sea insuficiente para atender adecuadamente al personal educativo y que por ello se presente un deterioro de las condiciones de seguridad, salubridad e higiene de la institución, o que se requiere de un estudio para analizar la suficiencia la planta de personal de servicios generales.

Por lo tanto, le asiste razón al municipio de Manizales, al señalar que por este aspecto no se evidencia la vulneración de los derechos colectivos al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública o el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.

En cuanto a la iluminación de las dependencias de la Institución, de conformidad con el citado informe de la Secretaría de Educación dirigido al despacho de primera instancia, “La institución educativa oficial villa del pilar principal cuenta con un **sistema de iluminación para las aulas y áreas comunes funcional pero obsoleto, y que no cumple con estándares de la Norma Técnica Colombiana NTC 4595 Ingeniería Civil y Arquitectura Planeamiento y Diseño**

⁸ Fl. 13 A.D. 01Expediente Digitalizado.pdf

⁹ A.D. 34.InformeColegioIntegradoVillaPilar.pdf

de Instalaciones Escolares y Reglamento Técnico de Iluminación y Alumbrado Público RETILAP".
(Se resalta)

En el recurso de apelación, el municipio insiste en que, es viable la adquisición de lámparas con recursos del sistema General de Participaciones transferido a las instituciones educativas por niño atendido a través de los Fondos de Servicios Educativos según la Ley 1075 de 2015; sin embargo, no se acredita que el municipio haya realizado las acciones encaminadas a adecuar el sistema de iluminación.

Por lo tanto, en este aspecto es evidente la vulneración del derecho colectivo al acceso a una infraestructura de servicios educativos por cuanto el sistema de iluminación de las aulas y áreas comunes de la sede de la Institución Educativa es obsoleto, y no cumple con estándares de la Norma Técnica Colombiana NTC 4595, lo cual constituye una amenaza al derecho de los estudiantes a acceder al servicio educativo en condiciones adecuadas.

En cuanto al mantenimiento de la Institución Educativa, en el citado informe de la Secretaría de Educación, se indicó que, *"posee un plan de infraestructura educativa, en el cual se determina el estado de cada una de las instituciones educativas; de allí se extracta el estado de la sede en comento: ... "Recolección de humedades, mantenimiento redes eléctricas, poda de árboles, pintura general, reforzamiento auditorio, instalación de ascensor y/o plataforma salva escaleras"*.

De allí se extracta que, si bien la sede de la Institución Educativa Villa Pilar, aunque no se encuentra en un grave estado de deterioro, sí precisa de unas intervenciones en su planta física.

Al respecto, el municipio se limita a afirmar que, ha dado el mantenimiento adecuado a la sede de la Institución, para lo cual simplemente presenta con el recurso unas imágenes, respecto de las cuales no se tiene certeza de la fecha en que fueron tomadas y si corresponde a los sectores en lo que de conformidad con el informe de la Secretaría de Educación requieren atención.

Por lo tanto, en este aspecto es evidente la vulneración del derecho colectivo al acceso a una infraestructura de servicios educativos, por cuanto las instalaciones de la Institución Educativa precisan de unas intervenciones en su planta física, para garantizar el derecho de los estudiantes a acceder al servicio educativo en condiciones adecuadas.

2.5. Conclusión

De acuerdo con lo anterior, se concluye que, se encuentra acreditado que la Institución Educativa Colegio Integrado Villa del Pilar cuenta con personal de celaduría y de servicios generales, sin que existen elementos de juicio que permitan afirmar que ese personal es insuficiente para atender adecuadamente al personal educativo y que por ello se presente un deterioro de las condiciones de seguridad, salubridad e higiene de la institución; por lo tanto, le asiste razón al municipio de Manizales al señalar que por este aspecto no se evidencia la vulneración de los derechos colectivos.

De otra parte, teniendo en cuenta que el sistema de iluminación de las aulas y áreas comunes de la sede de la Institución Educativa es obsoleto y no cumple con estándares de la Norma Técnica Colombiana NTC 4595 y que, se requiere de unas intervenciones en la planta física para garantizar el derecho de los estudiantes a acceder al servicio educativo en condiciones

adecuadas, es evidente la vulneración de los derechos al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.

Por lo tanto, a pesar de prosperan parcialmente los argumentos del apelante, se confirmará la sentencia en cuanto encontró demostrada la vulneración de los derechos colectivos al *acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente*” por parte del municipio de Manizales, y se modificará la orden dada, en lo que se refiere a la realización del estudio en el que se analice la suficiencia la planta de personal de servicios generales que laboran en dicha institución; ello por resultar innecesario.

3. Segundo problema jurídico *¿Se configuró o no un hecho superado teniendo en cuenta que el Colegio Integrado Villa del Pilar cuenta con nueva sede?*

3.1. Tesis del Tribunal

No se configuró un hecho superado teniendo en cuenta que, no se encuentra acreditado que, en la sede de la Institución Educativa Colegio Integrado Villa Pilar, objeto de la demanda se haya dejado de prestar el servicio educativo; tampoco se encuentra acreditado que a la nueva sede se trasladarían todos los estudiantes.

Para fundamentar lo anterior, se analizarán: i) los hechos probados; ii) el marco jurídico sobre el hecho superado; para descender al análisis del iii) caso concreto.

3.2. Hechos acreditados, relevantes para resolver el problema jurídico

- De acuerdo con el Informe del 30 de agosto de 2021, de la Secretaría de Educación de Manizales, respecto de la cobertura que ofrece a la población estudiantil de la Institución Educativa Villa del Pilar, se tiene que, cuenta con la siguiente cobertura con corte a agosto 26 de 2021¹⁰:

INSTITUCIÓN/GRADOS	0	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	Total
INSTITUCIÓN EDUCATIVA VILLA DEL PILAR	19	32	23	26	33	20	31	36	47	34	34	50	385
INSTITUCIÓN EDUCATIVA VILLA DEL PILAR							31	38	47	34	34	50	232
INSTITUCIÓN EDUCATIVA VILLA DEL PILAR SEDE A	19	32	23	26	33	20							153

- Según lo informado en el recurso de apelación de la sentencia, presentado por el municipio de Manizales, la Institución Educativa Colegio Integrado Villa del Pilar cuenta con una nueva sede en la Carrera 15 #14-59 que ya está terminada y se entregaría el 4 de agosto de 2022¹¹, así:

¹⁰ A.D. 36.CoberturaMatricula.pdf

¹¹ Fl. 12 A.D. 49Apelacion.pdf

INSTITUCIÓN	ALCANCE		VALOR TOTAL DEL PROYECTO	
I.E VILLA PILAR SEDE A	Estudiantes Beneficiados	220	ENTIDAD	EN MILLONES
	Área Intervenida M2	1.169	Aporte MEN FFIE	2.638
	Aulas Nuevas	8	Aporte ET	503
	Aula Múltiple	1		
	Comedor	1		
	Cocina	1		
	Zonas Administrativas y S/S Generales	1		
	Baterías Sanitarias	14	TOTAL GENERAL	3.141

3.3. Fundamento jurídico - hecho superado

La figura jurídica de la carencia de objeto por hecho superado ocurre cuando se comprueba que, entre la presentación del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos y el momento de dictar la respectiva sentencia, la amenaza o vulneración del derecho cuyo amparo fue solicitado ha cesado, por lo que se torna innecesaria la orden de protección en la sentencia, pues tal decisión sería inocua y alejada de la realidad¹².

En relación con lo anterior, el H. Consejo de Estado ha señalado que¹³:

“los elementos sustanciales del fenómeno de carencia de objeto por hecho superado, son los siguientes: i) que se pruebe que a la fecha de la presentación de la demanda existía una vulneración o amenaza de un derecho colectivo. En el evento en que no se pruebe este aspecto, no se configurará el hecho superado, sino que se deberán negar las pretensiones de la demanda; ii) que en el curso del proceso judicial, cese la amenaza o vulneración del derecho colectivo; iii) que al momento de dictar sentencia no sea posible, por sustracción de materia, impartir órdenes de amparo del derecho colectivo porque ese derecho ya no se encuentra amenazado ni vulnerado”. (Se resalta)

Bajo tal entendido, es necesario analizar las probanzas allegadas al proceso, a fin de establecer si efectivamente la amenaza referida por el actor popular cesó o por el contrario se hace necesario confirmar las órdenes dadas en la sentencia de primera instancia con el objetivo de salvaguardar los derechos colectivos trasgredidos.

3.4. Análisis sustancial del caso concreto

De las probanzas relacionadas y particularmente del Informe del 30 de agosto de 2021, de la Secretaría de Educación de Manizales, se tiene que la Institución Educativa Villa del Pilar, cuenta con dos sedes, con la siguiente cobertura con corte a agosto 26 de 2021¹⁴: la primera ubicada en la calle 9 con carrera 3, con 232 estudiantes y la “SEDE A” ubicada en la carrera 15, 14-59, con 153 estudiantes.

Ahora, de acuerdo con lo informado en el recurso de apelación formulado contra la sentencia, el municipio de Manizales señala que la Institución Educativa cuenta con una nueva sede en la Carrera 15 #14-59 que ya está terminada y que se entregaría el 4 de agosto

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C. P. Marco Antonio Velilla Moreno, sentencia de 29 de agosto de 2013, Radicación: 25000-23-24-000-2010-00616-01(AP).
¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C. P. Hernando Sánchez Sánchez, sentencia de 26 de julio de 2018, Radicación: 66001-23-31-000-2011-00338-01(AP).
¹⁴ A.D. 36.CoberturaMatricula.pdf

de 2022¹⁵, precisando que se trata de la “SEDE A” en la cual se estima que los “*Estudiantes Beneficiados*” serían: 220.

No obstante, no se encuentra acreditado que en la sede de la Institución Educativa Colegio Integrado Villa Pilar, objeto de la demanda, se haya dejado de prestar el servicio educativo; tampoco se encuentra acreditado que a la nueva sede se trasladarían todos los estudiantes, pues con corte a agosto de 2021, se registraban en total 385 estudiantes, y la nueva sede solo beneficiará a: 220 estudiantes.

3.5. Conclusión

Por lo tanto, no se encuentra acreditada la configuración del fenómeno de carencia de objeto por hecho superado por cuanto, no se encuentra demostrado que haya cesado la amenaza o vulneración de los derechos colectivos y mucho menos que no sea posible, por sustracción de materia, impartir órdenes de amparo de los derechos colectivos.

4. Tercer problema jurídico *¿Es imposible cumplir con lo ordenado en la sentencia teniendo en cuenta que el inmueble donde se encuentra la sede de la institución educativa Colegio Integrado Villa del Pilar objeto de la demanda, no es propiedad del municipio?*

4.1. Tesis del Tribunal

Si bien el inmueble donde funciona la sede de la Institución Educativa es de propiedad del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio; es al municipio de Manizales al que le corresponde el mantenimiento de la infraestructura física de la institución para garantizar la adecuada prestación del servicio de educación.

4.2. Análisis del caso concreto

El municipio en su apelación afirma que, la Institución Educativa Colegio Villa del Pilar no ha sido objeto de obras de ampliación o implementación de espacios para los estudiantes, debido a que el municipio no es el propietario del inmueble; que no se podría realizar estudios a un inmueble que no es propiedad del municipio y si no es el propietario no puede destinar recursos públicos en la institución educativa.

Al respecto, se encuentra acreditado que, el inmueble donde se encuentra la sede de la Institución Educativa Colegio Villa del Pilar, ubicado en la calle 9 con carrera 3, identificado con ficha catastral 1-04-0134-0006-000 y folio de matrícula inmobiliaria 100-6849 es de propiedad del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio¹⁶.

Sin embargo, se encuentra igualmente acreditado que dicha Institución Educativa se encuentra a cargo del municipio de Manizales, así por ejemplo, en la Resolución 1222 de la Secretaría de Educación de Manizales, “*POR LA CUAL SE ACTUALIZA LA LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO O RECONOCIMIENTO DE CARÁCTER OFICIAL DE LOS ESTUDIOS CORRESPONDIENTES A LOS NIVELES DE EDUCACIÓN PREESCOLAR, BÁSICA Y MEDIA A UN ESTABLECIMIENTO DE EDUCACIÓN FORMAL-OFICIAL*”, se indicó que:

¹⁵ Fl. 12 A.D. 49Apelacion.pdf

¹⁶ Fls. 30, 38, 40. Expediente Digitalizado

*“ARTÍCULO 1º: Conceder Licencia de Funcionamiento o Reconocimiento de carácter oficial a los estudios y programas correspondientes a los niveles de Educación: Preescolar grados jardín y Transición, Básica (1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º) y Media Académica (10º y 11º) de la Institución educativa INTEGRADO VILLA DEL PILAR con sus diferentes sedes, cuya sede principal funciona en la Calle 9, Carrera 3, sede A (antes escuela ciudad de Manizales) ubicada en la Carrera 15, 14-59, del municipio de Manizales, núcleo 1, establecimiento educativo de naturaleza oficial, género masculino y femenino, calendario-A, jornada mañana y tarde, con recurso humano de docentes oficial) y **planta física de propiedad del estado con actas de entrega al Municipio de Manizales** según oficio C.A 7885 del 7 de septiembre de 2010-fiduprevisora y cuya Rectora es la Profesional...”.*

Al respecto, el artículo 3º de la Ley 136 de 1994¹⁷ y la Ley 115 de 1994¹⁸, asigna a las entidades territoriales la responsabilidad de promover la educación y la Ley 715 de 2001¹⁹, que trata del Sistema General de Participaciones para la atención de las necesidades básicas insatisfechas, dentro del componente educación el artículo 15 señala la destinación de los recursos para varios ítems, entre ellos, *“15.2. Construcción de la infraestructura, mantenimiento, pago de servicios públicos y funcionamiento de las instituciones educativas”.*

Por lo tanto, si bien el inmueble donde funciona la sede de la Institución Educativa es de propiedad del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, es al municipio de Manizales al que le corresponde el mantenimiento de la infraestructura física de la institución, para garantizar la adecuada prestación del servicio de educación.

Además se resalta que, la orden dada en la sentencia apelada, en absoluto consiste en realizar obras de ampliación de la Institución Educativa como lo señala el municipio; pues la orden se refiere a realizar estudios *“respecto de la planta física que produzcan un diagnóstico actualizado y detallado que determine entre otros, la verdadera situación de la planta física de la institución educativa, los sistemas de iluminación del inmueble”* y que *“Una vez terminados dichos estudios y junto con las conclusiones adoptadas en relación con la problemática, deberán iniciarse las obras correspondientes...”.*

4.3. Conclusión

Conforme con lo expuesto, no hay lugar a la modificación de la sentencia recurrida, en este aspecto, toda vez que, en ella claramente se indica en su parte resolutive las actividades que debe realizar el municipio, en atención al cumplimiento de la obligación señalada en el artículo 15.2 de la Ley 715 de 2001, sin que ello constituya una obligación imposible de cumplir.

Por lo tanto, y en atención a la modificación de la orden en la forma analizada en el primer problema jurídico, en cuanto a la suficiencia de la planta de personal de servicios generales que laboran en la institución educativa, y la necesidad del ente territorial de adelantar las gestiones administrativas y financieras necesarias para obtener los recursos económicos que le permitirán hacer cesar la amenaza de los derechos colectivos, se modificará el ordinal cuarto de la sentencia.

¹⁷ Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

¹⁸ Por la cual se expide la ley general de educación.

¹⁹ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

Al respecto, el Consejo de Estado²⁰ ha advertido lo siguiente:

“Sobre el particular, en providencia del 15 de diciembre de 2016 se sostuvo lo siguiente:

12.2. Los trámites presupuestales y la escasez de recursos económicos no justifican la desprotección de los derechos colectivos.

*[...] Además, esta Sala ha manifestado que la falta de disponibilidad presupuestal no enerva la acción ante la demostrada vulneración de los derechos colectivos. **Ante esa situación, lo procedente es ordenar a las autoridades que efectúen las gestiones administrativas y financieras necesarias para obtener los recursos económicos requeridos.***

En efecto, en sentencia de 25 de octubre de 2001, a propósito de una problemática relacionada con la práctica de necropsias a cadáveres en estado de descomposición, sin que existiera una morgue en el Municipio de San Pedro (Sucre), esta Sala consignó el criterio jurisprudencial aludido, de la siguiente manera:

“...En tal virtud, le corresponde al Alcalde y a su equipo de gobierno proseguir el adelantamiento de esta gestión y emprender las que sean necesarias para conseguir mediante el mecanismo de cofinanciación los recursos presupuestales que permitan financiar el proyecto de alcantarillado con el porcentaje de los recursos ordinarios que la Nación a esos efectos les transfiere en la denominada Participación de Beneficio General y si estos resultaren insuficientes, con recursos de cofinanciación que deben gestionar ante el Departamento o la Nación, explorando la disponibilidad de recursos de inversión que para ese tipo de proyectos se prevean en los programas y subprogramas de los presupuestos de inversión del Departamento Nacional de Planeación, del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y del Ministerio de Desarrollo.”(Subrayado fuera de texto)

Igualmente, en sentencia de 5 de septiembre de 2002, dictada con ocasión de una demanda que buscaba la construcción de la infraestructura de alcantarillado en el Barrio El Salvador, Sector Pantano, del Distrito de Santa Marta, en línea con el planteamiento expuesto, se afirmó lo siguiente:

*“Se reitera que la falta de disponibilidad presupuestal no enerva la acción ante la demostrada vulneración de los derechos colectivos para cuya protección se instauró. **Cosa distinta es que ante esa situación lo procedente sea ordenar a las autoridades municipales que efectúen las gestiones administrativas y financieras necesarias para obtenerlos.**”*
(Subrayado fuera de texto)

Finalmente, vale la pena citar la sentencia de esta Sección, proferida el 22 de enero de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala:

“Como se puede leer en la jurisprudencia transcrita, la falta de recursos públicos no es óbice para proteger los derechos e intereses colectivos; la efectividad de los derechos colectivos garantizados por la Constitución y la ley demandan atención prioritaria de las autoridades administrativas, y si su actuación no colma las exigencias de protección impuestas por el

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente Oswaldo Giraldo López, providencia de 18 de octubre de 2019, expediente núm. 15001 23 33 000 2017 00990 01.

ordenamiento jurídico, es deber del Juez Constitucional de Acción Popular velar porque dicha situación sea debidamente atendida. Cosa distinta es que para el cumplimiento del fallo se requieran hacer erogaciones presupuestales y que para ello en la sentencia se deban tomar en consideración los tiempos necesarios para surtir los trámites del caso y ordenar agotar los pases presupuestales y trámites administrativos correspondientes. (Resalta la Sala).

En sentencia de 7 de marzo de 2019²¹, puso de relieve que:

*“[...] los trámites presupuestales y de planeación, la falta de disponibilidad presupuestal o de recursos económicos, no es de ninguna manera un argumento válido para desvirtuar la afectación de los derechos colectivos y mucho menos para cohibir al juez de la acción popular de adoptar las medidas de amparo que las circunstancias ameriten en aras de la protección de tales derechos. [En consecuencia] [e]s obligación [...] [de la alcaldía de Cómbita] desplegar, dentro del marco jurídico establecido, todas las gestiones técnicas y administrativas pertinentes en materia de planeación y programación presupuestal, a fin de ejecutar las obras, proyectos o actividades necesarias para salvaguardar los derechos colectivos afectados”*²². (Resalta la Sala).

5. Costas de Segunda Instancia

De conformidad con el artículo 38 de la Ley 472 de 1998, en armonía con lo previsto en el artículo 365 del C.G.P., no se impondrá costas en esta instancia, toda vez que no se hayan probadas las mismas.

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,

Sentencia:

Primero: Se modifica el ordinal cuarto de la sentencia del 27 de julio de 2022 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Manizales, dentro de la acción popular promovida por Juan Carlos Rodríguez Moreno contra el municipio de Manizales e Invama, el cual quedará así:

CUARTO: ORDÉNASE al MUNICIPIO DE MANIZALES que en el término máximo de 4 meses, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, realice estudios de fondo respecto de la planta física de la Institución Educativa Colegio Integrado Villa del Pilar que produzcan un diagnóstico actualizado y detallado que determine entre otros, la verdadera situación de la planta física de la institución educativa, los sistemas de iluminación del inmueble, para atender adecuadamente al personal educativo.

Una vez terminados dichos estudios y junto con las conclusiones adoptadas en relación con la problemática, deberán adelantarse las gestiones administrativas y financieras necesarias para obtener los recursos económicos e iniciarse las obras correspondientes, las cuales deberán

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 7 de marzo de 2019, C.P: Oswaldo Giraldo López, Rad. N.º 88001-23-33-000-2016-00022-01 (AP).

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 26 de junio de 2020, C.P: Roberto Augusto Serrato Valdés, Rad. 85001-23-33-000-2018-00091-01 (AP).

culminar en un plazo máximo de un año, adoptando todas las obras que sean necesarias para cesar definitivamente la vulneración de los derechos colectivos aquí protegidos.

Segundo: Se confirma en todo lo demás la sentencia apelada.

Tercero: Sin Costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 12 de 2023.

NOTIFICAR


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado


AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente proceso correspondió por reparto de segunda instancia, a Despacho del señor Magistrado para estudio de la admisión respecto al recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CARDENAS
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023) A.I. 044

RADICADO	17-001-33-39-007-2019-00048-02
MEDIO DE CONTROL	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ACCIONANTE	ENRIQUE ARBELAEZ MUTIS
ACCIONADO	MUNICIPIO DE MANIZALES

Procede el Despacho a estudiar la admisión del recurso de apelación interpuesto por el Municipio de Manizales el 12 de enero de 2023, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 16 de diciembre de 2022 y notificada por estado electrónico el 19 del mismo mes y año,

Por lo expuesto, al encontrar este Despacho que el escrito de apelación reúne todos y cada uno de los requisitos señalados en el artículo 37 de la Ley 472 de 1998, en armonía con los artículos 322 y 327 del CGP, se admite el recurso de apelación interpuesto por el Municipio de Manizales.

Notifíquese personalmente el señor Agente del Ministerio Público y por Estado Electrónico a las demás partes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
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. 27

Manizales, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO: 17001-33-33-003-2020-00153-02
NATURALEZA: Protección de Derechos e Intereses Colectivos
ACCIONANTE: Personería Municipal De Chinchiná
DEMANDADO: Empresa de Obras Sanitarias de Caldas - Empocaldas S.A E.S.P.
Municipio de Chinchiná - Caldas

Se resuelve el recurso de apelación formulado por el demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. Demanda

El actor señala que, la señora Luz Nelly Marín López vive en la Calle 4 13C - 16, Barrio Ciudadela del Valle, en Chinchiná - Caldas, y construyó su vivienda, realizando una obra consistente en un “*alcantarillado aéreo*” con el fin de que por allí pasaran las aguas residuales de su hogar, vertiéndose finalmente en la red principal de Empocaldas, pues fue la única opción que tuvo en su momento para acceder a este servicio público.

Que en 2011 se construyó una vivienda enseguida del inmueble de la señora Luz Nelly, perteneciente a la señora Marta Arroyave, por lo cual ante la falta de red de alcantarillado en la zona, la señora Luz Nelly Marín autorizó que su vecina se conectara a la cámara de inspección que la misma había construido tiempo atrás, y así pudiera tener un acceso al servicio público mencionado.

Que a raíz de varias construcciones que se fueron realizando con posterioridad en el mismo sector, la señora Marta Arroyave y sin consentimiento Luz Nelly Marín López, les permitió a sus vecinos que son alrededor de 11 viviendas más, conectarse a la misma cámara de inspección de propiedad de la señora Luz Nelly, quien había autorizado sólo a la señora Marta para este fin.

Que sólo hasta 2013, la señora Luz Nelly Marín López se enteró de lo sucedido con las viviendas que fueron construidas con posterioridad a la suya, respecto a la conexión indebida para el vertimiento de sus aguas residuales en la cámara de inspección de su propiedad y comenzó a evidenciar una afectación grave, consistente en filtraciones de agua en la pared que sostiene el talud que hay detrás de su vivienda, filtración de agua de la tubería de alcantarillado aéreo de su propiedad, malos olores y proliferación de insectos.

Que la Oficina de Planeación de Chinchiná le solicitó a Empocaldas, mediante oficio del 11 de marzo de 2019, se explicaran las razones por las cuales los propietarios de las viviendas del sector realizaban pagos a esa empresa por los servicios prestados, cuando hay una tubería aérea que hace las veces de servidumbre y el motivo por el cual los mismos no contaban con red domiciliaria conectada a la red principal. Empocaldas contestó con oficio del 24 de mayo de 2019, refiriendo que las redes domiciliarias de las viviendas en mención están conectadas a una misma cámara de inspección que finalmente vierten al tubo principal de alcantarillado; por lo que recomendó la independización de las redes de cada una de las viviendas.

Con fundamento en lo anterior solicita la protección a los derechos colectivos a la *seguridad y Salubridad Pública; al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; y la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.*

En consecuencia, solicita se ordene a Empocaldas ejecutar las obras necesarias para la construcción de la red de alcantarillado para todo el sector (alrededor de 14 viviendas), con las especificaciones técnicas indicadas mediante informe de visita técnica, permitiendo al sector acceder al servicio en las condiciones de calidad y eficacia y que se ordene al municipio de Chinchiná agilizar y permitir la ejecución de las obras solicitadas en esta acción, realizando un acompañamiento técnico a las mismas y expidiendo de manera oportuna los permisos o actos requeridos.

2. Pronunciamiento frente a la demanda

2.1. Empocaldas

Se opuso a las pretensiones del actor, para lo cual señaló que, no existe actuación que se pueda endilgar a esta empresa, en la medida en que el presente caso se circunscribe a un problema de la red privada al que se conectan las viviendas a través de sus acometidas domiciliarias, sin que esto sea atribuible a la Empresa.

Con fundamento en ello formuló las excepciones que denominó: *“Obligación de los propietarios de cada predio de realizar las obras correspondientes a garantizar el correcto descole de las aguas de su propiedad y a garantizar el buen estado de sus redes internas”; “Falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de Empocaldas S.A. E.S.P.”; “Obligación del municipio de Chinchiná en realizar las obras tendientes a conservar el bienestar de sus habitantes”; “Inexistencia de vulneración de derechos e intereses colectivos por parte de Empocaldas S.A. E.S.P.”; “Existencia de conflictos jurídicos de carácter civil o policivo”; “Prescripción”.*

2.2. El municipio de Chinchiná

Se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual señaló que la Ley 142 define y fija las competencias de las entidades territoriales y de las empresas prestadoras del servicio; que en este caso, es Empocaldas la entidad que debe realizar las obras necesarias para poder prestar ese servicio.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* negó las pretensiones del demandante y declaró probada la excepción de: *Inexistencia de vulneración de derechos e intereses colectivos* propuesta por Empocaldas y de oficio la de: *Inexistencia de vulneración de derechos e intereses colectivos por parte del municipio de Chinchiná*.

Para fundamentar su decisión señaló que, con las pruebas recaudadas se tiene que, Empocaldas realizó visitas a los predios afectados, e indicó que verificada la red a la que se hacía referencia, correspondía a una red privada, una domiciliaria interna entre vecinos o servidumbre, que depositaban sus aguas en una misma cámara de inspección y finalmente las vertían en el alcantarillado público. Informó además que esta situación se debía a que una vecina del sector, sin contar con ningún tipo de autorización de Empocaldas, les otorgó permiso a sus vecinos para conectarse a la red.

Que de acuerdo con el informe de la visita técnica efectuada el 1° de diciembre de 2020 la situación evidentemente se ha generado porque la misma señora Marín López y algunos vecinos del sector, se conectaron al sistema de aguas residuales del Empocaldas, sin ningún tipo de planeación o autorización para la realización de tan delicado procedimiento. En el informe se concluyó que *“Esta red considerada como servidumbre o Privada, les corresponde a los propietarios de las viviendas la recuperación y mejoramiento”*.

Lo anterior fue corroborado por el testimonio de Oscar Salazar García, administrador de Empocaldas Seccional Chinchiná y Sergio Humberto Lopera, ingeniero civil, jefe de operaciones y mantenimiento de dicha empresa.

Que así las cosas, el actor no aportó el material probatorio para demostrar la existencia de vulneración de los derechos colectivos invocados, lo que conlleva a negar las pretensiones.

4. Recurso de apelación

El **actor popular** solicitó se revoque la sentencia y en su lugar se acceda a sus pretensiones, señaló que, la existencia de la vulneración se evidencia debido a las condiciones que presenta la red de alcantarillado y acueducto de ese sector por la falta de construcción y/o mejoramiento en la ya deficiente infraestructura, acometidas, recamaras.

Que el juez de instancia incurrió en un defecto material por no valorar las pruebas legalmente obtenidas y aportadas, pues no valoró, la información contenida en el oficio CH-2019-IE-00008663 del 20 de agosto de 2019, a través del cual, el Administrador de Empocaldas indicó a la Personería Municipal que se realizó visita al predio ubicado en la calle 4 12-21, por cuenta del Técnico de Saneamiento Ambiental Gustavo Rojas y el funcionario de Planeación Municipal Alberto Solarte García, en donde se determinó como alternativas:

- Construir una red nueva de alcantarillado para conectar las 14 viviendas que hay en la parte de encima de la finca. Dicha red pararía(sic) por el interior del predio propiedad de la señora Luz Nelly Marín, quien manifestó que ella no autorizaría esa solución,
- Construir una red nueva de alcantarillado de aproximadamente 30 metros de largo con un viaducto por encima de la quebrada para conectar esas aguas residuales al alcantarillado del Barrio La Guaira.

Que, así mismo, en oficio CO-2019-IE-00009804 del 17 de septiembre de 2019, el Jeje de

Operación y Mantenimiento Sergio Humberto Lopera de Empocaldas indicó que: “... no es posible realizar dichas obras, puesto que la Empresa no cuenta con rubro presupuestal para esta vigencia”; y “Que las soluciones que se presentaron en el oficio CH-2019-IE-00008663 del 20 de agosto de 2019, se tendrán en cuenta para las próximas vigencias, y se estudiará la manera para dar solución a la problemática...”.

Por lo tanto, el juez debía ordenar que Empocaldas realizara las obras y las cobre a los usuarios a través de la factura de servicios domiciliarios.

Que si bien es cierto que la carga de la prueba recae sobre el actor de la acción, también se tiene claro el contenido del artículo 30 de la Ley 472 de 1998, precisa que “el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella”.

5. Alegatos de conclusión y Concepto del Ministerio Público

El **municipio de Chinchiná** solicitó confirmar la sentencia teniendo en cuenta que, no se encuentra acreditada la amenaza o vulneración de los derechos colectivos alegados en la demanda. Que además, no puede perderse de vista que la afectada construyó una red de alcantarillado de manera particular y sin consentimiento de ninguna entidad, en este caso particular de Empocaldas, entidad encargada de la prestación del servicio, manejo, adecuación y propietaria de todas las redes de alcantarillado.

Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos propuestos en el recurso de apelación, se centra en dilucidar: *¿Se encuentra acreditada la amenaza o vulneraron los derechos colectivos invocados en la demanda, debido a las condiciones que presenta la red de alcantarillado en los predios ubicados en la calle 4 con carrera 12 entre los barrios La Guaira y Ciudadela del Valle del municipio de Chinchiná?*

2. Tesis del Tribunal

No se encuentra acreditada la amenaza o vulneración de los derechos colectivos invocados en la demanda, debido a las condiciones que presenta la red de alcantarillado en los predios ubicados en la calle 4 con carrera 12 entre los barrios La Guaira y Ciudadela del Valle del municipio de Chinchiná, pues no existe situación de riesgo a la seguridad y salubridad pública, ni una denegación del acceso a la infraestructura de servicios públicos, o una prestación deficiente del servicio de alcantarillado, ni la falta de construcción y/o mejoramiento en la infraestructura del alcantarillado público, que sea imputable al actuar de las entidades demandadas.

Para fundamentar lo anterior, se analizará: i) el marco jurídico sobre la naturaleza de las acciones populares; el alcance de los derechos colectivos invocados; las obligaciones de los entes territoriales, las empresas de servicios públicos domiciliarios y los usuarios; la carga de la prueba; ii) los hechos probados; para descender al iii) análisis del caso concreto.

3. Fundamento jurídico

3.1. Naturaleza de las acciones populares

Las acciones populares consagradas en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política y reglamentada por la Ley 472 de 1998, tienen como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando estos resulten amenazados por la acción u omisión de las autoridades o de los particulares. Cabe señalar que tales derechos e intereses colectivos no son únicamente los enunciados en el artículo 4º de la Ley 472 de 1998, sino también los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados internacionales celebrados por Colombia.

Los supuestos sustanciales para que proceda la acción popular son los siguientes, a saber: a) una acción u omisión de la parte demandada; b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, y; c) la relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de los derechos colectivos, los tres supuestos anteriores deben demostrarse en el trámite respectivo.

3.2. Alcance de los derechos colectivos invocados

La parte demandante invoca como derechos afectados los de: *seguridad y salubridad pública; al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; y la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes*". Dichos derechos tienen la calidad de colectivos, como se describe a continuación:

3.2.1. Derecho a la seguridad y salubridad pública y al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública

Sobre ambas prerrogativas el Consejo de Estado¹ ha sostenido que:

"El derecho colectivo invocado como vulnerado en la presente acción es el del "acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública". Es un servicio público a cargo del Estado cuya finalidad es disminuir la morbilidad, es decir, la proporción de personas que enferman en un sitio y tiempo determinado. Ahora bien, el derecho invocado hace alusión igualmente a la palabra "infraestructura" la cual debe entenderse como un conjunto de elementos o servicios que se consideran necesarios para la creación y funcionamiento de una organización, en este caso, para la buena gestión de la salubridad pública".

3.2.2. Derecho al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna

Al respecto ha precisado el Consejo de Estado² que:

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Sentencia del 26 de noviembre de 2020. Rad.: 66001-23-33-000-2017-00446-01(AP).

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 10 de febrero de 2005. Rad. 25000-23-25-000-2003-00254-01(AP).

“[...] los servicios públicos “son inherentes a la finalidad social del Estado”, pues contribuyen al bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de la población (arts. 2 y 366 ibidem.) y es por ello que su prestación comporta la concreción material de la cláusula Estado Social de Derecho (art. 1 ibidem); así lo ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, como mecanismo auxiliar en la administración de Justicia (art. 230).

De manera que los derechos colectivos que se involucran en la prestación de los servicios públicos no aluden a la función pública propia del Estado, sino a una actividad económica que por implicar el tráfico de servicios inherentes a la finalidad social del Estado, que la doctrina colombiana, con base en expresión foránea, llama “bienes meritorios”, exige la intervención del mismo a través de los instrumentos tradicionales de policía administrativa: regulación y control (inc. 2 art. 365 C.N.).

En otras palabras, el bien jurídico colectivo por proteger no refiere a la función administrativa, sino a los derechos propios de los consumidores y usuarios particularmente en lo relativo a la calidad del servicio y a su precio”.

3.2.3. Derecho a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas de manera ordenada y dando prevalencia a la calidad de vida de los habitantes

Acerca del contenido y alcance de este derecho, el Consejo de Estado³ ha precisado:

“De acuerdo con lo señalado por la jurisprudencia de esta Corporación este derecho implica “[...] la necesidad de proteger la adecuada utilización, transformación y ocupación del suelo, de manera que las autoridades competentes no actúen en forma arbitraria en contravención del respectivo plan de ordenamiento territorial o instrumento que haga sus veces, a través de acciones que estén fuera de su marco normativo [...]”.

115. De igual forma, esta sección mediante sentencia de 7 de abril de 2011, determinó que el núcleo esencial del derecho colectivo comprendía los siguientes aspectos: i) respeto y acatamiento del principio de función social y ecológica de la propiedad; ii) protección del espacio público procurando adelantar cualquier tipo de construcción o edificación con respeto por el espacio público, el patrimonio público, y la calidad de vida de los demás habitantes; iii) respetar los derechos ajenos y no abusar del derecho propio; y iv) Atender los procesos de cambio en el uso del suelo, en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la función social de la propiedad a la cual le es inherente una función ecológica, buscando el desarrollo sostenible.

(...)

Así las cosas, para la Sala es claro que el derecho señalado en el literal m) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998, corresponde a la obligación que le impone el legislador a las autoridades públicas y particulares, en general, de acatar plenamente los preceptos jurídicos que rigen la materia urbanística es decir la forma como progresa y se desarrolla una determinada población, en términos de progreso físico y material, asentada en una determinada entidad territorial -bien sea en sus zonas urbanas o rurales- con miras a satisfacer plenamente las necesidades de la población”.

³ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 10 de diciembre de 2018. C.P. Hernando Sánchez. Rad.: 170012331000201100424-03.

En ese orden de ideas, la vulneración al derecho colectivo de la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de calidad de vida de los habitantes implica que las autoridades y/o los particulares desconozcan la normativa en materia urbanística y usos del suelo.

3.3. Competencia de los municipios en materia de servicios públicos domiciliarios

La norma Constitucional dispuso que los servicios públicos hacen parte de los fines y deberes del Estado Colombiano, en los siguientes términos:

“Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.

A su vez, el artículo 311 *ibidem* señala, respecto de la competencia de los municipios para la prestación de los servicios públicos, que *“como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes”.*

En ese mismo sentido, el Legislador desarrolló las anteriores normas constitucionales en la Ley 142 de 1994, estableciendo el régimen de los servicios públicos domiciliarios y que su prestación es competencia de los municipios, y que cuando el servicio sea suministrado por una empresa privada corresponde al ente territorial asegurar que su prestación sea eficiente. Expresamente señaló:

“Artículo 2o. Intervención del Estado en los servicios públicos. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365 a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines:

- 2.1. Garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios.*
- 2.3. Atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico.*
- 2.4. Prestación continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan.*
- 2.5. Prestación eficiente.”*

“Artículo 5o. Competencia de los municipios en cuanto a la prestación de los servicios públicos. Es competencia de los municipios en relación con los servicios públicos,

que ejercerán en los términos de la ley, y de los reglamentos que con sujeción a ella expidan los concejos:

5.1. Asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, y telefonía pública básica conmutada, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio en los casos previstos en el artículo siguiente. (...)

5.6. Apoyar con inversiones y demás instrumentos descritos en esta Ley a las empresas de servicios públicos promovidas por los departamentos y la Nación para realizar las actividades de su competencia. (...)"

De acuerdo con lo expuesto, corresponde al Estado, a través de los municipios, asegurar a sus habitantes la prestación eficiente y oportuna de los servicios públicos domiciliarios, por lo que debe adoptar medidas necesarias para garantizar el servicio de alcantarillado en óptimas condiciones de funcionalidad.

Así lo ha sostenido el Consejo de Estado, entre otras, en providencia del 4 de febrero de 2010, en la que se dijo expresamente:

"De otra parte, el artículo 365 de la Constitución Política dispone que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, quien los podrá prestar, con sujeción al régimen fijado por la ley, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, pero en todo caso conservando su regulación, control y vigilancia.

Ahora bien, el artículo 331 de la Carta Política, consagra que:

"Al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes"⁴.

3.4. Competencia de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios frente al mantenimiento de las redes

En cuanto al mantenimiento y los costos de reparación o reposición de las redes públicas, el Decreto 302 de 2000⁵, señala:

Artículo 22. Mantenimiento de las redes públicas. *La entidad prestadora de los servicios públicos está en la obligación de hacer el mantenimiento y reparación de las redes públicas de acueducto y alcantarillado. Así mismo deberá contar con un archivo referente a la fecha de construcción de las redes, especificaciones técnicas y demás información necesaria para el mantenimiento y reposición de la misma.*

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 4 de febrero de 2010, C.P.: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Radicación número: 76001233100020040021201(AP)

⁵ "Por el cual se reglamenta la ley 142 de 1994, en materia de prestación de servicios públicos Domiciliarios de acueducto y alcantarillado"

Por su parte, el Decreto 3050 de 2013⁶, en lo pertinente señala las siguientes definiciones:

5. Red de distribución, red local o red secundaria de acueducto. Es el conjunto de tuberías, accesorios, estructura y equipos que conducen el agua desde la red matriz o primaria hasta las acometidas domiciliarias del respectivo proyecto urbanístico. Su diseño y construcción corresponde a los urbanizadores.

6. Red matriz o red primaria de acueducto. Es el conjunto de tuberías, accesorios, estructuras y equipos que conducen el agua potable desde las plantas de tratamiento o tanques hasta las redes de distribución locales o secundarias.
Su diseño, construcción y mantenimiento estará a cargo del prestador del servicio quien deberá recuperar su inversión a través de tarifas de servicios públicos.

7. Red matriz o red primaria de alcantarillado. Es el conjunto de tuberías, accesorios, estructuras y equipos que reciben el agua procedente de las redes secundarias o locales y las transporta hasta las plantas de tratamiento de aguas residuales o hasta el sitio de su disposición final.
Su diseño, construcción y mantenimiento estará a cargo de la empresa prestadora del servicio, la cual deberá recuperar su inversión a través de tarifas de servicios públicos.

8. Red secundaria o red local de alcantarillado. Conjunto de tuberías, accesorios, estructura y equipos que conforman el sistema de evacuación y transporte de las aguas lluvias, residuales o combinadas de una comunidad y al cual descargan las acometidas de alcantarillado de los inmuebles y llega hasta la red matriz o primara de alcantarillado. Su diseño y construcción corresponde a los urbanizadores.

3.5. Deberes de los urbanizadoras, constructores y usuarios de servicios públicos domiciliarios frente a la construcción y mantenimiento de las redes

El artículo 135 de la Ley 142 de 1994⁷, establece:

“ARTÍCULO 135. DE LA PROPIEDAD DE LAS CONEXIONES DOMICILIARIAS.
La propiedad de las redes, equipos y elementos que integran una acometida externa será de quien los hubiere pagado, si no fueren inmuebles por adhesión. Pero ello no exime al suscriptor o usuario de las obligaciones resultantes del contrato y que se refieran a esos bienes.

Sin perjuicio de las labores propias de mantenimiento o reposición que sean necesarias para garantizar el servicio, las empresas no podrán disponer de las conexiones cuando fueren de propiedad de los suscriptores o usuarios, sin el consentimiento de ellos.

Lo aquí dispuesto no impide que se apliquen los procedimientos para imponer a los propietarios las servidumbres o la expropiación, en los casos y condiciones previstos en la ley.

En cuanto a los términos y condiciones para el trámite de las solicitudes de viabilidad y disponibilidad de prestación de los servicios públicos domiciliarios que se presenten ante las prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y/o alcantarillado, el Decreto 3050 de 2013, compilado en el Decreto 1077 de 2015 señala:

⁶ “Por el cual se establecen las condiciones para el trámite de las solicitudes de viabilidad y disponibilidad de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado”

⁷ “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”.

ARTÍCULO 2.3.1.2.4. Viabilidad y disponibilidad inmediata de servicios públicos para proyectos de urbanización. Los prestadores de los servicios públicos de acueducto y/o alcantarillado dentro de las áreas del perímetro urbano, están en la obligación de expedir la certificación de viabilidad y disponibilidad inmediata de los mencionados servicios cuando le sean solicitadas.

En la viabilidad y disponibilidad inmediata de servicios públicos se establecen las condiciones técnicas para conexión y suministro del servicio, las cuáles desarrollará el urbanizador a través del diseño y construcción de las redes secundarias o locales que están a su cargo. Una vez se obtenga la licencia urbanística, el urbanizador responsable está en la obligación de elaborar y someter a aprobación del prestador de servicios públicos los correspondientes diseños y proyectos técnicos con base en los cuáles se ejecutará la construcción de las citadas infraestructuras.

La ejecución de los proyectos de redes locales o secundarias de servicios públicos las hará el urbanizador en tanto esté vigente la licencia urbanística o su revalidación.

Entregadas las redes secundarias de servicios públicos, corresponde a los prestadores su operación, reposición, adecuación, mantenimiento, actualización o expansión para atender las decisiones de ordenamiento territorial definidas en los planes de ordenamiento territorial o los instrumentos que lo desarrollen o complementen.

El urbanizador está en la obligación de construir las redes locales o secundarias necesarias para la ejecución del respectivo proyecto urbanístico y la prestación efectiva de los servicios de acueducto y alcantarillado. En estos casos el prestador del servicio deberá hacer la supervisión técnica de la ejecución de estas obras y recibir la infraestructura. cuando el proyecto se desarrolle por etapas este recibo se dará a la finalización de La correspondiente etapa.

En el evento en que el urbanizador acuerde con el prestador hacer el diseño y/o la construcción de redes matrices, el prestador está en La obligación de cubrirlos o retribuirlos.

En ningún caso Las empresas prestadoras podrán exigir los urbanizadores la realización de diseños y/o construcción de redes matrices o primarias.

ARTÍCULO 2.3.1.2.5. Término para resolver la solicitud de viabilidad y disponibilidad inmediata. Los prestadores de Los servicios públicos de acueducto y/o alcantarillado deberán decidir sobre la solicitud de viabilidad y disponibilidad inmediata de Los mencionados servicios, dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario siguientes a la fecha de recepción de la solicitud presentada por el interesado. En todo caso ante la falta de respuesta se podrá acudir a los mecanismos legales para La protección del derecho de petición.

...

ARTICULO 2.3.1.2.8. Prohibición de requisitos adicionales. El estudio que adelante el prestador con el fin de resolver una solicitud de disponibilidad inmediata de servicios deberá ceñirse a determinar si cuenta o no con capacidad para atender las demandas asociadas a las solicitudes de servicios de acueducto y/o alcantarillado, teniendo en cuenta Lo definido en el presente decreto.

En los planes de ordenamiento territorial, las reglamentaciones municipales o distritales o en los reglamentos técnicos u operativos que expidan los prestadores de servicios no se podrán incluir requisitos, exigencias o estudios adicionales a los establecidos en la normatividad expedida por el Gobierno Nacional. En el evento de existir cualquier discrepancia se dará aplicación estricta a Lo definido en el presente decreto.

Tampoco podrán solicitar, en los casos de proyectos con licencia de construcción vigente, la reposición, adecuación o construcción de redes, o la presentación de estudios, alternativas técnicas para la prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado, disposición de las aguas residuales o la caracterización de los vertimientos.

La violación a lo establecido en este artículo dará lugar a que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios adelante las actuaciones correspondientes dentro del marco de sus competencias, e imponga las sanciones a que haya Lugar.

El Decreto 302 de 2000⁸, compilado en el Decreto 1077 de 2015, en lo pertinente señala:

Artículo 3o. Glosario. *Modificado por el art. 1 del Decreto Nacional 229 de 2002 Para la aplicación del presente Decreto se definen los siguientes conceptos.*

3.1 Acometida de acueducto. *Derivación de la red local de acueducto que se conecta al registro de corte en el inmueble. En edificios de propiedad horizontal o condominios la acometida llega hasta el registro de corte general.*

3.2 Acometida de alcantarillado. *Derivación que parte de la caja de inspección y llega hasta el colector de la red local. (...)*

3.9 Caja de inspección. *Caja ubicada al inicio de la acometida de alcantarillado que recoge las aguas residuales, lluvias o combinadas, de un inmueble, con sus respectivas tapas removibles y en lo posible ubicadas en zonas libres de tráfico vehicular.*
(...)

3.17 Instalación domiciliaria de acueducto del inmueble. *Conjunto de tuberías, accesorios y equipos que integran el sistema de abastecimiento de agua del inmueble, a partir del medidor. Para edificios de propiedad horizontal o condominios, es aquel sistema de abastecimiento de agua del inmueble a partir del medidor general o colectivo.*

3.18 Instalaciones domiciliarias de alcantarillado del inmueble. *Conjunto de tuberías, accesorios y equipos que integran el sistema de tratamiento, evacuación y ventilación de los residuos líquidos instalados en un inmueble hasta la caja de inspección que se conecta a la red local de alcantarillado.*

En cuanto al mantenimiento y los costos de reparación o reposición de acometidas, medidores o instalaciones domiciliarias, el referido decreto señala:

Artículo 11. Régimen de acometidas. *La entidad prestadora de los servicios públicos establecerá las especificaciones de las acometidas de acueducto y alcantarillado, conforme a lo establecido en el Reglamento Técnico del Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico. En todo caso, el costo de redes, equipos y demás elementos que constituyan la acometida estarán a cargo del usuario cuando se construya por primera vez.*

Parágrafo. *Los suscriptores o usuarios deberán comunicar a la entidad prestadora de los servicios públicos, cualquier modificación, división, aumento de unidad a la cual se le presta el servicio, para que evalúe la posibilidad técnica de la prestación de los mismos y determinen las modificaciones hidráulicas que se requieran.*

Artículo 20. Mantenimiento de las acometidas y medidores. *En ningún caso se permite derivar acometidas desde la red matriz o de la red local sin autorización previa de la entidad prestadora de los servicios públicos.*

El costo de reparación o reposición de las acometidas y medidores estará a cargo de los suscriptores o usuarios, una vez expirado el período de garantía en los términos del artículo 15

⁸ “Por el cual se reglamenta la ley 142 de 1994, en materia de prestación de servicios públicos Domiciliarios de acueducto y alcantarillado”

de este decreto.

Es obligación del suscriptor o usuario mantener la cámara o cajilla de los medidores limpia de escombros, materiales, basuras u otros elementos.

Artículo 21. Mantenimiento de las instalaciones domiciliarias. El mantenimiento de las redes internas de acueducto y alcantarillado no es responsabilidad de la entidad prestadora de los servicios públicos, pero ésta podrá revisar tales instalaciones y exigir las adecuaciones y reparaciones que estime necesarias para la correcta utilización del servicio.

Cada usuario del servicio deberá mantener en buen estado la instalación domiciliaria del inmueble que ocupe y, en consecuencia, la entidad prestadora de los servicios públicos no asumirá responsabilidad alguna derivada de modificaciones realizadas en ella. De todas formas los usuarios deben preservar la presión mínima definida en el Reglamento Técnico del Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico.

Parágrafo. Cuando el suscriptor o usuario lo solicite o cuando se presenten consumos de agua excesivos e injustificados, la entidad prestadora de los servicios públicos deberá efectuar una revisión de las redes internas a fin de establecer si hay deterioro en ellas y, de ser el caso, podrá hacer las sugerencias que considere oportunas para su reparación. (Se subraya)

De acuerdo a lo anterior, es claro que, los potenciales usuarios de los servicios públicos, deben solicitar previamente a su conexión, la certificación de viabilidad y disponibilidad del servicio; en la cual la empresa prestadora del servicio público domiciliario establecerá las condiciones técnicas para conexión y suministro del servicio, las cuáles desarrollará el urbanizador a través del diseño y construcción de las redes secundarias o locales que están a su cargo. Además, el costo de redes, equipos y demás elementos que constituyan la acometida y las redes internas, así como los costos de mantenimiento son de responsabilidad de los usuarios del servicio.

3.5. Carga de la prueba

De conformidad con el artículo 30 de la Ley 472 de 1998⁹, la carga de la prueba sobre la vulneración de los derechos colectivos corresponde al demandante. Este es el denominado principio “*onus probandi*” que en materia de acciones populares ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Recientemente, en fallo de 8 de junio de 2018¹⁰ indicó:

“XV.1.18. Sumado a todo lo anterior, es claro que frente a estas situaciones el actor tenía la carga de probarlas en el curso del proceso, conforme a lo previsto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, actividad procesal que corresponde al principio del “onus probandi”, definido por la doctrina en los siguientes términos¹¹:

*“[...] [C]on esta expresión se quiere indicar **la actividad correspondiente a cada una de las partes en la tarea de hacer conocidos del juez los hechos en que se basan sus afirmaciones de la demanda** o de la defensa.*

⁹ Artículo 30.- Carga de la Prueba. La carga de la prueba corresponderá al demandante. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, si dicha carga no pudiese ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella. En el evento de no existir la posibilidad de allegar la prueba respectiva, en virtud de lo establecido en el inciso anterior, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de marzo de 2014, número único de radicación: 25000-23-15-000-2010-02404-01(AP), C.P. Stella Conto Diaz Del Castillo.

¹¹ Cita de Cita: Antonio Rocha Alvira, Derecho Probatorio, Universidad Externado de Colombia, 1987.

Son tres las reglas que informan la carga de la prueba, a que no escapa ninguna legislación antigua ni moderna, a saber:

1. *Onus probandi incumbit actori*, o sea que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción.

2. *Reux, in excipiendo, fit actor*, o sea que el demandado, cuando excepciona o se defiende, se convierte en demandante para el efecto de tener que probar a su turno los hechos en que funda su defensa; y

3. *Actore non probante, reus absolvitur*, es decir, que el demandado ha de ser absuelto de los cargos o acción del demandante, si éste no logró en el proceso probar los hechos constitutivos de su demanda.

(...)

*La distribución de la carga de la prueba consagrada en el artículo 1757 del C.C. tiene por fundamento una **regla de experiencia universal: el interés o conveniencia de cada una de las partes de sacar adelante sus propias afirmaciones**. Quien pretenda ser acreedor al cumplimiento o pago de una prestación es el interesado y no el deudor, en hacer conocidos del juez, mediante la prueba pertinente, los hechos base de su pretensión (...).*

XV.1.19. *Se entiende, entonces, que el “onus probandi” persigue que las partes asuman en el proceso un rol activo, es decir, sin limitarse a la diligencia del juez como conductor del proceso o a las deficiencias probatorias de la contraparte. No obstante, si bien la carga procesal exige una conducta de la parte involucrada, ésta conserva, en todo caso, la facultad de ejercerla o no, sin que pueda el Juez u otra persona coaccionar su ejercicio. Lo anterior, por cuanto, la omisión en el cumplimiento de la carga procesal que le corresponde a la parte actora trae consigo eventuales consecuencias desfavorables, como lo es, el no acreditar los hechos en que sustenta su demanda y, en virtud de ello, obtener un fallo desfavorable.*

XV.1.20. *Ahora bien, el principio del “onus probandi” admite excepciones, previstas especialmente, cuando la carga de prueba resulta ser desproporcionada, irrazonable o injusta, permitiéndole al juez pronunciarse frente a la distribución de la carga de la prueba.*

XV.1.21. *Es así como, el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, impone al Juez constitucional del deber de impartir las órdenes correspondientes para suplir las deficiencias probatorias, en aquellos eventos donde la carga no pueda ser cumplida por razones de orden económico o técnico; sin que con ello se suplan las cargas impuestas a las partes, y el deber de actuar de forma diligente en el trámite procesal [...]”. (Destacado es del texto).*

Así, no basta con indicar que determinados hechos violan los derechos e intereses colectivos para que se tenga por cierta su afectación o vulneración; el demandante tiene la carga procesal de demostrar los supuestos fácticos de sus alegaciones.

4. Hechos acreditados

- La Personera del municipio de Chinchiná, el 31 de enero de 2019, solicitó a la Oficina de

Saneamiento Ambiental¹² y a la Oficina Asesora de Planeación de Chinchiná¹³, la realización de una visita técnica al sector de la calle 4 con carrera 12, en donde existe un alcantarillado aéreo que presta el servicio a unas viviendas.

- Mediante Oficio PMCH-059 del 13 de febrero de 2019 el Técnico de Saneamiento de la alcaldía de Chinchiná informó a la Personera que, ese día realizó visita al lugar, en compañía de funcionarios de Empocaldas y se pudo evidenciar que existe un alcantarillado de aguas residuales de dos casas que cruza en forma aérea por el lindero posterior del predio de la señora Luz Nelly Marín López; que *“dicho alcantarillado llevas más de cinco años atravesando dicho lindero, al parecer debido a que la cota de terreno que presentan las viviendas involucradas el alcantarillado, no tienen salida hacia la parte del frente de las mismas”*. (Sic) Por lo que se concluyó que, se oficiara por parte de Empocaldas Chinchiná a la Seccional de Empocaldas Manizales para reprogramar una visita con el equipo de Ingenieros de dicha entidad para establecer el procedimiento a seguir¹⁴.

- Empocaldas, mediante oficio CO-2019-IE-00003145 del 2 de abril de 2019 en respuesta a la Jefa de la Oficina Asesora de Planeación e Infraestructura de la Alcaldía de Chinchiná informó que, después de realizada visita al sector se pudo concluir que corresponde a *“una red domiciliaria interna entre vecinos y/o servidumbre”*¹⁵.

- Empocaldas, mediante oficio CO-2019-IE-00004482 del 24 de mayo de 2019 en respuesta a la misma funcionaria informó que, después de realizada visita a la vivienda ubicada en la calle 4 13-61, se determinó que:

*“...la situación allí presentada corresponde a la conexión de las redes domiciliaria de las casas vecinas a una misma cámara de inspección y que finalmente vierte al tubo principal de alcantarillado, ya que la señora propietaria del inmueble ante descrito les otorgó el permiso. En razón a lo anterior, dichos propietarios o usuarios de los inmuebles debieron haber realizado la para la disponibilidad del servicio y conexión a la red de alcantarillado ante nuestra empresa. Se recomienda realizar la Independización de las redes de alcantarillado de cada para evitar el colapso de la tubería”*¹⁶. (Sic)

- Empocaldas, mediante oficio CO-2019-IE-00008663 del 20 de agosto de 2019 en respuesta a la solicitud de visita técnica realizada por la Inspectora de Policía de Chinchiná informó que, se realizó visita al predio ubicado en la calle 4 12-21, y se determinó que:

“Allí se observan varios tubos de alcantarillado de 3” y 4” aéreas de unas viviendas que fueron construidas encima de la finca propiedad de la señora Luz Nelly Marín, quien según manifiesta, ella autorizó para que una de las 14 viviendas que fueron construidas en la parte de encima, vertiera sus aguas residuales en la recámara de alcantarillado ubicada al interior de su predio, pero la propietaria de la vivienda autorizada, según lo manifiesta la señora Luz Nelly, descaradamente le dio pega al resto de viviendas viéndose seriamente afectada por la gran cantidad de agua que baja a la servidumbre de alcantarillado de su propiedad y por las humedades que esto representa, al igual que los tubos aéreos que producen contaminación visual en su propiedad.

¹² Folio 19 archivo 02 demanda anexos

¹³ Folio 20 archivo 02 demanda anexos

¹⁴ Folio 21-22 archivo 02 demanda anexos

¹⁵ Folio 34-35 archivo 02 demanda anexos

¹⁶ Folio 36 archivo 02 demanda anexos

Analizado lo anterior, deducimos dos posibles soluciones:

- 1. Construir una red nueva de alcantarillado para conectar las 14 viviendas que hay en la parte de encima de la finca. Dicha red pasaría por el interior del predio propiedad de la señora Luz Nelly Marín, quien manifestó que ella no autorizaría esa solución.*
- 2. Construir una red nueva de alcantarillado de aproximadamente 30 metros de largo con un viaducto por encima de la quebrada para conectar esas aguas residuales al alcantarillado del barrio La Guaira.*

Se deja constancia que las 14 viviendas existentes en la parte alta de dicha finca fueron construidas irregularmente, ninguna tiene Licencia de Construcción ni planos, ni cuenta con el certificado de disponibilidad de servicios públicos expedidos por EMPOCALDAS S.A. E.S.P”¹⁷.

- Empocaldas, mediante oficio CO-2019-IE-00009804 del 17 de septiembre de 2019 en respuesta a la solicitud realizada por la Inspectora de Policía de Chinchiná acerca del procedimiento para ejecutar esa segunda solución, informó que, *“en el momento no es posible realizar dichas obras, puesto que la Empresa no cuenta con rubro presupuestal para esta vigencia”; y “Que las soluciones que se presentaron en el oficio CH-2019-IE-00008663 del 20 de agosto de 2019, se tendrán en cuenta para las próximas vigencias, y se estudiará la manera para dar solución a la problemática...”¹⁸.*

- En el informe Técnico de la visita técnica efectuada el 1° de diciembre de 2020 por funcionarios de Empocaldas y del municipio de Chinchiná responsables en la gestión del riesgo, con la presencia de la señora Luz Nelly Marín López propietaria de la vivienda ubicada en la Calle 4 12 - 21, se indicó:

“Al interior del predio, se observa el talud que sirve de lindero entre el predio de la señora Luz Nelly y las viviendas de la manzana K. En la parte posterior de las viviendas de la Manzana K existen las redes de alcantarillado en voladizo de las viviendas, las cuales evacúan por la misma red de alcantarillado que sirve a las viviendas del predio de la señora Luz Nelly Marín.

Por el material y la forma constructiva de las redes en voladizo, considero la señora Luz Nelly tuvo conocimiento cuando fueron realizadas. Foto: Redes aéreas

¹⁷ Folio 57 archivo 02 demanda anexos

¹⁸ Folio 59 archivo 02 demanda anexos

(Voladizo)



El talud está estable, su conformación es coherente con la pendiente por tener contención con una estructura de concreto, la cual fue construida por la Alcaldía en Convenio con Corpocaldas, la estructura de concreto reforzado (pantallas) mejora la capacidad portante del terreno con relación a su pendiente, a su esbeltez y las cargas verticales y horizontales a que se ve sometido. La estructura de concreto está en buen estado de conservación, el manejo de aguas lluvias su superficiales se realiza por filtros y las superficiales por canaletas que llegan a una recámara del alcantarillado.

...

En la parte superior del talud, se ubican las viviendas de la manzana K, las cuales en su mayoría evacúan las aguas por la tubería de servidumbre que pasa por predio de la señora Luz Nelly y como se aprecia en un el recibo de la primera vivienda del talud, poseen los servicios legalizados ente la empresa prestadora de este servicio. De forma lógica, por la diferencia de nivel entre estas viviendas y el predio de la señora Luz Nelly, la evacuación debe realizarse hacia la parte más baja para que trabaje por gravedad.

...

De acuerdo con todo lo observado, se puede concluir:

- *No existe inestabilidad en el talud, la estructura de concreto da estabilidad al terreno. El estado de conservación de la estructura es bueno.*
- *Las conexiones de alcantarillado de las viviendas manzana K, evacúan por servidumbre por la misma red por donde corren las aguas negras de las viviendas de la señora Luz Nelly Marín López, situación lógica por la diferencia de nivel. El estado de conservación de esta red lo debe certificar la empresa prestadora y administradora del servicio.*
- *Los elementos que pueden ocasionar algún riesgo para las viviendas, serían: saturación de la tubería, presiones internas por agua del estanque, sobreesfuerzo del acceso peatonal por repetición de cargas vehicular, dado que por lo observado el concreto del piso no es tipo andén y no apto para este tipo de cargas. Esta última situación puede ocasionar daño en la tubería de alcantarillado.*

...

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

-Esta red considerada como servidumbre o Privada, les corresponde a los propietarios de las viviendas la recuperación y mejoramiento. Según el Art. 21 Ley 302 de 2020.

-Es responsabilidad de EMPOCALDAS S.A. E.S.P. de la red Principal que se localiza sobre la Vía; es responsabilidad de los usuarios hacer los respectivos empalmes domiciliarios a la Red Principal mediante accesorios como silleta o a la Cámara de inspección directamente. Estos procedimientos deben ser con asesoría de personal EMPOCALDAS S.A. E.S.P.

-Es recomendable que todas las Redes domiciliarias y tuberías de aguas lluvias que se encuentran sobre las fachadas posterior, sean ancladas y fijadas a los muros con elementos que garanticen su seguridad y estabilidad.

-Como todas las tuberías se encuentran en Cemento, hacen tránsito por los solares de la Parte alta, se recomienda el cambio, por tubería PVC ondulada de 10", para evitar posibles infiltraciones al sub-suelo y que a la postre puede incidir en la estabilidad del talud y la pantalla. Y para tal fin se requiere que la comunidad del sector, se pongan de acuerdo y realicen las obras necesarias lo más pronto posible".

5. Análisis del caso concreto

El demandante solicitó la protección de los derechos colectivos a la *seguridad y Salubridad Pública; al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; y la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, los cuales considera vulnerados debido a las condiciones que presenta la red de alcantarillado del sector de la calle 4 con carrera 12, Barrio Ciudadela del Valle, Chinchiná, por "la falta de construcción y/o mejoramiento en la ya deficiente infraestructura del alcantarillado, acometidas, recamaras y demás elementos relacionados con el correcto funcionamiento del servicio público domiciliario de agua".*

El *a quo* negó las pretensiones del demandante por cuanto consideró que no se demostró la existencia de vulneración de los derechos colectivos invocados.

El actor en su apelación afirmó que, tal vulneración se encuentra acreditada teniendo en cuenta el estado de la red de alcantarillado y de acuerdo con la información contenida en el oficio CH-2019-IE-00008663 del 20 de agosto de 2019, a través del cual, Empocaldas indicó a la Personería Municipal que se realizó visita al predio y determinó dos posibles soluciones, una de ellas consistente en *"Construir una red nueva de alcantarillado de aproximadamente 30 metros de largo con un viaducto por encima de la quebrada para conectar esas aguas residuales al alcantarillado del Barrio La Guaría"*; así como del oficio CO-2019-IE-00009804 del 17 de septiembre de 2019, en el que el Jeje de Operación y Mantenimiento de Empocaldas indicó que: *"... no es posible realizar dichas obras, puesto que la Empresa no cuenta con rubro presupuestal para esta vigencia"* y *"Que las soluciones que se presentaron en el oficio CH-2019-IE-00008663 del 20 de agosto de 2019, se tendrán en cuenta para las próximas vigencias, y se estudiará la manera para dar solución a la problemática .."*.

Al respecto, encuentra la Sala que, dichos documentos por si solos no son suficientes para afirmar que se presenta una vulneración o amenaza de los derechos colectivos, pues si bien se trata de una problemática que se presenta en la red de alcantarillado, ella corresponde a unas redes domiciliarias y unas acometidas de alcantarillado ubicadas dentro de un predio privado.

En efecto, como se indicó en el acápite de hechos probados, de acuerdo con el Oficio PMCH-059 del 13 de febrero de 2019 el Técnico de Saneamiento de la alcaldía de Chinchiná informó

sobre la visita realizada al lugar, en compañía de funcionarios de Empocaldas, en la que se pudo evidenciar que existe un alcantarillado de aguas residuales de dos casas que cruza en forma aérea por el lindero posterior del predio de la señora Luz Nelly Marín López, que *“dicho alcantarillado llevas más de cinco años atravesando dicho lindero, al parecer debido a que la cota de terreno que presentan las viviendas involucradas el alcantarillado, no tienen salida hacia la parte del frente de las mismas”*(Sic)¹⁹.

Mediante oficios CO-2019-IE-00003145 del 2 de abril de 2019 y CO-2019-IE-00004482 del 24 de mayo de 2019 Empocaldas informó que, la situación allí presentada corresponde a la conexión de las redes domiciliaria de las casas vecinas a una misma cámara de inspección y que finalmente vierte al tubo principal de alcantarillado.

Adicionalmente, en el oficio CO-2019-IE-00008663 del 20 de agosto de 2019 citado por el apelante como fundamento de sus argumentos, Empocaldas precisó que:

*“Allí se observan varios tubos de alcantarillado de 3” y 4” aéreas de unas viviendas que fueron construidas encima de la finca propiedad de la señora Luz Nelly Marín, quien según manifiesta, ella autorizó para que una de las 14 viviendas que fueron construidas en la parte de encima, vertiera sus aguas residuales en la recamara de alcantarillado **ubicada al interior de su predio**, pero la propietaria de la vivienda autorizada, según lo manifiesta la señora Luz Nelly, descaradamente le dio pega al resto de viviendas viéndose seriamente afectada por la gran cantidad de agua que baja a la servidumbre de alcantarillado de su propiedad y por las humedades que esto representa, al igual que los tubos aéreos que producen contaminación visual en su propiedad”*. (Se resalta)

Lo anterior, es corroborado con lo señalado en el informe de la visita técnica efectuada el 1° de diciembre de 2020, prueba que fue ordenada de oficio por el *a quo*, y realizada por funcionarios de Empocaldas y del municipio de Chinchiná, encargados de la gestión del riesgo, con la presencia de la señora Luz Nelly Marín López propietaria de la vivienda ubicada en la Calle 4 12 - 21, en el que se constató que:

*“Al interior del predio, se observa el talud que sirve de lindero entre el predio de la señora Luz Nelly y las viviendas de la manzana K. **En la parte posterior de las viviendas de la Manzana K existen las redes de alcantarillado en voladizo de las viviendas, las cuales evacúan por la misma red de alcantarillado que sirve a las viviendas del predio de la señora Luz Nelly Marín...**”*.

Además se concluyó que:

- **No existe inestabilidad en el talud**, la estructura de concreto da estabilidad al terreno. El estado de conservación de la estructura es bueno.
- **Las conexiones de alcantarillado de las viviendas manzana K, evacúan por servidumbre por la misma red por donde corren las aguas negras de las viviendas de la señora Luz Nelly Marín López, situación lógica por la diferencia de nivel.** El estado de conservación de esta red lo debe certificar la empresa prestadora y administradora del servicio.

Lo anterior permite concluir que, no existe una situación de riesgo a la seguridad y salubridad pública, ni una denegación del acceso a la infraestructura de servicios públicos,

¹⁹ Folio 21-22 archivo 02 demanda anexos

o una prestación deficiente del servicio público de alcantarillado.

Valga resaltar además que, la situación que se presenta en las referidas redes internas de alcantarillado y las acometidas, son responsabilidad exclusiva de los usuarios del servicio, al respecto, el Decreto 302 de 2000²⁰ señala que *“la entidad prestadora de los servicios públicos está en la obligación de hacer el mantenimiento y reparación de las redes públicas de acueducto y alcantarillado”* (Artículo 22); mientras que al usuario le corresponde la construcción y mantenimiento de las instalaciones domiciliarias de alcantarillado del inmueble (*Conjunto de tuberías, accesorios y equipos que integran el sistema de tratamiento, evacuación y ventilación de los residuos líquidos instalados en un inmueble hasta la caja de inspección que se conecta a la red local de alcantarillado*) y de la acometida de alcantarillado (*Derivación que parte de la caja de inspección y llega hasta el colector de la red local*) (Artículos 11, 21).

Adicionalmente se debe precisar que, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, si bien es un derecho, también impone cargas que los usuarios deben cumplir, al respecto, el citado Decreto 302 de 2000²¹ señala:

“Artículo 11. Régimen de acometidas. La entidad prestadora de los servicios públicos establecerá las especificaciones de las acometidas de acueducto y alcantarillado, conforme a lo establecido en el Reglamento Técnico del Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico...

Parágrafo. Los suscriptores o usuarios deberán comunicar a la entidad prestadora de los servicios públicos, cualquier modificación, división, aumento de unidad a la cual se le presta el servicio, para que evalúe la posibilidad técnica de la prestación de los mismos y determinen las modificaciones hidráulicas que se requieran.

Artículo 20. Mantenimiento de las acometidas y medidores. En ningún caso se permite derivar acometidas desde la red matriz o de la red local sin autorización previa de la entidad prestadora de los servicios públicos. (...).”

En el caso concreto, según se señala en el oficio CO-2019-IE-00008663 del 20 de agosto de 2019 de Empocaldas: *“las 14 viviendas existentes en la parte alta de dicha finca fueron construidas irregularmente, ninguna tiene Licencia de Construcción ni planos, ni cuenta con el certificado de disponibilidad de servicios públicos expedidos por EMPOCALDAS S.A. E.S.P”*²².

De allí que correspondería a los propietarios o usuarios de los inmuebles inmiscuidos, ejecutar las obras dirigidas a independizar sus redes de alcantarillado para conectarlas a la red principal de alcantarillado, conforme a las normas técnicas pertinentes.

Por lo tanto, no se encuentra acreditada la amenaza o vulneración de los derechos colectivos invocados en la demanda, debido a las condiciones que presenta la red de alcantarillado en los predios ubicados en la calle 4 con carrera 12 entre los barrios La Guaira y Ciudadela del Valle del municipio de Chinchiná, pues no existe situación de riesgo a la seguridad y salubridad pública, ni una denegación del acceso a la infraestructura de servicios públicos, o una prestación deficiente del servicio de alcantarillado, ni la falta de construcción y/o

²⁰ “Por el cual se reglamenta la ley 142 de 1994, en materia de prestación de servicios públicos Domiciliarios de acueducto y alcantarillado”

²¹ “Por el cual se reglamenta la ley 142 de 1994, en materia de prestación de servicios públicos Domiciliarios de acueducto y alcantarillado”

²² Folio 57 archivo 02 demanda anexos

mejoramiento en la infraestructura del alcantarillado público, que sea imputable al actuar de las entidades demandadas.

6. Conclusión

De conformidad con lo expuesto, al no estar demostrada la vulneración o amenaza de derecho colectivo alguno en la situación descrita en la demanda, se impone confirmar la sentencia que negó las pretensiones de la parte actora.

7. Costas de Segunda Instancia

De conformidad con el artículo 38 de la Ley 472 de 1998, en armonía con lo previsto en el artículo 365 del C.G.P., no se impondrá costas en esta instancia, toda vez que no se hayan probadas las mismas.

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,

Sentencia:

Primero: Se confirma la sentencia del **22 de septiembre de 2022** proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales, dentro de la acción popular promovida por la Personería Municipal de Chinchiná contra la Empresa de Obras Sanitarias de Caldas Empocaldas S.A. E.S.P. y el Municipio de Chinchiná - Caldas.

Segundo: Sin Costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 12 de 2023.

NOTIFICAR


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado


AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación	17-001-33-39-004-2020-000044-02
Demandante	María Bernarda Betancourt Giraldo
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia	Sentencia No. 24

Decide la Sala oral el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 20 de septiembre de 2021, mediante la cual accedió a las súplicas de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

*“1. Declarar la nulidad del acto ficto configurado el 28 DE SEPTIEMBRE DE 2019 frente a la petición presentada el día 28 DE JUNIO DE 2019, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCIÓN POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los **SETENTA (70)** días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demanda y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

*2. Declarar que mi representado tiene derecho a que la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE MANIZALES**, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los **SETENTA (70)** días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

*1. Condenar a la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 1071 de 2006 a mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los **SETENTA (70)** días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

[...]

3. Condenar a la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA referida en el numeral anterior, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecución de la sentencia que ponga fin al presente proceso.

[...]”

2. Hechos.

La parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales el 31 de agosto de 2018.

Por medio de la Resolución No. 8299-6 del 3 de octubre de 2018 le fue reconocida la cesantía solicitada.

El pago de la referida prestación, según se dice en la demanda, se produjo el día 9 de enero de 2019 a través de entidad bancaria.

Se aduce que la demandante solicitó la cesantía el día 31 de agosto de 2018, fecha a partir de la cual la entidad contaba con setenta (70) días hábiles para el reconocimiento y pago de las cesantías que otorga la ley aplicable al caso, término que venció el día 12 de diciembre de 2018 mientras que el pago de las cesantías se efectuó el día 9 de enero de 2019, en consecuencia, transcurrieron 28 días de mora.

Finalmente, afirma que la solicitud de pago de sanción mora fue respondida mediante acto ficto administrativo negativo.

3. Normas Violadas y Concepto de Violación

Considera vulneradas las siguientes:

Constitución Política

Artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989.

Artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995.

Artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Consideró que las entidades obligadas a responder por dicha prestación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio han estado menoscabando las disposiciones que regulan la materia, al incurrir en una mora injustificada en el pago de las prestaciones sociales.

Sostuvo que la Ley 1071 del 2006 fue desconocida por parte de las entidades demandadas tanto en el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías, como en la negativa y pago de los intereses moratorios que, a su vez, se desconoció el artículo 4 que habla de un término de quince (15) días para el reconocimiento de las cesantías y los cuarenta y cinco (45) días hábiles para cancelar dicha prestación social; recalcando que se desconocieron tales términos a pesar de su perentoriedad.

4. Contestación de la Demanda

La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El argumento central apunta a la improcedencia de la indexación de la sanción moratoria. Plantea como excepciones la de “cobro de lo no debido excepción de pago” y “reconocimiento oficioso o genérica”.

5. Sentencia de primera instancia.

Mediante sentencia del 20 de septiembre de 2021, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN -COBRO DE LO NO DEBIDO”, propuesta por la entidad demandada, conforme a lo dicho en la motiva.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo ficto por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006 a la demandante, **MARÍA BERNARDA BETANCOUR**, derivado de la petición del 28 de junio de 2019.

TERCERO: ORDENAR a título de restablecimiento del derecho a la **NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a que reconozca y pague a la demandante, la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, consistente en un día de salario por cada día de retardo, para los períodos descritos anteriormente y sobre el salario percibido por la demandante mientras se produjo la mora, esto es 2018.

CUARTO: DISPONER que las sumas a pagar sean **INDEXADAS** a partir del momento en que cesó su causación y hasta la presente sentencia.

QUINTO: A la sentencia se le dará cumplimiento en los términos previstos en

el artículo 192 del CPACA.

SEXTO: CONDENAR en costas a la **NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, las cuales serán liquidadas por la Secretaría del Despacho, atendiendo las consideraciones expuestas en la parte motiva. [...]"

Como fundamento de la decisión sostuvo que, el acto administrativo que reconoció las cesantías a la accionante fue proferido por fuera del término que se tenía para ello, así también el pago se dio de manera tardía, lo que conlleva a contabilizar la mora a partir del día 70 de la radicación de la solicitud.

Aduce que, teniendo en cuenta la fecha de solicitud de las cesantías (31 de agosto de 2018), la entidad contaba con 70 días para efectuar el pago (hasta el 12 de diciembre de 2018) y comoquiera que el pago se efectuó el día 13 de diciembre de 2018, la mora en este caso es de un día.

En relación con la indexación de la condena, adoptó la tesis unificada en sentencia CE-SUJ.SII.012-2018 del 18 de julio de 2018.

Finalmente, para condenar en costas consideró que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y a la remisión normativa señalada por el canon 306 ibidem en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, y atendiendo a un criterio objetivo valorativo en su imposición, es procedente la condena a cargo de la parte demandada por el valor de las agencias en derecho, dado que se ha accedido a las pretensiones y se tiene acreditada que la parte demandante desplegó actuación por intermedio de su apoderado judicial.

6. Recurso de apelación.

La entidad demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia pues *"teniendo en cuenta los hechos, pretensiones y las pruebas de la demanda, tenemos que la fecha en que el docente presentó solicitud de cesantías fue el 31 de agosto de 2018, los 70 días vencieron el 12 de diciembre de 2018, la mora inicio a causarse a partir del 13 de diciembre 2018, la fecha en la que estuvo a disposición los dineros fue el 12 de diciembre de 2018, como consta en la certificación de Fiduprevisora S.A., como el pago se realizó en tiempo, en este caso no se generaron días de mora, pero el Juzgado 004 Administrativo de Manizales, en su sentencia consideró que se causó 01 día de mora periodo comprendido entre el 12 de diciembre de 2018 hasta el 13 de diciembre 2018, y no tuvo en cuenta la fecha de la certificación de la Fiduprevisora S.A., porque la fecha en que estuvo a disposición los dineros fue el 12 de diciembre de 2018 y NO el 13 de diciembre de 2018, como erróneamente indico el Juzgado 004 Administrativo Oral de Manizales."*

En relación con la orden de indexación señala que, el Consejo de Estado, en Sala Plena de la Sección Segunda, acogiendo la posición de la Corte Constitucional mediante una

sentencia de unificación ¹, precisó algunas reglas sobre el salario base para calcular la sanción por mora y determinó que la indexación no procedía respecto de la sanción por mora. Indicó que la sanción por mora es una multa que se *“consagró con el fin de conminar a las entidades encargadas al pago oportuno de la prestación social del auxilio de cesantías, ya que generalmente como consecuencia de la burocracia, la tramitología era común la (sic) demora en el citado pago”*. Es decir, se trata de una *“sanción o penalidad”* que busca el pago oportuno de las cesantías, pero no compensa al trabajador ni lo indemniza.

De otro lado, estima que la entidad demandada no debió ser condenada a pagar costas dentro del proceso, toda vez que las pretensiones fueron concedidas parcialmente. Agrega que en virtud del artículo 365 numeral 5 del CGP, en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

Así mismo, señala que en materia de lo Contencioso Administrativo, la condena en costas no se rige por un concepto objetivo, sino que exige por parte del operador jurídico una valoración subjetiva para su condena, no basta simplemente que la parte sea vencida, sino que debe realizarse una valoración de las conductas desplegadas por esa parte vencida.

7. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

Las partes no alegaron de conclusión y el Ministerio Público no rindió concepto.

II. Consideraciones de la Sala

1. Cuestión previa.

Resulta importante indicar que, en asuntos similares al aquí estudiado, existen pronunciamientos por parte de este Tribunal Administrativo – Sala Oral, en sentencias de primera instancia proferidas en audiencia simultánea llevada a cabo el día 07 de marzo de 2013¹, relacionadas con el pago tardío de las cesantías parciales, y se llegó a las siguientes conclusiones, las cuales se tendrán como precedente para el análisis del caso sub-examine:

- Es aplicable por identidad o analogía la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 27 de marzo 2007, con ponencia de Jesús María Lemus², y por tanto, la

¹ Sala Oral del Tribunal Administrativo de Caldas. Ponente: William Hernández Gómez. Radicados 17001-23-33-000-2012-00012-00 y 17001-23-33-000-2012-00080-00 demandado Nación-Ministerio de Educación – FNPSM – Ver también la sentencia del veintiséis (26) de agosto de 2015 M.P. William Hernández Gómez Rad: 2015-189.

² Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruíz.

jurisdicción de lo contencioso administrativo debe y puede conocer de la presente controversia, a la luz del artículo 104 del CPACA, y en sede de juicio ordinario declarativo, medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del CPACA.

- La Ley 1071 de 2006 es aplicable en su integridad al régimen especial de los docentes, y por tanto, se debe acatar el mandato legal allí contenido, relacionado con el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías parciales y definitivas.
- Acorde con lo indicado en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, “(...) *el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas (...)*”. Claro está, previo descuento de un total de 65³ días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.

2. Problemas Jurídicos.

Teniendo claridad en lo expuesto anteriormente, compete a la Sala determinar conforme el recurso de apelación interpuesto, los siguientes interrogantes:

- 2.1. ¿A partir de qué fecha se causó la sanción moratoria en el sub iudice?
- 2.2. ¿Es procedente la indexación de la condena impuesta en primera instancia por concepto de sanción moratoria?
- 2.3. ¿La condena en costas impuesta a la parte demandada en primera instancia está acorde con el criterio fijado por el Consejo de Estado vía jurisprudencial?

3. Primer problema jurídico.

El Tribunal invoca como precedente altamente persuasivo, la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, denominada de interés jurídico, del 27 de marzo 2007, con ponencia del doctor Jesús María Lemos⁴, en la que se argumentó que, si el reconocimiento y pago de las cesantías es tardío, entonces se debe contabilizar el término para efectos de la sanción moratoria, desde la fecha de presentación de la solicitud de liquidación o

Demandado: Municipio de Cali.

³ O de 70 días si la solicitud fue presentada en vigencia del C.P.A.C.A., pues en estos casos el término de ejecutoria de la Resolución de reconocimiento es de 10 días.

⁴ Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruíz. Demandado: Municipio de Cali.

anticipo de las cesantías.

Las principales razones expuestas por el Consejo de Estado, y que comparte plenamente el Tribunal Administrativo de Caldas, son las siguientes:

Se recalca que la regla jurídica de acción, con enunciados deónticos regulativos, contenidos en la Ley 1071, tiene como teleología establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas o parciales. Por ello la administración debe expedir la resolución en forma oportuna. La falta de respuesta o las respuestas evasivas acarrearán perjuicio al peticionario.

Dice la sentencia de Sala Plena del Consejo de Estado: “[...] Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 (léase L. 1071), el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria. [...]” (Subrayado fuera de texto)

Más adelante precisa la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado: “[...] Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudir a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante. [...]”

Ahora bien, el reconocimiento de las cesantías comprende varias sub etapas a saber: expedición del acto administrativo de reconocimiento, para lo cual la administración dispone de un término de 15 días; notificación de dicho acto administrativo, dentro del término que corresponda según se trate de notificación personal, por aviso o por medios electrónicos; ejecutoria del acto administrativo que será de 5 días si la petición de cesantías se hizo en vigencia del C.C.A., o de 10 días si lo propio se hizo en vigencia del CPACA; Si se interponen recursos en vía gubernativa, la administración cuenta con un

término de 15 días para resolverlos; finalmente, ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento, comienza a correr el término de 45 días para el pago efectivo de la cesantía, sea esta parcial o definitiva.

Mediante sentencia de unificación, el Consejo de Estado se ha encargado de precisar el modo en que han de computarse los términos en cada sub etapa, a efectos de establecer el momento a partir del cual se genera la mora por parte de la Administración.

Resulta importante entonces indicar que, conforme a la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018⁵, relacionada con el pago tardío de cesantías parciales o definitivas, se tendrán en cuenta los siguientes parámetros para el análisis del caso:

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

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

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

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley³ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. **De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.** /Resaltado de la Sala/

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

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

3.5.4. Sentar jurisprudencia, reiterando que es improcedente la

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación por Importancia Jurídica, proferida el 18 de julio de 2018.

indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.

En la referida sentencia de unificación, la Alta Corporación condensó su análisis sobre el tema en el siguiente cuadro:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal ¹⁴	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

En el caso concreto se tiene acreditado:

- i) La solicitud de pago de las cesantías parciales se presentó el día 31 de agosto de 2018, tal y como se desprende del libelo introductor y del acto de reconocimiento prestacional.
- ii) La entidad reconoció la cesantía parcial mediante Resolución No. 8299-6 del 3 de octubre de 2018, esto es, por fuera del término legal previsto para dicho efecto.
- iii) Dado lo anterior y atendiendo la sentencia de unificación ya referida, en este caso se contabilizan los términos así:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición

Cuando el acto administrativo de reconocimiento se expide de manera extemporánea, la

En consecuencia, le asiste razón al a quo para determinar que, en el sub iudice, la entidad está obligada al reconocimiento de un día de mora por reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales deprecadas por el demandante.

4. Segundo problema jurídico: Indexación de la sanción moratoria.⁶

La jurisprudencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado apunta a la tesis según la cual, no resulta procedente la indexación de la sanción moratoria porque ésta penaliza la negligencia del empleador en la obligación de reconocer y pagar oportunamente las cesantías a sus empleados, que en términos monetarios constituyen sumas de dinero mayores a la actualización a valor presente.

Ha dicho la Alta Corporación que, *“al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo”* y que *“las penalidades constituyen una sanción severa a quien incumple con determinada obligación, siendo inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa.”*⁷

Se ha considerado por la jurisprudencia en cita, que *“En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.”*

En efecto, la sentencia de Unificación de fecha 18 de julio de 2018, emanada de la Sección Segunda del Consejo de Estado, hace énfasis en que la improcedencia de la indexación de las sumas que componen la sanción moratoria por cesantías, se entiende *“sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA”*, referente al ajuste de las condenas conforme al IPC, actualización esta última que opera por disposición de la misma ley, ante lo cual no pudiera entenderse que por el hecho de que la sentencia de unificación, en los puntos de resolución del caso concreto, no ordenó la actualización conforme al artículo 187 del CPACA, estaría indicando que no debe darse alcance a dicha norma, cuando su aplicación deviene del mandato del legislador, sin que en la sentencia de unificación se dispusiera su inaplicación.

⁶ Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Tercera de Decisión, Magistrado Ponente Dohor Edwin Varón Vivas. Sentencia del 20 de mayo de 2022, proceso de NYRD radicado 2021-00053-02.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D.C. Dieciocho (18) de Julio de dos mil dieciocho (2018). Rad.No.:73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15)

Aspecto que ha sido reiterado por el H. Consejo de Estado⁸, precisando que, «según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero». «De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia ~art.187- y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA. (...)».

Así lo entendió la juez de primera instancia al ordenar la actualización de la condena impuesta por concepto de sanción moratoria, tal y como se desprende de la parte considerativa de la sentencia objeto de apelación, en la cual precisó que *“en acatamiento a lo señalado en el precedente vertical, este órgano judicial ordenará a la entidad demandada a reajustar con base en el IPC, el valor a cancelar a título de indemnización por mora en el pago de las cesantías parciales reconocidas mediante resolución No. 1258-6/2017 a partir del último día que se causó hasta la data en quede ejecutoriada la sentencia condenatoria.”* /Líneas fuera de texto/

Luego entonces, no prospera el cargo planteado por la parte demandada.

5. Costas y Agencias en Derecho.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado⁹ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Ahora bien, se observa que el a quo, al imponer la condena en costas, aplicó el criterio objetivo valorativo de conformidad con el lineamiento fijado por el Consejo de Estado, vale decir, para el efecto consideró que las pretensiones de la parte demandante salieron adelante y que la misma actuó a través de apoderado judicial, conllevando esto último al pago de agencias en derecho.

Cuando prospera parcialmente la demanda – como ocurrió en este caso – el juez puede

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, C.P. William Hernández Gómez

⁹ 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

abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión; ello, en atención a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P.

En este caso el juez consideró válidamente que las costas (agencias en derecho) se causaron en razón a la actividad desplegada por el apoderado de la parte demandante, no obstante, omitió precisar que la condena sería parcial de conformidad con el ordinal 5 del artículo 365 del CGP., aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA. Al considerar esta Sala que el argumento de la alzada no desvirtúa lo considerado por el a quo en aplicación del criterio objetivo valorativo para la imposición de las costas, procederá únicamente a modificar el ordinal sexto de la sentencia para dejar establecido que la condena impuesta será parcial, en proporción del 50% del monto autorizado por los acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura, partiendo del mínimo. El auto que efectúe la liquidación de manera concentrada en la primera instancia dará cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 366 del CGP.

En segunda instancia no hay lugar a la condena en costas en razón a la inactividad de la parte demandada.

6. Consideración final.

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

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

III. Falla

Primero: Se modifica el ordinal sexto de la sentencia, el cual quedará así:

SEXTO: Condenar parcialmente en costas a la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en proporción del 50% del monto autorizado por los acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura, partiendo del mínimo; las cuales serán liquidadas por la Secretaría del Juzgado, atendiendo lo establecido en el artículo 366 del CGP.

Segundo: Se confirma en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dentro del proceso de la referencia.

Tercero: Sin costas en esta instancia.

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

Quinto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

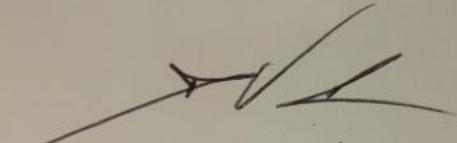
Notifíquese y cúmplase

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

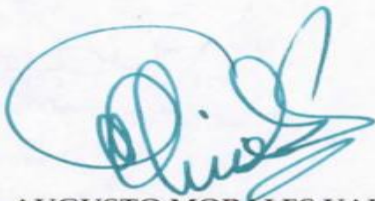
Los magistrados,



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado 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, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 30

Radicado: 170013333004-2020-00190-02
Medio de control: Reparación Directa
Accionante: Yolima Paola Osorio Cuartas
Accionado: Municipio de Manizales

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el auto que rechazó la reforma de la demanda por extemporánea.

I. Antecedentes

1. Providencia recurrida

El juzgado de primera instancia el 3 de diciembre de 2020 admitió la demanda y ordenó la notificación personal a la entidad demandada, conforme lo dispone el artículo 199 del CPACA, la cual se realizó por Secretaría el 11 de ese mismo mes y año.

La accionada contestó la demanda el 22 de febrero de 2021 y el 5 de abril de 2021, el apoderado demandante remitió al correo electrónico del Juzgado, reforma a la demanda por medio de la cual adicionó el acápite de pruebas.

El juzgado el 11 de noviembre de 2021 rechazó la reforma a la demanda teniendo en cuenta que el plazo para ello venció el 08 de marzo de 2021

La parte demandante interpuso recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación contra esta decisión. El primero fue resuelto el 16 de marzo de 2022, confirmando la decisión.

2. Recurso de apelación

El **demandante** solicita se revoque la decisión y en su lugar se admita la reforma de la demanda aduciendo que, el *a quo* esta dando aplicación a la Ley 2080 de 2021, a pesar de que la demanda fue notificada el 11 de diciembre de 2020 cuando todavía estaba vigente el artículo 199 de la ley 1437 de 2011, en armonía con el artículo 8 del Decreto 806 de 2020. Que dando aplicación a la normatividad anterior se tiene:

- Envío por correo electrónico al demandado del auto admisorio de la demanda: 11 de diciembre de 2020.
- Notificación demanda según Decreto 806 de 2020: 15 de diciembre de 2020.
- Término común de 25 días después de la última notificación: 11 de febrero de 2021.
- Término de traslado de la demanda, 30 días: 26 de marzo de 2021.
- Término para presentar reforma de la demanda: 13 de abril de 2021.
- Fecha de presentación de la reforma de la demanda: 5 de abril de 2021.

Por lo anterior concluye que la reforma de la demanda fue presentada dentro de los términos de la ley vigente al momento de la notificación de la demanda.

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 rechaza la demanda se encuentra enlistado en el artículo 243 Ibidem.

2. Problema jurídico

La atención de esta Sala Plural se contrae en determinar: *¿La reforma de la demanda fue presentada oportunamente?*

3. Tesis del Tribunal

La reforma de la demanda fue presentada oportunamente por cuanto, el término para que la accionada contestara la demanda venció el 26 de marzo de 2021; finalizado el cual, la parte actora contaba con 10 días para adicionar, aclarar o modificar la demanda, es decir hasta el 16 de abril de 2021.

Por lo tanto, como la reforma de la demanda fue radicada el 5 de abril de 2021, se concluye que esta fue presentada dentro del término legal.

Para soportar lo expuesto, se hará referencia a: **i)** el marco jurídico sobre el plazo para reformar la demanda; **ii)** los hechos acreditados; para descender al **iii)** análisis del caso.

4. Marco jurídico - Plazo para reformar la demanda

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA al respecto señala:

“Artículo 172. Traslado de la demanda. De la demanda se correrá traslado al demandado, al Ministerio Público y a los sujetos que, según la demanda o las actuaciones acusadas, tengan interés directo en el resultado del proceso, por el término de treinta (30) días, plazo que

comenzará a correr de conformidad con lo previsto en los artículos 199 y 200 de este Código y dentro del cual deberán contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía, y en su caso, presentar demanda de reconvención.

Artículo 173. Reforma de la demanda. *El demandante podrá adicionar, aclarar o modificar la demanda, por una sola vez, conforme a las siguientes reglas:*

1. La reforma podrá proponerse hasta el vencimiento de los diez (10) días siguientes al traslado de la demanda.

De la admisión de la reforma se correrá traslado mediante notificación por estado y por la mitad del término inicial. Sin embargo, si se llama a nuevas personas al proceso, de la admisión de la demanda y de su reforma se les notificará personalmente y se les correrá traslado por el término inicial...”.

Artículo 199. (modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso Ley 1564 de 2012) Notificación personal del auto admisorio y del mandamiento de pago a entidades públicas, al Ministerio Público, a personas privadas que ejerzan funciones públicas y a particulares que deban estar inscritos en el registro mercantil. *El auto admisorio de la demanda y el mandamiento de pago contra las entidades públicas y las personas privadas que ejerzan funciones propias del Estado se deben notificar personalmente a sus representantes legales o a quienes estos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones, o directamente a las personas naturales, según el caso, y al Ministerio Público, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales a que se refiere el artículo 197 de este código.*

De esta misma forma se deberá notificar el auto admisorio de la demanda a los particulares inscritos en el registro mercantil en la dirección electrónica por ellos dispuesta para recibir notificaciones judiciales.

El mensaje deberá identificar la notificación que se realiza y contener copia de la providencia a notificar y de la demanda.

Se presumirá que el destinatario ha recibido la notificación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje. El secretario hará constar este hecho en el expediente.

En este evento, las copias de la demanda y de sus anexos quedarán en la secretaría a disposición del notificado y el traslado o los términos que conceda el auto notificado, sólo comenzarán a correr al vencimiento del término común de veinticinco (25) días después de surtida la última notificación. Deberá remitirse de manera inmediata y a través del servicio postal autorizado, copia de la demanda, de sus anexos y del auto admisorio, sin perjuicio de las copias que deban quedar en el expediente a su disposición de conformidad con lo establecido en este inciso.

En los procesos que se tramiten ante cualquier jurisdicción en donde sea demandada una entidad pública, deberá notificarse también a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en los mismos términos y para los mismos efectos previstos en este artículo. En este evento se aplicará también lo dispuesto en el inciso anterior.

La notificación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se hará en los términos establecidos y con la remisión de los documentos a que se refiere este artículo para la parte demandada”.

Se destaca que el artículo 199 del CPACA fue posteriormente modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021 que comenzó a regir a partir del 25 de enero de 2021, precisando además en su artículo 86 inciso 4º que: *“En estos mismos procesos, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones”.* El artículo 199 quedó así:

“ARTÍCULO 199. Notificación personal del auto admisorio y del mandamiento ejecutivo a entidades públicas, al Ministerio Público, a personas privadas que ejerzan funciones públicas y a los particulares. El auto admisorio de la demanda y el mandamiento ejecutivo contra las entidades públicas y las personas privadas que ejerzan funciones públicas, se deben notificar personalmente a sus representantes legales o a quienes estos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones, o directamente a las personas naturales, según el caso, y al Ministerio Público, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales a que se refiere el artículo 197 de este código.

A los particulares se les notificará el auto admisorio de la demanda al canal digital informado en la demanda. Los que estén inscritos en el registro mercantil o demás registros públicos obligatorios creados legalmente para recibir notificaciones judiciales, en el canal indicado en este.

El mensaje deberá identificar la notificación que se realiza y contener copia electrónica de la providencia a notificar. Al Ministerio Público deberá anexársele copia de la demanda y sus anexos. Se presumirá que el destinatario ha recibido la notificación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda constatar por otro medio el acceso al mensaje electrónico por parte del destinatario. El secretario hará constar este hecho en el expediente.

El traslado o los términos que conceda el auto notificado solo se empezarán a contabilizar a los dos (2) días hábiles siguientes al del envío del mensaje y el término respectivo empezará a correr a partir del día siguiente.

En los procesos que se tramiten ante cualquier jurisdicción en donde estén involucrados intereses litigiosos de la Nación, en los términos del artículo 2º del Decreto Ley 4085 de 2011 o la norma que lo sustituya, deberá remitirse copia electrónica del auto admisorio o mandamiento ejecutivo, en conjunto con la demanda y sus anexos, al buzón de correo electrónico de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Esta comunicación no genera su vinculación como sujeto procesal, sin perjuicio de la facultad de intervención prevista en el artículo 610 de la Ley 1564 de 2012. En la misma forma se le remitirá copia de la providencia que termina el proceso por cualquier causa y de las sentencias.

Ahora bien, para la fecha de notificación de la admisión de la demanda a la entidad accionada - diciembre de 2020 - se encontraba vigente el Decreto 806 del 4 de junio de 2020, el cual señala:

“ARTÍCULO 8. Notificaciones personales. Las notificaciones que deban hacerse personalmente también podrán efectuarse con el envío de la providencia respectiva como mensaje de datos a la dirección electrónica o sitio que suministre el interesado en que se realice la notificación, sin necesidad del envío de previa citación o aviso físico o virtual. Los anexos que deban entregarse para un traslado se enviarán por el mismo medio.

El interesado afirmará bajo la gravedad del juramento, que se entenderá prestado con la petición, que la dirección electrónica o sitio suministrado corresponde al utilizado por la persona a notificar, informará la forma como la obtuvo y allegará las evidencias correspondientes, particularmente las comunicaciones remitidas a la persona por notificar.

La notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación. (...). (Se resalta)

5. Análisis sustancial del caso concreto

De acuerdo a lo anterior, es claro que, de conformidad con el artículo 8º del Decreto 806 de 2020 la notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación. Que además, luego de finalizado el término de traslado de la demanda; esto es, una vez transcurridos los 30 días otorgados por la Ley para contestar la demanda, comienza automáticamente a correr los 10 días para que el demandante pueda reformar la demanda.

En el caso concreto, el auto admisorio de la demanda se remitió por correo electrónico a la demandada el 11 de diciembre de 2020, por lo que se entiende notificada la demanda el día 15 de diciembre de 2020, esto es, pasados dos días de que trata el artículo 8 del Decreto 806, por lo que a partir del día siguiente comenzaron a correr los 25 días de que trata el artículo 199 del CPACA modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso, los cuales vencieron el 11 de febrero de 2021

Esta norma es aplicable al caso concreto por encontrarse vigente para la fecha en que inició el término -16 de diciembre de 2020, pues la reforma señalada en la Ley 2080 de 2021 comenzó a regir a partir del 25 de enero de 2021.

Por consiguiente, el término para que la accionada contestara la demanda venció el 26 de marzo de 2021; finalizado el cual, la parte actora contaba con 10 días para adicionar, aclarar o modificar la demanda, es decir hasta el 16 de abril de 2021.

Por lo tanto, como la reforma de la demanda fue radicada el 5 de abril de 2021, se concluye que esta fue presentada dentro del término legal.

7. Conclusión

Por lo anterior, se revocará la decisión, y en su lugar se ordenará al *a quo* continuar con el análisis de admisibilidad de la reforma de la demanda.

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

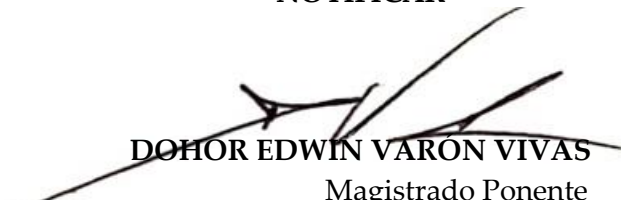
RESUELVE:

PRIMERO: Revocar el auto proferido el 11 de noviembre de 2021 Por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de reparación directa promovió Yolima Paola Osorio Curtas y otros contra el municipio de Manizales, en el que se rechazó por extemporánea la reforma de la demanda.

SEGUNDO: En su lugar, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previa anotación en el Sistema “*Justicia Siglo XXI*” para que continúe el análisis de admisibilidad de la reforma de la demanda.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 12 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001 33 39 004 2020 00222 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	María Belsy Vélez Álvarez
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación - FNPSM
Providencia:	Sentencia No. 23

Asunto

La Sala Segunda Oral de Decisión desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 23 de septiembre de 2021, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

1. Se declare la nulidad del acto ficto configurado el 28 de septiembre de 2019, en razón al silencio administrativo frente a la petición del 28 de junio de 2019, con el cual se negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a la parte demandante.

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

- i) Declarar que la parte demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional – prima de mitad de año -, por ser pensionada del FNPSM.
- ii) Ordenar la indexación de las sumas de dinero que fueren reconocidas.
- iii) Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y siguientes del C/CA.
- iv) Que se condene en costas a la entidad demandada.

2. Hechos.

Se indica que la parte demandante prestó sus servicios como docente oficial, con afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), sin derecho a la pensión gracia en razón a que su vinculación fue posterior al 1° de enero de 1981.

Por cumplir con los requisitos de ley, a la parte demandante le fue reconocida una pensión de jubilación mediante Resolución 623 del 30 de agosto de 2013.

A la parte demandante no se le ha cancelado la mesada adicional de medio año a la cual, según estima, tiene derecho de acuerdo con la Ley 91 de 1989; regulación que fue confirmada en Sentencia de Unificación de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, identificada como SUJ-014-CE-S2-2019 Consejero Ponente: César Palomino Cortés.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Invocó la Ley 91 de 1989 Artículo 15 y la Sentencia de unificación SUJ—014—CE—S2—2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Como concepto de la violación se expresa, en suma, que la prima de mitad de año fue creada

por el legislador para aquellos docentes que no fueron beneficiarios de la pensión gracia a modo de compensación, por lo que su reconocimiento es una garantía irredimible y una obligación a cargo del Estado.

De conformidad con el literal (b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, aquellos docentes que no fueron acreedores de la pensión gracia, cuentan con el beneficio de la prima de mitad de año, distinta a la mesada adicional prevista por el régimen de la Ley 100 de 1993.

El Acto Legislativo 01 de 2005 extinguió la mesada adicional prevista en la Ley 100 de 1993, más no aquella consagrada en la Ley 91 de 1989.

4. Contestación de la demanda.

4.1. La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM-

La entidad se opuso a las pretensiones de la parte demandante al considerar que la mesada 14 no puede ser reconocida a personas cuyo derecho pensional se consolide con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, salvo aquellas que perciban una pensión igual o inferior a 3 SMLMV, y que la misma se hubiere causado antes del 31 de julio de 2011. En este caso encuentra acreditado que la señora María Belsy Vélez Arbeláez causó su derecho pensional el 04/04/2013, es decir, con posterioridad de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 de 2005, por lo que no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14. Planteó como excepciones las siguientes: “Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido” y “Genérica”.

5. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 23 de septiembre de 2021, negó las pretensiones de la parte demandante.

En primer lugar, indicó que la prima de mitad de año fue concebida para compensar al grupo de docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se vieron afectados por la modificación al régimen que pertenecían, específicamente, ante la eliminación del derecho al reconocimiento de la

pensión gracia. (Ley 91 de 1989, artículo 2°, literal B)

Así mismo, señaló que con la expedición de la Ley 100 de 1993 (Artículo 142) se creó el derecho al reconocimiento de la mesada adicional (mesada 14) para los pensionados. Sin embargo, aclara que de dicho régimen quedaron exceptuados los afiliados al FNPSM conforme lo dispuso el artículo 279 ibídem.

A continuación, precisó que con el Acto legislativo 01 de 2005 - que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política – dispuso que *“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.”* y en su Parágrafo Transitorio 6o. dispuso que *“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.”* Con fundamento en lo anterior coligió que, el propósito del constituyente fue, entre otras cosas, eliminar el derecho de todos los pensionados a recibir la mesada adicional a las 13 percibidas anualmente, con la excepción ya antedicha. Al respecto, también se sirvió citar un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹, en similar línea de intelección a la que se expone, relacionado con el reconocimiento de la mesada 14 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Respecto del caso concreto observó que la parte demandante adquirió el derecho a la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011, y en tal sentido no tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional según lo dispone el parágrafo sexto transitorio del artículo 48 de la Constitución Política.

Finalmente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y a la remisión normativa señalada por el canon 306 ibidem en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, y atendiendo a un criterio objetivo valorativo en su imposición, se condenó en costas a la parte demandante por el valor de las agencias

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de 2007. Radicación No. 1.857. 11001-03-06-000-2007-00084-00.

en derecho, dado que se han negado las pretensiones y se tiene acreditada que la parte demandada desplegó actuación por intermedio de su apoderado judicial.

6. Recurso de apelación.

La apoderada de la parte demandante solicitó revocar la sentencia de primer grado de conformidad con los argumentos que pasan a compendiarse.

Precisó que la mesada adicional pretendida es aquella prevista en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que creó dicho beneficio a modo de compensación para aquellos docentes que no reunieron los requisitos para ser beneficiarios de una pensión gracia; mientras que la mesada de medio año creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 buscaba compensar a aquellas personas que se pensionaron con anterioridad a la Ley 71 de 1988.

Se refirió a las Sentencias C-409 de 1994 y C-461 de 1995 emanadas de la H. Corte Constitucional, así como a la Sentencia de Unificación de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado de 25 de abril de 2019, identificada como SUJ –014 -CE-S2-2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

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. Agrega que la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) artículo 188 fue adicionada por la ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 47, así: *“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”*.

7. Alegatos de segunda instancia.

Las partes guardaron silencio.

II. Consideraciones de la Sala

Pretende la parte actora que se declare la nulidad del acto administrativo con el cual la entidad demandada le negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año y, en

consecuencia, se proceda a ordenar el reconocimiento de dicha prestación.

1. Problemas Jurídicos.

De conformidad con los planteamientos de la parte apelante, los problemas jurídicos a desatar se contraen a los siguientes:

- 1.1. ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, conforme lo prevé el numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989?
- 1.2. ¿Es procedente la condena en costas en primera instancia?

2. Marco jurídico de la prima de mitad de año.

La Ley 91 de 1989, “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magistrado*”, estableció en el artículo 15 las disposiciones que regirían al personal docente nacional y nacionalizado que se vinculara con posterioridad al 1º de enero de 1990, entre ellas, aquella contenida en el literal (b) del numeral 2, que reza:

“(…)

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

Más adelante, la mesada adicional de mitad de año pagadera en el mes de junio, conocida como mesada 14, fue estatuida por la Ley 100 de 1993, que en su artículo 142 dispuso:

“ARTÍCULO 142. 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."

Posteriormente, el artículo 279 de la misma norma dispuso que estarían exceptuados del régimen prestacional allí previsto "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".

Luego fue expedida la Ley 238 de 1995 que adicionó el referido artículo 279 de la Ley 100 de 1993, e hizo extensivos los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de la misma norma, a los regímenes exceptuados del Sistema General de Seguridad Social.

2.1. La modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005

El Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución, dispuso:

"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".

(...)

"En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos".

(...)

"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo".

"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 1o. A partir del 31 de julio de 2010, no podráncausarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursosde naturaleza pública".

"Parágrafo 2o. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídicoalguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General dePensiones".

"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 legalesvigentes 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 derechosde 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".

Ahora, en punto a la aplicabilidad del Acto Legislativo 01 de 2005 sobre los regímenes especiales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto de 22 de noviembre de 2007² concluyó:

"

(...) la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279

² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de 2007. Radicación No. 1.857. 11001-03-06-000-2007-00084-00.

de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

*Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.
(...)*

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

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

(...)”

Por lo anterior, y contrario a lo manifestado por la parte demandante, el Acto Legislativo 01 de 2005 tuvo como propósito contribuir a la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, **mediante la unificación de regímenes pensionales**, y la imposición de prohibiciones en punto a los límites en los montos pensionales y al número de mesadas devengadas por los beneficiarios en un año. No obstante, en el parágrafo transitorio 6º, introdujo una excepción a esta última limitación, aclarando que recibirán 14 mesadas al año quienes sean beneficiarios de una pensión igual o inferior a 3 SMMLV, siempre que esta se haya causado antes del 31 de julio de 2011.

Lo anterior permite a esta Sala de Decisión concluir que **no procede** el reconocimiento de la mesada adicional o mesada 14:

- Para quienes adquieran el derecho a la pensión con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, al 25 de julio de 2005, siempre que la cuantía de la pensión reconocida supere los 3 SMMLV; y

- Para quienes causen el derecho pensional con posterioridad al 31 de julio de 2011, sin excepción.

Por último, debe señalarse que la sentencia de unificación emitida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado con ponencia del Magistrado César Palomino Cortés, traída al debate por la parte actora como sustento adicional de sus pretensiones, no contiene una disertación en torno a la vigencia del numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 de cara a lo previsto en el inciso octavo del Acto Legislativo 01 de 2005. La alusión que en dicha sentencia de unificación se hace a la prima de mitad de año como factor computable en la pensión de vejez de los docentes, constituye un *obiter dicta* que, por lo tanto, no tuvo incidencia en la solución del problema jurídico que convocó la atención de la Alta Corporación y que derivó en la decisión allí plasmada.

3. Caso Concreto.

En el expediente fue acreditado que:

- Con Resolución 623 del 30 de agosto de 2013, a la señora María Belsy Vélez Álvarez le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación, en cuantía de \$2'155.556, a partir del 4 de abril de 2013;
- Mediante petición del 28 de junio de 2019 la parte demandante solicitó el reconocimiento de la prima de mitad de año, la cual no fue atendida de manera expresa por la demandada.

Atendiendo a tales situaciones y a lo que es materia de reproche frente a la decisión de primera instancia, se permite esta Sala Plural concluir que:

- La parte demandante adquirió el derecho a la pensión de jubilación con posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. Incluso, con posterioridad al 31 de julio de 2011, fecha límite para la aplicación de la excepción.
- En gracia de discusión, la cuantía de la pensión reconocida supera el límite máximo de 3 SMMLV, así

CUANTÍA	SMMLV FECHA DE ESTATUS PENSIÓN	MONTO MÁXIMO (3 SMLMV)
\$2`155.556	(2013) \$589.500	\$1`768.500

Así las cosas, es diáfano para la Sala de Decisión que en el presente asunto no se dan los presupuestos legales para el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a favor de la parte demandante, en razón a que la adquisición del status pensional se dio en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y en todo caso, con posterioridad al 31 de julio de 2011, razón por la cual no se aplica la excepción relativa al monto de la pensión.

En conclusión, la parte demandante no reúne los requisitos necesarios para acceder a la prestación pretendida, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia impugnada.

4. Costas en primera y segunda instancia.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado³ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Ahora bien, se observa que el a quo, al imponer la condena en costas, aplicó el criterio objetivo valorativo de conformidad con el lineamiento fijado por el Consejo de Estado, vale decir, para el efecto consideró que las pretensiones de la parte demandante no salieron adelante y que la entidad demandada actuó a través de apoderado judicial a través del cual contestó la demanda y llevó a cabo otras actuaciones judiciales, conllevando esto último al pago de agencias en derecho.

El a quo dispuso sobre la condena en costas por así permitírsele el artículo 188 inciso primero del CPACA.

³ 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

Ha de tenerse en cuenta que el inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 al artículo 188 del CPACA, plantea un criterio adicional para la condena en costas en contra de la parte demandante, cual es el que se presente la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal. Es por ello que, frente a esta norma se pueden presentar varias hipótesis a saber:

- i) De encontrarse configurado el elemento objetivo valorativo, se podrá condenar en costas a la parte demandante, aunque la demanda no sea manifiestamente infundada;
- ii) De no encontrarse configurado el elemento objetivo valorativo, pero la demanda fue presentada con manifiesta carencia de fundamento legal, se podrá imponer condena en costas a la parte demandante;
- iii) Si no se cumple ninguno de los dos criterios, no hay lugar a condenar en costas a la parte demandante.

En el sub examine se verificó la primera de las hipótesis enunciadas y es por ello que será confirmada la condena en costas a cargo de la parte demandante.

En segunda instancia no se causan las costas a cargo de la parte demandante porque no se halla actividad procesal de la parte demandada.

5. Consideración final.

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, con la cual se negaron las pretensiones formuladas por la señora María Belsy Vélez Álvarez dentro del proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM-.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

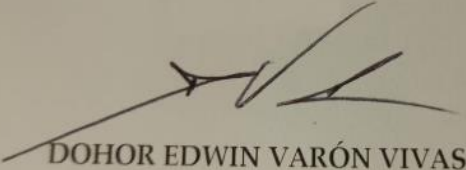
Cuarto: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001 33 39 004 2020 00239 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Yolanda Osorio García
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación - FNPSM
Providencia:	Sentencia No. 22

Asunto

La Sala Segunda Oral de Decisión desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 23 de septiembre de 2021, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

1. Se declare la nulidad del acto ficto configurado el 1 de noviembre de 2019, en razón al silencio administrativo frente a la petición del 1 de agosto de 2019, con el cual se negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a la parte demandante.

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

- i) Declarar que la parte demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional – prima de mitad de año -, por ser pensionada del FNPSM.
- ii) Ordenar la indexación de las sumas de dinero que fueren reconocidas.
- iii) Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y siguientes del C/CA.
- iv) Que se condene en costas a la entidad demandada.

2. Hechos.

Se indica que la parte demandante prestó sus servicios como docente oficial, con afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), sin derecho a la pensión gracia en razón a que su vinculación fue posterior al 1° de enero de 1981.

Por cumplir con los requisitos de ley, a la parte demandante le fue reconocida una pensión de jubilación mediante Resolución 046 del 3 de febrero de 2010.

A la parte demandante no se le ha cancelado la mesada adicional de medio año a la cual, según estima, tiene derecho de acuerdo con la Ley 91 de 1989; regulación que fue confirmada en Sentencia de Unificación de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, identificada como SUJ-014-CE-S2-2019 Consejero Ponente: César Palomino Cortés.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Invocó la Ley 91 de 1989 Artículo 15 y la Sentencia de unificación SUJ—014—CE—S2—2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Como concepto de la violación se expresa, en suma, que la prima de mitad de año fue creada

por el legislador para aquellos docentes que no fueron beneficiarios de la pensión gracia a modo de compensación, por lo que su reconocimiento es una garantía irredimible y una obligación a cargo del Estado.

De conformidad con el literal (b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, aquellos docentes que no fueron acreedores de la pensión gracia, cuentan con el beneficio de la prima de mitad de año, distinta a la mesada adicional prevista por el régimen de la Ley 100 de 1993.

El Acto Legislativo 01 de 2005 extinguió la mesada adicional prevista en la Ley 100 de 1993, más no aquella consagrada en la Ley 91 de 1989.

4. Contestación de la demanda.

4.1. La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM-

La entidad se opuso a las pretensiones de la parte demandante al considerar que la mesada 14 no puede ser reconocida a personas cuyo derecho pensional se consolide con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, salvo aquellas que perciban una pensión igual o inferior a 3 SMLMV, y que la misma se hubiere causado antes del 31 de julio de 2011. En este caso encuentra acreditado que la docente Yolanda Osorio García adquirió su estatus el 28 de febrero de 2009, es decir, con posterioridad de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 de 2005, por lo que no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14 o prima de junio. Planteó como excepciones las siguientes: “Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido” y “Genérica”.

5. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 23 de septiembre de 2021, negó las pretensiones de la parte demandante.

En primer lugar, indicó que la prima de mitad de año fue concebida para compensar al grupo de docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se vieron afectados por la modificación al régimen que pertenecían, específicamente, ante la eliminación del derecho al reconocimiento de la

pensión gracia. (Ley 91 de 1989, artículo 2°, literal B)

Así mismo, señaló que con la expedición de la Ley 100 de 1993 (Artículo 142) se creó el derecho al reconocimiento de la mesada adicional (mesada 14) para los pensionados. Sin embargo, aclara que de dicho régimen quedaron exceptuados los afiliados al FNPSM conforme lo dispuso el artículo 279 ibídem.

A continuación, precisó que con el Acto legislativo 01 de 2005 - que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política – dispuso que *“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.”* y en su Parágrafo Transitorio 6o. dispuso que *“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.”* Con fundamento en lo anterior coligió que, el propósito del constituyente fue, entre otras cosas, eliminar el derecho de todos los pensionados a recibir la mesada adicional a las 13 percibidas anualmente, con la excepción ya antedicha. Al respecto, también se sirvió citar un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹, en similar línea de intelección a la que se expone, relacionado con el reconocimiento de la mesada 14 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Respecto del caso concreto observó que la parte demandante adquirió el derecho a la pensión con anterioridad al 31 de julio de 2011, no obstante, la mesada excede el rango de los 3 SMLMV y en tal sentido no tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional según lo dispone el parágrafo sexto transitorio del artículo 48 de la Constitución Política.

Finalmente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y a la remisión normativa señalada por el canon 306 ibidem en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, y atendiendo a un criterio objetivo valorativo en su imposición, se condenará a la parte demandante por el valor de las agencias en derecho, dado que se han

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de 2007. Radicación No. 1.857. 11001-03-06-000-2007-00084-00.

negado las pretensiones y se tiene acreditada que la parte demandada desplegó actuación por intermedio de su apoderado judicial.

6. Recurso de apelación.

La apoderada de la parte demandante solicitó revocar la sentencia de primer grado de conformidad con los argumentos que pasan a compendiarse.

Precisó que la mesada adicional pretendida es aquella prevista en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que creó dicho beneficio a modo de compensación para aquellos docentes que no reunieron los requisitos para ser beneficiarios de una pensión gracia; mientras que la mesada de medio año creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 buscaba compensar a aquellas personas que se pensionaron con anterioridad a la Ley 71 de 1988.

Se refirió a las Sentencias C-409 de 1994 y C-461 de 1995 emanadas de la H. Corte Constitucional, así como a la Sentencia de Unificación de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado de 25 de abril de 2019, identificada como SUJ –014 -CE-S2-2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

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. Agrega que la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) artículo 188 fue adicionada por la ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 47, así: “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”.

7. Alegatos de segunda instancia.

Las partes guardaron silencio.

II. Consideraciones de la Sala

Pretende la parte actora que se declare la nulidad del acto administrativo con el cual la entidad demandada le negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año y, en

consecuencia, se proceda a ordenar el reconocimiento de dicha prestación.

1. Problemas Jurídicos.

De conformidad con los planteamientos de la parte apelante, los problemas jurídicos a desatar se contraen a los siguientes:

- 1.1. ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, conforme lo prevé el numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989?
- 1.2. ¿Es procedente la condena en costas en primera instancia?

2. Marco jurídico de la prima de mitad de año.

La Ley 91 de 1989, “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magistrado*”, estableció en el artículo 15 las disposiciones que regirían al personal docente nacional y nacionalizado que se vinculara con posterioridad al 1º de enero de 1990, entre ellas, aquella contenida en el literal (b) del numeral 2, que reza:

“(…)

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

Más adelante, la mesada adicional de mitad de año pagadera en el mes de junio, conocida como mesada 14, fue estatuida por la Ley 100 de 1993, que en su artículo 142 dispuso:

“ARTÍCULO 142. 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."

Posteriormente, el artículo 279 de la misma norma dispuso que estarían exceptuados del régimen prestacional allí previsto "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".

Luego fue expedida la Ley 238 de 1995 que adicionó el referido artículo 279 de la Ley 100 de 1993, e hizo extensivos los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de la misma norma, a los regímenes exceptuados del Sistema General de Seguridad Social.

2.1. La modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005

El Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución, dispuso:

"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".

(...)

"En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos".

(...)

"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo".

"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 1o. A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública".

"Parágrafo 2o. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones".

"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".

Ahora, en punto a la aplicabilidad del Acto Legislativo 01 de 2005 sobre los regímenes especiales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto de 22 de noviembre de 2007² concluyó:

“

(...) la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los

² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de 2007. Radicación No. 1.857. 11001-03-06-000-2007-00084-00.

regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

*Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.
(...)*

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

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

(...)”

Por lo anterior, y contrario a lo manifestado por la parte demandante, el Acto Legislativo 01 de 2005 tuvo como propósito contribuir a la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, **mediante la unificación de regímenes pensionales**, y la imposición de prohibiciones en punto a los límites en los montos pensionales y al número de mesadas devengadas por los beneficiarios en un año. No obstante, en el parágrafo transitorio 6º, introdujo una excepción a esta última limitación, aclarando que recibirán 14 mesadas al año quienes sean beneficiarios de una pensión igual o inferior a 3 SMMLV, siempre que esta se haya causado antes del 31 de julio de 2011.

Lo anterior permite a esta Sala de Decisión concluir que **no procede** el reconocimiento de la mesada adicional o mesada 14:

- Para quienes adquieran el derecho a la pensión con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, al 25 de julio de 2005, siempre que la cuantía de

la pensión reconocida supere los 3 SMMLV; y

- Para quienes causen el derecho pensional con posterioridad al 31 de julio de 2011, sin excepción.

Por último, debe señalarse que la sentencia de unificación emitida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado con ponencia del Magistrado César Palomino Cortés, traída al debate por la parte actora como sustento adicional de sus pretensiones, no contiene una disertación en torno a la vigencia del numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 de cara a lo previsto en el inciso octavo del Acto Legislativo 01 de 2005. La alusión que en dicha sentencia de unificación se hace a la prima de mitad de año como factor computable en la pensión de vejez de los docentes, constituye un *obiter dicta* que, por lo tanto, no tuvo incidencia en la solución del problema jurídico que convocó la atención de la Alta Corporación y que derivó en la decisión allí plasmada.

3. Caso Concreto.

En el expediente fue acreditado que:

- Con Resolución 046 del 3 de febrero de 2010, a la señora Yolanda Osorio García le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación, en cuantía de \$1`759.022, a partir del 1 de marzo de 2009;
- Mediante petición del 1 de agosto de 2019 la parte demandante solicitó el reconocimiento de la prima de mitad de año, la cual no fue atendida de manera expresa por la demandada.

Atendiendo a tales situaciones y a lo que es materia de reproche frente a la decisión de primera instancia, se permite esta Sala Plural concluir que:

- La parte demandante adquirió el derecho a la pensión de jubilación con posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.
- La cuantía de la pensión reconocida supera el límite máximo de 3 SMMLV, así

CUANTÍA	SMMLV FECHA DE ESTATUS PENSIÓN	MONTO MÁXIMO (3 SMLMV)
\$1`759.022	(2009) \$496.900	\$1`490.700

Así las cosas, es diáfano para la Sala de Decisión que en el presente asunto no se dan los presupuestos legales para el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a favor de la parte demandante, en razón a que la adquisición del status pensional se dio en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y en todo caso, dado que el monto de la pensión superó el tope de los 3 SMLMV, no se aplica la excepción prevista en la norma.

En conclusión, la parte demandante no reúne los requisitos necesarios para acceder a la prestación pretendida, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia impugnada.

4. Costas en primera y segunda instancia.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado³ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Ahora bien, se observa que el a quo, al imponer la condena en costas, aplicó el criterio objetivo valorativo de conformidad con el lineamiento fijado por el Consejo de Estado, vale decir, para el efecto consideró que las pretensiones de la parte demandante no salieron adelante y que la entidad demandada actuó a través de apoderado judicial a través del cual contestó la demanda y llevó a cabo otras actuaciones judiciales, conllevando esto último al pago de agencias en derecho.

El a quo dispuso sobre la condena en costas por así permitírselo el artículo 188 inciso primero del CPACA.

³ 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

Ha de tenerse en cuenta que el inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 al artículo 188 del CPACA, plantea un criterio adicional para la condena en costas en contra de la parte demandante, cual es el que se presente la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal. Es por ello que, frente a esta norma se pueden presentar varias hipótesis a saber:

- i) De encontrarse configurado el elemento objetivo valorativo, se podrá condenar en costas a la parte demandante, aunque la demanda no sea manifiestamente infundada;
- ii) De no encontrarse configurado el elemento objetivo valorativo, pero la demanda fue presentada con manifiesta carencia de fundamento legal, se podrá imponer condena en costas a la parte demandante;
- iii) Si no se cumple ninguno de los dos criterios, no hay lugar a condenar en costas a la parte demandante.

En el sub examine se verificó la primera de las hipótesis enunciadas y es por ello que será confirmada la condena en costas a cargo de la parte demandante.

En segunda instancia no se causan las costas a cargo de la parte demandante porque no se halla actividad procesal de la parte demandada.

5. Consideración final.

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, con la cual se negaron las pretensiones formuladas por la señora Yolanda Osorio García dentro del proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM-.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

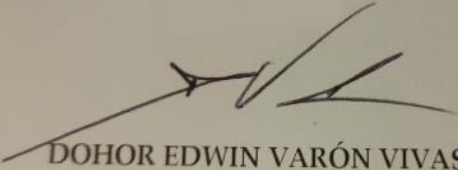
Cuarto: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001 33 39 008 2020 00253 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Francy Edith de Jesús Duque Giraldo
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación - FNPSM
Providencia:	Sentencia No. 21

Asunto

La Sala Segunda Oral de Decisión desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 23 de noviembre de 2021, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

1. Se declare la nulidad del acto ficto configurado el 2 de octubre de 2019, en razón al silencio administrativo frente a la petición del 2 de julio de 2019, con el cual se negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a la parte demandante.

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

- i) Declarar que la parte demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional – prima de mitad de año -, por ser pensionada del FNPSM.
- ii) Ordenar la indexación de las sumas de dinero que fueren reconocidas.
- iii) Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y siguientes del C/CA.
- iv) Que se condene en costas a la entidad demandada.

2. Hechos.

Se indica que la parte demandante prestó sus servicios como docente oficial, con afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), sin derecho a la pensión gracia en razón a que su vinculación fue posterior al 1° de enero de 1981.

Por cumplir con los requisitos de ley, a la parte demandante le fue reconocida una pensión de jubilación mediante Resolución 3221-6 del 2 de mayo de 2017.

A la parte demandante no se le ha cancelado la mesada adicional de medio año a la cual, según estima, tiene derecho de acuerdo con la Ley 91 de 1989; regulación que fue confirmada en Sentencia de Unificación de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, identificada como SUJ-014-CE-S2-2019 Consejero Ponente: César Palomino Cortés.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Invocó la Ley 91 de 1989 Artículo 15 y la Sentencia de unificación SUJ—014—CE—S2—2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Como concepto de la violación se expresa, en suma, que la prima de mitad de año fue creada

por el legislador para aquellos docentes que no fueron beneficiarios de la pensión gracia a modo de compensación, por lo que su reconocimiento es una garantía irredimible y una obligación a cargo del Estado.

De conformidad con el literal (b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, aquellos docentes que no fueron acreedores de la pensión gracia, cuentan con el beneficio de la prima de mitad de año, distinta a la mesada adicional prevista por el régimen de la Ley 100 de 1993.

El Acto Legislativo 01 de 2005 extinguió la mesada adicional prevista en la Ley 100 de 1993, más no aquella consagrada en la Ley 91 de 1989.

4. Contestación de la demanda.

4.1. La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM-

La entidad demandada dentro del término previsto para ello manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda, realizando un recuento de lo dispuesto en el artículo de la Ley 91 de 1989, artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2005. Concluye que, el derecho a percibir la mesada adicional del mes de junio para el personal docente, está radicado en cabeza de quienes hubiesen sido vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1981, según el artículo 15, numeral 2, literal b), de la ley 91 de 1989; o de conformidad con el artículo 147 de la Ley 100 de 1993, limitado por el parágrafo 6 transitorio del artículo 1 del Acto Legislativo 001 de 2005 a quienes causaren su derecho y se les reconociera y liquidara el mismo antes del año 2011, y su mesada pensional no superara los 3 SMLMV.

5. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 23 de noviembre de 2021, negó las pretensiones de la parte demandante.

En primer lugar, indicó que la prima de mitad de año fue concebida para compensar al grupo de docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se vieron afectados por la modificación al régimen

que pertenecían, específicamente, ante la eliminación del derecho al reconocimiento de la pensión gracia. (Ley 91 de 1989, artículo 2°, literal B)

Así mismo, señaló que con la expedición de la Ley 100 de 1993 (Artículo 142) se creó el derecho al reconocimiento de la mesada adicional (mesada 14) para los pensionados. Sin embargo, aclara que de dicho régimen quedaron exceptuados los afiliados al FNPSM conforme lo dispuso el artículo 279 ibídem.

A continuación, precisó que con el Acto legislativo 01 de 2005 - que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política – dispuso que *“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.”* y en su Parágrafo Transitorio 6o. dispuso que *“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.”* Con fundamento en lo anterior coligió que, el propósito del constituyente fue, entre otras cosas, eliminar el derecho de todos los pensionados a recibir la mesada adicional a las 13 percibidas anualmente, con la excepción ya antedicha. Al respecto, también se sirvió citar un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹, en similar línea de intelección a la que se expone, relacionado con el reconocimiento de la mesada 14 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Respecto del caso concreto observó que la parte demandante adquirió el derecho a la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011, y en tal sentido no tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional según lo dispone el parágrafo sexto transitorio del artículo 48 de la Constitución Política.

Finalmente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y a la remisión normativa señalada por el canon 306 ibidem en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, y atendiendo a un criterio objetivo valorativo en su

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de 2007. Radicación No. 1.857. 11001-03-06-000-2007-00084-00.

imposición, se condenó en costas a la parte demandante por el valor de las agencias en derecho, dado que se han negado las pretensiones y se tiene acreditada que la parte demandada desplegó actuación por intermedio de su apoderado judicial.

6. Recurso de apelación.

La apoderada de la parte demandante solicitó revocar la sentencia de primer grado de conformidad con los argumentos que pasan a compendiarse.

Precisó que la mesada adicional pretendida es aquella prevista en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que creó dicho beneficio a modo de compensación para aquellos docentes que no reunieron los requisitos para ser beneficiarios de una pensión gracia; mientras que la mesada de medio año creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 buscaba compensar a aquellas personas que se pensionaron con anterioridad a la Ley 71 de 1988.

Se refirió a las Sentencias C-409 de 1994 y C-461 de 1995 emanadas de la H. Corte Constitucional, así como a la Sentencia de Unificación de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado de 25 de abril de 2019, identificada como SUJ –014 -CE-S2-2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Señala que la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) artículo 188 fue adicionada por la ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 47, así: *“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”*. Agrega que, frente a la fijación de las agencias en derecho se ha establecido que el operador judicial, al momento de cuantificarlas, está en la *“obligación de tener en cuenta factores como la naturaleza del proceso, la calidad y duración de la gestión realizada, la cuantía del proceso, y otras circunstancias especiales, señalando como tope el máximo previsto en las tarifas mencionadas”*.

7. Alegatos de segunda instancia.

Las partes guardaron silencio.

II. Consideraciones de la Sala

Pretende la parte actora que se declare la nulidad del acto administrativo con el cual la entidad demandada le negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año y, en consecuencia, se proceda a ordenar el reconocimiento de dicha prestación.

1. Problemas Jurídicos.

De conformidad con los planteamientos de la parte apelante, los problemas jurídicos a desatar se contraen a los siguientes:

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

2.1. ¿Es procedente la condena en costas en primera instancia?

2. Marco jurídico de la prima de mitad de año.

La Ley 91 de 1989, “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magistrado*”, estableció en el artículo 15 las disposiciones que regirían al personal docente nacional y nacionalizado que se vinculara con posterioridad al 1º de enero de 1990, entre ellas, aquella contenida en el literal (b) del numeral 2, que reza:

“(…)

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

Más adelante, la mesada adicional de mitad de año pagadera en el mes de junio, conocida como mesada 14, fue estatuida por la Ley 100 de 1993, que en su artículo 142 dispuso:

“ARTÍCULO 142. *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.”*

Posteriormente, el artículo 279 de la misma norma dispuso que estarían exceptuados del régimen prestacional allí previsto “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”.

Luego fue expedida la Ley 238 de 1995 que adicionó el referido artículo 279 de la Ley 100 de 1993, e hizo extensivos los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de la misma norma, a los regímenes exceptuados del Sistema General de Seguridad Social.

2.1. La modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005

El Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución, dispuso:

“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”.

(...)

"En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos".

(...)

"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo".

"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 1o. A partir del 31 de julio de 2010, no podráncausarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursosde naturaleza pública".

"Parágrafo 2o. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídicoalguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones".

"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 legalesvigentes 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 derechosde 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".

Ahora, en punto a la aplicabilidad del Acto Legislativo 01 de 2005 sobre los regímenes especiales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto de

22 de noviembre de 2007² concluyó:

“

(...) la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

(...)

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

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

(...)”

Por lo anterior, y contrario a lo manifestado por la parte demandante, el Acto Legislativo 01 de 2005 tuvo como propósito contribuir a la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, **mediante la unificación de regímenes pensionales**, y la imposición de prohibiciones en punto a los límites en los montos pensionales y al número de mesadas devengadas por los beneficiarios en un año. No obstante, en el parágrafo transitorio 6º, introdujo una excepción a esta última limitación, aclarando que recibirán 14 mesadas al año quienes sean beneficiarios de una pensión igual o inferior a 3 SMMLV, siempre que esta se haya causado antes del 31 de julio de 2011.

² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de 2007. Radicación No. 1.857. 11001-03-06-000-2007-00084-00.

Lo anterior permite a esta Sala de Decisión concluir que **no procede** el reconocimiento de la mesada adicional o mesada 14:

- Para quienes adquieran el derecho a la pensión con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, al 25 de julio de 2005, siempre que la cuantía de la pensión reconocida supere los 3 SMMLV; y
- Para quienes causen el derecho pensional con posterioridad al 31 de julio de 2011, sin excepción.

Por último, debe señalarse que la sentencia de unificación emitida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado con ponencia del Magistrado César Palomino Cortés, traída al debate por la parte actora como sustento adicional de sus pretensiones, no contiene una disertación en torno a la vigencia del numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 de cara a lo previsto en el inciso octavo del Acto Legislativo 01 de 2005. La alusión que en dicha sentencia de unificación se hace a la prima de mitad de año como factor computable en la pensión de vejez de los docentes, constituye un *obiter dicta* que, por lo tanto, no tuvo incidencia en la solución del problema jurídico que convocó la atención de la Alta Corporación y que derivó en la decisión allí plasmada.

3. Caso Concreto.

En el expediente fue acreditado que:

- Con Resolución 3221-6 del 2 de mayo de 2017, a la señora Francy Edith de Jesús Duque Giraldo le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación, en cuantía de \$2`702.857, a partir del 2 de febrero de 2017;
- Mediante petición del 2 de julio de 2019 la parte demandante solicitó el reconocimiento de la prima de mitad de año, la cual no fue atendida de manera expresa por la demandada.

Atendiendo a tales situaciones y a lo que es materia de reproche frente a la decisión de primera instancia, se permite esta Sala Plural concluir que:

- La parte demandante adquirió el derecho a la pensión de jubilación con

posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. Incluso, con posterioridad al 31 de julio de 2011, fecha límite para la aplicación de la excepción.

- En gracia de discusión, la cuantía de la pensión reconocida supera el límite máximo de 3 SMMLV, así

CUANTÍA	SMMLV FECHA DE ESTATUS PENSIÓN	MONTO MÁXIMO (3 SMLMV)
\$2`702.857	(2017) 737.717	\$2`213.151

Así las cosas, es diáfano para la Sala de Decisión que en el presente asunto no se dan los presupuestos legales para el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a favor de la parte demandante, en razón a que la adquisición del status pensional se dio en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y en todo caso, con posterioridad al 31 de julio de 2011, razón por la cual no se aplica la excepción relativa al monto de la pensión.

En conclusión, la parte demandante no reúne los requisitos necesarios para acceder a la prestación pretendida, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia impugnada.

4. Costas en primera y segunda instancia.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado³ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Ahora bien, se observa que el a quo, al imponer la condena en costas, aplicó el criterio objetivo valorativo de conformidad con el lineamiento fijado por el Consejo de Estado, vale decir, para el efecto consideró que las pretensiones de la parte demandante no salieron

³ 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

avantes y que la entidad demandada actuó a través de apoderado judicial a través del cual contestó la demanda y llevó a cabo otras actuaciones judiciales, conllevando esto último al pago de agencias en derecho.

El a quo dispuso sobre la condena en costas por así permitírsele el artículo 188 inciso primero del CPACA. Ha de tenerse en cuenta, igualmente, que el inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 al artículo 188 del CPACA, plantea un criterio adicional para la condena en costas en contra de la parte demandante, cual es el que se presente la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal. Es por ello que, frente a esta norma se pueden presentar varias hipótesis a saber:

- i) De encontrarse configurado el elemento objetivo valorativo, se podrá condenar en costas a la parte demandante, aunque la demanda no sea manifiestamente infundada;
- ii) De no encontrarse configurado el elemento objetivo valorativo, pero la demanda fue presentada con manifiesta carencia de fundamento legal, se podrá imponer condena en costas a la parte demandante;
- iii) Si no se cumple ninguno de los dos criterios, no hay lugar a condenar en costas a la parte demandante.

En el sub examine se verificó la primera de las hipótesis enunciadas y es por ello que será confirmada la condena en costas a cargo de la parte demandante.

En segunda instancia no se causan las costas a cargo de la parte demandante porque no se halla actividad procesal de la parte demandada.

5. Consideración final.

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, con la cual se negaron las pretensiones formuladas por la señora Francly Edith de Jesús Duque Giraldo dentro del proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM-.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

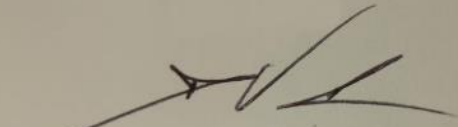
Cuarto: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente

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

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

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

AUGUSTO MORALES VALENCIA
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. 031

Manizales, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Proceso: 17001-33-39-006-2020-00256-02
Clase: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho
Accionante: Lina Inés Ramírez de Feijoo
Accionado: Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM)

Se dicta sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la demandada contra el fallo que accedió a las pretensiones de la demandante.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto configurado el 3 de octubre de 2019 frente a la petición presentada el 3 de julio de 2019, en cuanto negó el reconocimiento de la prima de junio establecida en el artículo 15, Numeral 2, literal B, de la Ley de 91 de 1989.

Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a reconocer y pagar a la demandante, la prima de junio establecida en el artículo 15. Numeral 2, literal B, de la Ley de 91 de 1989, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia debido a que fue vinculado por primera vez a la docencia oficial, en fecha posterior al 1 de enero de 1981, a partir del 2 de enero de 2010 equivalente a una mesada pensional; que, sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución y la ley; el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

1.2. Fundamento Factivo

Se señala que la accionante fue vinculada por primera vez como docente oficial en fecha posterior al 1º de enero de 1981, razón por la cual, en condición de pensionada por el

FNPSM, no tiene derecho a que Cajanal, hoy "UGPP" reconozca a su favor la pensión de gracia. La pensión fue reconocida por Resolución 0337 del 9 de febrero de 2010 expedida por la Secretaría de Educación del ente departamental, en representación legal de la Nación, y con fundamento legal en la Ley 91 de 1989.

Que el fundamento jurídico de la prima de medio año equivalente a una mesada pensional está consagrado en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 destinada de manera especial para los profesores afiliados al FNPSM que por el haber ingresado por primera vez al servicio de la docencia oficial no tienen derecho a la pensión gracia.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Ley 91 de 1989 Artículo 15 y la Sentencia de unificación, SUJ—014— CE—S2—2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Como sustentó del concepto de violación, señaló que el objetivo de haber establecido esta prestación fue en compensación por haber perdido la pensión de gracia, sumado al hecho de que el derecho solicitado fue establecido mucho antes de reconocerse la mesada en la ley 100 de 1993.

Señaló que cuando se estableció el pago de una mesada adicional para los pensionados en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, ya existía para los docentes del Magisterio que fueron vinculados después de 1981, conforme lo establece la Ley 91 de 1989 una prima de medio año equivalente a una mesada pensional a partir de la adquisición del derecho pensional, sin que se realizara alguna derogatoria del beneficio reclamado.

Agregó que es claro que el numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, nada tiene que ver con la mesada pensional causada con posterioridad al 2005, pues el régimen especial, que contiene la misma, identifica una prima, que "*equivale*" a una mesada pensional, situación diferente a la prestación acontecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año.

2. Contestación de la demanda

La Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM: se opuso a las pretensiones de la parte demandante; señaló que, conforme al precedente jurisprudencial, para los docentes no es aplicable el reconocimiento y pago de la mesada adicional por estar expresamente excluidos en el Acto Legislativo 01 de 2005, aunado a que el demandante tampoco acredita devengar menos de tres salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Propuso las excepciones que denominó: "*PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD*" indicando que los actos emitidos por la entidad se encuentran ajustados a derecho, pues se profirieron en estricto seguimiento de las normas legales; "*COBRO DE LO NO DEBIDO*" por cuando el reconocimiento de la mesada adicional carece de fundamento; "*PRESCRIPCIÓN*" conforme con lo dispuesto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social y el Decreto Ley 2158 de 1948.

3. Fallo de primera instancia

El *a quo* accedió a las pretensiones de la parte demandante, por lo que declaró la existencia y nulidad del acto administrativo ficto generado con ocasión de la petición radicada por la accionante el 3 de julio de 2019, acto mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año; declaró probada la excepción de ‘PRESCRIPCIÓN’ propuesta por la demandada y en consecuencia le ordenó reconocer a la demandante “la mesada adicional del mes de junio, la cual deberá hacerse efectiva a partir del 1º de febrero de 2010 –fecha de retiro del servicio”. Preciso que el pago de dichas mesadas adicionales solo se realizará respecto de las que se hayan causado con posterioridad al 3 de julio de 2016, por efectos de la prescripción trienal. Además ordenó indexar las sumas que resulten a favor de la demandante y condenó en costas a la demandada.

Tras hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional consagrada en la Ley 91 de 1985, precisó que, el Acto Legislativo 01 de 2005 extinguió el derecho de la mesada adicional de junio, tanto en el régimen general como en los especiales, pues excepto para los pensionados que se enmarquen dentro del supuesto de hecho del parágrafo transitorio 6º de la norma aludida, el beneficio a percibir más de 13 mesadas al año ha desaparecido del ordenamiento jurídico.

Que contrario a lo afirmado en la demanda, el Acto Legislativo no refirió específicamente a la mesada prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, sino que el mandato de la modificación constitucional fue general y abarcó todas las normas que establecieran remuneraciones adicionales a los pensionados, y las redujo a unas condiciones únicas, que para acceder a ellas deben cumplir todos los titulares de prestaciones vitalicias, atendiendo al límite temporal impuesto, sin importar si pertenecen al Régimen General de Pensiones o a otros, como el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio.

Por lo anterior concluyó que, para determinar si un docente es beneficiario de la mesada 14 se debe determinar si se causó la pensión antes del 31 de julio de 2011 y si la prestación reconocida es inferior a tres salarios mínimos mensuales vigentes; y como en el caso de la actora, adquirió el status de pensionada con anterioridad al 31 de julio de 2011, y su pensión es inferior a tres salarios mínimos mensuales de la época, el caso se enmarca el presente asunto dentro del supuesto de hecho del parágrafo 6 transitorio del artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, teniendo en consecuencia la accionante derecho a recibir la mesada adicional de junio dispuesta en el artículo 142 de la Ley 100 de 1992.

4. Recurso de apelación

La Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FNPSM solicitó revocar la sentencia y en su lugar negar las pretensiones de la demandante; para ello, después de hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional de mitad de año, señaló que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo 01 del 2005, las personas que adquirieran el derecho a la pensión recibirían un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Que en suma, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993; en rigor, la Ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Que de ninguna forma puede un docente beneficiario de la prima de mitad de año descrita en la Ley 91 de 1989 art. 15, numeral 2, literal b, ser beneficiario de la mesada adicional descrita en el art 142 de la Ley 100 de 1993, como lo señala la Corte Constitucional en la Sentencia C- 461 de 1995 “(...) *En efecto, la Corte advierte que el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2°, 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*” (Sic).

Que en el presente caso no es dable que se le reconozca la prima de mitad de año como lo estableció el *a quo*, pues de acuerdo a la Resolución 0337 del 9 de febrero de 2010, su nombramiento fue como docente nacional, y como se indicó anteriormente, esta mesada solo está prevista para los docentes nacionalizados y territoriales, la cual se estableció como una manera de generar prestaciones pensionales equitativas e iguales entre esos y los docentes nacionales, situación que no aplica en el presente caso.

Por otra parte señaló que, en la indemnización por mora no es objeto de indexación, situación que ha sido suficientemente decantada, pues el Consejo de Estado, en Sala Plena de la Sección Segunda, acogió la posición de la Corte Constitucional mediante una sentencia de unificación¹, precisó algunas reglas sobre el salario base para calcular la sanción por mora y determinó que la indexación no procedía respecto de la sanción por mora. Distinguió las funciones de las cesantías y de la sanción por mora.

Finalmente afirmó que, no debió ser condenada a pagar costas toda vez que, no ha realizado actos dilatorios, ni temerarios, ni encaminados a perturbar el procedimiento, habiéndose limitado a realizar actos propios a la defensa judicial.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

De acuerdo con la sentencia y los argumentos de apelación, se centran en resolver: *¿Tiene derecho la demandante a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, debidamente indexada? ¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia?*

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del tribunal

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2018.

La demandante tiene derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio, la cual debe ser debidamente indexada, pues, adquirió su estatus pensional con anterioridad al 31 de julio de 2011, y su pensión es inferior a tres salarios mínimos mensuales de la época.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) los hechos acreditados; ii) el régimen aplicable a los docentes; iii) la mesada

2.2. Hechos probados

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

➤ Mediante Resolución 0337 del 9 de febrero de 2010 se reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez a favor de la actora, se señaló que adquirió el estatus de pensionada el 1º de febrero de 2010, por un valor mensual de \$976.893.²

➤ Mediante petición radicada el 3 de julio de 2019 la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.³

2.3. Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003, que reguló dos eventos:

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

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

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

² Fls. 22-25 A.D. 002Demanda.pdf

³ Fls. 18-19 A.D. 002Demanda.pdf

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

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

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

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

2. Pensiones: [...]

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

2.4. La mesada catorce

Respecto de la mesada catorce contemplada para los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia, el Consejo de Estado - Sala de Servicio Civil y consulta en concepto del 22 de noviembre de 2007⁴, esgrimió:

“2. La mesada adicional del mes de junio:

2.1. Su origen y evolución:

Como lo reseña la consulta de la señora Ministra, la mesada adicional del mes de junio fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4ª de 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberle significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988. Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes

⁴ Consejo de Estado. Sala De Consulta Y Servicio Civil. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. 22 de noviembre de 2007. Radicación No. 1.857 11001-03-06-000-2007-00084-00

de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexecutable 19, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales 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, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, 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. Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

"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."

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 1993, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."

*Por sus antecedentes y su ubicación en el cuerpo normativo, la mesada adicional es parte del sistema general de pensiones. Esta afirmación se refuerza al observar que la misma ley 100, artículo 279, excluía del régimen general a varios grupos de pensionados, pese a lo cual el texto del artículo 142 incluyó de manera expresa uno de esos grupos, el de "los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía", para que pudieran gozar del beneficio de la mesada adicional. En este sentido, **la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-461-95, al ordenar aplicar un beneficio similar a los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio:***

"La excepción al régimen general, consagrada en el artículo 279 de la ley 100, es total. Vale decir, a los afiliados del mencionado Fondo no se les aplica la Ley 100, en ninguna de sus partes, en lo referente al Sistema Integral de Seguridad Social. El artículo 142 – que consagra la mesada adicional para pensionados – tampoco se aplicaría a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que tal artículo forma parte del Sistema Integral de Seguridad Social."

Ahora bien, en nuestro ordenamiento es claro que los requisitos, condiciones y beneficios que configuran un régimen general o un régimen especial, son excluyentes, de manera que los destinatarios de uno y de otro se sujetan en su integridad al que les sea aplicable; salvo disposición legal en contrario que extienda un beneficio del régimen general a los pensionados bajo regímenes especiales, pero sin modificar estos últimos, como es el caso que nos ocupa.

Es claro que la mesada adicional creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 es un beneficio del sistema general de pensiones, y por lo mismo, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente

por el artículo 279 de la misma ley 100; al analizar esta última disposición, la Corte Constitucional con base en la ley 91 de 1989 encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión de gracia y los vinculados al fondo de Prestaciones del Magisterio, antes del 1º de enero de 1988, sin derecho a esa pensión, configuraban una excepción arbitraria pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados; y tomó esta situación como ejemplo de comparación entre el régimen general y los regímenes especiales, a fin de determinar la constitucionalidad de estos; así, en la sentencia C-080-99, se lee:

"...7. Con base en los anteriores criterios, la Corte concluyó que, por ejemplo, la exclusión de la mesada pensional adicional prevista por la Ley 100 de 1993 a ciertos maestros desconocía la igualdad, por cuanto estos no gozaban, dentro de su régimen especial, de ningún beneficio similar o equivalente que obre como compensación por el deterioro que causa la inflación sobre el poder adquisitivo de las pensiones... 8. El análisis precedente muestra que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, en principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a otras prestaciones..."

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-94 que declaró inexecutable las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988", del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda" afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995, y que fue propuesta y aprobada como una "adición" de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPETROL y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

"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".

Destaca la Sala 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.

Es decir, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

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

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 2004, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

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

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

"Artículo 1º...

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

En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para

los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el párrafo transitorio 6º del Acto Legislativo No. 01 del 2005:

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

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

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

Con base en las premisas anteriores,

SE RESPONDE:

"1. Desde la perspectiva jurídica, por gozar los docentes de un régimen especialísimo de pensiones y al haber sido excluidos de la aplicación del Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional del mes de junio?

Los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio del 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

"2. De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005, ¿la vigencia del régimen exceptuado de los docentes afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expirará el 31 de julio del año 2010?"

Sí; de manera que en virtud del Acto Legislativo No. 01 del 2005, son tres los regímenes pensionales aplicables al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

a). el de la ley 91 de 1989 y demás leyes vigentes al 27 de junio del 2003, para los docentes vinculados al servicio con antelación al 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007).

b). el de prima media con prestación definida de las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003, pero con edad de 57 años para hombres y mujeres, tratándose de los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007);

c). el del Sistema General de Pensiones, para las pensiones que se causen después del 31 de julio del 2010 (parágrafo transitorio segundo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005). [...] (negritas y subrayas de la Sala)

Ahora bien, respecto de la aplicación del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado en providencia del 1 de febrero de 2018 expuso:

La accionante, centra su inconformidad en la interpretación que fue dada por el Tribunal Administrativo del Tolima, a las normas del Acto Legislativo 01 de 2005 que hace referencia a los regímenes pensionales exceptuados, especialmente, el relacionado con la carrera docente y sus derechos pensionales.

Al respecto, indicó que en relación con la mesada catorce, la procedencia para su reconocimiento es la fecha en que se presentó la vinculación al servicio oficial de educación, y no, como razón la autoridad judicial accionada, la fecha de adquisición del estatus pensional por parte de quien pretende el reconocimiento de dicha prestación económica.

Sobre el particular, este juez constitucional encuentra que la interpretación dada por el tribunal accionado, resulta razonable y por lo tanto, los defectos alegados por la parte accionante, no se configuran. Lo anterior, bajo las siguientes consideraciones:

Como se expuso en el acápite de hechos probados en de la presente providencia, en la sentencia que resolvió en segunda instancia sobre las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de la actora, el fallador parte de la base de establecer con claridad el régimen aplicable (i) tanto al reconocimiento pensional docente, así como a (ii) la mesada adicional número catorce.

*Respecto al segundo de los aspectos, el cual resulta ser el relevante para el sub lite, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, señaló que **tras la inclusión de la mesada catorce como un beneficio de los docentes oficiales (a través de la Ley 238 de 1995), con el Acto Legislativo 01 de 2005 se establecieron condiciones específicas para su reconocimiento, de las cuales se puede concluir que (i) la mesada adicional catorce no será pagada a quienes causen su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del acto reformativo de la constitución y (ii) se exceptúan de ello a quienes obtenga su estatus pensional antes del 31 de julio del 2011, y tengan igual o menos de tres salarios mínimos como monto reconocido.***

La conclusión expuesta en precedencia, tuvo como sustento una lectura armónica de las disposiciones del citado acto reformativo de la constitución, especialmente, lo fijado en el

inciso 8º del artículo 1º del mismo, el cual señala que “las personas cuyo derecho de 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, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.

Fundamentó la autoridad judicial accionada dicha interpretación, no sólo en la lectura de las normas, sino también en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 22 de noviembre del 2007, radicado 2007-0084, en donde se expuso lo dicho en precedencia.

A su vez, la autoridad judicial accionada señaló que conforme al concepto del Consejo de Estado, el beneficio de la mesada catorce en favor de los docentes oficiales, si bien fue incluido excepcionalmente, ello no implica una modificación del régimen que regula su situación pensional, razón por la cual, al mantenerse como un beneficio del régimen general (Ley 100 de 1993), “la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales”.

Así las cosas, para esta judicatura, la interpretación dada por el Tribunal Administrativo del Tolima es razonable, toda vez que obedece a un criterio derivado de la lectura de las normas aplicables al caso concreto, lo que implica que el defecto alegado no se configure”.
(Destaca la Sala)

De acuerdo a lo anterior, es claro concluir que, la mesada catorce, solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 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 parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

2.5. Análisis de los hechos probados a la luz de la normatividad aplicable

De acuerdo con lo probado en el expediente, mediante Resolución 0337 del 9 de febrero de 2010 se reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez a favor de la actora, se señaló que adquirió el estatus de pensionada el 1º de febrero de 2010, por un valor mensual de \$976.893 (El salario mínimo fijado por el Gobierno Nacional para 2010 fue de \$515.000).

Conforme a lo anterior evidencia la Sala que, la actora adquirió su estatus pensional después del 2005 pero antes del 31 de julio de 2011, y su pensión es inferior a tres salarios mínimos mensuales de la época, por lo que se encuentran dentro de las excepciones contempladas para que sea procedente el reconocimiento de la mesada catorce, en virtud del Acto Legislativo 01 del 25 de julio de 2005.

Lo anterior, sin que se pueda entender que se está concediendo una doble mesada adicional en junio, una entendida como prima descrita en el artículo 15, literal b, de la Ley 91 de 1989 y otra como mesada adicional descrita en el art. 142 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto en la sentencia apelada se indicó que:

“Se insiste, es claro que el Acto Legislativo 01 de 2005 extinguió el derecho de la mesada adicional de junio, tanto en el régimen general como en los especiales, pues excepto para los pensionados que se enmarquen dentro del supuesto de hecho del parágrafo transitorio 6º de la norma aludida, el beneficio a percibir más de 13 mesadas al año ha desaparecido del ordenamiento jurídico.

Y es que contrario a lo afirmado en la demanda, el Acto Legislativo no refirió específicamente a la mesada prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, sino que el mandato de la modificación constitucional fue general y abarcó todas las normas que establecieran remuneraciones adicionales a los pensionados, y las redujo a unas condiciones únicas, que para acceder a ellas deben cumplir todos los titulares de prestaciones vitalicias, atendiendo al límite temporal impuesto, sin importar si pertenecen al Régimen General de Pensiones o a otros, como el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio”.

Ahora, en cuanto a la indexación, teniendo en cuenta que la actora es beneficiaria de la mesada adicional de junio, a partir de febrero de 2010 (fecha de retiro del servicio), tiene derecho a la indexación de las sumas que resulte a su favor, como lo ordenó el *a quo*, esto es, teniendo en cuenta la formula: $R = RH \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente partida de saldo de reajuste pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). Por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes.

Adicionalmente, se resalta que los argumentos expuestos por el apelante hacen referencia a la improcedencia de la indexación de la sanción moratoria, lo cual no resulta aplicable al caso concreto, por lo que en este aspecto también se confirmara la sentencia.

2.6. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados se concluye que, la demandante tiene derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio o mesada 14, de conformidad con el artículo 1º del Acto Legislativo 01 del 25 de julio de 2005, la cual debe ser debidamente indexada, pues, adquirió su status pensional con anterioridad al 31 de julio de 2011, y su pensión es inferior a tres salarios mínimos mensuales de la época.

En ese sentido, no prosperan los argumentos expuestos en el recurso de apelación por lo que se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

3. Segundo Problema Jurídico *¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia?*

Tesis del Tribunal: Fue adecuada la imposición de condena en primera instancia a cargo por cuanto no es aplicable el criterio subjetivo, además que el *a quo* aplicó el criterio objetivo valorativo.

Señala la apelante que la condena en costas impuesta en primera instancia debe ser revocada por cuanto no ha realizado actos dilatorios, ni temerarios, ni encaminados a perturbar el procedimiento, habiéndose limitado a realizar actos propios a la defensa judicial.

En la sentencia apelada se indicó que, se condena en costas a la parte demandada, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General de Proceso, *“por cuanto se evidenció actividad diligente de los abogados de la parte accionada realizada dentro del proceso, atendiendo los recientes pronunciamientos del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Se fijan Agencias en derecho por el equivalente al 4% del valor de las pretensiones solicitadas, esto es, por valor de ciento sesenta mil pesos (\$160.000)”*.

Al respecto, el Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del CGP se compruebe para su imposición que *“en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*. En efecto, la aludida corporación⁵ ha señalado:

“[E]sta Subsección..., varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo”—CCA— a uno “objetivo valorativo”—CPACA—.

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia 12 de abril de 2018. C. P. William Hernández Gómez Radicado: 05001233300020120043902 (01782017).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.”

De lo expuesto se concluye que, el criterio subjetivo sobre condena en costas, esto es, que solo se condena cuando se haya demostrado un actuar temerario o de mala fe de una parte, no es de recibo desde la normativa de la Ley 1437 de 2011.

Además, aunque el criterio para condenar en costas sea objetivo, este también debe ser valorativo, lo que impone al operador judicial el deber de precisar los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas, es decir, por qué aduce que se causaron las mismas. Análisis que fue realizado en la providencia de primera instancia, en la que se indicaron las razones por las cuales se consideró que se habían causado las agencias en derecho.

De acuerdo al análisis precedente, a la redacción del artículo 188 de la ley 1437 de 2011, y al atender y acoger el criterio objetivo valorativo, se confirmará la condena en costas y agencias en derecho impuestas en primera instancia.

4. Costas en esta instancia

No se condenará en costas de conformidad con el artículo 365 del CGP, toda vez que no se encuentra acreditada su causación en esta instancia, pues no existió actuación alguna por la parte demandada en la segunda instancia.

En mérito de 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

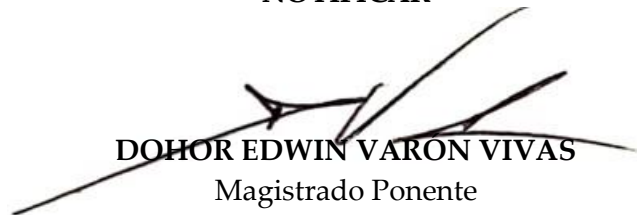
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 14 de diciembre de 2021 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **Ligia Inés Ramírez De Feijoo** contra la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

SEGUNDO: SIN COSTAS de segunda instancia, conforme a la parte motiva.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 12 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001 33 39 008 2020 00256 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	María Doralba Betancur Zuluaga
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación - FNPSM
Providencia:	Sentencia No. 20

Asunto

La Sala Segunda Oral de Decisión desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 23 de noviembre de 2021, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

1. Se declare la nulidad del acto ficto configurado el 3 de octubre de 2019, en razón al silencio administrativo frente a la petición del 3 de julio de 2019, con el cual se negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a la parte demandante.

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

- i) Declarar que la parte demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional – prima de mitad de año -, por ser pensionada del FNPSM.
- ii) Ordenar la indexación de las sumas de dinero que fueren reconocidas.
- iii) Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y siguientes del C/CA.
- iv) Que se condene en costas a la entidad demandada.

2. Hechos.

Se indica que la parte demandante prestó sus servicios como docente oficial, con afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), sin derecho a la pensión gracia en razón a que su vinculación fue posterior al 1° de enero de 1981.

Por cumplir con los requisitos de ley, a la parte demandante le fue reconocida una pensión de jubilación mediante Resolución 4343-6 del 2 de junio de 2016.

A la parte demandante no se le ha cancelado la mesada adicional de medio año a la cual, según estima, tiene derecho de acuerdo con la Ley 91 de 1989; regulación que fue confirmada en Sentencia de Unificación de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, identificada como SUJ-014-CE-S2-2019 Consejero Ponente: César Palomino Cortés.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Invocó la Ley 91 de 1989 Artículo 15 y la Sentencia de unificación SUJ—014—CE—S2—2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Como concepto de la violación se expresa, en suma, que la prima de mitad de año fue creada

por el legislador para aquellos docentes que no fueron beneficiarios de la pensión gracia a modo de compensación, por lo que su reconocimiento es una garantía irredimible y una obligación a cargo del Estado.

De conformidad con el literal (b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, aquellos docentes que no fueron acreedores de la pensión gracia, cuentan con el beneficio de la prima de mitad de año, distinta a la mesada adicional prevista por el régimen de la Ley 100 de 1993.

El Acto Legislativo 01 de 2005 extinguió la mesada adicional prevista en la Ley 100 de 1993, más no aquella consagrada en la Ley 91 de 1989.

4. Contestación de la demanda.

4.1. La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM-

La entidad demandada dentro del término previsto para ello manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda, realizando un recuento de lo dispuesto en el artículo de la Ley 91 de 1989, artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2005. Concluye que, el derecho a percibir la mesada adicional del mes de junio para el personal docente, está radicado en cabeza de quienes hubiesen sido vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1981, según el artículo 15, numeral 2, literal b), de la ley 91 de 1989; o de conformidad con el artículo 147 de la Ley 100 de 1993, limitado por el parágrafo 6 transitorio del artículo 1 del Acto Legislativo 001 de 2005 a quienes causaren su derecho y se les reconociera y liquidara el mismo antes del año 2011, y su mesada pensional no superara los 3 SMLMV.

5. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 23 de noviembre de 2021, negó las pretensiones de la parte demandante.

En primer lugar, indicó que la prima de mitad de año fue concebida para compensar al grupo de docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se vieron afectados por la modificación al régimen

que pertenecían, específicamente, ante la eliminación del derecho al reconocimiento de la pensión gracia. (Ley 91 de 1989, artículo 2°, literal B)

Así mismo, señaló que con la expedición de la Ley 100 de 1993 (Artículo 142) se creó el derecho al reconocimiento de la mesada adicional (mesada 14) para los pensionados. Sin embargo, aclara que de dicho régimen quedaron exceptuados los afiliados al FNPSM conforme lo dispuso el artículo 279 ibídem.

A continuación, precisó que con el Acto legislativo 01 de 2005 - que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política – dispuso que *“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.”* y en su Parágrafo Transitorio 6o. dispuso que *“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.”* Con fundamento en lo anterior coligió que, el propósito del constituyente fue, entre otras cosas, eliminar el derecho de todos los pensionados a recibir la mesada adicional a las 13 percibidas anualmente, con la excepción ya antedicha. Al respecto, también se sirvió citar un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹, en similar línea de intelección a la que se expone, relacionado con el reconocimiento de la mesada 14 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Respecto del caso concreto observó que la parte demandante adquirió el derecho a la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011, y en tal sentido no tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional según lo dispone el parágrafo sexto transitorio del artículo 48 de la Constitución Política.

Finalmente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y a la remisión normativa señalada por el canon 306 ibidem en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, y atendiendo a un criterio objetivo valorativo en su

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de 2007. Radicación No. 1.857. 11001-03-06-000-2007-00084-00.

imposición, se condenó en costas a la parte demandante por el valor de las agencias en derecho, dado que se han negado las pretensiones y se tiene acreditada que la parte demandada desplegó actuación por intermedio de su apoderado judicial.

6. Recurso de apelación.

La apoderada de la parte demandante solicitó revocar la sentencia de primer grado de conformidad con los argumentos que pasan a compendiarse.

Precisó que la mesada adicional pretendida es aquella prevista en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que creó dicho beneficio a modo de compensación para aquellos docentes que no reunieron los requisitos para ser beneficiarios de una pensión gracia; mientras que la mesada de medio año creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 buscaba compensar a aquellas personas que se pensionaron con anterioridad a la Ley 71 de 1988.

Se refirió a las Sentencias C-409 de 1994 y C-461 de 1995 emanadas de la H. Corte Constitucional, así como a la Sentencia de Unificación de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado de 25 de abril de 2019, identificada como SUJ –014 -CE-S2-2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Señala que la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) artículo 188 fue adicionada por la ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 47, así: *“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”*. Agrega que, frente a la fijación de las agencias en derecho se ha establecido que el operador judicial, al momento de cuantificarlas, está en la *“obligación de tener en cuenta factores como la naturaleza del proceso, la calidad y duración de la gestión realizada, la cuantía del proceso, y otras circunstancias especiales, señalando como tope el máximo previsto en las tarifas mencionadas”*.

7. Alegatos de segunda instancia.

Las partes guardaron silencio.

II. Consideraciones de la Sala

Pretende la parte actora que se declare la nulidad del acto administrativo con el cual la entidad demandada le negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año y, en consecuencia, se proceda a ordenar el reconocimiento de dicha prestación.

1. Problemas Jurídicos.

De conformidad con los planteamientos de la parte apelante, los problemas jurídicos a desatar se contraen a los siguientes:

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

2.1. ¿Es procedente la condena en costas en primera instancia?

2. Marco jurídico de la prima de mitad de año.

La Ley 91 de 1989, “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magistrado*”, estableció en el artículo 15 las disposiciones que regirían al personal docente nacional y nacionalizado que se vinculara con posterioridad al 1º de enero de 1990, entre ellas, aquella contenida en el literal (b) del numeral 2, que reza:

“(…)

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

Más adelante, la mesada adicional de mitad de año pagadera en el mes de junio, conocida como mesada 14, fue estatuida por la Ley 100 de 1993, que en su artículo 142 dispuso:

“ARTÍCULO 142. *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.”*

Posteriormente, el artículo 279 de la misma norma dispuso que estarían exceptuados del régimen prestacional allí previsto “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”.

Luego fue expedida la Ley 238 de 1995 que adicionó el referido artículo 279 de la Ley 100 de 1993, e hizo extensivos los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de la misma norma, a los regímenes exceptuados del Sistema General de Seguridad Social.

2.1. La modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005

El Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución, dispuso:

“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”.

(...)

"En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos".

(...)

"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo".

"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 1o. A partir del 31 de julio de 2010, no podráncausarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursosde naturaleza pública".

"Parágrafo 2o. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídicoalguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones".

"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 legalesvigentes 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 derechosde 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".

Ahora, en punto a la aplicabilidad del Acto Legislativo 01 de 2005 sobre los regímenes especiales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto de

22 de noviembre de 2007² concluyó:

“

(...) la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

(...)

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

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

(...)”

Por lo anterior, y contrario a lo manifestado por la parte demandante, el Acto Legislativo 01 de 2005 tuvo como propósito contribuir a la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, **mediante la unificación de regímenes pensionales**, y la imposición de prohibiciones en punto a los límites en los montos pensionales y al número de mesadas devengadas por los beneficiarios en un año. No obstante, en el parágrafo transitorio 6º, introdujo una excepción a esta última limitación, aclarando que recibirán 14 mesadas al año quienes sean beneficiarios de una pensión igual o inferior a 3 SMMLV, siempre que esta se haya causado antes del 31 de julio de 2011.

² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de 2007. Radicación No. 1.857. 11001-03-06-000-2007-00084-00.

Lo anterior permite a esta Sala de Decisión concluir que **no procede** el reconocimiento de la mesada adicional o mesada 14:

- Para quienes adquieran el derecho a la pensión con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, al 25 de julio de 2005, siempre que la cuantía de la pensión reconocida supere los 3 SMMLV; y
- Para quienes causen el derecho pensional con posterioridad al 31 de julio de 2011, sin excepción.

Por último, debe señalarse que la sentencia de unificación emitida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado con ponencia del Magistrado César Palomino Cortés, traída al debate por la parte actora como sustento adicional de sus pretensiones, no contiene una disertación en torno a la vigencia del numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 de cara a lo previsto en el inciso octavo del Acto Legislativo 01 de 2005. La alusión que en dicha sentencia de unificación se hace a la prima de mitad de año como factor computable en la pensión de vejez de los docentes, constituye un *obiter dicta* que, por lo tanto, no tuvo incidencia en la solución del problema jurídico que convocó la atención de la Alta Corporación y que derivó en la decisión allí plasmada.

3. Caso Concreto.

En el expediente fue acreditado que:

- Con Resolución 4343-6 del 2 de junio de 2016, a la señora María Doralba Betancur Zuluaga le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación, en cuantía de \$2`418.461, a partir del 25 de octubre de 2015;
- Mediante petición del 3 de julio de 2019 la parte demandante solicitó el reconocimiento de la prima de mitad de año, la cual no fue atendida de manera expresa por la demandada.

Atendiendo a tales situaciones y a lo que es materia de reproche frente a la decisión de primera instancia, se permite esta Sala Plural concluir que:

- La parte demandante adquirió el derecho a la pensión de jubilación con

posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. Incluso, con posterioridad al 31 de julio de 2011, fecha límite para la aplicación de la excepción.

- En gracia de discusión, la cuantía de la pensión reconocida supera el límite máximo de 3 SMMLV, así

CUANTÍA	SMMLV FECHA DE ESTATUS PENSIÓN	MONTO MÁXIMO (3 SMLMV)
\$2`418.461	(2015) \$644.350	\$1`933.050

Así las cosas, es diáfano para la Sala de Decisión que en el presente asunto no se dan los presupuestos legales para el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a favor de la parte demandante, en razón a que la adquisición del status pensional se dio en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y en todo caso, con posterioridad al 31 de julio de 2011, razón por la cual no se aplica la excepción relativa al monto de la pensión.

En conclusión, la parte demandante no reúne los requisitos necesarios para acceder a la prestación pretendida, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia impugnada.

4. Costas en primera instancia.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado³ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Ahora bien, se observa que el a quo, al imponer la condena en costas, aplicó el criterio objetivo valorativo de conformidad con el lineamiento fijado por el Consejo de Estado, vale decir, para el efecto consideró que las pretensiones de la parte demandante no salieron

³ 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

avante y que la entidad demandada actuó a través de apoderado judicial a través del cual contestó la demanda y llevó a cabo otras actuaciones judiciales, conllevando esto último al pago de agencias en derecho.

El a quo dispuso sobre la condena en costas por así permitírsele el artículo 188 inciso primero del CPACA. Ha de tenerse en cuenta, igualmente, que el inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 al artículo 188 del CPACA, plantea un criterio adicional para la condena en costas en contra de la parte demandante, cual es el que se presente la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal. Es por ello que, frente a esta norma se pueden presentar varias hipótesis a saber:

- i) De encontrarse configurado el elemento objetivo valorativo, se podrá condenar en costas a la parte demandante, aunque la demanda no sea manifiestamente infundada;
- ii) De no encontrarse configurado el elemento objetivo valorativo, pero la demanda fue presentada con manifiesta carencia de fundamento legal, se podrá imponer condena en costas a la parte demandante;
- iii) Si no se cumple ninguno de los dos criterios, no hay lugar a condenar en costas a la parte demandante.

En el sub examine se verificó la primera de las hipótesis enunciadas y es por ello que será confirmada la condena en costas a cargo de la parte demandante.

5. Condena en costas en segunda instancia.

En segunda instancia no se causan las costas a cargo de la parte demandante porque no se halla actividad procesal de la parte demandada.

6. Consideración final.

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el

artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, con la cual se negaron las pretensiones formuladas por la señora María Doralba Betancur Zuluaga dentro del proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM-.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

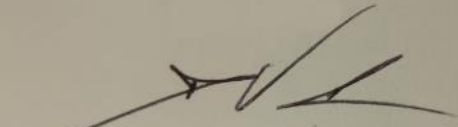
Cuarto: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente

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

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

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

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001 33 39 004 2020 00261 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Danilo Aristizábal Alzate
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación - FNPSM
Providencia:	Sentencia No. 19

Asunto

La Sala Segunda Oral de Decisión desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 23 de septiembre de 2021, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

1. Se declare la nulidad del acto ficto configurado el 2 de octubre de 2019, en razón al silencio administrativo frente a la petición del 2 de julio de 2019, con el cual se negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a la parte demandante.

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

- i) Declarar que la parte demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional – prima de mitad de año -, por ser pensionada del FNPSM.
- ii) Ordenar la indexación de las sumas de dinero que fueren reconocidas.
- iii) Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y siguientes del C/CA.
- iv) Que se condene en costas a la entidad demandada.

2. Hechos.

Se indica que la parte demandante prestó sus servicios como docente oficial, con afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), sin derecho a la pensión gracia en razón a que su vinculación fue posterior al 1° de enero de 1981.

Por cumplir con los requisitos de ley, a la parte demandante le fue reconocida una pensión de jubilación mediante Resolución 1075 del 7 de marzo de 2011.

A la parte demandante no se le ha cancelado la mesada adicional de medio año a la cual, según estima, tiene derecho de acuerdo con la Ley 91 de 1989; regulación que fue confirmada en Sentencia de Unificación de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, identificada como SUJ-014-CE-S2-2019 Consejero Ponente: César Palomino Cortés.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Invocó la Ley 91 de 1989 Artículo 15 y la Sentencia de unificación SUJ—014—CE—S2—2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Como concepto de la violación se expresa, en suma, que la prima de mitad de año fue creada

por el legislador para aquellos docentes que no fueron beneficiarios de la pensión gracia a modo de compensación, por lo que su reconocimiento es una garantía irredimible y una obligación a cargo del Estado.

De conformidad con el literal (b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, aquellos docentes que no fueron acreedores de la pensión gracia, cuentan con el beneficio de la prima de mitad de año, distinta a la mesada adicional prevista por el régimen de la Ley 100 de 1993.

El Acto Legislativo 01 de 2005 extinguió la mesada adicional prevista en la Ley 100 de 1993, más no aquella consagrada en la Ley 91 de 1989.

4. Contestación de la demanda.

4.1. La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM-

No contestó la demanda.

5. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 23 de septiembre de 2021, negó las pretensiones de la parte demandante.

En primer lugar, indicó que la prima de mitad de año fue concebida para compensar al grupo de docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se vieron afectados por la modificación al régimen que pertenecían, específicamente, ante la eliminación del derecho al reconocimiento de la pensión gracia. (Ley 91 de 1989, artículo 2°, literal B)

Así mismo, señaló que con la expedición de la Ley 100 de 1993 (Artículo 142) se creó el derecho al reconocimiento de la mesada adicional (mesada 14) para los pensionados. Sin embargo, aclara que de dicho régimen quedaron exceptuados los afiliados al FNPSM conforme lo dispuso el artículo 279 ibídem.

A continuación, precisó que con el Acto legislativo 01 de 2005 - que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política – dispuso que *“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.”* y en su Parágrafo Transitorio 6o. dispuso que *“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.”* Con fundamento en lo anterior coligió que, el propósito del constituyente fue, entre otras cosas, eliminar el derecho de todos los pensionados a recibir la mesada adicional a las 13 percibidas anualmente, con la excepción ya antedicha. Al respecto, también se sirvió citar un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹, en similar línea de intelección a la que se expone, relacionado con el reconocimiento de la mesada 14 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Respecto del caso concreto observó que la parte demandante adquirió el derecho a la pensión con anterioridad al 31 de julio de 2011, no obstante, la mesada pensional excede el rango de los 3 SMLMV y en tal sentido no tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional según lo dispone el parágrafo sexto transitorio del artículo 48 de la Constitución Política.

Finalmente, indicó que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y a la remisión normativa señalada por el canon 306 ibidem en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, y atendiendo a un criterio objetivo valorativo en su imposición, se condenaría en costas a la parte demandante por el valor de las agencias en derecho, dado que se han negado las pretensiones y se tiene acreditada que la parte demandada desplegó actuación por intermedio de su apoderado judicial.

6. Recurso de apelación.

La apoderada de la parte demandante solicitó revocar la sentencia de primer grado de

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de 2007. Radicación No. 1.857. 11001-03-06-000-2007-00084-00.

conformidad con los argumentos que pasan a compendiarse.

Precisó que la mesada adicional pretendida es aquella prevista en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que creó dicho beneficio a modo de compensación para aquellos docentes que no reunieron los requisitos para ser beneficiarios de una pensión gracia; mientras que la mesada de medio año creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 buscaba compensar a aquellas personas que se pensionaron con anterioridad a la Ley 71 de 1988.

Se refirió a las Sentencias C-409 de 1994 y C-461 de 1995 emanadas de la H. Corte Constitucional, así como a la Sentencia de Unificación de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado de 25 de abril de 2019, identificada como SUJ –014 -CE-S2-2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Adicionalmente, frente a la fijación de las agencias en Derecho hace ver que el operador judicial, al momento de cuantificarlas, está en la *“obligación de tener en cuenta factores como la naturaleza del proceso, la calidad y duración de la gestión realizada, la cuantía del proceso, y otras circunstancias especiales, señalando como tope el máximo previsto en las tarifas mencionadas”*.

7. Alegatos de segunda instancia.

Las partes guardaron silencio.

II. Consideraciones de la Sala

Pretende la parte actora que se declare la nulidad del acto administrativo con el cual la entidad demandada le negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año y, en consecuencia, se proceda a ordenar el reconocimiento de dicha prestación.

1. Problemas Jurídicos.

De conformidad con los planteamientos de la parte apelante, los problemas jurídicos a

desatar se contraen a los siguientes:

- 1.1. ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, conforme lo prevé el numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989?
- 1.2. ¿Es procedente la condena en costas en primera instancia?

2. Marco jurídico de la prima de mitad de año.

La Ley 91 de 1989, “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magistrado*”, estableció en el artículo 15 las disposiciones que regirían al personal docente nacional y nacionalizado que se vinculara con posterioridad al 1º de enero de 1990, entre ellas, aquella contenida en el literal (b) del numeral 2, que reza:

“(…)

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

Más adelante, la mesada adicional de mitad de año pagadera en el mes de junio, conocida como mesada 14, fue estatuida por la Ley 100 de 1993, que en su artículo 142 dispuso:

“ARTÍCULO 142. *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.”*

Posteriormente, el artículo 279 de la misma norma dispuso que estarían exceptuados del régimen prestacional allí previsto *“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”*.

Luego fue expedida la Ley 238 de 1995 que adicionó el referido artículo 279 de la Ley 100 de 1993, e hizo extensivos los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de la misma norma, a los regímenes exceptuados del Sistema General de Seguridad Social.

2.1. La modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005

El Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución, dispuso:

“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”.

(...)

“En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos”.

(...)

“A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo”.

“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 1o. A partir del 31 de julio de 2010, no podráncausarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursosde naturaleza pública".

"Parágrafo 2o. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídicoalguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones".

"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 legalesvigentes 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 derechosde 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".

Ahora, en punto a la aplicabilidad del Acto Legislativo 01 de 2005 sobre los regímenes especiales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto de 22 de noviembre de 2007² concluyó:

"

(...) la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de 2007. Radicación No. 1.857. 11001-03-06-000-2007-00084-00.

(...)

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

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

(...)”

Por lo anterior, y contrario a lo manifestado por la parte demandante, el Acto Legislativo 01 de 2005 tuvo como propósito contribuir a la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, **mediante la unificación de regímenes pensionales**, y la imposición de prohibiciones en punto a los límites en los montos pensionales y al número de mesadas devengadas por los beneficiarios en un año. No obstante, en el parágrafo transitorio 6º, introdujo una excepción a esta última limitación, aclarando que recibirán 14 mesadas al año quienes sean beneficiarios de una pensión igual o inferior a 3 SMMLV, siempre que esta se haya causado antes del 31 de julio de 2011.

Lo anterior permite a esta Sala de Decisión concluir que **no procede** el reconocimiento de la mesada adicional o mesada 14:

- Para quienes adquieran el derecho a la pensión con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, al 25 de julio de 2005, siempre que la cuantía de la pensión reconocida supere los 3 SMMLV; y
- Para quienes causen el derecho pensional con posterioridad al 31 de julio de 2011, sin excepción.

Por último, debe señalarse que la sentencia de unificación emitida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado con ponencia del Magistrado César Palomino Cortés, traída al debate por la parte actora como sustento adicional de sus pretensiones, no contiene una disertación en torno a la vigencia del numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 de

cara a lo previsto en el inciso octavo del Acto Legislativo 01 de 2005. La alusión que en dicha sentencia de unificación se hace a la prima de mitad de año como factor computable en la pensión de vejez de los docentes, constituye un *obiter dicta* que, por lo tanto, no tuvo incidencia en la solución del problema jurídico que convocó la atención de la Alta Corporación y que derivó en la decisión allí plasmada.

3. Caso Concreto.

En el expediente fue acreditado que:

- Con Resolución 1075 del 7 de marzo de 2011, al señor Danilo Aristizábal Alzate le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación, en cuantía de \$1`976.999, a partir del 28 de octubre de 2010;
- Mediante petición del 2 de julio de 2019 la parte demandante solicitó el reconocimiento de la prima de mitad de año, la cual no fue atendida de manera expresa por la demandada.

Atendiendo a tales situaciones y a lo que es materia de reproche frente a la decisión de primera instancia, se permite esta Sala Plural concluir que:

- La parte demandante adquirió el derecho a la pensión de jubilación con posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y con anterioridad al 31 de julio de 2011.
- No obstante lo anterior, la cuantía de la pensión reconocida supera el límite máximo de 3 SMMLV, así

CUANTÍA	SMMLV FECHA DE ESTATUS PENSIÓN	MONTO MÁXIMO (3 SMLMV)
\$1`976.999	(2010) \$515.000	\$1`545.000

Así las cosas, es diáfano para la Sala de Decisión que en el presente asunto no se dan los presupuestos legales para el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a favor de la parte demandante, en razón a que la adquisición del status pensional se dio en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y en todo caso, dado que el monto de la pensión superó el tope de los 3 SMLMV, no se aplica la excepción prevista en la norma.

En conclusión, la parte demandante no reúne los requisitos necesarios para acceder a la prestación pretendida, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia impugnada.

4. Costas en primera instancia.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado³ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Ahora bien, aunque el a quo, al imponer la condena en costas acude al criterio objetivo valorativo de conformidad con el lineamiento fijado por el Consejo de Estado, lo cierto es que, al verificar las actuaciones procesales de la parte demandada, esta Sala encuentra que aquella no intervino en el proceso a través de apoderado judicial, vale decir, no contestó la demanda ni hizo alguna actuación útil por medio de mandatario que demostrase la causación de las agencias en derecho. Es por ello que será revocado el ordinal segundo de la sentencia y en su lugar, se negará la condena en costas.

5. Costas en segunda instancia.

En segunda instancia no se causan las costas debido a la inactividad de la parte demandada.

6. Consideración final.

³ 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

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se revoca el ordinal segundo de la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2021 por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales por medio del cual se condenó en costas a la parte demandante. En su lugar, se niega la condena en costas de primera instancia.

Segundo: Se confirma en lo demás la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, con la cual se negaron las pretensiones formuladas por el señor Danilo Aristizábal Alzate dentro del proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM-.

Tercero: Sin condena en costas en esta instancia.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

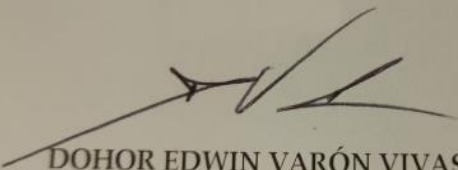
Quinto: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente

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

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

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

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001 33 39 006 2020 00265 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Luis Antonio Castro Osorio
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación - FNPSM
Providencia:	Sentencia No. 18

Asunto

La Sala Segunda Oral de Decisión desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 10 de diciembre de 2021, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

1. Se declare la nulidad del acto ficto configurado el 28 de septiembre de 2019, en razón al silencio administrativo frente a la petición del 28 de junio de 2019, con el cual se negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a la parte demandante.

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

- i) Declarar que la parte demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional – prima de mitad de año -, por ser pensionada del FNPSM.
- ii) Ordenar la indexación de las sumas de dinero que fueren reconocidas.
- iii) Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y siguientes del C/CA.
- iv) Que se condene en costas a la entidad demandada.

2. Hechos.

Se indica que la parte demandante prestó sus servicios como docente oficial, con afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), sin derecho a la pensión gracia en razón a que su vinculación fue posterior al 1° de enero de 1981.

Por cumplir con los requisitos de ley, a la parte demandante le fue reconocida una pensión de jubilación mediante Resolución 521 del 31 de agosto de 2015.

A la parte demandante no se le ha cancelado la mesada adicional de medio año a la cual, según estima, tiene derecho de acuerdo con la Ley 91 de 1989; regulación que fue confirmada en Sentencia de Unificación de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, identificada como SUJ-014-CE-S2-2019 Consejero Ponente: César Palomino Cortés.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Invocó la Ley 91 de 1989 Artículo 15 y la Sentencia de unificación SUJ—014—CE—S2—2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Como concepto de la violación se expresa, en suma, que la prima de mitad de año fue creada

por el legislador para aquellos docentes que no fueron beneficiarios de la pensión gracia a modo de compensación, por lo que su reconocimiento es una garantía irredimible y una obligación a cargo del Estado.

De conformidad con el literal (b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, aquellos docentes que no fueron acreedores de la pensión gracia, cuentan con el beneficio de la prima de mitad de año, distinta a la mesada adicional prevista por el régimen de la Ley 100 de 1993.

El Acto Legislativo 01 de 2005 extinguió la mesada adicional prevista en la Ley 100 de 1993, más no aquella consagrada en la Ley 91 de 1989.

4. Contestación de la demanda.

4.1. La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM-

Señala que, conforme al precedente jurisprudencial que para el efecto ha establecido el órgano de cierre de lo contencioso administrativo, a los docentes vinculados a partir del 31 de julio de 2011 no les es aplicable el reconocimiento y pago de la mesada adicional por estar expresamente excluida en el acto legislativo 01 de 2005, aunado a que el demandante tampoco acredita devengar menos de tres salarios mínimos legales mensuales vigentes. Expuso también respecto de la ley 91 de 1989 que, si bien ésta no reglamenta propiamente un régimen pensional de docentes, en el artículo 15 dispuso que las prestaciones sociales de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, son aquellas que venían gozando en cada entidad territorial, mientras que el régimen de los docentes nacionales y el de quienes se vincularan a partir del 1 de enero de 1990, es el correspondiente a los empleados del orden nacional, esto es, el previsto en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, y demás normas que lo modifiquen o adicionen. Propuso las excepciones de *“legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad”*, *“ineptitud de la demanda por carencia de fundamento jurídico”*, *“prescripción”*, *“compensación”*, *“sostenibilidad financiera”*, *“buena fe”*, *“la condena en costas no es objetiva, se desvirtúa la buena fe de la entidad”* y *“genérica”*.

5. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 10 de diciembre de 2021, negó las pretensiones de la parte demandante.

En primer lugar, indicó que la prima de mitad de año fue concebida para compensar al grupo de docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se vieron afectados por la modificación al régimen que pertenecían, específicamente, ante la eliminación del derecho al reconocimiento de la pensión gracia. (Ley 91 de 1989, artículo 2°, literal B)

Así mismo, señaló que con la expedición de la Ley 100 de 1993 (Artículo 142) se creó el derecho al reconocimiento de la mesada adicional (mesada 14) para los pensionados. Sin embargo, aclara que de dicho régimen quedaron exceptuados los afiliados al FNPSM conforme lo dispuso el artículo 279 ibidem.

A continuación, precisó que con el Acto legislativo 01 de 2005 - que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política – dispuso que *“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.”* y en su Parágrafo Transitorio 6o. dispuso que *“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.”* Con fundamento en lo anterior coligió que, el propósito del constituyente fue, entre otras cosas, eliminar el derecho de todos los pensionados a recibir la mesada adicional a las 13 percibidas anualmente, con la excepción ya antedicha. Al respecto, también se sirvió citar un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹, en similar línea de intelección a la que se expone, relacionado con el reconocimiento de la mesada 14 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de 2007. Radicación No. 1.857. 11001-03-06-000-2007-00084-00.

Respecto del caso concreto observó que la parte demandante adquirió el derecho a la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011, y en tal sentido no tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional según lo dispone el parágrafo sexto transitorio del artículo 48 de la Constitución Política.

Finalmente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y a la remisión normativa señalada por el canon 306 ibidem en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, y atendiendo a un criterio objetivo valorativo en su imposición, se condenó en costas a la parte demandante por el valor de las agencias en derecho, dado que se han negado las pretensiones y se tiene acreditada que la parte demandada desplegó actuación por intermedio de su apoderado judicial.

6. Recurso de apelación.

La apoderada de la parte demandante solicitó revocar la sentencia de primer grado de conformidad con los argumentos que pasan a compendiarse.

Precisó que la mesada adicional pretendida es aquella prevista en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que creó dicho beneficio a modo de compensación para aquellos docentes que no reunieron los requisitos para ser beneficiarios de una pensión gracia; mientras que la mesada de medio año creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 buscaba compensar a aquellas personas que se pensionaron con anterioridad a la Ley 71 de 1988.

Se refirió a las Sentencias C-409 de 1994 y C-461 de 1995 emanadas de la H. Corte Constitucional, así como a la Sentencia de Unificación de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado de 25 de abril de 2019, identificada como SUJ –014 -CE-S2-2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

7. Alegatos de segunda instancia.

Las partes guardaron silencio.

II. Consideraciones de la Sala

Pretende la parte actora que se declare la nulidad del acto administrativo con el cual la entidad demandada le negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año y, en consecuencia, se proceda a ordenar el reconocimiento de dicha prestación.

1. Problema Jurídico.

De conformidad con los planteamientos de la parte apelante, el problema jurídico a desatar se contrae al siguiente:

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

2. Marco jurídico de la prima de mitad de año.

La Ley 91 de 1989, *“Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magistrado”*, estableció en el artículo 15 las disposiciones que regirían al personal docente nacional y nacionalizado que se vinculara con posterioridad al 1º de enero de 1990, entre ellas, aquella contenida en el literal (b) del numeral 2, que reza:

“(…)

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

Más adelante, la mesada adicional de mitad de año pagadera en el mes de junio, conocida como mesada 14, fue estatuida por la Ley 100 de 1993, que en su artículo 142 dispuso:

“ARTÍCULO 142. 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.”

Posteriormente, el artículo 279 de la misma norma dispuso que estarían exceptuados del régimen prestacional allí previsto “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”.

Luego fue expedida la Ley 238 de 1995 que adicionó el referido artículo 279 de la Ley 100 de 1993, e hizo extensivos los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de la misma norma, a los regímenes exceptuados del Sistema General de Seguridad Social.

2.1. La modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005

El Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución, dispuso:

“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”.

(...)

“En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos”.

(...)

"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo".

"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 1o. A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública".

"Parágrafo 2o. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones".

"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".

Ahora, en punto a la aplicabilidad del Acto Legislativo 01 de 2005 sobre los regímenes especiales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto de 22 de noviembre de 2007² concluyó:

² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de 2007. Radicación No. 1.857. 11001-03-06-000-2007-00084-00.

“(…) la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

*Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.
(…)*

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

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

(…)”

Por lo anterior, y contrario a lo manifestado por la parte demandante, el Acto Legislativo 01 de 2005 tuvo como propósito contribuir a la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, **mediante la unificación de regímenes pensionales**, y la imposición de prohibiciones en punto a los límites en los montos pensionales y al número de mesadas devengadas por los beneficiarios en un año. No obstante, en el parágrafo transitorio 6º, introdujo una excepción a esta última limitación, aclarando que recibirán 14 mesadas al año quienes sean beneficiarios de una pensión igual o inferior a 3 SMMLV, siempre que esta se haya causado antes del 31 de julio de 2011.

Lo anterior permite a esta Sala de Decisión concluir que **no procede** el reconocimiento de la mesada adicional o mesada 14:

- Para quienes adquieran el derecho a la pensión con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, al 25 de julio de 2005, siempre que la cuantía de

la pensión reconocida supere los 3 SMMLV; y

- Para quienes causen el derecho pensional con posterioridad al 31 de julio de 2011, sin excepción.

Por último, debe señalarse que la sentencia de unificación emitida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado con ponencia del Magistrado César Palomino Cortés, traída al debate por la parte actora como sustento adicional de sus pretensiones, no contiene una disertación en torno a la vigencia del numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 de cara a lo previsto en el inciso octavo del Acto Legislativo 01 de 2005. La alusión que en dicha sentencia de unificación se hace a la prima de mitad de año como factor computable en la pensión de vejez de los docentes, constituye un *obiter dicta* que, por lo tanto, no tuvo incidencia en la solución del problema jurídico que convocó la atención de la Alta Corporación y que derivó en la decisión allí plasmada.

3. Caso Concreto.

En el expediente fue acreditado que:

- Con Resolución 521 del 31 de agosto de 2015, al señor Luis Antonio Castro Osorio le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación, en cuantía de \$1'682.630, a partir del 4 de abril de 2015;
- Mediante petición del 28 de junio de 2019 la parte demandante solicitó el reconocimiento de la prima de mitad de año, la cual no fue atendida de manera expresa por la demandada.

Atendiendo a tales situaciones y a lo que es materia de reproche frente a la decisión de primera instancia, se permite esta Sala Plural concluir que:

- La parte demandante adquirió el derecho a la pensión de jubilación con posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. Incluso, con posterioridad al 31 de julio de 2011, fecha límite para la aplicación de la excepción.

Así las cosas, es diáfano para la Sala de Decisión que en el presente asunto no se dan los

presupuestos legales para el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a favor de la parte demandante, en razón a que la adquisición del status pensional se dio en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y en todo caso, con posterioridad al 31 de julio de 2011, razón por la cual no se aplica la excepción relativa al monto de la pensión.

En conclusión, la parte demandante no reúne los requisitos necesarios para acceder a la prestación pretendida, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia impugnada.

4. Costas en segunda instancia.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado³ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Con base en lo anterior se colige que, en esta instancia, no se causan las costas a cargo de la parte demandante porque no se halla actividad procesal de la parte demandada.

5. Consideración final.

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, con la cual se negaron las pretensiones formuladas por el señor Luis Antonio Castro Osorio dentro del proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM-.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

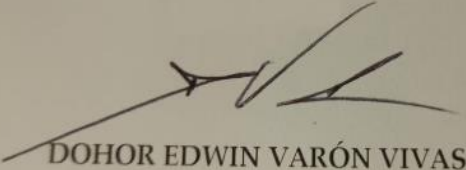
Cuarto: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001 33 39 006 2020 00308 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Rodrigo Merchán Correa
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación - FNPSM
Providencia:	Sentencia No. 17

Asunto

La Sala Segunda Oral de Decisión desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 14 de diciembre de 2021, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

1. Se declare la nulidad del acto ficto configurado el 2 de octubre de 2019, en razón al silencio administrativo frente a la petición del 2 de julio de 2019, con el cual se negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a la parte demandante.

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

- i) Declarar que la parte demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional – prima de mitad de año -, por ser pensionada del FNPSM.
- ii) Ordenar la indexación de las sumas de dinero que fueren reconocidas.
- iii) Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y siguientes del C/CA.
- iv) Que se condene en costas a la entidad demandada.

2. Hechos.

Se indica que la parte demandante prestó sus servicios como docente oficial, con afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), sin derecho a la pensión gracia en razón a que su vinculación fue posterior al 1° de enero de 1981.

Por cumplir con los requisitos de ley, a la parte demandante le fue reconocida una pensión de jubilación mediante Resolución 6524 del 21 de noviembre de 2012.

A la parte demandante no se le ha cancelado la mesada adicional de medio año a la cual, según estima, tiene derecho de acuerdo con la Ley 91 de 1989; regulación que fue confirmada en Sentencia de Unificación de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, identificada como SUJ-014-CE-S2-2019 Consejero Ponente: César Palomino Cortés.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Invocó la Ley 91 de 1989 Artículo 15 y la Sentencia de unificación SUJ—014—CE—S2—2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Como concepto de la violación se expresa, en suma, que la prima de mitad de año fue creada

por el legislador para aquellos docentes que no fueron beneficiarios de la pensión gracia a modo de compensación, por lo que su reconocimiento es una garantía irredimible y una obligación a cargo del Estado.

De conformidad con el literal (b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, aquellos docentes que no fueron acreedores de la pensión gracia, cuentan con el beneficio de la prima de mitad de año, distinta a la mesada adicional prevista por el régimen de la Ley 100 de 1993.

El Acto Legislativo 01 de 2005 extinguió la mesada adicional prevista en la Ley 100 de 1993, más no aquella consagrada en la Ley 91 de 1989.

4. Contestación de la demanda.

4.1. La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM-

La entidad demandada dentro del término previsto para ello manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda, realizando un recuento de lo dispuesto en el artículo de la Ley 91 de 1989, artículo 142 de la Ley 100 de 1993, el Acto Legislativo 01 de 2005, concluyendo que *“los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 de 2005, no tienen derecho la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 y la ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio del 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según los establece el parágrafo transitorio 6º del artículo º del Acto Legislativo en mención”*. Propuso las excepciones que denominó: “LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD”, señalando que los actos emitidos se encuentran ajustados a derecho; “PROCEDENCIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD” señalando las razones expuestas en la sentencia C-409 de 1994, que fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la Ley 238 de 1995 y “PRESCRIPCIÓN DE MESADAS” ello de acuerdo con lo previsto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el 151 del Código Procesal del Trabajo y de Seguridad Social, Decreto Ley 2158 de 1948.

5. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 14 de diciembre de 2021, negó las pretensiones de la parte demandante.

En primer lugar, indicó que la prima de mitad de año fue concebida para compensar al grupo de docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se vieron afectados por la modificación al régimen que pertenecían, específicamente, ante la eliminación del derecho al reconocimiento de la pensión gracia. (Ley 91 de 1989, artículo 2°, literal B)

Así mismo, señaló que con la expedición de la Ley 100 de 1993 (Artículo 142) se creó el derecho al reconocimiento de la mesada adicional (mesada 14) para los pensionados. Sin embargo, aclara que de dicho régimen quedaron exceptuados los afiliados al FNPSM conforme lo dispuso el artículo 279 ibidem.

A continuación, precisó que con el Acto legislativo 01 de 2005 - que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política – dispuso que *“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.”* y en su Parágrafo Transitorio 6o. dispuso que *“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.”* Con fundamento en lo anterior coligió que, el propósito del constituyente fue, entre otras cosas, eliminar el derecho de todos los pensionados a recibir la mesada adicional a las 13 percibidas anualmente, con la excepción ya antedicha. Al respecto, también se sirvió citar un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹, en similar línea de intelección a la que se expone, relacionado con el reconocimiento de la mesada 14 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de 2007. Radicación No. 1.857. 11001-03-06-000-2007-00084-00.

Respecto del caso concreto observó que la parte demandante adquirió el derecho a la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011, y en tal sentido no tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional según lo dispone el parágrafo sexto transitorio del artículo 48 de la Constitución Política.

Finalmente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y a la remisión normativa señalada por el canon 306 ibidem en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, y atendiendo a un criterio objetivo valorativo en su imposición, se condenó en costas a la parte demandante por el valor de las agencias en derecho, dado que se han negado las pretensiones y se tiene acreditada que la parte demandada desplegó actuación por intermedio de su apoderado judicial.

6. Recurso de apelación.

La apoderada de la parte demandante solicitó revocar la sentencia de primer grado de conformidad con los argumentos que pasan a compendiarse.

Precisó que la mesada adicional pretendida es aquella prevista en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que creó dicho beneficio a modo de compensación para aquellos docentes que no reunieron los requisitos para ser beneficiarios de una pensión gracia; mientras que la mesada de medio año creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 buscaba compensar a aquellas personas que se pensionaron con anterioridad a la Ley 71 de 1988.

Se refirió a las Sentencias C-409 de 1994 y C-461 de 1995 emanadas de la H. Corte Constitucional, así como a la Sentencia de Unificación de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado de 25 de abril de 2019, identificada como SUJ –014 -CE-S2-2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Señala que la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) artículo 188 fue adicionada por la ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 47, así: *“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”*. Agrega que, frente a la fijación de las agencias en derecho se ha establecido que el operador judicial, al momento de cuantificarlas, está en la *“obligación de tener en cuenta factores como la naturaleza del proceso, la calidad y*

duración de la gestión realizada, la cuantía del proceso, y otras circunstancias especiales, señalando como tope el máximo previsto en las tarifas mencionadas”.

7. Alegatos de segunda instancia.

Las partes guardaron silencio.

II. Consideraciones de la Sala

Pretende la parte actora que se declare la nulidad del acto administrativo con el cual la entidad demandada le negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año y, en consecuencia, se proceda a ordenar el reconocimiento de dicha prestación.

1. Problemas Jurídicos.

De conformidad con los planteamientos de la parte apelante, los problemas jurídicos a desatar se contraen a los siguientes:

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

2.1. ¿Es procedente la condena en costas en primera instancia?

2. Marco jurídico de la prima de mitad de año.

La Ley 91 de 1989, *“Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magistrado”*, estableció en el artículo 15 las disposiciones que regirían al personal docente nacional y nacionalizado que se vinculara con posterioridad al 1º de enero de 1990, entre ellas, aquella contenida en el literal (b) del numeral 2, que reza:

“(…)

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

Más adelante, la mesada adicional de mitad de año pagadera en el mes de junio, conocida como mesada 14, fue estatuida por la Ley 100 de 1993, que en su artículo 142 dispuso:

“ARTÍCULO 142. 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.”

Posteriormente, el artículo 279 de la misma norma dispuso que estarían exceptuados del régimen prestacional allí previsto “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”.

Luego fue expedida la Ley 238 de 1995 que adicionó el referido artículo 279 de la Ley 100 de 1993, e hizo extensivos los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de la misma norma, a los regímenes exceptuados del Sistema General de Seguridad Social.

2.1. La modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005

El Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución, dispuso:

"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".

(...)

"En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos".

(...)

"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo"

"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 1o. A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública".

"Parágrafo 2o. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones".

"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".

Ahora, en punto a la aplicabilidad del Acto Legislativo 01 de 2005 sobre los regímenes especiales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto de 22 de noviembre de 2007² concluyó:

“

(...) la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

(...)

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

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

(...)”

Por lo anterior, y contrario a lo manifestado por la parte demandante, el Acto Legislativo 01 de 2005 tuvo como propósito contribuir a la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, **mediante la unificación de regímenes pensionales,**

² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de 2007. Radicación No. 1.857. 11001-03-06-000-2007-00084-00.

y la imposición de prohibiciones en punto a los límites en los montos pensionales y al número de mesadas devengadas por los beneficiarios en un año. No obstante, en el párrafo transitorio 6º, introdujo una excepción a esta última limitación, aclarando que recibirán 14 mesadas al año quienes sean beneficiarios de una pensión igual o inferior a 3 SMMLV, siempre que esta se haya causado antes del 31 de julio de 2011.

Lo anterior permite a esta Sala de Decisión concluir que **no procede** el reconocimiento de la mesada adicional o mesada 14:

- Para quienes adquieran el derecho a la pensión con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, al 25 de julio de 2005, siempre que la cuantía de la pensión reconocida supere los 3 SMMLV; y
- Para quienes causen el derecho pensional con posterioridad al 31 de julio de 2011, sin excepción.

Por último, debe señalarse que la sentencia de unificación emitida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado con ponencia del Magistrado César Palomino Cortés, traída al debate por la parte actora como sustento adicional de sus pretensiones, no contiene una disertación en torno a la vigencia del numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 de cara a lo previsto en el inciso octavo del Acto Legislativo 01 de 2005. La alusión que en dicha sentencia de unificación se hace a la prima de mitad de año como factor computable en la pensión de vejez de los docentes, constituye un *obiter dicta* que, por lo tanto, no tuvo incidencia en la solución del problema jurídico que convocó la atención de la Alta Corporación y que derivó en la decisión allí plasmada.

3. Caso Concreto.

En el expediente fue acreditado que:

- Con Resolución 6524 del 21 de noviembre de 2012, al señor Rodrigo Merchán Correa le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación, en cuantía de \$1'816.824, a partir del 3 de marzo de 2012;
- Mediante petición del 2 de julio de 2019 la parte demandante solicitó el

reconocimiento de la prima de mitad de año, la cual no fue atendida de manera expresa por la demandada.

Atendiendo a tales situaciones y a lo que es materia de reproche frente a la decisión de primera instancia, se permite esta Sala Plural concluir que:

- La parte demandante adquirió el derecho a la pensión de jubilación con posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. Incluso, con posterioridad al 31 de julio de 2011, fecha límite para la aplicación de la excepción.
- En gracia de discusión, la cuantía de la pensión reconocida supera el límite máximo de 3 SMMLV, así

CUANTÍA	SMMLV FECHA DE ESTATUS PENSIÓN	MONTO MÁXIMO (3 SMLMV)
\$1`816.824	(2012) \$566.700	\$1`700.100

Así las cosas, es diáfano para la Sala de Decisión que en el presente asunto no se dan los presupuestos legales para el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a favor de la parte demandante, en razón a que la adquisición del status pensional se dio en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y en todo caso, con posterioridad al 31 de julio de 2011, razón por la cual no se aplica la excepción relativa al monto de la pensión.

En conclusión, la parte demandante no reúne los requisitos necesarios para acceder a la prestación pretendida, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia impugnada.

4. Costas en primera instancia.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado³ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición,

³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación

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.

Ahora bien, se observa que el a quo, al imponer la condena en costas, aplicó el criterio objetivo valorativo de conformidad con el lineamiento fijado por el Consejo de Estado, vale decir, para el efecto consideró que las pretensiones de la parte demandante no salieron adelante y que la entidad demandada actuó a través de apoderado judicial a través del cual contestó la demanda y llevó a cabo otras actuaciones judiciales, conllevando esto último al pago de agencias en derecho.

El a quo dispuso sobre la condena en costas por así permitírselo el artículo 188 inciso primero del CPACA. Ha de tenerse en cuenta, igualmente, que el inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 al artículo 188 del CPACA, plantea un criterio adicional para la condena en costas en contra de la parte demandante, cual es el que se presente la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal. Es por ello que, frente a esta norma se pueden presentar varias hipótesis a saber:

- i) De encontrarse configurado el elemento objetivo valorativo, se podrá condenar en costas a la parte demandante, aunque la demanda no sea manifiestamente infundada;
- ii) De no encontrarse configurado el elemento objetivo valorativo, pero la demanda fue presentada con manifiesta carencia de fundamento legal, se podrá imponer condena en costas a la parte demandante;
- iii) Si no se cumple ninguno de los dos criterios, no hay lugar a condenar en costas a la parte demandante.

En el sub examine se verificó la primera de las hipótesis enunciadas y es por ello que será confirmada la condena en costas a cargo de la parte demandante.

5. Costas en segunda instancia.

En segunda instancia no se causan las costas a cargo de la parte demandante porque no se halla actividad procesal de la parte demandada.

6. Consideración final.

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, con la cual se negaron las pretensiones formuladas por el señor Rodrigo Merchán Correa dentro del proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM-.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

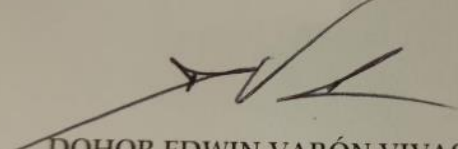
Cuarto: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

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

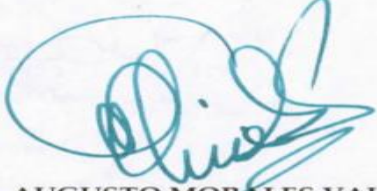
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente

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

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

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

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Radicación	17 001 23 33 000 2021 00034 00
Medio de control	Reparación directa
Demandante	Jesús Edgar Ortiz García
Demandado	Departamento de Caldas

Pasa esta Sala de Decisión a resolver el impedimento presentado por el Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales, doctor Alejandro Restrepo Carvajal en el presente asunto.

I. Asunto

De conformidad con lo previsto en el artículo 133 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede esta Sala de decisión a decidir sobre la declaración de impedimento formulada por el agente del Ministerio Público, Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales doctor Alejandro Restrepo Carvajal, para intervenir como agente del ministerio Público en el proceso de la referencia, tal como consta en el documento 86 del expediente digital.

Para resolver, basten las siguientes

II. Consideraciones

El Procurador Judicial Alejandro Restrepo Carvajal manifiesta su impedimento para para intervenir como agente del ministerio Público en el presente asunto toda

vez que, considera estar in curso en la causal de impedimento contenida en el numeral 5 del artículo 141 del Código General del Proceso que dispone:

***“Artículo 141. Causales de recusación. Son causales de recusación las siguientes:
(...)
5. Ser alguna de las partes, su representante o apoderado, dependiente o mandatario del juez o administrador de sus negocios”.***

Lo anterior, por cuanto afirma que el 2 de febrero de 2023, suscribió contrato de prestación de servicios con las abogadas Ruby Esperanza Duque Montoya y Catalina Franco Arias, cuyo objeto consiste en la prestación de sus servicios profesionales, siendo dichas abogadas sus mandatarias en los términos de los artículos 2144 y siguientes del Código Civil; y que, son ellas quienes actúan como apoderadas judiciales del demandante en el asunto de la referencia.

Al revisar la demanda del medio de control de reparación directa presentada por el señor Jesús Edgar Ortiz García, allí obra memorial poder conferido por éste a la abogada Catalina Franco Arias, quien es la que presenta la demanda en este asunto; y pese a que reposa la renuncia al poder en el documento 020 del expediente digital; también es cierto que obra memorial poder conferido por el demandante a la abogada Ruby Esperanza Duque Montoya, quien posteriormente, sustituye en la abogada Catalina Franco Arias algunas diligencias (Documento 070 del expediente digital).

Por lo expuesto, se advierte que, efectivamente en el asunto de la referencia actúan como apoderadas principal y sustituta del demandante, las doctoras Ruby Esperanza Duque Montoya y Catalina Franco Arias, a quien hace referencia el Señor Procurador Judicial son sus apoderadas, en la manifestación del impedimento manifestado.

Baste de lo expuesto evidenciar que, la situación planteada por agente del Ministerio Público en este caso, doctor Alejandro Restrepo Carvajal en el impedimento presentado, se ajusta al contenido del numeral 5 del artículo 141 del Código General del Proceso, y por lo mismo, constituye impedimento para intervenir como agente del ministerio Público en el proceso.

Sin que sea menester efectuar consideraciones adicionales, se procederá aceptar el impedimento manifestado por el Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales, doctor Alejandro Restrepo Carvajal y, en consecuencia, se le separa del conocimiento del presente asunto. Por lo que se admitirá el impedimento expresado, tal como se dirá en la parte resolutive de esta providencia.

Ahora, respecto de la representación del Ministerio Público en este asunto, se acude a lo dispuesto en el artículo 134 del Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que regula la oportunidad y trámite de los impedimentos y recusaciones de los Agentes del Ministerio Público contemplando:

“Artículo 134. Oportunidad y Trámite. El agente del Ministerio Público, en quien concurra algún motivo de impedimento, deberá declararse impedido expresando la causal y los hechos en que se fundamente, mediante escrito dirigido al juez, sala, sección o subsección que esté conociendo del asunto para que decida si se acepta o no el impedimento. En caso positivo, se dispondrá su reemplazo por quien le siga en orden numérico atendiendo a su especialidad. Si se tratare de agente único se solicitará a la Procuraduría General de la Nación, la designación del funcionario que lo reemplace.

La recusación del agente del Ministerio Público se propondrá ante el juez, sala, sección o subsección del tribunal o del Consejo de Estado que conozca del asunto, para que resuelva de plano, previa manifestación del recusado, sobre si acepta o no la causal y los hechos. Si se acepta la recusación, dispondrá su reemplazo por quien le siga en orden numérico atendiendo a su especialidad. Si se tratare de agente único, se solicitará a la Procuraduría General de la Nación la designación del funcionario que lo reemplace.

Parágrafo. Si el Procurador General de la Nación es separado del conocimiento del proceso, por causa de impedimento o recusación, lo reemplazará el Viceprocurador.” (Subraya la Sala)

En este caso, al consultar con la Secretaría de este Tribunal por el Agente del Ministerio Público que siguen en orden numérico en esta especialidad, se informa que corresponde al Procurador 29 Judicial II en asuntos Administrativos, doctor Julio César Antonio Rodas Monsalve, por lo que se designará a éste para que represente al Ministerio en el asunto de la referencia, y se ordena notificar de la decisión, tal como se dirá en la parte resolutive.

III. Resuelve

Primero: Admitir el impedimento expresado por el Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales, doctor **Alejandro Restrepo Carvajal**, para conocer del presente asunto.

Segundo: Por Secretaría, remítase copia de la presente decisión mediante correo electrónico al Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales, doctor **Alejandro Restrepo Carvajal**.

Tercero: Desígnase al Procurador 29 Judicial II en asuntos Administrativos al doctor Julio César Antonio Rodas Monsalve en reemplazo del Procurador 28 Judicial II en asuntos Administrativos, doctor Alejandro Restrepo Carvajal, para que asuma la representación del Ministerio Público en este proceso.

Cuarto: Por la Secretaría de este Tribunal **notificar** al Procurador 29 Judicial II, doctor Julio César Antonio Rodas Rodas de esta designación.

Quinto: Una vez ejecutoriado esta providencia, continúese con el trámite procesal correspondiente.

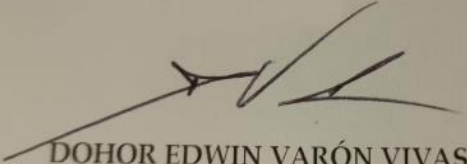
Notifíquese y cúmplase

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

Magistrados



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
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. 26

Manizales, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001 33 39 005 2021 00216 02
Naturaleza: Protección De Derechos E Intereses Colectivos
Accionante: Personero Municipal de Chinchiná
Demandado: Departamento de Caldas

Se resuelve el recurso de apelación formulado por el departamento de Caldas contra la sentencia que accedió a las pretensiones del actor.

I. Antecedentes

1. Demanda

El actor señaló que, el servicio educativo oficial en el municipio de Chinchiná está a cargo del departamento de Caldas, y se presta entre otras, por la institución educativa El Trébol que cuenta con seis sedes, a la cual se le realizó verificación de cumplimiento de protocolos de bioseguridad. Sin embargo, se encontró que se tiene una sola persona para las labores de aseo y desinfección en la sede central y sede aledaña, lo cual resulta insuficiente, además que las otras sedes no cuentan con personal de aseo. Que se suma a ello la necesidad de aplicar la Directiva 05 de junio de 2021 del Ministerio de Educación para el regreso a clases, lo cual demanda mayor aseo en las instalaciones.

Con fundamento en lo anterior solicita la protección a los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, a la seguridad y salubridad pública, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública. En consecuencia, solicita se ordene al departamento de Caldas - Secretaría de Educación, que garantice al menos seis personas permanentes de aseo, una para cada una de las seis sedes que componen la Institución Educativa El Trébol.

2. Pronunciamiento frente a la demanda

El **departamento de Caldas** se opuso a las pretensiones del actor; afirmó que el retorno a clases presenciales se encuentra plenamente garantizado, pues desde noviembre de 2020 se han entregado elementos de protección y otros cuya única finalidad es reducir el riesgo de contagio del Covid-19: lavamanos portátiles y autónomos, tapetes de desinfección, jabón líquido para lavado de manos, desinfectante para los tapetes, alcohol glicerinado, batas antifluido, termómetros y tapabocas.

Indicó que se incrementaron los recursos a los fondos de servicios educativos para la compra

de fumigadoras de aspersión, alcohol glicerinado y amonio cuaternario, que en el caso de la institución educativa El Trébol lo fue por valores de \$4'992.659 y \$1'165.860. Que a la par, se ha priorizado a los docentes para la vacunación.

Menciona las normas que ordenan la adopción de protocolos de bioseguridad para los establecimientos de educación y afirma que pretender la destinación permanente de una persona para el aseo por cada sede, desconoce y extralimita el presupuesto de la Secretaría de Educación, que a su vez destina el Ministerio de Educación.

Con fundamento en lo anterior formuló las excepciones tituladas: *“Ausencia de derecho colectivo vulnerado”*; *“Improcedencia de la acción”* por cuanto no hay derechos colectivos vulnerados; *“hecho superado”* por cuanto está probado el cumplimiento de lo solicitado en las pretensiones.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró no probadas las excepciones formuladas por la demandada, declaró que el departamento de Caldas incurre en vulneración, por omisión, al derecho colectivo a la salubridad pública y dispuso:

“TERCERO: En consecuencia, SE ORDENA al sr Gobernador del Departamento de Caldas que proceda a realizar las gestiones presupuestales ante el Ministerio de Educación, y las contractuales necesarias, para que a partir del inicio de labores académicas en el año 2023 se garantice el servicio de aseo en las 8 sedes de la institución educativa El Trébol de Chinchiná. Dicho servicio deberá abarcar en cada sede la totalidad de las áreas de los inmuebles y se prestará de manera permanente, sin que sea necesario que la o las personas destinadas al mismo deban estar presentes en las escuelas que alberguen 30 o menos estudiantes en jornadas laborales completas, sino la jornada que se ajuste a cada necesidad según el tamaño de las sedes, la accesibilidad a las mismas y el número de estudiantes”.

Para fundamentar su decisión señaló que, a partir de las pruebas documentales referidas a actas de entrega de elementos de bioseguridad y certificaciones de adopción de protocolos de la misma índole; la inspección judicial en la cual se constató la disponibilidad actual de los mencionados elementos en una pequeña área de bodegaje, así como la existencia y funcionalidad de lavamanos, permiten afirmar, que en la institución educativa El Trébol, se aplican las directrices trazadas por el Gobierno Nacional para el regreso a clases presenciales conforme a la Directiva 05 del 17 de junio de 2021 del Ministerio de Educación. Que sin embargo, la pandemia generada por el virus Covid-19 ha cedido de manera muy importante, al punto que en Colombia se decretó por la terminación de la emergencia sanitaria el pasado 30 de junio de 2022.

De manera que centró la atención en la prestación del servicio de aseo en la institución educativa El Trébol, en todas sus sedes, respecto de lo cual señaló que, las pruebas demostraron que el servicio de aseo sólo se presta en la sede central y en la sede aledaña (escuela El Trébol) por dos operarias, una contratada desde el Departamento y otra, con recursos que se asignaron a la institución -también por el ente departamental- quienes asisten 3 y 2 días a la semana, respectivamente, cubriendo el servicio en áreas administrativas y comunes –de hecho se observaron limpias en la inspección judicial corroborándose así la labor que cumplen-.

También se estableció que en estas dos sedes la limpieza de los salones la realizan los

estudiantes, en las demás -seis escuelas- no se presta el servicio de aseo y la limpieza es asumida en éstas por los profesores, estudiantes e incluso, padres de familia, abarcando tales labores aún en los restaurantes escolares.

Por lo tanto, concluyó que, el servicio de aseo en la sede principal y aledaña (escuela El Trébol) es insuficiente y que en las restantes seis escuelas que conforma la institución, no existe; lo primero, porque las 2 personas contratadas sólo cubren áreas administrativas y comunes de la sede principal y la escuela contigua, cuando lo cierto es que el servicio debe abarcar la totalidad de los inmuebles no sólo para que sea efectivo, sino además y principalmente, porque no es labor de los estudiantes trapear ni barrer y tampoco de los profesores.

Y respecto de las demás escuelas, sencillamente el servicio no existe con el agravante que hasta los padres de familia se involucran en la limpieza, incluso de los restaurantes escolares, con el riesgo que evidentemente ello representa para quien sea que lo realice (alumnos, docentes, padres de familia) en caso de un accidente (caídas, quemaduras, por ejemplo).

4. Recurso de apelación

El **departamento de Caldas** solicitó se revoque la sentencia teniendo en cuenta que, el Despacho dejó de lado el origen y los postulados de la acción popular, pues los mismos tenían como fundamento la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional y, a pesar de que el mismo Despacho reconoce que la pandemia *“ha cedido de manera muy importante, al punto que en Colombia se decretó por el Gobierno la terminación de la emergencia sanitaria el pasado 30 de junio de 2022”*. Así las cosas, el Despacho dejó de lado el principio de congruencia y de manera oficiosa abarcó otros temas no solicitados en la Acción Popular.

Que de las pruebas recaudadas, se evidencia que el servicio de aseo se presta de manera directa por la entidad territorial en las sedes con mayor número de estudiantes y, en las demás, con apoyo de la sociedad, por lo que no es cierto que *“en las restantes seis escuelas que conforma la institución, no existe”*. Que de conformidad con los artículos 44, 67 de la Constitución Política y la Ley 115 de 1994 la familia y a la sociedad también cuentan con un papel primordial y de acción en la prestación del servicio público de educación.

Por lo tanto, que lo realicen otros miembros de la comunidad educativa, como docentes, padres de familia y, en general, miembros activos de la sociedad, no es ilegal, no es inconstitucional, por el contrario, son mandatos Constitucionales y legales y demuestran que la Institución Educativa, en cada una de sus sedes, no está en riesgo de insalubridad, ni es foco de contaminación, por lo que el derecho colectivo a la salubridad pública no está siendo vulnerado.

Que la realidad es simple, solo el 11% de las sedes de las Instituciones Educativas del departamento de Caldas cuentan con servicio de aseo brindado directamente por la entidad Territorial, que el fallo que se recurre podría no parecer descabellado y ajustado a los mínimos; sin embargo, el solo hecho de acceder a lo planteado por el Despacho, generaría comprometerse a mayor cobertura en este rubro y una ampliación de recursos que no existen, pues el Ministerio de Educación viene reduciendo el rubro para esta área cada año, la sola orden de *“realizar las gestiones presupuestales ante el Ministerio de Educación”*, es un saludo a la bandera, pues dichas gestiones se realizan cada año, sin necesidad de fallos judiciales que lo ordenen, buscando no solo recursos para áreas como aseo o vigilancia, sino

incluso tratando de reducir el déficit o el faltante en nómina, en programas de cobertura, en el programa de alimentación escolar que, sin darles orden jerárquico, algunos son de vital importancia para el adecuado desarrollo de los niños y niñas del Departamento.

Que el Ministerio de Educación Nacional, por medio del oficio 2022-EE-271449 del 08 de noviembre de 2022, dirigido a la Secretaría de Educación del Departamento, con el asunto denominado: *“Cierre financiación de la prestación del servicio vigencia 2022 con recursos del Sistema General de Participaciones SGP-Educación”*, establece que entre ingresos y gastos se tiene una diferencia de más de 27 mil millones de pesos. Adicionalmente, la Secretaría de Educación tiene un saldo en contra; es decir, le adeuda al FOMAG la suma de \$15.873.001.967, lo que indica que el Departamento de Caldas iniciará el año académico 2023 con un déficit presupuestal enorme.

Que por lo anterior, es claro que la entidad territorial tiene toda la voluntad de mejorar los servicios educativos, la cobertura y garantizar los servicios de aseo y seguridad; sin embargo, tal como lo demuestra el mencionado oficio, las cifras no lo permiten. No es una cuestión de voluntad sino de imposibilidad económica, presupuestal que impide que se disponga servicios de aseo para cada sede, tal como lo pretende la parte actora.

5. Pronunciamiento segunda instancia

El Departamento de Caldas, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación y, manifestó que el Ministerio de Educación mediante oficio No. 2022-EE-271449 del 8 de noviembre de 2022, indicó que entre ingresos y gastos existe un diferencia de más de 27 mil millones de pesos, que además, dicho documento señala que el Fomag adeuda a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas la suma de \$15.873.001.967 lo que significa que el ente territorial iniciara el año 2023 con un déficit presupuestal, todo lo cual evidencia la imposibilidad económica y presupuestal que impide que se disponga de servicios de aseo para cada sede tal y como lo pretende la parte actora.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

De acuerdo con los argumentos propuestos en el recurso de apelación, se centran en dilucidar: *¿En la sentencia apelada se dejó de lado el principio de congruencia y de manera oficiosa abarcó otros temas no solicitados en la demanda?*

¿Existe vulneración o amenaza al derecho colectivo a la salubridad pública y si esta es imputable del departamento?

¿Las razones de índole presupuestal deben ser atendida a efectos de justificar la omisión de las acciones para hacer cesar la amenaza de los derechos colectivos?

2. Primer Problema jurídico

2.1. Tesis del Tribunal

La sentencia apelada no dejó de lado el principio de congruencia, pues el asunto relativo a la falta de personal suficiente de aseo y limpieza para la Institución Educativa El Trébol, fue planteado en los hechos y pretensiones de la demanda.

Para fundamentar lo anterior, se analizará: i) el principio de congruencia en la acción popular; para descender al ii) análisis del caso concreto a la luz del contenido de la demanda.

2.2. El principio de congruencia en la acción popular

Como regla general, en la actividad judicial, los argumentos de la demanda y de la oposición de los demandados, constituyen los límites que demarcan la actividad del juez en primera instancia.

Sin embargo, en el caso de las acciones populares, se configura una excepción a esta regla cuando la protección de los derechos colectivos -cuya naturaleza es indisponible- amerite la ampliación de las potestades del juez para la resolución de la *litis*. Al respecto, el Consejo de Estado¹ ha precisado que:

“Así, este último está facultado para extender el análisis a otros aspectos no indicados en la demanda o en el recurso, siempre que guarden relación con los derechos colectivos bajo estudio e, incluso, amparando derechos cuya salvaguarda no haya sido solicitada expresamente en la demanda, bajo circunstancias que considere adecuadas, y necesarias para garantizar la protección de estos, siempre y cuando se respete al demandado el debido proceso -contradicción y derecho de defensa”.

2.3. Análisis del contenido de la demanda

En las pretensiones de la demanda expresamente el actor popular solicitó:

1. **DECLARE** la vulneración de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, a la seguridad y salubridad pública, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, como consecuencia de la acción de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas **al no destinar personal suficiente de aseo y limpieza para la Institución Educativa El Trébol**, de acuerdo a los requerimientos relacionados con la cantidad de estudiantes, la planta física y los protocolos de bioseguridad, que exigen además de permanente limpieza, actividades de desinfección.
2. **ORDENE** al departamento de Caldas-Secretaría de Educación, **que garantice al menos seis personas permanentes de aseo, una para cada una de las seis (6) sedes que componen la Institución Educativa El Trébol. (...)**.

Y en los hechos de la demanda se expuso que:

*“4. El suscrito Personero Municipal en compañía del docente Mauricio López Sánchez realizó recorrido por la institución con el fin de verificar el cumplimiento de los Protocolos de Bioseguridad, encontrando que **se cuenta con una sola persona para las labores de aseo y desinfección para la sede central y sede aledaña (escuela primaria)** siendo una jornada laboral que para la persona encargada, supera con creces las ocho (8) horas laborales, siendo insuficiente para garantizar los criterios de aseo y desinfección y quedando por fuera las otras 6 sedes de la Institución.*

...

6. El suscrito Personero Municipal realizó visita a la Institución Educativa El Trébol, con el

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez, sentencia de 5 de marzo de 2021. Rad. 73001-23-31-000-2010-00441-01(AP).

fin de verificar las condiciones del retorno a clase, entrevistándose con directivos, docentes y estudiantes, producto de la cual, se advirtió la deficiencia numérica de personal a cargo del aseo de la institución, que, para el momento de la visita, solo se cuenta con una aseadora para la sede central, las otras sedes no cuentan con personal para dicha labor.

7. Con lo anterior, en la actualidad la Institución Educativa El Trébol no cuenta con personal para las labores de aseo, lo que obvia la necesidad de seis (6) aseadoras, para las seis (6) sedes, es decir: aseadora para cada una de las sedes de tiempo completo

...

9. La cantidad de personas destinadas a las labores de aseo es a todas luces insuficiente, curiosamente, ni antes de la pandemia ni en la actualidad han contado las seis (6) sedes de las escuelas con este servicio, la Gobernación aplica una lógica inversa y hasta absurda. (...)".
(Resalta la Sala)

De acuerdo a lo anterior, es claro que el asunto central planteado en la demanda fue precisamente la insuficiencia de personal destinado al servicio de aseo para cada una de las sedes que componen la Institución Educativa El Trébol.

2.4. Conclusión

Por tanto, no se evidencia que en la sentencia se hubiese desconocido el principio de congruencia, pues el asunto relativo a la falta de personal suficiente de aseo y limpieza para la Institución Educativa El Trébol, fue planteado en los hechos y pretensiones de la demanda. Así, no son de recibo los argumentos expuestos por la entidad demandada.

3. Segundo problema jurídico *¿Existe vulneración o amenaza al derecho colectivo a la salubridad pública y si esta es imputable del departamento?*

3.1. Tesis del Tribunal

Se encuentra acreditada la amenaza al derecho colectivo a la salubridad pública por parte del departamento de Caldas pues se encuentra acreditado que, el servicio de aseo en la sede principal y aledaña (escuela El Trébol) es insuficiente y que en las restantes seis escuelas que conforma la institución, el departamento de Caldas no garantiza la prestación del servicio de aseo.

Para fundamentar lo anterior, se analizarán: i) los hechos probados; ii) el marco jurídico sobre la naturaleza de las acciones populares y el alcance de los derechos colectivos invocados; para descender al iii) análisis del caso concreto.

3.2. Hechos acreditados relevantes para resolver el problema jurídico

-. De acuerdo con el acta de visita realizada por la Personería municipal de Chinchiná, el 19 de agosto de 2021 para verificar el cumplimiento de los protocolos de bioseguridad para evitar la propagación del Covid-19 en la institución educativa El Trébol del municipio de Chinchiná en cuanto al servicio de aseo, se constató que, contaba con una persona para la sede principal y la aledaña, careciendo las demás sedes de personal para el aseo y la desinfección².

² Fls 12-13 doc.02

- En la diligencia de inspección judicial a la sede central y aledaña (sede 2) de la institución educativa El Trébol del municipio de Chinchiná se decretó de oficio y recibió el testimonio del señor Jair Rivillas Loaiza Rector de la institución, quien afirmó que:

- La Institución cuenta con 8 sedes; las labores de aseo se cumplen solo en la sede central y en la sede escuela el Trébol con una empleada de la cooperativa contratada por el departamento quien va tres días a la semana de 7 am a 4 pm generalmente, y otra empleada vinculada con recursos que envió la Secretaría de Educación quien va 2 veces a la semana; ellas se encargan de las oficinas, los baños, corredores; en las demás sedes no hay servicio de aseo y lo hacen los docentes, los alumnos y los padres de familia, pero los insumos los suministra la institución educativa o envía la Secretaría de Educación.

- La distancia de algunas sedes dificulta la prestación del servicio e incluso hay una de difícil acceso, pero la necesidad del servicio de aseo es apremiante y el personal asignado no es suficiente.

- En todas las sedes hay restaurantes escolares y en 7 de ellas se tiene jornada única. Los padres y los niños hacen el aseo en los restaurantes escolares.

- En la referida diligencia de inspección judicial se hizo constar que, en el recorrido de la sede central y dos escuelas cercanas se observó: - *Baños del personal administrativo limpios*, - *Rectoría limpia*. - *Patio limpio*, - *Baños de estudiantes limpios (excepto uno) y lavamanos funcionales*, - *Restaurantes escolares limpios*, - *Depósito con elementos de bioseguridad*.

3.3. Fundamento jurídico

3.3.1. Naturaleza de las acciones populares

Las acciones populares consagradas en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política y reglamentada por la Ley 472 de 1998, tienen como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando estos resulten amenazados por la acción u omisión de las autoridades o de los particulares. Cabe señalar que tales derechos e intereses colectivos no son únicamente los enunciados en el artículo 4º de la Ley 472 de 1998, sino también los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados internacionales celebrados por Colombia.

Los supuestos sustanciales para que proceda la acción popular son los siguientes, a saber: a) una acción u omisión de la parte demandada; b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, y; c) la relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de los derechos colectivos, los tres supuestos anteriores deben demostrarse en el trámite respectivo.

3.3.2. Alcance de los derechos colectivos invocados

En la sentencia apelada fue amparado el derecho: *“a la salubridad publica”*; el cual tiene la calidad de colectivo, como se describe a continuación:

El artículo 44 de la Constitución Política consagra el derecho que tienen los niños de acceder a una educación de calidad que garantice la prestación del servicio educativo en condiciones dignas; norma que además hace alusión a que, para el amparo de los derechos

fundamentales, la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Por su parte, el artículo 67 de la Constitución consagra:

La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura (...)

Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo".

En relación con el tema del aseo en las instituciones educativas, la Corte Constitucional en sentencia T-273 de 2014 explicó lo siguiente sobre la prestación de los servicios administrativos:

*10.3. Ahora, la Corte debe precisar que no cualquier ausencia de personal administrativo constituye una violación de la garantía de acceso a la educación debida a los menores estudiantes. No obstante, cuando la falta o interrupción de un servicio general o administrativo represente una barrera de acceso, obstruya la permanencia de los estudiantes en una institución educativa o afecte el derecho de los menores a recibir educación en condiciones dignas, dicha interrupción constituye una vulneración de su derecho fundamental a la educación. Así por ejemplo cuando **la ausencia de personal de aseo conduzca a un grave deterioro de las condiciones de salubridad e higiene de una institución, el derecho a los menores a recibir educación en condiciones dignas se verá vulnerado**. Así mismo, cuando un servicio administrativo particular como el de granjero resulte indispensable para garantizar la operación de uno de los programas definitorios de la institución, dicho servicio puede constituir una barrera de acceso y permanencia en la educación. Como ocurrió en el caso de la institución educativa León de Greiff, cuyos objetivos en materia de educación incluyen la formación agroempresarial, la ausencia de granjero implicó la afectación de los programas agrarios, así como el cuidado de los animales que hacían parte de la granja.*

Lo anterior, significa que el derecho a la educación conlleva una obligación de proveer los servicios administrativos que sean necesario para garantizar la prestación del servicio educativo en condiciones dignas.

Así también se expuso en la sentencia T-279 de 2018 en la cual se concluyó:

"En definitiva, la falta de aseo prolongada en una institución educativa puede generar ambientes escolares insalubres y grave deterioro de la infraestructura, situaciones que pueden amenazar o vulnerar el derecho a la educación de sujetos de especial protección constitucional, como los niños y niñas.

Lo anterior por cuanto un entorno hostil e insalubre desincentiva el aprendizaje de los menores de edad; pone en riesgo la salud y la vida de la comunidad educativa; limita el libre desarrollo de la personalidad; y corre el riesgo de promover en el estudiantado una cultura que no se compadece con el cuidado que merecen el medio ambiente y los bienes públicos, lo cual va en

contravía del inciso segundo del artículo 67 Superior³. Los niños y niñas aprenden del ejemplo, de aquello que ven y experimentan al interactuar con su entorno, razón por la cual los ambientes escolares son sin duda, un referente de comportamiento para ellos.

Las providencias transcritas sirven para concluir que efectivamente como parte del derecho a la educación, se encuentra el de garantizar que el mismo se preste en óptimas condiciones, es necesario contar y brindar con servicios administrativos, entre ellos el servicio de aseo.

Ahora, el artículo 311 de la Constitución Política asigna a los municipios la función de “prestar los servicios públicos que la ley determine y construir las obras necesarias para el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes (...)”.

En concordancia, el artículo 3º de la Ley 136 de 1994 asigna a los municipios las atribuciones de: “(1) Administrar los asuntos municipales y prestar los servicios públicos que determine la ley. ... (7) Procurar la solución de las necesidades básicas insatisfechas de los habitantes del municipio, en lo que sea de su competencia, con especial énfasis en los niños, las niñas, los adolescentes, las mujeres cabeza de familia, las personas de la tercera edad, las personas en condición de discapacidad y los demás sujetos de especial protección constitucional”.

El artículo 6º de la Ley 115 de 1994, que estableció el Sistema General de Educación, asigna a los departamentos, en el sector de educación, las siguientes competencias frente a los “municipios no certificados”:

*“6.2.1. Dirigir, planificar; y **prestar el servicio educativo** en los niveles de preescolar, básica, media en sus distintas modalidades, en condiciones de equidad, eficiencia y calidad, en los términos definidos en la presente ley.*

6.2.2. Administrar y distribuir entre los municipios de su jurisdicción los recursos financieros provenientes del Sistema General de Participaciones, destinados a la prestación de los servicios educativos a cargo del Estado, atendiendo los criterios establecidos en la presente ley.

*6.2.3. **Administrar**, ejerciendo las facultades señaladas en el artículo 153 de la Ley 115 de 1994, las instituciones educativas y el personal docente y **administrativo de los planteles educativos**, sujetándose a la planta de cargos adoptada de conformidad con la presente ley...*

*6.2.4. **Participar con recursos propios en la financiación de los servicios educativos a cargo del Estado, en la cofinanciación de programas y proyectos educativos y en las inversiones de infraestructura, calidad y dotación.** Los costos amparados con estos recursos no podrán generar gastos permanentes a cargo al Sistema General de Participaciones. (...)*

6.2.8. Prestar asistencia técnica y administrativa a las instituciones educativas, cuando a ello haya lugar.

6.2.9. Promover la aplicación y ejecución de planes de mejoramiento de la calidad.

6.2.10. Distribuir entre los municipios los docentes, directivos y empleados administrativos, de acuerdo con las necesidades del servicio, de conformidad con el reglamento”. (Se resalta)

3.4. Análisis del caso concreto

El demandante señaló en su demanda que, el servicio educativo oficial en el municipio de Chinchiná está a cargo del departamento de Caldas, y se presta entre otras, por la institución educativa El Trébol respecto de la cual se encontró que, tiene una sola persona para las

³ “(...) La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente (...)”.

labores de aseo y desinfección en la sede central y sede aledaña, lo cual resulta insuficiente, además que las otras sedes no cuentan con personal de aseo.

El *a quo* amparó el derecho colectivo a “*la salubridad pública*” por cuanto encontró acreditado que, el servicio de aseo en la sede principal y aledaña (escuela El Trébol) es insuficiente y que en las restantes seis escuelas que conforma la institución, no existe; en consecuencia ordenó al departamento de Caldas que realice las gestiones presupuestales ante el Ministerio de Educación, y las contractuales necesarias, para que a partir del inicio de labores académicas en 2023 se garantice el servicio de aseo en las 8 sedes de la institución educativa El Trébol.

El departamento de Caldas en su apelación afirmó que, no existe vulneración del derecho colectivo señalado, por cuanto el servicio de aseo se presta, de manera directa por parte de la entidad territorial en las sedes con mayor número de estudiantes y, en las demás, con apoyo de la sociedad, lo cual se encuentra en armonía con los postulados constitucionales y legales, tales como los artículos 44 y 67 de la Constitución Política.

En cuanto al personal de servicios de aseo y limpieza, el Tribunal, de acuerdo con las pruebas obrantes al proceso, en especial, de la inspección judicial y el testimonio del señor Jair Rivillas Loaiza, Rector de la institución educativa El Trébol, encuentra acreditado que, la institución cuenta con 8 sedes así: Gabriela Mistral con 8 estudiantes; José María Córdoba con 10 estudiantes; el Trébol con 98 estudiantes; Marco Fidel Suárez con 14 estudiantes; Bajo Español con 30 estudiantes; San Francisco con 23 estudiantes; Santa Elena con 3 estudiantes; sede central con 230 estudiantes, en total son 441 estudiantes.

Además se encuentra acreditado que, las labores de aseo en la sede central y en la sede escuela El Trébol son realizadas por una empleada de la cooperativa contratada por el departamento quien va tres días a la semana de 7 am a 4 pm generalmente, y otra empleada vinculada con recursos que envió la Secretaría de Educación quien va 2 veces a la semana; quienes se encargan de las oficinas, los baños, corredores. El aseo de los salones lo realizan los estudiantes.

En las demás sedes, el aseo lo hacen los docentes, los alumnos y los padres de familia. En todas las sedes hay restaurantes escolares y en 7 de ellas se tiene jornada única, y son los padres y estudiantes quienes se encargan del aseo.

De acuerdo a lo anterior es claro que, el personal asignado por el departamento, para prestar el servicio de aseo en las ocho sedes de la institución educativa El Trébol de Chinchiná es insuficiente, aspecto que no es rebatido por el departamento, pues centra su inconformidad en que no se tuvo en cuenta que, el servicio de aseo es realizado con apoyo de la sociedad, lo cual señala, se encuentra en armonía con los postulados constitucionales y legales, tales como los artículos 44 y 67 de la Constitución Política y la Ley 115 de 1994 que le otorga a la familia y a la sociedad un papel primordial y de acción en la prestación del servicio público de educación.

Al respecto valga precisar que, si bien no existe evidencia de situaciones de deterioro de las condiciones de salubridad e higiene de las sedes de la institución educativa El Trébol, si existe una situación de amenaza que debe ser evitada, pues no son funciones de los educandos, los padres de familia y tampoco de los docentes realizar las labores de aseo de las instituciones educativas y mucho menos de los restaurantes escolares.

Dejar dichas funciones exclusivamente en cabeza de ellos, además de generar una situación de riesgo a la salud y la vida de la comunidad educativa, derivados de la manipulación de los elementos o insumos de aseo; además ello puede conllevar a que se generen ambientes escolares insalubres y al deterioro de la infraestructura⁴.

De allí que, el servicio de aseo en los establecimientos educativos debe prestarse por personal capacitado para el efecto, con los elementos de protección personal reglamentarios y con el debido aseguramiento al sistema de seguridad social, sin que pueda trasladarse esa carga a los estudiantes, los padres de familia o a los docentes.

Además, dicho servicio debe comprender la totalidad de las instalaciones de las sedes escolares y tener una continuidad que garantice la limpieza permanente.

3.5. Conclusión

De acuerdo con lo expuesto, se concluye que, se encuentra acreditada la amenaza al derecho colectivo a la salubridad pública por parte del departamento de Caldas pues el servicio de aseo en la sede principal y aledaña (escuela El Trébol) es insuficiente y que en las restantes seis escuelas que conforma la institución, el departamento de Caldas no garantiza la prestación del servicio de aseo.

Aunado a lo anterior, no es de recibo el argumento del departamento según el cual no existe vulneración del derecho colectivo por cuanto el servicio de aseo es realizado con apoyo de la sociedad, pues este debe prestarse por personal capacitado para el efecto, con los elementos de protección personal reglamentarios y con el debido aseguramiento al sistema de seguridad social.

4. Tercer problema jurídico *¿Las razones de índole presupuestal deben ser atendida a efectos de justificar la omisión de las acciones para hacer cesar la amenaza de los derechos colectivos?*

4.1. Tesis del Tribunal

La falta de disponibilidad presupuestal y de existencia de recursos no es, argumento válido y suficiente para sustraerse del cumplimiento de las acciones necesarias para hacer cesar la amenaza de los derechos colectivos.

Para fundamentar lo anterior, se analizarán: i) los hechos probados; ii) el marco jurídico sobre, Razones de índole presupuestal; para descender al análisis del iii) caso concreto.

4.2. Razones de índole presupuestal frente a la protección de derechos colectivos

Al respecto, el Consejo de Estado⁵ ha advertido lo siguiente:

“Sobre el particular, en providencia del 15 de diciembre de 2016 se sostuvo lo siguiente:

12.2. Los trámites presupuestales y la escasez de recursos económicos no justifican la desprotección de los derechos colectivos.

⁴ Corte Constitucional en sentencia T-278 de 2018

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente Oswaldo Giraldo López, providencia de 18 de octubre de 2019, expediente núm. 15001 23 33 000 2017 00990 01.

[...] Además, esta Sala ha manifestado que **la falta de disponibilidad presupuestal no enerva la acción ante la demostrada vulneración de los derechos colectivos. Ante esa situación, lo procedente es ordenar a las autoridades que efectúen las gestiones administrativas y financieras necesarias para obtener los recursos económicos requeridos.**

En efecto, en sentencia de 25 de octubre de 2001, a propósito de una problemática relacionada con la práctica de necropsias a cadáveres en estado de descomposición, sin que existiera una morgue en el Municipio de San Pedro (Sucre), esta Sala consignó el criterio jurisprudencial aludido, de la siguiente manera:

*“La falta de disponibilidad presupuestal y de existencia real de recursos **no es, en manera alguna, argumento válido para destruir el acervo probatorio que sustenta el fallo del inferior** y que se puntualiza en la indudable demostración de los hechos que sirvieron de fundamento al ejercicio de la acción popular.*

En tal virtud, le corresponde al Alcalde y a su equipo de gobierno proseguir el adelantamiento de esta gestión y emprender las que sean necesarias para conseguir mediante el mecanismo de cofinanciación los recursos presupuestales que permitan financiar el proyecto de alcantarillado con el porcentaje de los recursos ordinarios que la Nación a esos efectos les transfiere en la denominada Participación de Beneficio General y si estos resultaren insuficientes, con recursos de cofinanciación que deben gestionar ante el Departamento o la Nación, explorando la disponibilidad de recursos de inversión que para ese tipo de proyectos se prevean en los programas y subprogramas de los presupuestos de inversión del Departamento Nacional de Planeación, del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y del Ministerio de Desarrollo.”(Subrayado fuera de texto)

Igualmente, en sentencia de 5 de septiembre de 2002, dictada con ocasión de una demanda que buscaba la construcción de la infraestructura de alcantarillado en el Barrio El Salvador, Sector Pantano, del Distrito de Santa Marta, en línea con el planteamiento expuesto, se afirmó lo siguiente:

*“Se reitera que la falta de disponibilidad presupuestal **no enerva la acción ante la demostrada vulneración de los derechos colectivos para cuya protección se instauró.** Cosa distinta es que ante esa situación lo procedente sea ordenar a las autoridades municipales que efectúen las gestiones administrativas y financieras necesarias para obtenerlos.” (Subrayado fuera de texto)*

Finalmente, vale la pena citar la sentencia de esta Sección, proferida el 22 de enero de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala:

*“Como se puede leer en la jurisprudencia transcrita, **la falta de recursos públicos no es óbice para proteger los derechos e intereses colectivos;** la efectividad de los derechos colectivos garantizados por la Constitución y la ley demandan atención prioritaria de las autoridades administrativas, y si su actuación no colma las exigencias de protección impuestas por el ordenamiento jurídico, es deber del Juez Constitucional de Acción Popular velar porque dicha situación sea debidamente atendida. Cosa distinta es que para el cumplimiento del fallo se requieran hacer erogaciones presupuestales y que para ello en la sentencia se deban tomar en consideración los tiempos necesarios para surtir los trámites del caso y ordenar agotar los pases presupuestales y trámites administrativos correspondientes.*

Es claro que las órdenes impartidas por el Juez de Acción Popular no pueden hacer abstracción de las exigencias impuestas por la realidad material en que opera la Administración ni por la legislación vigente en materia presupuestal en particular, ni por el marco legal que rige las actuaciones administrativas en general. De aquí que en esta clase de procesos el Juez Constitucional deba siempre ponderar cuidadosamente qué clase de obligaciones impone con el tiempo y las condiciones en que debe llevarlas a cabo.” (Resalta la Sala).

En sentencia de 7 de marzo de 2019⁶, puso de relieve que:

“[...] los trámites presupuestales y de planeación, la falta de disponibilidad presupuestal o de recursos económicos, no es de ninguna manera un argumento válido para desvirtuar la afectación de los derechos colectivos y mucho menos para cohibir al juez de la acción popular de adoptar las medidas de amparo que las circunstancias ameriten en aras de la protección de tales derechos. [En consecuencia] [e]s obligación [...] [de la alcaldía de Cóbmita] desplegar, dentro del marco jurídico establecido, todas las gestiones técnicas y administrativas pertinentes en materia de planeación y programación presupuestal, a fin de ejecutar las obras, proyectos o actividades necesarias para salvaguardar los derechos colectivos afectados”⁷.

4.3. Análisis del caso concreto

En la sentencia apelada se ordenó al “Gobernador del departamento de Caldas que proceda a realizar las gestiones presupuestales ante el Ministerio de Educación, y las contractuales necesarias, para que a partir del inicio de labores académicas en el año 2023 se garantice el servicio de aseo en las 8 sedes de la institución educativa El Trébol de Chinchiná. Dicho servicio deberá abarcar en cada sede la totalidad de las áreas de los inmuebles y se prestará de manera permanente, sin que sea necesario que la o las personas destinadas al mismo deban estar presentes en las escuelas que alberguen 30 o menos estudiantes en jornadas laborales completas, sino la jornada que se ajuste a cada necesidad según el tamaño de las sedes, la accesibilidad a las mismas y el número de estudiantes”.

El departamento en su apelación afirmó que, el solo hecho de acceder a lo planteado por el Despacho, generaría comprometerse a mayor cobertura en este rubro y una ampliación de recursos que no existen, pues el Ministerio de Educación viene reduciendo el rubro para esta área cada año; que la sola orden de “realizar las gestiones presupuestales ante el Ministerio de Educación”, es un saludo a la bandera, pues dichas gestiones se realizan cada año, sin necesidad de fallos judiciales que lo ordenen. Que el Ministerio de Educación por medio del oficio 2022-EE-271449 del 08 de noviembre de 2022, establece que entre ingresos y gastos se tiene una diferencia de más de 27 mil millones de pesos. Adicionalmente, la Secretaría de Educación tiene un saldo en contra de \$15.873.001.967, lo que indica que el Departamento de Caldas iniciará el año académico 2023 con un déficit presupuestal enorme.

La Sala, de acuerdo con el marco jurisprudencial expuesto, encuentra claro que, las razones de índole presupuestal no enervan la acción ante la demostrada vulneración de los derechos colectivos y que atendiendo la realidad material expuesta por el Departamento, lo procedente era, como lo dispuso el *a quo*, ordenar al ente territorial adelante las gestiones

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 7 de marzo de 2019, C.P: Oswaldo Giraldo López, Rad. N.º 88001-23-33-000-2016-00022-01(AP).

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 26 de junio de 2020, C.P: Roberto Augusto Serrato Valdés, Rad. N.º 85001-23-33-000-2018-00091-01 (AP).

necesarias para la consecución de los recursos que le permitirán hacer cesar la amenaza al derecho colectivo a la salubridad pública.

Además, valga resaltar que, en el proceso no existen elementos de juicio suficientes que permiten afirmar que el cumplimiento de la sentencia conlleve a una apropiación elevada de recursos que sea imposible de cumplir o que agrave de manera significativa la situación presupuestal actual.

4.4. Conclusión

Conforme con lo expuesto, la falta de disponibilidad presupuestal y de existencia de recursos no es, argumento válido para sustraerse del cumplimiento de las acciones necesarias para hacer cesar la amenaza de los derechos colectivos; aunado a ello, no se encuentra acreditado que el cumplimiento de la sentencia de primera instancia conlleve la apropiación elevada de recursos, que sea imposible de cumplir o que agrave de manera significativa la situación actual.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en la sentencia apelada se ordenó *“realizar las gestiones presupuestales ante el Ministerio de Educación, y las contractuales necesarias, para que **a partir del inicio de labores académicas en el año 2023** se garantice el servicio de aseo en las 8 sedes de la institución educativa El Trébol de Chinchiná”* y la fecha en que se emite esta sentencia de segunda instancia, se modificará el plazo de cumplimiento de la orden, y se fijara ***a partir del inicio de labores académicas en el segundo semestre de 2023.***

5. Costas de Segunda Instancia

De conformidad con el artículo 38 de la Ley 472 de 1998, en armonía con lo previsto en el artículo 365 del C.G.P., no se impondrá costas en esta instancia, toda vez que no se hayan probadas las mismas.

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,

Sentencia:

Primero: Se modifica el ordinal tercero de la sentencia del 16 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, dentro de la acción popular promovida por el Personero Municipal de Chinchiná contra el departamento de Caldas, el cual quedará así:

*TERCERO: En consecuencia, SE ORDENA al sr Gobernador del Departamento de Caldas que proceda a realizar las gestiones presupuestales ante el Ministerio de Educación, y las contractuales necesarias, para que a partir del inicio de labores académicas en el **segundo semestre de 2023** se garantice el servicio de aseo en las 8 sedes de la institución educativa El Trébol de Chinchiná. Dicho servicio deberá abarcar en cada sede la totalidad de las áreas de los inmuebles y se prestará de manera permanente, sin que sea necesario que la o las personas destinadas al mismo deban estar presentes en las escuelas que alberguen 30 o menos estudiantes en jornadas laborales completas, sino la jornada que se ajuste a cada necesidad según el tamaño de las sedes, la accesibilidad a las mismas y el número de estudiantes.*

Segundo: Se confirma en todo lo demás la sentencia apelada.

Tercero: Sin Costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 12 de 2023.

NOTIFICAR



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. 032

Manizales, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-39-006-2021-00247-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: German Zuluaga Salazar
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG)
Vinculado: Municipio de Manizales.

Se decide el recurso de apelación formulado por la demandada contra la sentencia que accedió a las pretensiones de la parte actora

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda.

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto configurado frente a la reclamación realizada el 9 de septiembre de 2020 y el 24 de marzo de 2021, por medio del cual se resolvió de forma negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías y en consecuencia se declare que tiene derecho a dicho pago y se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional a pagar el equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el 4 de febrero de 2020 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía a la que tenía derecho, y que esta prestación le fue reconocida por medio de la Resolución 179 del 24 de abril de 2020 y pagada el 14 de julio de 2020. Sostiene que la entidad contaba con 70 días desde la solicitud para reconocer y pagar las cesantías de la accionante.

Que después de haber solicitado la cancelación a la entidad convocada, esta resolvió negativamente en forma ficta las peticiones presentadas.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas la Ley 91 de 1989, artículos 5 y 15; Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2; Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5; Decreto 2831 de 2005.

Sostuvo que la jurisprudencia ha establecido que las disposiciones comentadas deben ser interpretadas en el entendido que entre la solicitud de cesantías y su reconocimiento y pago no debe superarse el término de 70 días y que el Ministerio de Educación ha venido cancelando las cesantías por fuera del término referido, circunstancia que genera una sanción a cargo de esta entidad, equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo, que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles, contados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. La Nación – Ministerio de Educación

Se opuso a las pretensiones del demandante para lo cual señaló que, la demora en el pago de las cesantías es causada por el actuar de la entidad territorial, y manifestó que el pago se realizó posterior a la liquidación correcta contenida en la Resolución 00179 del 24 de abril de 2020.

Propuso como excepciones: *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “COBRO INDEBIDO DE LA SANCIÓN MORATORIA”, “INEPTA DEMANDA / FALTA DE AGOTAMIENTO DE VÍA ADMINISTRATIVA”, “BUENA FE” e “IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS”*.

2.2. Municipio de Manizales

Se opuso a las pretensiones del demandante, para lo cual señaló que, la carga jurídica del reconocimiento y pago de las cesantías del demandante le corresponde exclusivamente a la Nación - Fomag y no al municipio, en virtud de la Ley 91 de 1989, el Decreto 1075 de 2015 y el Decreto 1272 de 2018 que lo modifica.

Añadió que la Resolución 179 de 24 de abril de 2020 en su parte considerativa es clara cuando expresa que, pese a que las cesantías definitivas del demandante ya habían sido reconocidas mediante Resolución 80 de 19 de febrero de 2020, Fiduprevisora niega su pago hasta tanto no se aclare o modifique un error de digitación en el valor de la liquidación.

Propuso como medio exceptivo: *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN” Y “COBRO DE LO NO DEBIDO RESPECTO AL MUNICIPIO DE MANIZALES”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró infundada la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva* formulada por la demandada y fundada respecto del municipio de Manizales; declaró la existencia y nulidad del acto administrativo ficto generado con ocasión de la petición radicada el 9 de septiembre de 2020 y el 24 de marzo de 2021, acto mediante el cual se negó el reconocimiento de la sanción por pago extemporáneo de cesantías definitivas. En consecuencia ordenó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag pagar a favor del demandante las sumas correspondientes a la sanción moratoria prevista en el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, causada desde el 7 de mayo hasta el 13 de julio de 2020, con base en el salario básico devengado en 2020.

Esto por cuanto, el demandante solicitó el 4 de febrero de 2020 el reconocimiento y pago de una cesantía definitiva; su solicitud fue atendida mediante Resolución 80 del 19 de febrero de 2020 expedida por la Secretaría de Educación Municipal, en nombre y representación del Fomag. Que teniendo en cuenta que la respuesta fue oportuna y la renuncia a términos, se contabilizan 45 días a partir del día siguiente a la notificación personal, esto es, el 28 de febrero de 2020. En este orden ideas, el Fondo accionado tenía plazo para el respectivo pago hasta el 6 de mayo de 2020.

Que el Ministerio de Educación - Fomag realizó el pago el 14 de julio de 2020 a través de entidad financiera, incurriendo en mora al haber superado el plazo que disponía para ello y en consecuencia se hace acreedor de la sanción prevista en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, desde el 7 de mayo hasta el 13 de julio de 2020.

Precisó que el plazo previsto por la norma para la remisión de la solicitud de pago, esto es, el acto administrativo definitivo que ordenó el pago de las cesantías definitiva al accionante, fue acatado por la Secretaría de Educación al haberlo comunicado al FNPSM al día siguiente que cobró ejecutoria; por lo que la disposición contenida en el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no es aplicable en el presente caso, pues la norma contempla que el pago de la sanción estará en cabeza del ente territorial en los casos en que dichos plazos se incumplan, no evidenciándose la ocurrencia de ese supuesto en el presente asunto.

4. Recurso de apelación

La **demandada** solicitó revocar la sentencia y en su lugar negar las pretensiones, para ello señaló que, de conformidad con la Ley 1955 de 2019 artículo 57 Parágrafo Transitorio; el Fomag no es el llamado a pagar teniendo en cuenta que es una mora causada con posterioridad a diciembre del 2019 y no fue quien causó la mora directamente.

Hizo referencia a la naturaleza jurídica del FNPSM y señaló que las altas Cortes determinaron que la sanción por mora sí es aplicable al pago de cesantías del FOMAG, a pesar de que no esté previsto en la Ley 91 de 1989 ni en la Ley 962 de 2005. Que no obstante lo anterior, la presencia de problemas operativos en las entidades territoriales impide el cumplimiento de los términos para proyectar las respectivas Resoluciones que reconocen las prestaciones sociales de los educadores nacionales afiliados al FOMAG.

Que en este caso, es el fondo quien tiene la función del pago de prestaciones, sin embargo,

la expedición del acto corresponde a las Secretarías de Educación y es en virtud de ello, que no solo debe analizarse la conducta del ente pagador o del Ministerio de Educación – FOMAG, sino del ente territorial quien es el encargado de expedir el acto de reconocimiento de la prestación a que haya lugar

De otro lado, que si en gracia de discusión se fulminará condena por la pretendida sanción, es menester memorar que el FOMAG cuyo vocero y administrador es la Fiduprevisora no cuenta con partida presupuestal o con dinero que sea destinado a este tipo de pretensiones, a *contrario sensu*, solo es responsable del pago de las prestaciones económicas de los docentes, razón por la que no es dable fulminar condena en contra de mi representada.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer: *¿cuál es la entidad obligada a responder por el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías de la accionante?*

2. Tesis del Tribunal

El pago de la sanción moratoria generada por la mora en el pago de las cesantías del demandante le corresponde asumirla a la Nación - Ministerio de Educación Nacional, por cuanto la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías y su remisión para el pago fueron realizados oportunamente por la Secretaría de Educación Municipal.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia al marco jurídico sobre el tema, para descender al análisis del caso concreto, atendiendo los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

3. Marco jurídico

3.1. Reconocimiento de la sanción por mora

La Ley 1071 de 2006 en su artículo 4º consagra los términos dentro de los cuales la administración debe resolver las peticiones que eleven sus empleados para el reconocimiento y pago de las cesantías, así:

*“(…) Términos. **Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud** de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los petitionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, **deberá expedir la resolución correspondiente**, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.*

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo (...). (Subrayas y negrilla de la sala)

La mencionada ley, en su artículo 5, reguló lo concerniente a la sanción moratoria:

“(...) Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este. (...)”

Sobre el particular, la Sala Plena del Consejo de Estado¹, indicó a partir de qué fecha se debe comenzar a contabilizar la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantía, con el siguiente análisis:

“(...) Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria (...).

En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria. (...)”.

¹ Consejo de Estado, Sentencia del 27 de marzo de 2007, Número Interno 2777-2004.

3.2 Entidad obligada al pago de la sanción moratoria

La Ley 91 de 1989 en su artículo 3º, creó el Fomag como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados a dicho fondo (artículos 4 y 5).

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

Con fundamento en dichas disposiciones, el Consejo de Estado² sostuvo que: *“será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo”*.

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019³ y en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías y el responsable del pago de la sanción moratoria, dispuso:

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

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

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales? FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

³ Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad.

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

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

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

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

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

4. Análisis sustancial del caso concreto

La Nación - Ministerio de Educación – Fomag en su defensa señala que, el ente Territorial profirió la resolución de reconocimiento de la cesantía en término la cual fue remitida a la Fiduprevisora para aprobación el 04 de marzo de 2020 la cual fue rechazada por error en liquidación y fue remitida nuevamente a la Secretaria el 20 de abril de 2020, la Secretaría expidió la Resolución 179 del 24 de abril de 2020 mediante la cual se realizaron los ajustes la secretaria envió el nuevo acto administrativo con los ajustes hasta el 28 de mayo de 2020, y la Fiduprevisora dio la orden de pago al Fomag el 01 de julio de 2020, lo cual implica una transgresión a los términos establecidos por el legislador, en cuanto el trámite para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas o parciales, y de ahí la necesidad de que esta entidad sea llamada a responder. Señaló además que, la entidad encargada del pago de la sanción moratorio es el ente territorial, toda vez que la mora se produjo con posterioridad

al 2019 y por ello, no le asiste responsabilidad alguna. Lo anterior, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 57 de la ley 1955 de 2019.

Al respecto, de las pruebas obrantes en el expediente se logra establecer que, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías definitivas el 4 de febrero de 2020. Dicha solicitud fue radicada por la Secretaría de Educación en el sistema OnBase en la misma fecha, bajo el número 2020-CES-003031.⁴

Las cesantías le fueron reconocidas a través de Resolución 80 del 19 de febrero de 2020 emitida por la Secretaría de Educación de Manizales en representación de la Nación - Fomag, notificada personalmente el 27 del mismo mes y año, acto en el que el demandante renunció a términos,⁵ por lo que, el plazo para el pago de las cesantías vencía el 6 de mayo de 2020.

De acuerdo con lo anterior, es claro que, la solicitud de las cesantías fue radicada en el sistema OnBase el mismo día de su presentación; que la resolución inicial de reconocimiento de las cesantías, esto es, la Resolución 80 del 19 de febrero de 2020 fue emitida por la Secretaría de Educación de Manizales, dentro de los quince días siguientes a la radicación de la solicitud de cesantías y fue notificada al demandante y remitida a la Fiduprevisora oportunamente; por lo tanto, hasta aquí no se evidencia mora en la actuación de la Secretaría de Educación.

Ahora bien, el 18 de abril del 2020 la Fiduprevisora expidió la hoja de revisión con identificador 1891894 improbando la resolución de reconocimiento de la cesantía definitiva, aludiendo que, en el acto administrativo en mención se presenta Inconsistencia en el reporte de cesantía para el año 1995.⁶

Con base en lo anterior, la Secretaría de Educación de Manizales mediante Resolución 179 del 24 de abril de 2020, modificó y aclaró la Resolución 80 de 19 de febrero de 2020, esta acto fue notificado de forma electrónica al demandante el 4 de mayo del mismo año.⁷

De acuerdo con el Oficio S.E.-FPSM 457 del 8 de mayo de 2020 la Secretaría de Educación de Manizales remitió a la Fiduprevisora *“para su debida validación e inclusión en nómina debidamente radicados en el On Base”* los documentos referentes a la reclamación de cesantías definitivas del demandante.⁸

El 24 de junio del 2020 la Fiduprevisora expidió la hoja de revisión con identificador 1906641 aprobando la resolución de reconocimiento de la cesantía definitiva.⁹

De conformidad con la certificación expedida por la Fiduprevisora, el valor de las cesantías

⁴ FL 2 A.D. 020DocumentosMcpio_REVISAR_FECHA.pdf

⁵ FL 24-27 A.D. 008Demanda.pdf

⁶ FL 10 A.D. 020DocumentosMcpio_REVISAR_FECHA.pdf

⁷ FL 28-30 A.D. 008Demanda.pdf

⁸ FL 18-19 A.D. 020DocumentosMcpio_REVISAR_FECHA.pdf

⁹ FL 10 A.D. 020DocumentosMcpio_REVISAR_FECHA.pdf

quedó a disposición de la parte demandante a partir del 14 de julio de 2020.¹⁰

De acuerdo con lo expuesto, no se evidencia demora en la Secretaría de Educación territorial en el reconocimiento y notificación del acto de reconocimiento de las cesantías, y tampoco se encuentra acreditado el incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fomag.

Lo que se evidencia es una mora imputable a la demandada Nación - Ministerio de Educación – Fomag en los términos del inciso primero del artículo 57 de la de la Ley 1955 de 2019 que señala que, *“Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, pues dejó transcurrir más de 45 días para realizar el pago, contados a partir del día siguiente a la notificación personal del acto de reconocimiento de las cesantías.

Finalmente, de la lectura integral del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no se puede inferir que, se excluyó a la Nación - Ministerio de Educación de la obligación del pago de la sanción moratoria; aunado a que, el parágrafo transitorio¹¹ de dicho artículo lo que contempló fue una autorización al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería a efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo del FNPSM causadas a diciembre de 2019; sin que por esta razón pueda indicarse que, tácitamente se le excluyó de la obligación de pago de la sanción moratoria causada a partir de enero de 2020.

4.3. Conclusión

La Nación - Ministerio de Educación – Fomag sí es la entidad obligada a responder por la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías al demandante, por cuanto, se evidencia es una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual le resulta imputable en los términos del inciso primero del artículo 57 de la de la Ley 1955 de 2019.

Al no prosperar los argumentos expuestos por la entidad demandada en su recurso de apelación, se confirmará la sentencia apelada.

6. Costas en esta instancia.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en costas en esta instancia por cuanto no se encuentra acreditada su causación.

¹⁰ FL 31 A.D. 008Demanda.pdf

¹¹ PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo. La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención”.*

En mérito de 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,

III. RESUELVE:

PRIMERO: Se **confirma** la sentencia del 30 de junio de 2022 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por German Zuluaga Salazar contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: Sin **condena** en 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”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 12 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, dieciséis (16) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO	17-001-23-33-000-2021-00305
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	LUIS ÁNGEL OSSA CALVO
DEMANDADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de primera instancia en el proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución nro. 3342-6 del 14 de julio de 2021, frente a petición presentada el 15 de junio de 2021, en cuanto negó el derecho de cancelación de la pensión de jubilación al accionante a los 55 años de edad.
2. Declarar que, el demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconozca y pague una pensión de jubilación equivalente al 75% de los salarios y las primas recibidas anteriores al cumplimiento del estatus jurídico de pensionada, es decir, a partir del 7 de junio de 2019.

Como consecuencia de la anterior declaración, que se realicen las siguientes condenas:

1. Condenar a la demandada a que reconozca y pague una pensión de jubilación por aportes equivalente al 75% de los salarios y las primas recibidas, anteriores al cumplimiento del estatus jurídico de pensionado, es decir, 7 de junio de 2019.
2. Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días, contados desde la comunicación de este tal como lo disponen los artículos 192 y 195 del CPACA.

3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las sumas adeudadas.
4. Condenar a la accionada al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de los valores adeudados.
5. Ordenar a la demandada la inclusión en la nómina de pensionados una vez reconocido este derecho y el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina.
6. Ordenar el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las mesadas pensionales, por tratarse de sumas de tracto sucesivo y demás emolumentos de conformidad con el artículo 192 del CPACA.
7. Condenar en costas a la demandada, de conformidad con lo establecido en el artículo 188 del CPACA.

HECHOS

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

- ✓ El docente Luis Ángel Ossa Calvo nació el 7 de junio de 1964, por lo que cuenta con más de 55 años de edad.
- ✓ El demandante fue vinculado como empleado público en la Contraloría General desde el 29 de marzo de 1985 al 17 de marzo de 2005.
- ✓ Que el accionante fue vinculado a la docencia oficial el 9 de junio de 2005.
- ✓ Que al completar los 55 años de edad y los 20 años de servicios solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación a la entidad demandada, para que le fuera reconocida la prestación periódica a partir del 7 de junio de 2019, petición que fue resuelta de manera negativa.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

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

Luego de realizar una cronología de las normas aplicables a los docentes nacionalizados en la pensión ordinaria de jubilación, hizo alusión a que los educadores que se vinculen después de 1990, para efectos de prestaciones económicas, se regirán por las disposiciones legales para los servidores públicos del orden nacional, y que si eran expedidas normas para empleados públicos del orden nacional en el futuro estas también serían aplicables a los docentes, lo cual permite concluir que para los servidores públicos docente vinculados después de 1990 se unificó el régimen de prestaciones económicas y sociales con el resto de empleados públicos del orden nacional.

Añadió que, los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003 tienen derecho a que se les apliquen las normas anteriores a la expedición de esta, es decir, la Ley 33 de 1985 como servidores públicos regulares; o en caso de que se trate de docentes con aportes al sector privado su situación se rige por la Ley 71 de 1988 para efectos de la pensión por aportes, lo cual ha sido corroborado por el Consejo de Estado.

Explicó que, a los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el reconocimiento de sus derechos se efectúa de conformidad con el régimen prestacional del que venían gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes; y a los vinculados a partir del 1 de enero de 1990 se le reconocerá la pensión bajo el régimen general del sector público establecido en las normas vigentes. Y el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial al 23 de junio de 2003, es el establecido para el magisterio en las normas vigentes antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

Aseguró, que el demandante se encuentra vinculado con anterioridad al 23 de junio de 2003, y a partir de ese momento se entiende amparado por la transición establecida en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, la cual se estableció para proteger situaciones de docentes que tuvieran tiempo de servicio anterior.

Concluye asegurando que, le debe ser reconocida una pensión de jubilación por aportes en tanto los docentes vinculados antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 tienen derecho a que se les apliquen las normas anteriores a la expedición de esta disposición, y más en este caso que el accionante laboró como empleado público en la Contraloría General y luego fue vinculado como docente, hecho que permite inferir que ya estaba incorporado para efectos de cumplir con lo dispuesto en el artículo 81 de la norma mencionada. En tal sentido, se le debe aplicar la Ley 33 de 1985 o la Ley 71 de 1988 para

otorgar la prestación periódica, ya que estas cotizaciones no pueden ser desconocidas por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: Comenzó por oponerse a la prosperidad de las pretensiones, al afirmar que el acto administrativo demandado se ajusta a derecho.

En relación con los hechos afirmó que, unos no le constaban; de otros que no eran ciertos; de otros que sí lo eran; y de otros que no eran hechos.

Como razones de defensa expuso que, el demandante no tiene derecho, ni, se encuentra cobijado por las disposiciones de la Ley 71 de 1988 para efectos pensionales, ya que no está cubierto por el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 al no cumplir los requisitos del artículo 36; por ello, su situación pensional debe basarse en lo dispuesto por el régimen de prima media con prestación definida, para el cual la pensión por aportes no es aplicable.

propuso las excepciones de:

- **Racionalización de trámite en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:** explicó que, si bien la secretaría de Educación municipal no es la entidad que decide, crea, modifica o extingue la situación jurídica del docente, por cuanto el proyecto de acto administrativo se encuentra sujeto a la aprobación del administrador del fondo, en efecto, es quien elabora y suscribe el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones sociales, siendo procedente su vinculación al *sub lite*, en los términos del artículo 61 del CGP.
- **Cobro de lo no debido:** manifestó que el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año, señaló que las pensiones de los empleados oficiales serían liquidadas sobre lo que haya servido de base para calcular los aportes; para tal efecto enlistó los factores que debían ser incluidos al momento de fijar el monto para liquidar la pensión de jubilación entre los que se encuentra: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; pero en este caso la prima de servicios no se encuentra prevista en el

artículo 3 de la Ley 33 de 1985, por lo que la entidad al reconocer el derecho pensional se ajustó a derecho, sin que sea procedente el cobro de la misma para incluirla en una reliquidación pensional.

- **Genérica:** solicita declarar cualquier excepción que se encuentra probada en el proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante: señaló que es procedente reconocer una pensión por aportes en este caso sin exigir el retiro del servicio, ya que, el accionante en su condición de docente pertenece al régimen de excepción del magisterio con acreditación de los requisitos en ella dispuestos, en atención a que el señor Ossa Calvo cuenta con más de 55 años de edad; fue empleado público entre el 29 de marzo de 1985 al 17 de marzo de 2005; y se vinculó como docente el 9 de marzo de 2005; lo que le da derecho, por remisión del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, a que se le aplique la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 del mismo año, como servidor público regular, o si se trata de docentes con aportes al sector privado la Ley 71 de 1988.

Reiteró que, los docentes que se vinculen después de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las disposiciones legales para los servidores públicos del orden nacional, pero dejando claro que si eran expedidas normas para empleados públicos del orden nacional en el futuro, estas también serían aplicables a los docentes, de lo cual concluye que para los docentes vinculados después de 1990 se unificó el régimen de prestaciones económicas y sociales con el resto de empleados públicos del orden nacional. Y que, en el tema de pensiones, hasta el año de 1989, solo se expidieron 3 disposiciones que atañen a la pensión de jubilación ordinaria de los docentes, esto es, la Ley 6 de 1945, la Ley 33 de 1985 y la Ley 91 de 1989.

Por tanto, afirmó que resulta claro que, si el educador se encontraba laborando como docente con anterioridad al 26 de junio del año 2003 y hubiera realizado aportes a alguna caja de previsión del sector público o al ISS, debe respetársele el régimen de transición que contiene el artículo 81 de Ley 812 de 2003.

Aseguró que al estar demostrado que el actor se encontraba vinculado antes del 26 de junio de 2003, incluso al sector público laborando para el estado en la entidad de la Contraloría General de Caldas, no puede el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desconocer el derecho de los aportes realizados antes del 26 de junio de 2003,

los cuales le permiten hacer parte del régimen de transición por ser docente del orden nacional, como aparece demostrado en las certificaciones anexas al presente proceso.

Acogiendo este criterio, y al evidenciar dentro del plenario que el demandante se vinculó como empleado público con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, antes del 26 de junio de 2003, pues su vinculación se efectuó el año 1985, se colige que le es aplicable la Ley 91 de 1989 en lo referente al régimen pensional.

Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: resaltó que la Ley 100 de 1993 exceptuó de esta norma a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio al tenor de lo establecido en el artículo 279, y en tal sentido las prestaciones sociales se rigen por la Ley 91 de 1989, la cual en su artículo 15 dispuso que los educadores vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 continuarían gozando del régimen prestacional que tenían en cada entidad territorial, y los docentes nacionalizados vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se regirían por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

De otra parte, explicó que la Ley 812 de 2003 dispuso que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encontraran vinculados al servicio público educativo oficial correspondería al establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de dicha ley (Ley 33 de 1985); y que quienes se vincularan a partir de su entrada en vigencia serían afiliados al fondo con los derechos pensionales del régimen de prima media señalado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en ella.

Descendiendo al caso en concreto, afirmó que el demandante se vinculó al servicio oficial docente luego de proferida la Ley 812 de 2003, razón por la que lo pretendido en el presente medio de control deviene en improcedente, ya que la norma que serviría para resolver la situación pensional es la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003.

En cuanto al cómputo del tiempo de vinculación por órdenes de prestación de servicios para efectos pensionales, adujo que el reconocimiento de tiempos de servicios, o la existencia de un contrato realidad de un contratista frente a la administración, no otorga la calidad de empleado público, más en este caso que no existe sentencia a través de la cual se haya declarado una relación laboral.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No presentó concepto de fondo.

CONSIDERACIONES

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

Problemas jurídicos

1. ¿Cuál es el régimen pensional aplicable al actor?
2. ¿Tiene derecho el señor Ossa Calvo a que se le reconozca una pensión de jubilación por aportes?
3. ¿Se presentó prescripción de las mesadas pensionales?

Lo probado en el proceso

- Conforme a Registro Civil de Nacimiento, el señor Luis Ángel Ossa Calvo nació el 7 de junio de 1964.
- Según certificado expedido por el profesional especializado del área de Gestión Humana de la Contraloría General de Caldas, el demandante laboró al servicio de esta entidad en los siguiente cargos y fechas:
 - Revisor: 29 de marzo de 1985 al 30 de septiembre de 1985.
 - Revisor II del 1 de octubre de 1985 al 31 de octubre de 1993.
 - Revisor III: del 1 de noviembre de 1993 al 30 de noviembre de 1998.
 - Auxiliar: del 1 de diciembre de 1998 al 28 de febrero de 2001.
 - Auxiliar del 16 de abril de 2001 al 17 de marzo de 2005.
- El formato nro. 1 certificado de información laboral emitido el 8 de julio de 2019, da cuenta sobre los periodos laborados del actor que trabajó en la Contraloría General de Caldas del 29 de marzo de 1985 al 28 de febrero de 2001; y del 16 de mayo de 2001 al 17 de marzo de 2005.
- De acuerdo al formato único para expedición de certificado de historial laboral de la secretaría de Educación del departamento de Caldas, el señor Luis Ángel Ossa Calvo fue nombrado en provisionalidad como docente de la Institución Docente Obispo del

municipio de Supía mediante Decreto 00400 del 24 de mayo de 2005, cargo del cual tomó posesión el 9 de junio de 2005.

Según este mismo documento, fue nombrado en periodo de prueba mediante Decreto 01209 del 21 de junio de 2005, a partir del 18 de julio de 2005. Y luego fue nombrado en propiedad mediante Decreto 0431 del 18 de abril de 2006, a partir del 2 de mayo de 2006.

- A través de Resolución nro. 3342-6 del 14 de julio de 2021 se negó el reconocimiento de una pensión de jubilación a la demandante.

Primer problema jurídico

¿Cuál es el régimen pensional aplicable al actor?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que la situación pensional del demandante se rige por la Ley 100 de 1993, ya que no reporta vinculaciones como docente antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, pues su nombramiento como educador se produjo en el año 2005.

Al revisar el material probatorio, está acreditado que el accionante tuvo una vinculación con la Contraloría General de Caldas entre los años 1985 a 2005; y que en este último año fue nombrado en provisionalidad como docente, tomando posesión del cargo el 9 de junio de ese año.

Se afirma entonces en la demanda que ese panorama laboral le da derecho a que se le reconozca una pensión por aportes con fundamento en la Ley 71 de 1988, en atención a que reporta vinculaciones anteriores a la expedición de la Ley 812 de 2003, lo que denota que le es aplicable la Ley 91 de 1989 y de paso las normas vigentes para los educadores vinculados antes del 31 de diciembre de 1989.

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

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

i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, quienes en virtud de la Ley 91 de 1989, gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional, previsto en la Ley 33 de 1985 con los factores salariales establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

La Ley 91 de 1989 dispuso en su artículo 15, lo siguiente:

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

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

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

2. Pensiones: [...]

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

Se concluyó entonces en la sentencia de unificación que *“El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el*

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

previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados², y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985³”.

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

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

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

De lo expuesto se concluye que la aplicación de uno u otro régimen dependerá de la fecha de vinculación al servicio oficial que acredite el docente.

Sin embargo, la sentencia de unificación solo desarrolló la determinación de los regímenes para los casos de docentes oficiales cuyo tiempo de servicio hubiese sido prestado únicamente en el sector público. No obstante, se abstuvo de plantear el supuesto de cuando se solicita la pensión por aportes regulada en la Ley 71 de 1988, que es a la que hace alusión la parte accionante, y que era una norma vigente antes de la entrada de la Ley 100 de 1993 y la Ley 812 de 2003.

La Ley 71 de 1988 *“Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones”*, en el artículo 7º señaló los requisitos para el reconocimiento pensional, así:

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

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

ARTICULO 7o. A partir de la vigencia de la presente Ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas.

Sobre el alcance de esta pensión, el Consejo de Estado señaló:

“(...) la posibilidad de computar el tiempo servido en el sector público con el tiempo cotizado en el ISS, es un régimen pensional aplicable a quienes estuvieron vinculados laboralmente al sector oficial, a empleadores públicos y privados afiliados al I.S.S. o a ambos, y requieren de la suma de todos los aportes hechos, para reunir los requisitos para acceder al derecho de pensión”⁴.

En cuanto a la procedencia de aplicar esta norma a los docentes, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado en providencia del 17 de junio de 2022, emitida dentro del proceso con radicado 15001-23-33-000-2019-00357-01 (4678-2021), explicó:

Acerca de este postulado y como se vislumbra de lo expuesto con antelación, la sentencia unificadora aludida solo desarrolló la determinación de los regímenes para los casos de docentes oficiales cuyo tiempo de servicio hubiese sido prestado únicamente en el sector público. No obstante, dicha providencia se abstuvo de plantear el supuesto cuando, por ejemplo como sucede en el sub iudice, la docente también tiene acumulados tiempos cotizados en el sector privado y aportados a otra administradora como lo era el entonces ISS (hoy Colpensiones).

Para esta clase de eventos, la normativa aplicable necesariamente correspondía a la Ley 71 de 1988 que regulaba lo propio en lo que respecta a la denominada «pensión por aportes» y no la Ley 33 de 1985.

Empero, sin perjuicio de lo anterior, la Subsección advierte que la falta de pronunciamiento expreso en la sentencia de unificación bajo estudio, no implica que aquella no pueda aplicarse o que deba resolverse el caso sin su observancia. Esta situación lo que conlleva es el planteamiento de un ejercicio hermenéutico sistemático y teleológico que concite tanto el marco normativo que rige lo propio como los lineamientos jurisprudenciales

⁴ Sentencia del 9 de junio de 2011 (Exp. 117-2009), con ponencia del consejero Gerardo Arenas Monsalve.

existentes sobre la materia, a fin de articular de manera coherente, posturas jurídicas que permitan resolver el problema jurídico planteado.

Este presupuesto interpretativo ya ha sido aplicado para resolver procesos de reconocimiento y reliquidación pensional con base en la Ley 71 de 1988, pero con sujeción de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 que desarrollaba fundamentos sobre la base de la Ley 33 de 1985.

Al respecto se destacan las sentencias de esta Subsección⁵ que en los asuntos en comento han precisado lo siguiente:

«[...] Por otro lado, es pertinente aclarar que si bien en la precitada sentencia de unificación la Sala Plena hizo alusión a los parámetros de aplicación del régimen pensional previsto por la Ley 33 de 1985, no es menos cierto que dicho régimen no era el único reglamentado para los servidores públicos o trabajadores oficiales que fueran beneficiarios de la transición, pues antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, también se encontraban contempladas, verbi gracia, los postulados consagrados en la Ley 71 de 1988, los cuales fueron previstos por el legislador para quienes acumularon tiempo de servicio al sector oficial y al sector privado, y en ese sentido, precisó que tenían derecho a la pensión quienes acreditaran 20 años de aportes en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social, siempre que cumplieran 60 años en el caso de los hombres y 55 años si son mujeres.

Aunado a ello, se tiene que el Decreto 2709 de 1994, reglamentario del artículo 7 de la Ley 71 de 1988, indicó en su artículo 6.º que: «[...] El salario base para la liquidación de las pensiones por aportes, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios. [...]».

En consecuencia, la Subsección considera que las reglas de unificación también deben aplicarse a los beneficiarios de la pensión por aportes que a su vez están inmersos en el régimen transición [...]»

Bajo este contexto, encuentra la Sala que para los casos de docentes con acumulación de aportes del sector público y del privado como es el de la demandante, la regla jurisprudencial de la sentencia de unificación relativa al régimen pensional aplicable a tales servidores, vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, sería la Ley 71 de 1988. Esta última para permitir el cómputo de los tiempos cotizados en el sector privado y público a fin de acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación. La aludida Ley 71 de 1988 previó para el referido efecto en su artículo 11 una integración normativa en materia pensional para los empleados del sector público y privado que se hicieran titulares de dicha prestación, a saber:

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencias del 27 de agosto de 2020 (Rad.: 25000-23-42-000-2015-01757-01 (2315-2018)) y del 30 de enero de 2020 (Rad.: 08001233300020140119901 (2751-2017)).

(...)

Por lo expuesto, la aplicación de la Ley 71 de 1988 en los asuntos de docentes oficiales con acumulación de aportes en el sector privado, que solicitan el reconocimiento o reliquidación de su pensión de jubilación, no modifica la posición adoptada por esta Corporación mediante la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Para el caso de marras resulta necesario entonces remitirse a la mentada norma que complementa el régimen de pensiones, en el sentido de que esta permite el cómputo de las cotizaciones efectuadas por el trabajador cuando aquel hubiese laborado en entidades de orden público y privado con el propósito de acceder a dicho beneficio pensional. Lo anterior, en observancia de los requisitos de edad, tiempo y monto pensional previstos en la Ley 33 de 1985, como en efecto se consideró en la mentada providencia.

De ello, que el Sistema Integral de Seguridad Social no puede concebirse como un conjunto de postulados normativos aislados entre sí, pues aquel corresponde a una articulación de preceptos que atienden la constante transformación de las realidades sociales en las cuales interactúan sus afiliados. Como en efecto lo consideró la doctrina nacional especializada en la materia, el doctor Gerardo Arenas Monsalve en cuanto a la aplicación de la Ley 71 de 1988 para aquellos casos en que los trabajadores que se hicieron beneficiarios del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues si bien esta norma «[...] no constituye propiamente un régimen anterior; pero su aplicación por transición es válida e interesa, como se ha señalado con acierto, “a aquellas personas que a la entrada en vigencia de la Ley 100, después de ésta, no reunían los requisitos para pensionarse con base en la Ley 33/85 o con el Decreto 758/90, esto es, que no tenían 20 años de servicio público, en el primer caso, ni quinientas semanas cotizadas al ISS en los últimos veinte años al cumplimiento de la edad o 1000 semanas en cualquier tiempo, en el segundo caso, pero que sumando los tiempos cotizados en ambos sectores, éstos arrojan no menos de veinte años de aportes [...]»⁶.

Aun con esta línea de intelección esbozada, es imperioso aclarar que tal como se contempló en la providencia objeto de referencia, los docentes a quienes les aplica este régimen anterior al 27 de junio de 2003⁷, se encuentran exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por mandato del artículo 279 de la Ley 100 de 1993. Por esa misma razón, aquellos no son beneficiarios del régimen de transición estipulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y tampoco están sometidos a las condiciones que en materia de ingreso base de liquidación pensional desarrolló el artículo 21 ibidem.

En este sentido, al no resultar regentes para el caso de los aludidos educadores oficiales las previsiones que sobre el ingreso base de liquidación formuló la Ley 100 de 1993, evidentemente el período

⁶ Gerardo Arenas Monsalve. El régimen de transición pensional. En: derecho colombiano de la seguridad social, p. 293.

⁷ Fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

para la determinación de tal concepto no podría ser el correspondiente al del artículo 21 de la norma ejusdem, sino el previsto en la Ley 33 de 1985, tal como lo señaló la mentada sentencia de unificación, lo cual, además es concordante con las estipulaciones que sobre la materia previó la Ley 71 de 1988 (en este caso particular de pensión por acumulación de aportes privados y públicos)⁸, esto es, el señalado en el artículo 6.º del Decreto 2709 de 1994⁹ que indicó lo siguiente:

De acuerdo a la tesis de la parte actora y lo decidido por la administración en el acto enjuiciado, está en discusión el régimen pensional aplicable al demandante en su condición de docente oficial, esto es, si se rige por las Leyes 33 de 1985, 71 de 1988 y 91 de 1989; o si, por tratarse de un docente vinculado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, su situación pensional se rige por la Ley 100 de 1993.

Para el caso concreto el demandante fue nombrado en provisionalidad como docente en el año 2005. Ello significaría, en principio, que el régimen aplicable para resolver su caso sería la Ley 100 de 1993 y no la Ley 33 de 1985 o Ley 71 de 1988.

Pero en la demanda se afirma que como el actor estaba vinculado como servidor público antes del 26 de junio de 2003 en la Contraloría General de Caldas, no puede el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desconocer el derecho de los aportes realizados antes de esa fecha, los cuales le permiten ser beneficiario de las normas emitidas antes de la Ley 100 de 1993, y se hace alusión al reconocimiento de una pensión por aportes consagrada en la Ley 71 de 1988.

Pese a ello, la Sala se distancia de esta interpretación. Primero, porque en este proceso no está acreditado que el accionante tenga acumulados tiempos cotizados en el sector privado y aportados a otra administradora como lo era el entonces ISS (hoy Colpensiones).

Y segundo, porque para acudir al régimen pensional de la Ley 33 de 1985 o la Ley 71 de 1988 en aplicación del régimen de transición de la Ley 812 de 2003, la persona debía tener la calidad de docente antes de la expedición de esta última norma, lo cual no acaece en este caso, pues el actor se encontraba laborando en la Contraloría General de Caldas, en una época como revisor y en otra como auxiliar, es decir, no tenía la calidad de educador, hecho que denota que no le es aplicable la Ley 91 de 1989, ya que esta únicamente beneficia al sector docente.

⁸ Esta conclusión ya fue advertida en sentencia de esta Subsección proferida el 18 de febrero de 2021 en un proceso de reliquidación pensional bajo el radicado: 25000-23-42-000-2013-06853-01 (4391-2014).

⁹ Reglamentario del artículo 7.º de la Ley 71 de 1988.

Lo anterior, encuentra respaldo en sentencia del Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A del 3 de noviembre de 2022 emitida dentro del proceso con radicado 68001-23-33-000-2019-00482-01 (3412-2021) en la cual se explicó:

Así pues, en atención a lo dispuesto taxativamente en la Ley 812 de 2003 y la interpretación dada en la sentencia de unificación tantas veces mencionada, la condición de docente estatal debe estar acreditada antes de la entrada en vigor de la norma ibidem, «pues en atención a la data a partir de la cual se asuma dicha calidad se podrá realizar el análisis pensional adecuado con motivo de la excepcionalidad que se predica de esta clase de servidores públicos».¹⁰

En ese orden, quedó demostrado dentro del proceso que la vinculación del actor ocurrida entre el 6 de julio de 1989 y el 3 de enero de 2000 no fue como docente oficial, sino como servidor público vinculado a la Gobernación de Santander, razón por la cual no le es aplicable la Ley 91 de 1989, ni tampoco la Ley 33 de 1985. Así pues, comoquiera que el régimen prestacional del que pretende beneficiarse el actor está dirigido a los docentes, no podría acudirse a una vinculación con carácter diferente para tratar de acreditar los requisitos del referido régimen, pues «esta distinción obedece a sus servicios como educador» únicamente.¹¹

Dicho de otra forma, la Sala observa que el demandante ingresó a laborar en la Gobernación de Santander el 6 de julio de 1989 para desempeñar el empleo de recaudador de rentas III, luego esa vinculación no le sirve para acreditar el requisito señalado en la Ley 812 de 2003 y en la regla jurisprudencial establecida en la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, pues no fungió como docente, ya que ingresó por primera vez al sistema especial de la docencia estatal hasta julio de 2005.

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

No obstante, comoquiera que la Ley 100 de 1993 «no despojó a los docentes de la posibilidad de acudir a otros regímenes anteriores» siempre que le resultaran más favorables¹² corresponde analizar si, en gracia de discusión, el accionante logró acreditar los requisitos que le permiten beneficiarse de la transición de que trata el artículo 36 ibidem.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 24 de febrero de 2022, radicado 63001 23 33 000 2018 00183 01 (4650-2019), M.P. William Hernández Gómez.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de agosto de 2019, radicado 76001 23 31 000 2011 01517 01 (4192-2017), M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 9 de septiembre de 2021, 63001 23 33 000 2018 00229 01(5290-19), M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

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

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

No es válido afirmar que el solo hecho de que un docente haya tenido una vinculación al servicio público, en cualquier entidad o cargo, anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, lo hace beneficiario del régimen prestacional de los docentes establecido en la Ley 91 de 1989, esto es, a reconocer una pensión bajo la Ley 33 de 1985 o la Ley 71 de 1988.

Sin embargo, advirtió el Máximo Tribunal Administrativo en la sentencia reproducida, que en casos como este la Ley 100 de 1993 no despojó a los docentes de la posibilidad de acudir a otros regímenes anteriores siempre que le resultaran más favorables, por lo que correspondía analizar si, en gracia de discusión, se lograban acreditar los requisitos que le permitirían beneficiarse de la transición de que trata el artículo 36 *ibidem*, norma en la que quedan incluidos quienes al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados,

La Ley 100 de 1993 entró en vigencia el 1º de abril de 1994, para el caso de empleados del orden nacional; y el 30 de junio de 1995 en el caso de empleados del orden territorial. Será esta última fecha la que se revisará para verificar el cumplimiento de los requisitos mencionados, teniendo en cuenta que para esa data el actor laboraba en la Contraloría General de Caldas.

Para el 30 de junio de 1995, el actor tenía 31 años de edad, ya que nació el 7 de junio de 1964; y contaba con 10 años de servicios, ya que ingresó a laborar el 29 de marzo de 1985; lo que denota que tampoco está cobijado por la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, no le asiste razón a la parte accionante cuando reclama el reconocimiento de una pensión por aportes, ya que antes de la Ley 812 de 2003 no se encontraba vinculado como docente; y tampoco está amparado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, lo que denota que la posición de la entidad al negarle el derecho se ajusta a las normas que regulan el asunto, pues su régimen pensional es el establecido en la disposición del año 1993.

Por lo anterior, se negarán las pretensiones de la demanda; y por sustracción de materia no se resolverán los problemas jurídicos segundo y tercero, en atención a que como se adujo, la situación pensional del accionante no se rige por la Ley 71 de 1988.

Conclusiones

Al no tener vinculaciones el señor Luis Ángel Ossa Calvo anteriores a la expedición de la Ley 812 de 2003 como docente sino como servidor público ya que laboró entre el año 1985 al 2005 en la Contraloría General de Caldas, no le es aplicable la Ley 91 de 1989 ni la Ley 71 de 1988 ni la Ley 33 de 1985.

Sumado a lo anterior, no cumple los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para quedar inmerso en el régimen de transición establecido en esa norma, en aras de verificar si su pensión se podía reconocer con base en la Ley 71 de 1988 o incluso la Ley 33 de 1985.

Por las razones expuestas se negarán las pretensiones de la demanda.

Costas

No se condenará en costas a la parte actora vencida, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión a las normas procedimentales civiles, contenida en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por cuanto no se encuentran acreditadas las mismas, acorde con la posición que ha asumido el Consejo de Estado que, luego de señalar el criterio objetivo- valorativo para la imposición de costas¹³, en la que se indicó que: *"(...) En esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el*

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2016, radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14 Actor: José Francisco Guerrero Bardi)

criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe). Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365”, y, ha proferido número de sentencias¹⁴ sin condena en costas, al considerar que no se encuentra demostrada su causación.

Pues bien, teniendo en cuenta que la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), dispone en el numeral octavo del artículo 365, entre otras que: *“Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*; una vez revisado el expediente, se advierte que no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas en esta instancia, así como tampoco se observa ningún tipo de conducta que amerite la condena por ese concepto, razonamientos estos que son trasunto de los que las diferentes secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado han señalado en punto a costas, donde la regla general ha sido la no condena por tal concepto. En consecuencia, al no existir fundamento para su imposición la Sala concluye que no es procedente la condena en costas.

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

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones formuladas dentro del presente proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** instaurado por **LUIS ÁNGEL OSSA CALVO** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, de conformidad con las consideraciones que anteceden.

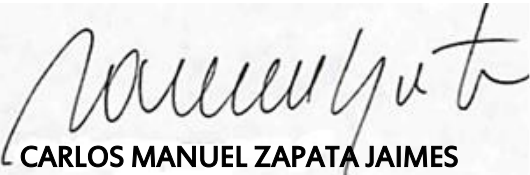
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

¹⁴Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, providencia del 17 de octubre de 2018. Radicación: 66001-23-31-003-2012-00140-01, Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Héctor Alexander Zamora Perea. Demandado: Municipio de Pereira; providencia del 19 de abril de 2018, Radicación: 66001-23-33-000-2013-0334-01, Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Luz Nelly Meza Ocampo. Demandado: Departamento de Risaralda; providencia del 26 de abril de 2018. Radicación: 66001-23-33-000-2013-00203-01. Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Esmeralda García Carvajal. Demandado: Departamento de Risaralda; providencia del 21 de junio de 2018. Radicación: 66001-23-33-000-2013-00427-01. Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Ligia Stella López Restrepo. Demandado: Departamento de Risaralda, entre otras.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 16 de febrero de 2023, conforme acta nro. 008 de la misma fecha.

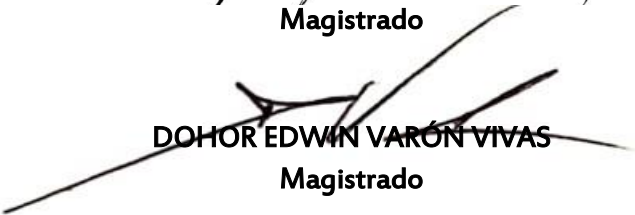


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Magistrado Ponente
Salva Parcialmente el Voto



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS ESTADO ELECTRÓNICO Notificación por Estado Electrónico nro. 028 del 20 de febrero de 2023.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS



Sala Segunda de Decisión
Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 41

Radicación	17-001-23-33-000-2022-00271-00
Clase	Revisión
Accionante	Francisco Javier Ospina Ortiz
Accionado	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP

Procede la Sala de Decisión a resolver sobre la demanda de la referencia.

I. Antecedentes

Mediante apoderado judicial, el señor Francisco Javier Ospina Ortiz presenta recurso extraordinario de revisión contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales el 22 de marzo de 2013 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado bajo el número 2005-02468-00, en donde se resolvió sobre la titularidad del derecho a la pensión de sobrevivientes causada con la muerte de la señora María Martha Gómez de Ospina, de quien dice el demandante ser el cónyuge supérstite.

Alude a las irregularidades presentadas en el curso del proceso tramitado ante dicha célula judicial, como resultado de las cuales se concluyó erróneamente que el derecho estaba en cabeza del señor Hernando Antonio Carmona Ortiz en calidad de supuesto compañero permanente de la referida señora.

I. Consideraciones de la Sala

El artículo 248 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – en adelante CPACA -, establece que *el recurso extraordinario de*

revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las secciones y subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por los Tribunales Administrativos y por los jueces administrativos.

Así mismo, el artículo 249 inciso tercero, prevé que *“De los recursos de revisión contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los jueces administrativos conocerán los Tribunales Administrativos”* y que *“Las reglas de competencia previstas en los incisos anteriores también se aplicarán para conocer de la solicitud de revisión de las decisiones judiciales proferidas por esta jurisdicción, regulada en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003.”*¹

Por su parte, el artículo 250 ibidem consagra las causales de revisión así:

Artículo 250. *Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, son causales de revisión:*

- 1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.*
- 2. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.*
- 3. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición.*
- 4. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia.*
- 5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.*
- 6. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar.*
- 7. No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida.*
- 8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.*

¹ Inciso adicionado por el artículo 68 de la Ley 2080 de 2021.

Ahora bien, es presupuesto procesal indispensable para acudir ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa, la oportunidad para la presentación de la demanda; y sobre este tópico el artículo 251 dispone:

Artículo 251. El recurso podrá interponerse dentro del año siguiente a la ejecutoria de la respectiva sentencia.

En los casos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo precedente, deberá interponerse el recurso dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia penal que así lo declare.

En el caso del numeral 7, el recurso deberá presentarse dentro del año siguiente a la ocurrencia de los motivos que dan lugar al recurso.

En los casos previstos en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, el recurso deberá presentarse dentro de los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria de la providencia judicial o en los casos de que ella no se requiera, dentro del mismo término contado a partir del perfeccionamiento del acuerdo transaccional o conciliatorio. Negrillas y resaltado fuera de texto original.²

En el sub iudice, el demandante solicita que se invalide la sentencia judicial No. 074-2013 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales el día 22 de marzo de 2013, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Hernando Antonio Carmona Ortiz contra Cajanal EICE en liquidación y el aquí demandante; proceso radicado bajo el número 17001-33-31-003-2005-02468-00. /fls. 380 y siguientes del Archivo 001A Cuaderno 1 del expediente digital/

En el texto de la demanda no se plantean las causales de revisión consagradas en los numerales 3 y 4 del artículo 251 del CPACA. Se cuestionan diversos aspectos del proceso y de la sentencia propiamente dicha en tanto condujeron al reconocimiento de un derecho pensional en cabeza del señor Hernando Antonio Carmona Ortiz, sin que este tuviera la aptitud legal para ello. Luego, si se ubican estos supuestos en la causal 7 del artículo 251, el “*recurso debió presentarse dentro del año siguiente a la ocurrencia de los motivos que dan lugar al recurso*”; y tales motivos surgen o emergen precisamente de las supuestas irregularidades durante el trámite del proceso de nulidad y restablecimiento incluyendo la propia la sentencia, la cual fue conocida por el aquí demandante el **22 de noviembre de 2013**, tal y como él mismo lo reconoce en el texto del recurso extraordinario de revisión sub examine.

Frente a las demás causales del artículo 250 se aplica el término de caducidad de un

² Ver sentencia de la Corte Constitucional C-835/03.

año, siguiente a la ejecutoria de la respectiva sentencia; y este caso, la sentencia proferida en primera instancia por dicho despacho judicial quedó ejecutoriada el **4 de julio de 2013**, fecha en la cual se declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada. Ello, de conformidad con la constancia secretarial expedida por el Juzgado y que obra a folio 405 Ibidem.

Entre tanto, se puede apreciar que el recurso extraordinario de revisión fue radicado inicialmente el **8 de septiembre de 2022** ante la Oficina Judicial de esta ciudad y repartido al Despacho del Magistrado Augusto Morales Valencia /Archivo 001 Acta Reparto/, quien mediante auto del 27 de octubre de 2022 ordenó su devolución a la Oficina pre mentada a efectos de que se sometiera a reparto entre los despachos que integran el Tribunal Administrativo de Caldas; ello, por tratarse de una demanda independiente del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. /Archivo 009/ Luego de ser nuevamente sometida a reparto, la demanda fue asignada a este Despacho el 10 de noviembre de 2022 según Acta de Reparto visible en el Archivo 012 y pasada luego para el estudio de admisión el 17 de noviembre de 2022.

Así las cosas, habiéndose presentado la demanda (recurso extraordinario de revisión) el día 8 de septiembre de 2022, dado es concluir que se encuentra ampliamente superado el término de caducidad de 1 año en los dos escenarios ya analizados, razón por la cual, y de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 253 ibidem, la demanda se rechazará por caducidad.

Por lo anterior, la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas,

III. Resuelve

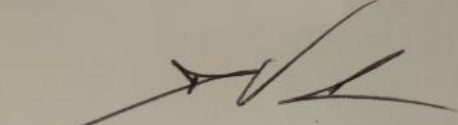
1. **Se rechaza**, por caducidad, el recurso extraordinario de revisión presentado por el señor Francisco Javier Ospina Ortiz contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.
2. **Se reconoce personería** para actuar como apoderado del señor Francisco Javier Ospina Ortiz, al abogado Humberto Restrepo Vásquez, portador de la Tarjeta Profesional 54.126 del C. S. de la J., en los términos y para los fines del poder a él conferido. /Archivo 004/
3. En firme esta providencia, archívense las diligencias, previas las anotaciones en el programa Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de decisión celebrada en la fecha.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, dieciséis (16) de febrero de dos mil veintitrés (2023). **A.I. 33**

RADICADO:	17-001-23-33-000-2022-00280-00
NATURALEZA:	Protección de Derechos e Intereses Colectivos
DEMANDANTES:	Eduardo Mejía Jaramillo Daniel Restrepo Echeverri Liliana White Correa Camilo Abelardo Aguilar Duran Liliana Cuartas Villegas Hilda Cuartas Nicolás Vélez Paula Gómez
DEMANDADOS:	Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil Departamento Administrativo Nacional de Planeación Nación - Presidencia de la República Municipio de Manizales Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural Patrimonio Autónomo Aerocafé Unidad de Gestión

Procede el Tribunal a decidir sobre la admisibilidad de la demanda.

I. Antecedentes

Mediante auto del 30 de noviembre de 2022, se le concedió a la parte actora el término de tres días para que procediera a corregir y/o aclarar los yerros advertidos en el escrito de demanda, para lo cual: *“Deberá allegar prueba de haber agotado el requisito de procedibilidad”* frente a las entidades accionadas, de conformidad con lo establecido en el inciso tercero de artículo 144 del CPACA.

El 06 de diciembre de 2022, la parte actora interpuso recurso de reposición contra el auto anterior y a través del auto del 03 de febrero de 2022, el Despacho decidió no reponer la decisión.

Según constancia secretarial del 10 de febrero de 2022 se informó que, el término de los tres días para corregir demanda había vencido, sin que la parte actora diera cumplimiento a lo ordenado¹.

II. Consideraciones

El artículo 144, inciso tercero del CPACA² impone que: *“(...) Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. (...)”*. Así mismo, el artículo 161, numeral 4 ibídem, dispone que la presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos: *“4. Cuando se pretenda la protección de derechos e intereses colectivos se deberá efectuar la reclamación prevista en el artículo 144 de este Código”*.

Finalmente, el artículo 20, inciso segundo de la Ley 472 de 1998, advierte que: *“(...) Inadmitirá la demanda que no cumpla con los requisitos señalados en esta ley, precisando los defectos de que adolezca para que el demandante los subsane en el término de tres (3) días. Si éste no lo hiciera, el juez la rechazará. (...)”*. (Negrilla y subrayada fuera del texto).

Así, el legislador ha impuesto una carga procesal a la parte demandante que, debido a ser el sujeto interesado en que el medio de control inicie el correspondiente trámite, debe cumplir a cabalidad dichos requerimientos, que se hacen con el fin aclarar, corregir o completar aspectos de la demanda y/o sus anexos que se consideren necesarios para darle celeridad y claridad al proceso y evitar fallos inhibitorios.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que: *“la carga procesal son conductas, para beneficio del mismo sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive la pérdida del derecho sustancial”*³.

Teniendo en cuenta que, dentro del término otorgado, la parte actora no corrigió la demanda, y que los aspectos que se ordenaron corregir son de total relevancia y resultan imprescindibles al momento no solo de admitir la demanda, sino de proferir su fallo, es procedente el rechazo de la misma, conforme a los términos del artículo 20 de la Ley 472 de 1998, sin perjuicio, para los actores populares, de intentar de nuevo la acción cuando a bien lo tenga, con el lleno íntegro de los requisitos consagrados en los artículos 144 y 162 de la Ley 1437 de 2011.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas:

RESUELVE:

¹ Exp. Digital, archivo “011ConstanciaSecretarial”

² Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

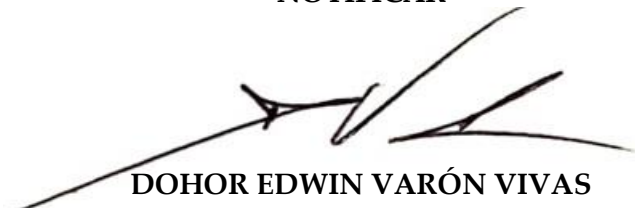
³ Sentencia C – 279 de 2013

Primero: Rechazar la demanda que en ejercicio del medio de control de Protección de Derechos e Intereses Colectivos instauró Eduardo Mejía Jaramillo y otros contra la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado de Manizales y otros, por no haberse subsanado dentro del término legalmente establecido.

Segundo: Ordenar el archivo del presente expediente, previas las anotaciones en el Sistema Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 12 de 2023.

NOTIFICAR



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 SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, dieciséis (16) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 32

RADICADO: 17-001-23-33-000-2023-00012-00
NATURALEZA: Protección de Derechos e Intereses Colectivos
DEMANDANTE: Jaime Aldana Suarez
DEMANDADO: Municipio de Manizales- Secretaría de Planeación. Efigas
S.A. ESP. Invías

Procede el Tribunal a decidir sobre la admisibilidad de la demanda.

I. Antecedentes

Mediante auto del 07 de febrero de 2023, se le concedió a la parte actora el término de tres (3) días, para que procediera a corregir y/o aclarar los yerros advertidos en el escrito de demanda, para lo cual se ordenó: *“Deberá allegar prueba de haber agotado el requisito de procedibilidad, frente a las entidades accionadas, de conformidad con lo establecido en el inciso tercero de artículo 144 del CPACA. Además, Deberá allegar las respuestas emitidas por la Secretaría de Planeación del Municipio de Manizales y el Instituto Nacional de Vías – Invías- o en su defecto manifestar la falta de respuesta por parte de estas entidades”*.

Según constancia secretarial del 15 de febrero de 2023 se informó que, el término de los tres (03) días para corregir demanda habían vencido, sin que la parte actora diera cumplimiento a lo ordenado¹.

II. Consideraciones

El artículo 144, inciso tercero del CPACA² impone que: *“(…) Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. (…)*”. Así mismo, el artículo 161, numeral 4 Ibidem, dispone que la presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos: *“4. Cuando se pretenda la protección de derechos e intereses colectivos se deberá efectuar la reclamación prevista en el artículo 144 de este Código.”*

Finalmente, el artículo 20, inciso segundo de la Ley 472 de 1998, advierte que: *“(…) Inadmitirá la demanda que no cumpla con los requisitos señalados en esta ley, precisando los defectos de que adolezca para que el demandante los subsane en el término de tres (3) días. Si éste no lo hiciere, el juez la rechazará. (…)*». (Negrilla y subrayada fuera del texto).

Así, el legislador ha impuesto una carga procesal a la parte demandante que, debido a ser el sujeto interesado en que el medio de control inicie el correspondiente trámite, debe

¹ Exp. Digital, archivo “006ConstanciaSecretarial”

² Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

cumplir a cabalidad dichos requerimientos, que se hacen con el fin aclarar, corregir o completar aspectos de la demanda y/o sus anexos que se consideren necesarios para darle celeridad y claridad al proceso y evitar fallos inhibitorios.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que: «la carga procesal son conductas, para beneficio del mismo sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive la pérdida del derecho sustancial»³.

Teniendo en cuenta que, dentro del término otorgado, la parte actora no corrigió la demanda, y que los aspectos que se ordenaron corregir son de total relevancia y resultan imprescindibles al momento no solo de admitir la demanda, sino de proferir su fallo, es procedente el rechazo de la misma, conforme a los términos del artículo 20 de la Ley 472 de 1998, sin perjuicio, para el actor popular de intentar de nuevo la acción cuando a bien lo tenga, con el lleno íntegro de los requisitos consagrados en los artículos 144 y 162 de la Ley 1437 de 2011.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas:

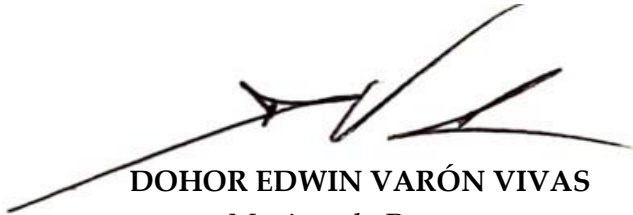
RESUELVE:

Primero: Rechazar la demanda que en ejercicio del medio de control de Protección de Derechos e Intereses Colectivos instauró Jaime Aldana Suarez contra el municipio de Manizales- Secretaria de Planeación y otros, por no haberse subsanado dentro del término legalmente establecido.

Segundo: Ordenar el archivo del presente expediente, previas las anotaciones en el Sistema Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 12 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

³ Sentencia C – 279 de 2013



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.S.: 009

Asunto:	Aplaza diligencia
	Fija nueva fecha audiencia de pruebas
Medio de control:	Protección de los derechos e intereses colectivos
Radicación:	17001-23-33-000-2022-00175-00
Demandante:	Enrique Arbeláez Mutis
Demandado:	Corporación Autónoma Regional de Caldas

Manizales, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Mediante memorial allegado el 16 de febrero de 2023 (archivo nº 20 del expediente digital), el apoderado de Corpocaldas solicitó aplazamiento de la diligencia programada para el 23 de febrero del año en curso, manifestando que para la misma fecha tengo programada audiencia de testimonios dentro del proceso bajo radicado nº2018-00357 tramitado ante el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, a partir de las 8:30 a.m.

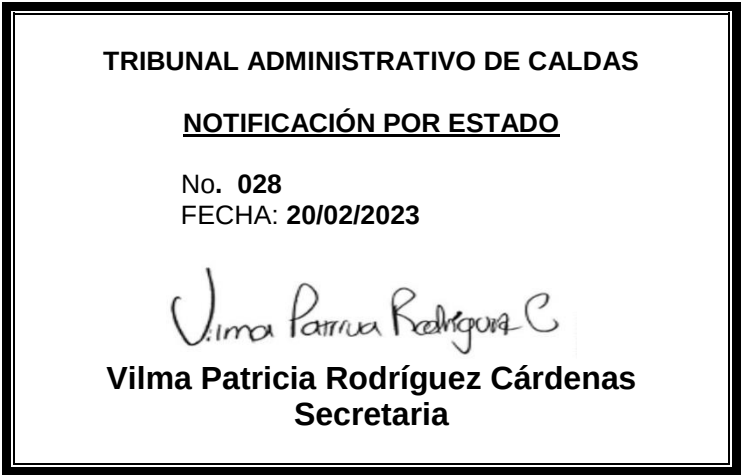
En ese orden de ideas, por considerar procedente la petición hecha, **FÍJASE** como nueva fecha para la **AUDIENCIA DE PRUEBAS** que había sido programada dentro del proceso de la referencia, el día **miércoles primero (1º) de marzo de dos mil veintitrés (2023) a las nueve de la mañana (9:00 a.m.)**.

La citada audiencia se realizará de manera virtual a través de la plataforma Lifesize, en el enlace de acceso: <https://call.lifesizecloud.com/17283252>, al cual deberán acceder las partes, los testigos y el Ministerio Público desde un equipo con micrófono y cámara de video.

NOTIFÍQUESE el presente auto por estado electrónico, según lo dispone el artículo 201 del CPACA, modificado por el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021.

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: 2e495398749d0bdc3b2f0e1c470f622cd59807ec11cf6b23773c521140212ae0
Documento generado en 17/02/2023 11:15:14 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, dieciséis (16) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO	17-001-23-33-000-2022-00181-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	NATALIA CASTAÑO GALLEGO
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL - DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL E INTERPOL- DIRECCIÓN DE TALENTO HUMANO DE LA POLICÍA NACIONAL

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a resolver el recurso de reposición, y sobre la concesión del recurso de apelación, interpuestos por la parte demandante contra el auto del 19 de enero de 2023, mediante el cual se rechazó la demanda por no corrección.

ANTECEDENTES

La señora Natalia Castaño Gallego presentó demanda con la finalidad que se declare la nulidad de la orden administrativa de personal nro. 022-058 del 27 de febrero de 2022, a través de la cual se ordenó su desvinculación de la Dirección Seccional de Investigación de Manizales y su traslado; y que, como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho a la igualdad, debido proceso, no discriminación, derecho de defensa, integridad personal y unidad familiar, sea vinculada a la Dirección Seccional de Investigación Criminal de Manizales.

A través de auto del 14 de septiembre de 2022 se ordenó corregir la demanda; y mediante providencia emitida por la Sala Primera de Decisión el día 19 de enero de 2023 se rechazó por no corrección, al indicarse por parte de la Secretaría del Tribunal, mediante constancia que data del 2 de diciembre de 2022, que la parte demandante no había subsanado el libelo petitorio dentro del término otorgado.

La parte actora presentó memorial en el término de ejecutoria de la providencia mencionada, mediante el cual interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación.

Como argumentos de inconformidad con la decisión, manifestó que el día 16 de noviembre de 2022 llegó al correo electrónico del apoderado una notificación del estado electrónico nro. 164 del 15 de septiembre de 2022, a través del cual se inadmitió la demanda de la referencia, del cual hizo caso omiso porque la corrección al libelo petitorio la había enviado el 26 de septiembre de 2022 al correo electrónico sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co.

Lo anterior, porque la demanda interpuesta por la señora Natalia Castaño Gallego había sido inadmitida mediante auto del 14 de septiembre de 2022, notificado por estado el 15 de septiembre, venciendo los 10 días para presentar la corrección el 29 de septiembre y presentándose el escrito que pretendía subsanar la demanda el día 26 de septiembre, lo que permite concluir que, se remitió dentro del término oportuno.

Para el efecto, aportó imagen que da cuenta del acuse de recibido de la corrección de la demanda.

Solicitó reponer la decisión y proceder a la admisión de la demanda; y en caso de que no se revoque el auto, se conceda el recurso de apelación, de conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 243 del CPACA.

CONSIDERACIONES

El artículo 242 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 61 de la Ley 2080 de 2021, consagró el recurso de reposición de la siguiente manera:

Artículo 242. Reposición. El recurso de reposición procede contra todos los autos, salvo norma legal en contrario. En cuanto a su oportunidad y trámite, se aplicará lo dispuesto en el Código General del Proceso.

El numeral 1° del artículo 243 *ibídem*, modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021, dispuso lo siguiente:

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

- 1. El que rechace la demanda o su reforma, y el que niegue total o parcialmente el mandamiento ejecutivo.***
- 2. (...).***

Y el numeral 1° del artículo 244 del mismo cuerpo normativo, modificado por el artículo 64 de la Ley 2080 de 2021, señaló lo siguiente:

ARTÍCULO 244. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTOS. <Artículo modificado por el artículo 64 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> *La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:*

- 1. La apelación podrá interponerse directamente o en subsidio de la reposición. Cuando se acceda total o parcialmente a la reposición interpuesta por una de las partes, la otra podrá apelar el nuevo auto, si fuere susceptible de este recurso.*
- 2. (...)*

La parte actora presentó recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la decisión emitida por esta Sala de Decisión el día 19 de enero de 2023, lo cual a la luz de las normas reseñadas es procedente frente al auto que rechaza una demanda.

Por ello, en primer momento procederá la Sala a resolver el recurso de reposición, y en caso de que no se revoque la decisión se resolverá sobre la concesión del recurso de apelación, ya que se verifica que el primer recurso se radicó dentro del término establecido en el artículo 318 del CGP, toda vez que la providencia se notificó por estado el 23 de enero de 2023 y el memorial se envió ese mismo día.

Para refutar el rechazo de la demanda, como se indicó, la parte actora adujo que la corrección de la demanda se presentó en tiempo teniendo en cuenta que los 10 días legales para hacerlo se contabilizaron desde la notificación por estado (15 de septiembre de 2022) del auto que ordenó la subsanación, el cual data del 14 de septiembre del año anterior; y en ese sentido el memorial, que se envió al correo electrónico autorizado por esta Corporación el día 26 de septiembre de 2022, debe ser tenido en cuenta para estudiar la admisión de la demanda.

El artículo 170 del CPACA consagró lo siguiente:

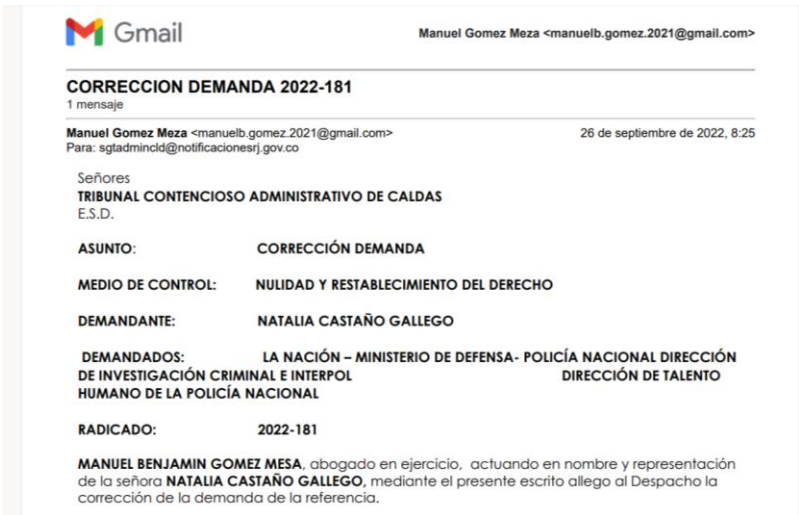
Se inadmitirá la demanda que carezca de los requisitos señalados en la ley por auto susceptible de reposición, en el que se expondrán sus defectos, para que el demandante los corrija en el plazo de (10) días. Si no lo hiciere se rechazará la demanda.

Es cierto que la demanda se ordenó corregir mediante auto 14 de septiembre de 2022, el cual se notificó por estado el 15 del mismo mes.

Sin embargo, se encuentra constancia secretarial del 7 de diciembre de 2022, en la cual se informó que, por un error involuntario en relación con el auto que ordenó corregir la demanda el 14 de septiembre de 2022, el mensaje de datos no fue enviado el 15 de septiembre de ese mismo año, sino el 16 de noviembre; y que, al contabilizar los 10 días para corregir desde el 17 de noviembre de 2022, la parte actora no había presentado memorial de subsanación.

Con base en la anterior constancia, la Sala tomó la decisión de rechazar la demanda, en acatamiento a lo dispuesto en el artículo reproducido, ya que se informó que no se había subsanado la misma dentro del plazo otorgado.

Al momento de presentar el recurso, la parte demandante aportó la siguiente imagen de pantalla, mediante la cual acredita el envío de la corrección de la demanda el día 26 de septiembre de 2022:



Cuando ingresa nuevamente el proceso a despacho para resolver sobre el recurso de reposición y la concesión del recurso de apelación, se encuentra que la constancia secretarial que data del 27 de enero de 2023 indica lo siguiente:

- Por lo anterior, solicite a la persona encargada en la Secretaría del manejo del correo electrónico de recepción de memoriales sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co, que revisara y remitiera la corrección enviada por la parte actora para la fecha del 26 de septiembre de 2023, ante lo cual respondió que efectivamente había llegado para esa fecha y que había sido remitida al correo electrónico tadmin01cld@notificacionesrj.gov.co (archivo 12 del expediente electrónico):

"Tribunal Administrativo 01 - Caldas - Manizales
De: Secretaria General Tribunal Administrativo - Caldas - Manizales
Enviado el: lunes, 23 de enero de 2023 11:41 a. m.
Para: Tribunal Administrativo 01 - Caldas - Manizales
Asunto: RV: CORRECCION DEMANDA 2022-181
Datos adjuntos: CORRECCION DEMANDA 2022-181.pdf
Remito para lo que corresponda.
LCUA
De: Secretaria General Tribunal Administrativo - Caldas - Manizales
<sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co>
Enviado: lunes, 26 de septiembre de 2022 8:42 a. m.
Para: Tribunal Administrativo 01 - Caldas - Manizales
<tadmin01cld@notificacionesrj.gov.co>
Asunto: RV: CORRECCION DEMANDA 2022-181
Buen día;
REENVIO corrección de la demanda. Lo anterior para lo de su competencia.
Cordialmente;
LA SECRETARIA TAC
DFTA"

- Sin embargo, al revisar el correo tadmin01cld@notificacionesrj.gov.co, no se encontró el archivo remitido para la fecha del 26 de septiembre de 2023.

Ahora bien, y que el escrito de corrección fue allegado correctamente al correo electrónico sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co, los términos corrieron de la siguiente manera:

De acuerdo a lo expuesto, se verifica que, aunque el mensaje de datos del estado del 15 septiembre de 2022 solo se envió el 16 de noviembre de 2022, desde el momento en que el auto se notificó por estado, la parte actora contabilizó los 10 días para enviar el memorial de subsanación, presentándolo efectivamente el 26 de septiembre del año anterior, según acreditó la demandante y ratificó la Secretaría del Tribunal.

Así las cosas, considera la Sala que es procedente reponer la decisión adoptada en auto del 19 de enero de 2023, al comprobar que el memorial de corrección fue presentado en tiempo teniendo en cuenta lo antes explicado, y que no procedía su rechazo por esta razón.

Por sustracción de materia no se concederá el recurso de apelación, ya que esta Sala repondrá la decisión tomada el 19 de enero de 2023.

En relación con la admisión de la demanda, una vez ejecutoriado este auto, ingrese el expediente digital al despacho sustanciador del proceso para emitir la decisión correspondiente en torno a este tema.

Por lo brevemente expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas

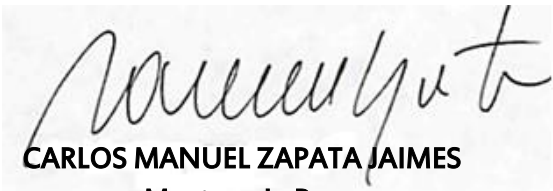
RESUELVE

PRIMERO: REPONER el auto del 19 de enero de 2023, a través del cual se rechazó la demanda por no corrección, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Ejecutoriado este auto, ingrese el expediente al despacho sustanciador del proceso para estudiar los requisitos de admisión de la demanda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

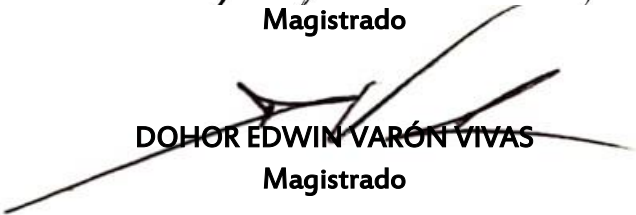
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 16 de febrero de 2023, conforme acta nro. 008 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS ESTADO ELECTRÓNICO Notificación por Estado Electrónico nro. 028 del 20 de febrero de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, dieciséis (16) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO	17-001-23-33-000-2022-00301-00
CLASE	OBJECIONES JURÍDICAS
ACCIONANTE	ALCALDE DEL MUNICIPIO DE RIOSUCIO
ACCIONADO	CONCEJO MUNICIPAL DE RIOSUCIO – CALDAS

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a decidir sobre el trámite de objeciones que el señor alcalde del municipio de Riosucio presentó frente al Acuerdo 421 del 3 de noviembre de 2022 *“Por medio del cual se deroga el Acuerdo nro. 389 de 2019, y se adopta el nuevo reglamento interno del concejo municipal de Riosucio Caldas”*.

ANTECEDENTES

A. PRETENSIONES

Solicitó el señor alcalde se declaren fundadas las objeciones jurídicas formuladas frente al Acuerdo 421 del 3 de noviembre de 2022, al considerar que va en contravía de lo establecido en la Constitución Política, la Ley 87 de 1993 y la Ley 1474 de 2011.

B. HECHOS

- El Acuerdo 421 del 3 de noviembre de 2022 fue remitido para sanción mediante oficio 2022-00375 el día 9 de noviembre de 2022, luego de surtirse el trámite legal ante el Concejo Municipal de Riosucio Caldas.
- Mediante oficio DDA-2022-314 del 22 de noviembre de 2022, fue devuelto el Acuerdo 421 del 3 de noviembre al Concejo Municipal, dentro de los términos previstos en el artículo 78 de la Ley 136 de 1994, al encontrar seis objeciones jurídicas.

- El Concejo Municipal mediante el trámite legal y reglamentario acogió 5 de las 6 objeciones jurídicas formuladas; y mediante oficio del 2 de diciembre de 2022 devolvió el Acuerdo 421 del 3 de noviembre indicando que la corporación había acogido parcialmente las objeciones planteadas, ya que rechazó una.

C. OBJECIONES JURÍDICAS

El alcalde expuso en relación con el Acuerdo 421 del 3 de noviembre de 2022, específicamente frente al numeral 3 del artículo 54 y el artículo 57, que el sistema de control interno de las entidades del Estado tiene soporte en el artículo 209 de la Constitución Política, la Ley 87 de 1993 y la Ley 1474 de 2011.

Que el artículo 209 de la Constitución Política determinó que la administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno; y que de la Ley 87 de 1993, artículos 1, 5, 6, 9, 10 y 11 se desprende que la misma se aplica a todos los organismos y entidades de las ramas del poder público en sus diferentes órdenes y niveles, y que el jefe de la oficina de control interno, o quien haga sus veces, en una entidad de la Rama Ejecutiva será un servidor público de libre nombramiento y remoción. También que las entidades públicas deben contar con un funcionario responsable de verificar y evaluar el estado del sistema de control interno y de atender las funciones de que trata el artículo 12 de la Ley 87 de 1993; empleado que deberá estar adscrito al nivel superior jerárquico de la entidad, es decir, al nivel directivo.

Adicional a lo anterior, afirmó que la Ley 1474 de 2011 modificó la forma de designación del jefe de la oficina de control interno o quien haga sus veces, quien deberá ser nombrado por el presidente en las entidades estatales de la Rama Ejecutiva del orden nacional; y en el ámbito territorial, por la máxima autoridad administrativa, por un periodo fijo de cuatro años.

Que en los concejos municipales, al ser una corporación territorial, los jefes de control interno serán empleados de periodo fijo, nombrados por cuatro años; y que el cargo será provisto previo el cumplimiento de los requisitos exigidos. Y sobre el procedimiento para la designación o el nombramiento de los jefes de oficina de control interno, indica que la Ley 1474 de 2011 solo determinó los requisitos para el desempeño del cargo, por lo tanto, será competencia de la máxima autoridad administrativa de la corporación territorial realizar la elección.

Afirmó que la Ley 87 de 1993, modificada por la Ley 1474 de 2011, establece que el jefe de control interno de las entidades debe ser un funcionario público del nivel jerárquico superior, designado en los términos que las normas establecen.

Del análisis de las disposiciones que regulan el sistema de control interno, y en especial las que consagran el nombramiento del jefe de esa dependencia, concluye que el Concejo Municipal de Riosucio está vulnerando las mismas al determinar que el jefe de control interno será el Segundo Vicepresidente de la corporación, teniendo en cuenta que este ostenta la calidad de concejal, miembro de una corporación pública que no es un funcionario público del nivel jerárquico superior.

Que esta situación desconoce los requisitos establecidos para el empleo previstos en la Ley 87 de 1993 y la naturaleza del cargo (Ley 1474 de 2011), de ser un empleo de período fijo de cuatro años, situación que no se cumple con el reglamento del concejo teniendo en cuenta además que los períodos de los vicepresidentes de la corporación son de un año.

Adujo que se puede concluir que asignar las labores que deben ser desempeñadas por un funcionario público de período fijo a un concejal extralimita las funciones del concejo y desnaturaliza el empleo de jefe de control interno.

Por último, manifiesta que no se debe pasar por alto el párrafo del artículo 12 de la Ley 87 de 1993 que establece que en ningún caso podrá el asesor, coordinador, auditor interno o quien haga sus veces participar en los procedimientos administrativos de la entidad a través de autorizaciones o refrendaciones, lo cual en este caso no se cumple porque el Segundo Vicepresidente hace parte de la mesa directiva del concejo y participa en los procedimientos administrativos a cargo de la corporación y del propio órgano de dirección.

Por las anteriores razones, el alcalde objetó la norma por ser contraria a la Ley 87 de 1993, la Ley 1474 de 2011 y la propia Constitución Política, al asignar funciones de jefe o asesor de control interno al cargo de Segundo Vicepresidente del Concejo Municipal de Riosucio.

D. INTERVENCIONES

- **Concejo Municipal de Riosucio:** no se pronunció.

- **Ministerio Público:** mediante concepto nro. 4-2023 el señor Procurador Judicial solicitó declarar la invalidez del numeral 3 del artículo 54 y el artículo 57 del Acuerdo 421 del 3 de noviembre de 2022.

Lo anterior, al argumentar que el artículo 209 de la Constitución Política determinó que la administración pública en todos sus órdenes tendrá un control interno; y en desarrollo de ese precepto la Ley 87 de 1993 estableció las normas para el ejercicio del mismo. De manera posterior la Ley 489 de 1998 creó el sistema nacional de control interno; y la Ley 1474 de 2011 se orientó a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, cambiando al responsable de designar al jefe de control interno de las entidad y organismos estatales.

Explicó que la oficina asesora de control interno cumple un papel esencial en la modernización de la administración pública y el mejoramiento de la capacidad de gestión de las instituciones, desde un control estratégico para el cumplimiento de los fines y objetivos institucionales; y que, además, el jefe de control interno es designado por la máxima autoridad administrativa de la entidad territorial y se encontrará adscrito al nivel jerárquico superior de esta misma, con el fin de brindarle independencia funcional-organizacional.

Adicional a lo anterior, que desde la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011, el jefe de la unidad de control interno es designado por el representante legal o máximo directivo del organismo respectivo; y en el orden territorial, por el alcalde o gobernador, según sea el caso, por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período.

Así las cosas, concluyó que es el alcalde el facultado para la designación del jefe de control interno, conforme lo establece el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011, norma que, además, señaló los requisitos para el responsable del control interno, al establecer como exigencias para desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno, acreditar formación profesional y experiencia mínima de tres años en asuntos del control interno.

Afirmó que del estudio de las normas que son objeto de este trámite, esto es, el numeral 3 del artículo 54 y el artículo 57 del Acuerdo 421 del 3 de noviembre de 2022, se puede colegir que el Concejo Municipal de Riosucio desconoció la normatividad legal vigente en materia de control de interno de las entidades

públicas, al disponer que el jefe de control interno del concejo sería el Segundo Vicepresidente de la corporación, lo cual no se encuentra ajustado a la normas que regulan ese nombramiento.

CONSIDERACIONES:

Problema Jurídico:

Consiste en decidir, si las objeciones jurídicas planteadas por el alcalde del municipio Riosucio al numeral 3 del artículo 54 y el artículo 57 del Acuerdo 421 del 3 de noviembre de 2022, *“Por medio del cual se deroga el Acuerdo nro. 389 de 2019, y se adopta el nuevo reglamento interno del concejo municipal de Riosucio Caldas”*, están fundadas.

Lo probado en el proceso

- En el Acuerdo nro. 421 del 3 de noviembre de 2022 se plasmó lo siguiente:

*Artículo 54.- Funciones del Segundo Vicepresidente: son funciones del Segundo Vicepresidente:
(...)
3. Actuar como jefe de Control Interno de la Corporación.*

Artículo 57.- Jefe de Control Interno. El Jefe de Control Interno del Concejo Municipal de Riosucio será el segundo Vicepresidente de la Corporación.

- Con oficio del 22 de noviembre de 2022, dirigido a la presidencia del Concejo Municipal de Riosucio, el señor alcalde planteó 6 objeciones jurídicas frente al Acuerdo 421 de 2022. En relación con lo que es materia de este trámite adujo que el numeral 3 del artículo 54 y el artículo 57 del acuerdo mencionado vulneraban la Constitución Política, artículo 209, la Ley 87 de 1993 y la Ley 1474 de 2011, para lo cual realizó el análisis pertinente.
- A través de documento que data del 26 de noviembre de 2022, la comisión accidental para el estudio de los argumentos del alcalde en su escrito de objeciones de derecho al Acuerdo 421 presentó informe ante la plenaria de la corporación con el fin que fuera el máximo órgano del concejo quien decidiera sobre las objeciones presentadas por el mandatario, y en relación con el punto nro. 5 concluyó lo

siguiente, tras analizar un concepto del Departamento Administrativo de la Función

Pública:

“Ahora bien, en lo referente a la designación del Segundo Vicepresidente, éste es elegido por el máximo órgano del Concejo Municipal de conformidad con el artículo 44 del Acuerdo no. 421 de 2022, siendo éste la plenaria de la Corporación, para lo cual, conociendo todos los Concejales que quien ostente el cargo de Segundo Vicepresidente desarrollará funciones de control interno, es la Plenaria del Concejo quien determina quién quiere que desarrolle estas funciones, impidiendo que sea el Presidente del Concejo quien, a su arbitrio, tome la decisión de elegir quien deberá ejercer el control interno, incurriendo en ello que sea un Concejale de su afinidad política o personal, y permitiendo que el control a las actuaciones administrativas del Presidente sean ejercidas por quien determine la Plenaria de la Corporación.

Así mismo el Segundo Vicepresidente ejercerá funciones de control interno sobre acciones administrativas que no están atribuidas a él o a la Mesa Directiva, esto es lo relacionado con las auditorías sobre la contratación de la Corporación, función asignada al Primer Vicepresidente de conformidad con lo establecido en el artículo 53 del Acuerdo no. 421 de 2022, o en lo referente a la destinación de los recursos de la corporación, así como a la ordenación del gasto asignado al Presidente de conformidad con lo previsto en el numeral 16 artículo 49 del Acuerdo no.421 de 2022, o en los temas del manejo del archivo del Concejo Municipal, ya que esta función se encuentra asignada al Secretario general de conformidad con el artículo 75 del Acuerdo no. 421 de 2022, entre otras funciones que son objeto de auditoría en el sistema de control interno ejercido por el Segundo Vicepresidente, y donde éste no tiene competencia alguna en el marco del Acuerdo no. 421 de 2022, indicando así, que no existe conflicto de interés directo con las funciones atribuibles al segundo vicepresidente.

Si bien es cierto que el Segundo Vicepresidente no ostenta las calidades profesionales y de experiencia referidas para ejercer el cargo de control interno, pero como ya fue expuesto en las normas antes citadas, éstas normas no corresponden a lo establecido para los Concejos Municipales.

Ahora bien, es obligación de conformidad con lo establecido en los artículos 209 y 269 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 13 de la Ley 87 de 1993, el artículo 2.2.21.1.5 del Decreto 1083 de 2015 y el Decreto 648 de 2017, implementar el sistema de control interno, que desarrolla e implementa las esferas estratégicas del Modelo Estándar de Control Interno (MECI). Como se puede observar en los artículos 60 y 61

del Acuerdo no. 421 de 2022, el comité ejerce funciones de asesoría y decisión basados en el MECI y en el sistema de control interno, y el Segundo Vicepresidente pierde su voto, para que pueda ejercer de forma independiente la secretaria técnica del mismo, lo anterior se relaciona en el Acuerdo no. 421 de 2022 de la siguiente forma:

Artículo 60 (...).

Es por lo anteriormente expuesto, el Segundo Vicepresidente puede estar facultado para ejercer esta función como jefe de control interno.

Por lo anterior la Comisión Accidental considera infundada la objeción del alcalde municipal en lo referente del artículo 54 numeral 3 y 57 del acuerdo no.421 de 2022”.

- Mediante oficio que data del 2 de diciembre de 2022, la presidenta del Concejo Municipal de Riosucio devolvió al señor alcalde el Acuerdo nro. 421 del 3 de noviembre de 2022 con las correcciones con base en las objeciones de derecho planteadas por él para que procediera a darle el trámite previsto en el artículo 80 de la Ley 136 de 1994 y los artículos 117 y 118 del Acuerdo nro. 389 de 2019.

Marco Normativo

De acuerdo con el escrito presentado por el señor alcalde, este refiere como vulnerado el siguiente marco normativo:

Los artículos 209 y 269 de la Constitución Política consagra lo siguiente:

ARTICULO 209. *La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley (subrayado fuera de texto).

ARTÍCULO 269. *En las entidades públicas, las autoridades correspondientes están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la ley, la cual podrá establecer*

excepciones y autorizar la contratación de dichos servicios con empresas privadas colombianas.

La Ley 87 de 1993, por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado y se dictan otras disposiciones, desarrolló las anteriores disposiciones así:

ARTÍCULO 1o. DEFINICIÓN DEL CONTROL INTERNO. *Se entiende por control interno el sistema integrado por el esquema de organización y el conjunto de los planes, métodos, principios, normas, procedimientos y mecanismos de verificación y evaluación adoptados por una entidad, con el fin de procurar que todas las actividades, operaciones y actuaciones, así como la administración de la información y los recursos, se realicen de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes dentro de las políticas trazadas por la dirección y en atención a las metas u objetivos previstos.*

El ejercicio del control interno debe consultar los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y valoración de costos ambientales. En consecuencia, deberá concebirse y organizarse de tal manera que su ejercicio sea intrínseco al desarrollo de las funciones de todos los cargos existentes en la entidad, y en particular de las asignadas a aquellos que tengan responsabilidad del mando.

PARÁGRAFO. *El control interno se expresará a través de las políticas aprobadas por los niveles de dirección y administración de las respectivas entidades y se cumplirá en toda la escala de la estructura administrativa, mediante la elaboración y aplicación de técnicas de dirección, verificación y evaluación de regulaciones administrativas, de manuales de funciones y procedimientos, de sistemas de información y de programas de selección, inducción y capacitación de personal.*

ARTÍCULO 5. Campo de aplicación. *La presente Ley se aplicará a todos los organismos y entidades de las Ramas del Poder Público en sus diferentes órdenes y niveles así como en la organización electoral, en los organismos de control, en los establecimientos públicos, en las empresas industriales y comerciales del Estado en las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado posea el 90% o más de capital social, en el Banco de la República y en los fondos de origen presupuestal*

ARTÍCULO 6o. RESPONSABILIDAD DEL CONTROL INTERNO. *El establecimiento y desarrollo del Sistema de*

Control Interno en los organismos y entidades públicas, será responsabilidad del representante legal o máximo directivo correspondiente. No obstante, la aplicación de los métodos y procedimientos al igual que la calidad, eficiencia y eficacia del control interno, también será de responsabilidad de los jefes de cada una de las distintas dependencias de las entidades y organismos

ARTÍCULO 9o. DEFINICIÓN DE LA UNIDAD U OFICINA DE COORDINACIÓN DEL CONTROL INTERNO. *Es uno de los componentes del Sistema de Control Interno, de nivel gerencial o directivo, encargado de medir y evaluar la eficiencia, eficacia y economía de los demás controles, asesorando a la dirección en la continuidad del proceso administrativo, la revaluación de los planes establecidos y en la introducción de los correctivos necesarios para el cumplimiento de las metas u objetivos previstos.*

PARÁGRAFO. *Como mecanismos de verificación y evaluación del control interno se utilizarán las normas de auditoría generalmente aceptadas, la selección de indicadores de desempeño, los informes de gestión y de cualquier otro mecanismo moderno de control que implique el uso de la mayor tecnología, eficiencia y seguridad.*

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0087_1993.html**ARTÍCULO 10. JEFE DE LA UNIDAD U OFICINA DE COORDINACIÓN DEL CONTROL INTERNO.** *Para la verificación y evaluación permanente del sistema de control interno, las entidades estatales designarán como asesor, coordinador, auditor Interno o cargo similar, a un funcionario público que será adscrito al nivel jerárquico superior y designado en los términos de la presente Ley.*

ARTÍCULO 11. DESIGNACIÓN DEL JEFE DE LA UNIDAD U OFICINA DE COORDINACIÓN DEL CONTROL INTERNO. *<Artículo modificado por el artículo 8o. de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Para la verificación y evaluación permanente del Sistema de Control, el Presidente de la República designará en las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional al jefe de la Unidad de la oficina de control interno o quien haga sus veces, quien será de libre nombramiento y remoción.*

Cuando se trate de entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este funcionario será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del alcalde o gobernador.

Para la verificación y evaluación permanente del Sistema de Control, el Presidente de la República designará en las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional al jefe de la Unidad de la oficina de control interno o quien haga sus veces, quien será de libre nombramiento y remoción.

Cuando se trate de entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este funcionario será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del alcalde o gobernador.

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo derogado por el artículo 166 del Decreto Ley 403 de 2020>

PARÁGRAFO 2o. *El auditor interno, o quien haga sus veces, contará con el personal multidisciplinario que le asigne el jefe del organismo o entidad, de acuerdo con la naturaleza de las funciones del mismo. La selección de dicho personal no implicará necesariamente aumento en la planta de cargos existente.*

ARTÍCULO 12. FUNCIONES DE LOS AUDITORES INTERNOS. *Serán funciones del asesor, coordinador, auditor interno, o similar, las siguientes:*

(...)

PARÁGRAFO. *En ningún caso, podrá el asesor, coordinador, auditor interno o quien haga sus veces, participar en los procedimientos administrativos de la entidad a través de autorizaciones o refrendaciones.*

ARTÍCULO 14. REPORTES DEL RESPONSABLE DE CONTROL INTERNO. *<Artículo modificado por el artículo 156 del Decreto Ley 2106 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> El jefe de la Unidad de la Oficina de Control Interno o quien haga sus veces, en una entidad de la Rama Ejecutiva del orden nacional será un servidor público de libre nombramiento y remoción, designado por el Presidente de la República.*

La Ley 1474 de 2011 modificó la Ley 87 de 1993 en el siguiente sentido:

ARTÍCULO 8o. DESIGNACIÓN DE RESPONSABLE DEL CONTROL INTERNO. *Modifíquese el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, que quedará así:*

Para la verificación y evaluación permanente del Sistema de Control, el Presidente de la República designará en las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional al jefe de la Unidad de la

oficina de control interno o quien haga sus veces, quien será de libre nombramiento y remoción.

Cuando se trate de entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este funcionario será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del alcalde o gobernador.

PARÁGRAFO 1o. *<Parágrafo derogado por el artículo 166 del Decreto Ley 403 de 2020> Para desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno se deberá acreditar formación profesional y experiencia mínima de tres (3) años en asuntos del control interno.*

PARÁGRAFO 2o. *El auditor interno, o quien haga sus veces, contará con el personal multidisciplinario que le asigne el jefe del organismo o entidad, de acuerdo con la naturaleza de las funciones del mismo. La selección de dicho personal no implicará necesariamente aumento en la planta de cargos existente.*

De acuerdo a las normas reseñadas, se advierte que estas exigen para el nombramiento del jefe de la oficina de control interno unas formalidades; así como unas calidades especiales que debe acreditar la persona que va a ejercer el cargo; y que la designación se realiza por un periodo determinado.

Caso concreto

Cuando se revisa el Acuerdo 421 de 2022, se encuentra que, lo que este hizo fue derogar el Acuerdo 389 de 2019, adoptando el nuevo reglamento interno del Concejo Municipal de Riosucio.

Con base en ese nuevo reglamento interno, en el capítulo relativo a la conformación y funciones de la mesa directiva (presidente y los vicepresidentes), se estableció en el numeral 3 del artículo 54, relativo a las funciones del Segundo Vicepresidente, que este actuaría como jefe de control interno de la corporación.

A continuación, en el capítulo atinente a control interno, en el artículo 57, se dispuso que, el jefe de control interno del Concejo Municipal de Riosucio sería el Segundo Vicepresidente.

Así las cosas, el nuevo reglamento interno del cuerpo edil, determinó asignar las funciones de jefe de control interno a quien llegare a ocupar el cargo de Segundo Vicepresidente; el cual incluso es elegido para un periodo de un año, al tenor de lo establecido en la Ley 136 de 1994.

Sin embargo, de acuerdo al marco normativo al que se hace referencia, se advierte que, quien desempeñe las labores de asesor, coordinador, auditor interno, o similar en la oficina de control interno, debe obedecer a un nombramiento o designación que implica unas formalidades previas establecidas en la ley, precisamente por la finalidad que tiene este cargo; funcionario que incluso tiene la calidad de libre nombramiento y remoción. Quien vaya a desempeñar este empleo, además, tiene que cumplir con unos requisitos básicos que establecidos en la ley y lo debe ocupar por un periodo fijo.

Ello denota que el Acuerdo 421 no realizó el nombramiento de una persona para desempeñarse como jefe de la oficina de control interno mediante la figura de libre nombramiento y remoción, que es lo que las normas citadas disponen; lo que hizo, fue regular asignando las funciones de control interno al Segundo Vicepresidente del concejo, frente al cual quedaría en duda la facultad discrecional que tendría el nominador pues no se podría disponer su remoción en el momento en que se considere pertinente, ya que se trataría de un concejal. Y respecto del cual no se verificaría si cumplen los requisitos mínimos que se necesitan para desempeñar el cargo porque automáticamente quien sea elegido como Segundo Vicepresidente pasaría a ser el jefe de control interno. Sumado a que por ley solo ejercería el cargo por un año, teniendo en cuenta el cambio de la mesa directiva, y no por el periodo establecido en la ley.

Aunado a ello, queda entredicho, de acuerdo a las funciones que debe desempeñar el jefe de control interno conforme al artículo 12 de la Ley 87 de 1993, que quien ocupe este cargo a su vez se desempeñe como concejal y además haga parte de la mesa directiva de la corporación.

Por otro lado, hay unas consideraciones de orden legal y practico, que observa la sala, y es que no tiene cabida, que precisamente quien ejerza la oficina de control interno, ostente a la vez la calidad de concejal frente a quien debe precisamente verificarse el control a ejecutar.

Estas consideraciones, dan soporte para decidir que efectivamente las objeciones planteadas por el mandatario municipal se encuentran fundadas, ya que los artículos objeto de revisión contradicen normas de rango superior.

Conclusiones

Considera esta Sala Primera de Decisión que las objeciones jurídicas planteadas por el alcalde del municipio Riosucio al numeral 3 del artículo 54 y el artículo 57 del Acuerdo 421 del 3 de noviembre de 2022, *“Por medio del cual se deroga el Acuerdo nro. 389 de 2019, y se adopta el nuevo reglamento interno del concejo municipal de Riosucio Caldas”*, están fundadas.

En consecuencia, de ello, se ordenará remitir al Concejo Municipal de Riosucio - Caldas, para que reconsidere su posición, y una vez realizado lo anterior, deberá eliminar el numeral 3 del artículo 54 y artículo 57 del proyecto de Acuerdo 421 del 3 de noviembre de 2022, o regular el punto de una forma que no vulnere la normativa y jurisprudencia anteriormente señalada. Y, enviar el texto definitivo a este Tribunal para fallo definitivo, antes de la sanción por parte del Alcalde.

Por lo anterior, la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE:

1. **DECLARAR FUNDADAS** las objeciones jurídicas planteadas por el alcalde del Municipio de Riosucio– Caldas frente al numeral 3 del artículo 54 y el artículo 57 del Acuerdo 421 del 3 de noviembre de 2022, *“Por medio del cual se deroga el Acuerdo nro. 389 de 2019, y se adopta el nuevo reglamento interno del concejo municipal de Riosucio Caldas”*.
2. Como consecuencia de lo anterior, remítase al Honorable Concejo Municipal de Riosucio - Caldas, para que reconsidere la posición, elimine los numerales y artículos afectados con la presente decisión, o regule de una forma que no afecte la normativa y jurisprudencia que motiva la presente decisión. Una vez lo anterior, debe enviar copia del proyecto de Acuerdo para su fallo definitivo a este Tribunal, conforme lo establece el artículo 80 de la Ley 136 de 1994.

3. **COMUNÍQUESE** esta decisión al alcalde del municipio de Riosucio - Caldas, y al presidente del Concejo Municipal de Riosucio – Caldas.
4. **UNA VEZ EJECUTORIADO** háganse las anotaciones correspondientes en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión, celebrada el 16 de febrero de 2023, conforme acta nro. 008 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado



DOHORE DWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS ESTADO ELECTRÓNICO Notificación por Estado Electrónico nro. 028 del 20 de febrero de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, dieciséis (16) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Con fundamento en el artículo 131 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011, procede el Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre el impedimento manifestado por el Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales para conocer el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **MARÍA TRESESA CALLE OBANDO** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

ANTECEDENTES

Con libelo presentado el 18/08/2022, Calle Obando, entre otras pretensiones, solicitó se declare la nulidad de la Resolución nro. DESAJMAR17-943 de 13 de septiembre de 2017, por medio de la cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la bonificación judicial del Decreto 0383 de 2013, así como la reliquidación y pago de las prestaciones sociales y de los demás derechos laborales devengados por la demandante como empleada de la Rama Judicial, y de la Resolución nro. DESAJMAR17-1467 de 19 de diciembre de 2017, por medio de la cual se negó un recurso de reposición y se concedió un recurso de apelación.

A título de restablecimiento del derecho, impetra se condene a la entidad accionada a liquidar y pagar la señalada bonificación del decreto 383 de 2013, con la inclusión de la misma en su asignación básica y así tener incidencia directa en las prestaciones sociales y demás emolumentos que percibidos como servidor judicial.

EL IMPEDIMENTO

El Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, el 28 de noviembre de 2022 manifestó su impedimento para conocer de la demanda con fundamento en la causal del numeral 1 del artículo 141 del C.G.P., por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, puesto que, en su sentir, tiene interés directo en las resultas del proceso, causal de impedimento que, igualmente señala, cobija a los demás Jueces Administrativos del Circuito de Manizales. Siendo efectivamente ingresada a este Despacho el 30 de enero de 2023.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Los impedimentos tienen como fundamento la integridad moral del funcionario que los declara, quien en razón de la existencia de ciertas situaciones comprobadas puede sentirse condicionado, bien en su fuero interno o en sus circunstancias externas. Sobre el particular, el Honorable Consejo de Estado ha expresado que:

“...los impedimentos como las recusaciones son mecanismos jurídicos dirigidos a garantizar que las decisiones judiciales se adopten con sujeción a los principios de imparcialidad, independencia y transparencia que gobiernan la labor judicial. Por tanto, cuando se presenta alguna situación que puede dar lugar a una decisión parcializada, es decir que comprometa el recto entendimiento y aplicación del orden jurídico a un caso concreto, es necesario que el operador judicial en forma anticipada y con fundamento en las causales determinadas taxativamente por el Legislador exprese tal circunstancia, como lo ordena el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil. Así cada persona que acude a un Juzgado o Tribunal puede tener la confianza plena de que las decisiones adoptadas se proferirán dentro del margen de objetividad, imparcialidad y justicia que se demandan de los titulares de la función jurisdiccional...”¹.

El artículo 130 de la Ley 1437 de 2011, además de remitir al artículo 150 del CPC (entiéndase artículo 131 del Código General del Proceso) prevé las causales de impedimento y recusación de los jueces y magistrados de esta jurisdicción especializada. El numeral 1 del artículo 141 del CGP indica como motivos de recusación:

“1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso

La “bonificación judicial” que pretende la parte nulidisciente sea incluida como factor salarial y prestacional se encuentra prevista en el Decreto 383 de 2013², cuyo artículo 1º dispone también el reconocimiento de dicho rubro en favor de los Jueces del Circuito:

“ARTÍCULO 1º. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto

¹ Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, 3 de febrero de 2011. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Álvaro Arcila. Radicación: 25000-23-25-000-2010-00749-01(2350-10).

² Expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública “Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones”.

número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, **una bonificación judicial**, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1o de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

(...)

3. Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será:

DENOMINACIÓN DEL CARGO	MONTO DE LA BONIFICACIÓN JUDICIAL A PAGAR MENSUALMENTE CADA AÑO		
	Año 2016	Año 2017	Año 2018
Juez Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Coordinador de Juzgado Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Juez de Dirección o inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Fiscal ante Juez de Dirección o de Inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Auditor de Guerra de Dirección o de Inspección	2.491.678	2.969.604	3.558.846
Juez del Circuito	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Juez de División o de Fuerza Naval, o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Fiscal ante Juez de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Auditor de Guerra de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.272.185	2.708.010	3.245.346
Juez de Brigada o de base Aérea o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o de	2.358.938	2.811.402	3.369.253

Departamento de Policía			
Fiscal ante Juez de Brigada o de base aérea, o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Juez de Instrucción Penal Militar	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Auditor de Guerra de Brigada, o de Base Aérea, o de Grupo Aéreo, o de Escuela de formación o de Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Asistente Social Grado 1	1.901.012	2.265.642	2.715.201
Secretario	1.688.165	2.011.969	2.411.194
Oficial Mayor o Sustanciador	1.416.093	1.687.712	2.022.596
Asistente Social Grado 2	1.168.486	1.392.611	1.668.940
Escribiente	1.008.526	1.201.969	1.440.469

(...)” /Negrillas de la Sala/.

En el sub-lite el señor Juez Administrativo manifestó que le asiste un interés directo en las resultas del proceso en la medida que tiene el mismo derecho deprecado por el actor, aspecto que a juicio de esta Sala de Decisión legitiman el óbice manifestado por el funcionario, y que cobija así mismo a los demás Jueces Administrativos de Manizales y por ende, fuerza a resolver favorablemente la declaración materia de estudio.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997³ del Consejo Superior de la Judicatura, **FÍJASE** como fecha y hora para la elección pública del conjuer que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES DIEZ (10) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023) A LAS NUEVE Y MEDIA DE LA MAÑANA** diligencia que será dirigida por el Magistrado Ponente.

Para el efecto, por la Secretaría **CONVÓCASE** a la parte demandante y a los conjuer que integran la lista.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas **SALA DE DECISIÓN**,

³ “Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos.”, modificado por el Acuerdo No. PSAA12-9482 de 30 de mayo de 2012.

RESUELVE

PRIMERO: ACÉPTASE la declaración de IMPEDIMENTO manifestada por el Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por **MARÍA TERESA CALLE OBANDO** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

SEGUNDO: FÍJASE como fecha y hora para el sorteo de conjuez que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES DIEZ (10) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023) A LAS NUEVE Y MEDIA DE LA MAÑANA**.

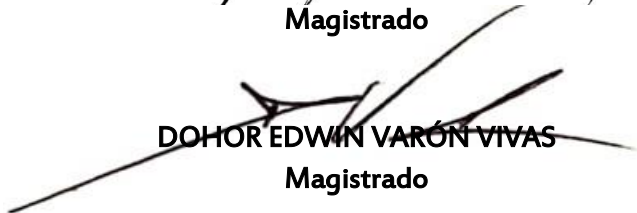
TERCERO: COMUNÍQUESE el presente auto a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, para los fines pertinentes.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada el 16 de febrero de 2023, conforme acta nro. 008 de la misma fecha.


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente


FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS ESTADO ELECTRÓNICO Notificación por Estado Electrónico nro. 028 del 20 de febrero de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, dieciséis (16) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17001-33-33-004-2018-00251-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	MARTHA CECILIA CARDONA OSORIO
ACCIONADO	LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, DEPARTAMENTO DE CALDAS Y NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó a pretensiones, proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 16 de diciembre de 2021.

PRETENSIONES

PRIMERA: Que se declare nula la Resolución nro. 7198-6 del 20 de septiembre de 2017, que decidió ascender o reubicar a la accionante en el Escalafón Docente, sin reconocer los efectos fiscales desde el 1 de enero de 2016.

SEGUNDA: Que es nula la Resolución nro. 20172000070195 del 05 de diciembre de 2017, por la cual se resuelve el recurso de apelación por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

TERCERA: Que se declare que, la accionante tiene derecho a que la entidad territorial le reconozca su ascenso o reubicación salarial al grado y/o nivel 2B desde el 1 de enero de 2016, por haber aprobado la Evaluación Diagnóstica Formativa en la modalidad de Cursos de Formación.

CUARTA: Condenar a la entidad territorial, a título de restablecimiento del derecho a reconocer el ascenso o reubicación salarial de la accionante en el grado y/o nivel 2B en el escalafón docente desde el 01 de enero de 2016, como lo dispone el Decreto 1278 de 2002.

QUINTA: Ordenar a la entidad demandada a que dé cumplimiento al fallo conforme a lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 192 y numerales 1, 2 y 3 del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.

SEXTA: Condenar a la entidad demandada a que, sobre las sumas adeudadas, se incorporen los ajustes de valor, según el índice de variación de precios al consumidor, conforme a lo estipulado en el último párrafo del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

SÉPTIMA: Condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, sobre las sumas adeudadas, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 192 y numeral 4 del artículo 195 del CPACA.

OCTAVA: Se condene a las entidades demandadas en costas conforme a lo estipulado en el artículo 188 del CPACA.

HECHOS

- La señora MARTHA CECILIA CARDONA OSORIO, actualmente es docente vinculada al Departamento de Caldas.
- Para el momento de su vinculación, se le ubicó en un grado de escalafón docente contemplado en el Decreto Ley 1278 de 2002.
- FECODE y el Gobierno Nacional, en el acta de acuerdos suscrita el 7 de mayo de 2015, concertaron la realización de una evaluación con carácter diagnóstica formativa a todos los docentes que no hubiesen podido ascender o reclasificarse en el escalafón, a pesar de haberse presentado con anterioridad a las respectivas evaluaciones.
- La accionante al haber participado en dicha evaluación superó en su integralidad la evaluación en el curso de formación, por lo cual se le reubicó o ascendió al grado 2 nivel B, pero con efectos fiscales a partir del 08 de agosto de 2017, teniendo derecho a que se le reconozcan a partir del 1º de enero de 2016, decisión que fue apelada.
- Mediante Resolución nro. CNSC 20172000070195 del 05 de diciembre de 2017 se resolvió negativamente el recurso de apelación.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Considera la parte actora que las normas transgredidas son: Decreto Ley 1278 de 2002; Decreto 1075 de 2015; Decreto 1757 de 2015; Decreto 1751 de 2016; Constitución Política, artículos 1, 2, 13, 25, 53, 93, 94, 122, 123, 124, 125, 150, 189, 209 y 228.

Como concepto de violación, sustentó que la evaluación con carácter diagnóstica formativa en un solo procedimiento, en el cual se asciende o reubica al docente en dos actuaciones diferentes, pero que hacen parte de la misma evaluación, razón por la cual al recibir la calificación satisfactoria de los cursos de formación de la evaluación la accionante completó el ejercicio de manera integral, para que en el acto administrativo para que el reconocimiento se hiciera desde el 1 de enero de 2016.

Indicó que en acta de reunión del Comité de Implementación de la ECDF entre el Ministerio de Educación y Fecode, realizada el 17 de agosto de 2016, quedó consignado en los temas tratados que *"7. El Ministerio de Educación Nacional cumplirá el acuerdo pactado con Fecode de expedir el decreto con retroactividad al 1º de enero de 2016, para los docentes que aprobaron la ECDF".*

Refirió que, en cumplimiento de lo anterior, se expidió el Decreto 1751 del 03 de noviembre de 2016, que estableció *"La reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir del 1º de enero de 2016 para los educadores que superen la evaluación de carácter diagnóstica formativa, siempre y cuando cumpla los requisitos de reubicación o ascenso, (...)"*

Explicó que al ser el curso de formación una etapa de la ECDF, a quienes lo hayan superado se deben aplicar los efectos fiscales del ascenso a partir del 01 de enero de 2016, pues esta fecha se unificó la fecha de reconocimiento de efectos fiscales retroactivos para todos los docentes que superaron la evaluación de carácter diagnóstica, sin distinguir la etapa en la cual fue superada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Comisión Nacional del Servicio Civil: manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones por carecer de fundamento legal y respaldo probatorio. En relación con los hechos indicó de la mayoría que no le constaban y de otros que eran parcialmente ciertos.

Como excepciones propuso las que denominó:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** fundamentada en la ausencia de injerencia en la emisión de la norma en que debían fundarse las entidades territoriales certificadas en educación y que resulta ser el objeto del litigio, como el Decreto Ley 1075 de 2015 y las demás normas concordantes, las cuales están amparadas por la presunción de legalidad, al igual que los actos administrativos.
- **Estricta legalidad de los actos administrativos demandados:** resaltó que para el caso del

demandante, existe norma especial como es el artículo 2.4.1.4.5.12 del Decreto 1757 de 2015, que adicionó el Decreto 1075 de 2015 y de paso reglamentó el Decreto 1278 de 2002; disposición que, después fue modificada por el Decreto 1751 de 2016, particularmente respecto al artículo 2.4.1.4.5.11, y varió la fecha a partir de la cual surtirían efectos fiscales los ascensos, indicando que únicamente para quienes hubieren aprobado la evaluación con carácter diagnóstica serían a partir del 1 de enero de 2016.

- **Buena fe:** que la CNSC ha obrado con apego a la Constitución y la ley.
- **Genérica:** pidió se declare cualquier otra excepción que se encuentre probada en el proceso.

Departamento de Caldas: manifestó frente a los hechos que unos son ciertos y que otros no le constan; y seguidamente se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que no le asiste derecho a la parte demandante en sus reclamos.

Propuso las excepciones de:

- **Falta de legitimidad en la causa por pasiva:** adujo que la demanda no debió dirigirse contra el Departamento de Caldas sino contra el Ministerio de Educación Nacional, ya que fue esta entidad a través de la Resolución nro. 18471 del 20 de septiembre de 2016 la que aprobó para aquellos docentes y directivos docentes que no superaron la evaluación con carácter diagnóstica formativa, la posibilidad de culminar su proceso por medio de cursos desarrollados por universidades acreditadas.

Añadió que según la normativa, como el Decreto 1278 de 2002 y el Decreto 1757 de 2015, fue el Ministerio de Educación la entidad encargada de fijar los parámetros, procesos, procedimientos y requisitos para que los docentes pudieran escalafonarse y subir salarialmente, y en tal sentido la entidad no tiene responsabilidad en este asunto.

- **Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley:** explicó que los efectos fiscales pretendidos por el demandante se encuentra establecidos en la ley, específicamente en el Decreto 1075 de 2015, y en tal sentido el ascenso de grado en el escalafón que se produzca por haber aprobado cursos de formación en los términos del artículo 2.4.1.4.5.12, surtirá efecto a partir de la fecha en que el educador radique la certificación de la aprobación de los mismos, siempre y cuando el aspirante cumpla los demás requisitos para ser reubicado o ascendido.

La Nación- Ministerio de Educación Nacional: Señaló que no le asiste razón a la parte activa en las pretensiones, pues se evidencia que los actos expedidos por la entidad territorial se dieron de conformidad con la normativa vigente aplicable, toda vez que no se puede arribar a una conclusión diferente que los efectos fiscales del ascenso y reubicación salarial de los docentes que aprueben los cursos consagrados en el proceso serán desde la radicación por parte del docente de la certificación de aprobación de estos en la ETC.

indicó que la norma vigente, si previó efectos diferenciadores, bajo el concepto claro y preciso de que el docente una vez aprobada la evaluación de carácter diagnóstica formativa ECDF se le otorga unos efectos fiscales a enero 1 de 2016, mientras que a quienes no aprobaban el citado proceso, estaban en la obligación de i) adelantar el curso de formación, ii) radicar la certificación de aprobación del curso, y iii) sólo a partir de la fecha de radicación ante la entidad nominadora, se tendría la aplicación de los efectos fiscales. Mírese que la norma en justa medida reconoce los esfuerzos de quienes sí aprueban la evaluación de carácter diagnóstica formativa ECDF mientras que a quienes no la aprueban, se sujetan a una relación especial consistente en adelantar el curso de formación como oportunidad de habilitación de un proceso que no lograron superar.

Señaló que es evidente que se tenía claro, desde el momento en que se llegó a los acuerdos entre el Ministerio de Educación Nacional y la organización sindical la situación que diferenciaba a quienes aprobaban la evaluación de carácter diagnóstica formativa ECDF y aquellos que no lograban aprobarla, otorgándoles una segunda oportunidad, por lo cual, no hay lugar a una interpretación diferente a lo que las normas precitadas y contenidas en el decreto 1075 de 2015, Único Reglamentario del Sector Educación ni mucho menos a darle un alcance diferente, puesto que los acuerdos manifiestan dos situaciones claras que posteriormente son materializadas en los decretos expedidos por el Gobierno Nacional.

Adujo, que la redacción de la norma claramente nos lleva a la desagregación de etapas de todo el procedimiento para llegar al ascenso o reubicación de un educador, y no sólo las etapas propias de la evaluación, que son cosas distintas, pues la primera, abarca fases administrativas que van más allá de la evaluación como tal, mientras la segunda se centra solamente en el desarrollo de la valoración, con carácter diagnóstico-formativo, que permite al maestro tener claridad sobre sus fortalezas, indicándole las áreas en las que puede perfeccionar su labor, constituyéndose así en un aspecto fundamental en su proceso de mejoramiento que se reflejará en la calidad de la educación de las niñas, niños y adolescentes de los establecimientos oficiales del país.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 16 de diciembre de 2021, negó las pretensiones de la demandante tras plantearse como problema jurídico, si el demandante tenía derecho a que se reconocieran los efectos fiscales de su ascenso regido por el Decreto 1278 de 2002 a partir del 1° de enero de 2016; o si estos debían ser reconocidos a partir de la fecha en que el educador radicó la certificación de la aprobación de cursos para ascenso ante la respectiva autoridad nominadora.

En primer momento analizó el marco normativo aplicable al caso, que incluyó el Decreto 2277 de 1979, el Decreto 1075 de 2015, la Ley 715 de 2001, el Decreto 1278 de 2002 y el Decreto 1757 de 2015.

Sobre el caso concreto señaló que, como se observa en el expediente la señora Martha Cecilia Cardona Osorio se presentó al proceso de evaluación de carácter diagnóstico formativa convocada por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas para los docentes que no habían logrado ascenso o reubicación salarial entre los años 2010 y 2014, sin embargo, la accionante no superó la evaluación con un puntaje superior al 80% como lo establece el Decreto 1278 de 2002 en su artículo 35.

Ante tal resultado, la accionante realizó en la Universidad Católica de Manizales un curso en Pedagogía, el cual aprobó con un puntaje de 82 puntos y radicó ante la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas el 08 de agosto de 2017, ante lo cual la mencionada entidad por medio de la Resolución No. 7198-6 del 20 de septiembre de 2017 la reubicó en el grado 2B del Escalafón Docente con efectos fiscales a partir del 08 de agosto de 2017, decisión que fue apelada por la docente ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, solicitando que los efectos fiscales se extendieran desde el 1° de enero de 2016, lo cual se resolvió de manera negativa.

En ese sentido, es evidente que la docente no aprobó la evaluación diagnóstica formativa para lograr el ascenso en el Escalafón Docente, pues al no obtener un puntaje superior al 80% como ya se mencionó, debió optar como segunda opción por realizar un curso de formación, el cual evidentemente aprobó y le valió para lograr en esta segunda oportunidad la reubicación en el escalafón.

Así las cosas, yerra la accionante al considerar el curso de formación como una de las etapas de la evaluación diagnóstica formativa, cuando en realidad de lo que se trata es de una

fase que se agota solo en el caso de que no se apruebe la evaluación principal, es decir, tiene un carácter subsidiario, por lo que se pueden establecer dos actuaciones administrativas claramente diferenciables que culminan en un mismo resultado, esto es, el ascenso y/o la reubicación salarial, en el caso de que se cumpla con todos los requisitos adicionales.

Y es en esa diferenciación en la cual se fundamentó el ejecutivo, en uso de su potestad reglamentaria, para establecer los efectos fiscales en uno y otro caso, pues en virtud del principio de igualdad, no pueden ser los mismos para quienes aprobaron la evaluación en primera instancia, frente a los que debieron realizar adicionalmente un curso de formación por no haber alcanzado el puntaje requerido.

Es por ello que, concluye que, la accionante no tiene derecho a que se declaren los efectos fiscales de su ascenso desde el 1º de enero de 2016, en la medida en que esta disposición se aplica **exclusivamente** a los docentes que aprobaron satisfactoriamente la evaluación diagnóstica formativa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015 modificado por el Decreto 1751 de 2016, pues no se pueden aplicar indistintamente los efectos fiscales, al tratarse de dos situaciones reguladas de manera autónoma y con unas consecuencias disimiles claramente establecidas en la norma.

RECURSO DE APELACIÓN

Parte demandante: sostuvo que ratificaba los argumentos expuesto en la demanda, pues el actor tiene derecho, por el hecho de haber ascendido en el escalafón docente, a que se le reconozca el retroactivo desde el 1º de enero de 2016.

Explicó que con el Decreto 1278 de 2002 los docentes se vinculan a la educación por medio de concurso público, pero como estaba siendo difícil la incorporación en propiedad se presentó la propuesta de crear una figura que se denominó evaluación de carácter diagnóstica, y fue así como nació el Decreto 1757 de 2015, por medio del cual se reglamentó parcial y transitoriamente el Decreto 1278 de 2002 en materia de evaluación de ascenso y reubicación salarial; norma que estipuló que aquellos docentes que habiendo participado en el concurso entre los años 2010 y 2014 no lograron el ascenso, podían presentar evaluación de carácter diagnóstica formativa.

Que, en atención a lo decidido por el Comité de Implementación de la ECDF, se logró la expedición del Decreto 1751 de 2016, norma que determinó los efectos fiscales del

ascenso a partir del 1° de enero de 2016. Por ello, es claro que los efectos fiscales a que tiene derecho un docente que cursó y aprobó el curso de evaluación diagnóstica formativa son los estipulados en el Decreto 1751 de 2016, es decir, desde el 1° de enero de 2016; y que como la norma no realizó distinción alguna entre quienes superaron la evaluación en la presentación del video o en la calificación de cursos de formación, se debe aplicar la excepción de legalidad mencionada en la Constitución Política.

Resaltó que el artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015, luego de la modificación del Decreto 1751, unificó la fecha de reconocimiento de los efectos fiscales al 1° de enero de 2016 para todos los docentes que superaron la evaluación de carácter diagnóstica formativa sin distinguir la etapa en la cual fue aprobada.

Aseguró que la decisión contenida en la Resolución nro. 7281-6 del 20 de septiembre de 2017, con los efectos fiscales a partir del 8 de agosto de 2017, va en contravía del Decreto 1751 de 2016, donde se fijó sin distinción que a los docentes que hicieron parte de la ECDF primer corte, se les deben reconocer sus ascensos desde el 1° de enero de 2016.

Finalmente, en relación con la condena en costas, indicó que el Consejo de Estado mediante providencia de 7 de abril de 2016⁷, advirtió sobre la variación de la postura que se venía aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en las posturas del extinto CPC y el CGP, puesto que la normatividad anterior, Decreto 01 de 1984 consagraba originalmente en su artículo 171, un criterio subjetivo de valoración, en el cual se atendía exclusivamente a caracteres como la temeridad o mala fe, para proferir condenas en costas y agencias en derecho, en síntesis, advirtió el establecimiento de un nuevo criterio objetivo en lo que respecta a la imposición de costas procesales. Ahora bien, con respecto al referido cambio de criterio para la imposición de costas procesales el Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que, si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8° del artículo 365 del CGP, se compruebe para su imposición.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a la constancia secretarial obrante en el PDF nro. 005 del expediente digital de segunda instancia las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

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

Problemas jurídicos

1. ¿Tiene derecho la demandante a que su ascenso en el escalafón docente obtenido conforme Decreto 1757 de 2015, tenga efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2016?
2. ¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandante en primera instancia?

Lo probado

➤ La Resolución nro. 7198-6 del 20 de septiembre de 2017 ascendió a un docente regido por el Decreto 1278 de 2002 en el escalafón; en la parte resolutive se dispuso que, el educador ascendía al grado 2B, y que los efectos fiscales se reconocían a partir del 8 de agosto de 2017, fecha que según los considerandos fue en la que se presentó petición ante la Secretaría de Educación solicitando el ascenso por haber realizado curso en pedagogía en la Universidad de Católica de Manizales (PDF nro. 001 del expediente digitalizado de primera instancia).

➤ A través de Resolución nro. CNSC 20172000070195 del 05 de diciembre de 2017 la Comisión Nacional del Servicio Civil resolvió un recurso de apelación interpuesto en contra del acto administrativo que ascendió a la demandante en el escalafón docente, negando la aplicación de la excepción de ilegalidad frente al artículo 2.4.1.4.5.12 del Decreto 1075 de 2015, y confirmando la Resolución 7198-6 del 20 de septiembre de 2017 (ibidem).

Solución al primer problema jurídico

¿Tiene derecho la demandante a que su ascenso en el escalafón docente obtenido conforme Decreto 1757 de 2015, tenga efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2016?

La Sala defenderá la tesis de que el ascenso en el escalafón docente de la demandante debe tener efectos fiscales a partir de la fecha en que se radicó la certificación que daba cuenta de la aprobación del curso de formación, en tanto los efectos fiscales establecidos a partir

del 1° de enero de 2016 solo cubren a los docentes que superaron la evaluación diagnóstica formativa, lo cual no implica una vulneración del derecho a la igualdad.

Ascenso en el escalafón docente de conformidad con el Decreto 1278 de 2002.

En el presente caso, de conformidad con el acto administrativo que se demanda, es claro que no está en discusión que el ascenso de la demandante se rige por el Decreto 1278 de 2002, por medio del cual se expidió el estatuto de profesionalización docente.

Esta norma dispuso lo siguiente frente al tema:

Artículo 19. Escalafón Docente. *Se entiende por Escalafón Docente el sistema de clasificación de los docentes y directivos docentes estatales de acuerdo con su formación académica, experiencia, responsabilidad, desempeño y competencias, constituyendo los distintos grados y niveles que pueden ir alcanzando durante su vida laboral y que garantizan la permanencia en la carrera docente con base en la idoneidad demostrada en su labor y permitiendo asignar el correspondiente salario profesional.*

La idoneidad encierra el conjunto de conocimientos, habilidades, actitudes, aptitudes, rendimiento y valores que se consideran imprescindibles para el desempeño de la función docente.

Artículo 20. Estructura del Escalafón Docente. *El Escalafón Docente estará conformado por tres (3) grados. Los grados se establecen con base en formación académica. Cada grado estará compuesto por cuatro (4) niveles salariales (A-B-C-D).*

Quienes superen el período de prueba se ubicarán en el Nivel Salarial A del correspondiente grado, según el título académico que acrediten; pudiendo ser reubicados en el nivel siguiente o ascender de grado, después de tres (3) años de servicio, siempre y cuando obtengan en la respectiva evaluación de competencias el puntaje indicado para ello, según lo dispuesto en el artículo 36 del presente decreto.

(...)

Artículo 23. Inscripción y Ascenso en el Escalafón Docente. *En cada entidad territorial certificada existirá una repartición organizacional encargada de llevar el registro de inscripción y ascenso en el Escalafón de los docentes y directivos docentes estatales, con las correspondientes evaluaciones y los documentos de soporte para cada grado y nivel salarial, comunicando a la dependencia que se encargue de las novedades de nómina cada vez que se presente una modificación de los mismos.*

Los ascensos en el Escalafón y la reubicación en un nivel salarial superior procederán cuando la entidad territorial certificada convoque a evaluación de competencias y se obtenga el

puntaje establecido en el artículo 36 de este decreto. Dicha convocatoria establecerá el monto de la disponibilidad presupuestal para efectos de ascenso y reubicación salarial. No podrán realizarse ascensos y reubicación que superen dicha disponibilidad.

Artículo 35. Evaluación de competencias. *La competencia es una característica subyacente en una persona causalmente relacionada con su desempeño y actuación exitosa en un puesto de trabajo.*

La evaluación de competencias será realizada cada vez que la correspondiente entidad territorial lo considere conveniente, pero sin que en ningún caso transcurra un término superior a seis (6) años entre una y otra. Se hará con carácter voluntario para los docentes y directivos docentes inscritos en el Escalafón Docente que pretendan ascender de grado en el Escalafón o cambiar de nivel en un mismo grado. Se hará por grados en el escalafón y por cargos directivos docentes. Debe permitir la valoración de por lo menos los siguientes aspectos: competencias de logro y acción; competencias de ayuda y servicio; competencias de influencia; competencias de liderazgo y dirección; competencias cognitivas; y competencias de eficacia personal.

Parágrafo. Reglamentado por el Decreto Nacional 2715 de 2009. *El Ministerio de Educación Nacional será responsable del diseño de las pruebas de evaluación de competencias y definirá los procedimientos para su aplicación, lo cual podrá hacerse a través de cualquier entidad pública o privada que considere idónea.*

Artículo 36. Resultados y consecuencias de las evaluaciones de desempeño y de competencias. *Las evaluaciones de desempeño y de competencias tendrán las siguientes consecuencias según sus resultados:*

[...]

2. Evaluación de competencias:

Serán candidatos a ser reubicados en un nivel salarial superior, o a ascender en el escalafón docente, si reúnen los requisitos para ello, quienes obtengan más de 80% en la evaluación de competencias. Para las reubicaciones y ascensos se procederá en estricto orden de puntaje hasta el monto de las disponibilidades presupuestales anuales.

Se infiere que el ascenso en el escalafón docente está acompañado de exigencias de mayores requisitos dependiendo del grado; además de la aprobación de la evaluación de competencias que es convocada por la entidad territorial a la que se encuentra vinculado el docente, la cual es aprobada siempre y cuando se obtenga un puntaje superior al 80%.

De manera posterior, se profirió el Decreto 1075 de 2015, por medio del cual se expidió el Decreto Único Reglamentario del sector educación; norma que dispuso la evaluación de

que trata el artículo 35 del Decreto 1278 de 2002 para el ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial de los educadores oficiales así:

Artículo 2.4.1.4.1.1. Objeto. *La presente Sección tiene por objeto reglamentar la evaluación de que tratan los artículos 35 y 36 (numeral 2) del Decreto-ley 1278 de 2002 para el ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial de los educadores oficiales, regidos por el Estatuto de Profesionalización Docente previsto en dicha norma, la cual será de carácter diagnóstica formativa.*

Artículo 2.4.1.4.1.2. Características y principios de la evaluación. *La evaluación prevista en la presente Sección es de carácter diagnóstica formativa, por lo que valorará la práctica educativa, pedagógica, didáctica y de aula. La aprobación de esta evaluación permitirá el ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial en los términos que se establecen en los artículos siguientes.*

La evaluación de que trata esta Sección se regirá por los principios previstos en el artículo 29 del Decreto-ley 1278 de 2002. Para el efecto, se fundamentará en los elementos de (i) enfoque cualitativo, (ii) contexto y reflexión, (iii) integralidad y validez, (iv) actividad educativa y pedagógica en el aula, (v) transparencia, (vi) democracia (vii) respeto de la autonomía escolar, (viii) libertad de cátedra, y (ix) pluralismo pedagógico.

La misma norma, en su sección 3, a partir del artículo 2.4.1.4.3.1, reglamentó el proceso de evaluación, la convocatoria y la inscripción en el proceso; y en la sección 4, a partir del artículo 2.4.1.4.4.1, determinó la reubicación de nivel salarial y ascenso de grado, la publicación de resultados y la expedición del acto administrativo correspondiente. En relación con los efectos fiscales indicó en el artículo 2.4.1.4.4.2 que *“La reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir de la fecha de la publicación de los listados definitivos de candidatos”*.

Posteriormente, se profirió el Decreto 1757 de 2015, que adicionó el Decreto 1075 de 2015 y reglamentó parcial y transitoriamente el Decreto 1278 de 2002 en materia de evaluación para ascenso de grado y reubicación de nivel salarial para los educadores que participaron en alguna de las evaluaciones de competencias desarrolladas entre los años 2010 y 2014 y no lograron el ascenso o la reubicación salarial en cualquiera de los grados del Escalafón Docente.

En la parte motiva de este decreto se indicó:

Que en virtud de lo dispuesto en el Libro 2, Parte 2, Título 2, Capítulo 4 del Decreto 1072 de 2015, el 26 de febrero de 2015 la Federación Colombiana de Trabajadores de la Educación -

FECODE presentó al Gobierno Nacional pliego de peticiones, cuyo proceso de negociación culminó el 7 de mayo de 2015 con la suscripción del Acta de Acuerdos. El punto primero de dicha acta establece el compromiso del Gobierno Nacional de expedir una reglamentación transitoria para establecer una modalidad de la evaluación de que trata el artículo 35 del Decreto Ley 1278 de 2002, que será aplicada a los educadores que entre los años 2010 y 2014 no lograron el ascenso de grado o la reubicación en un nivel salarial superior, la cual tendrá carácter diagnóstica formativa.

Que el Gobierno profirió el Decreto 1075 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación", con el objetivo de compilar y racionalizar las normas de carácter reglamentario que rigen dicho Sector y contar con un instrumento jurídico único para el mismo.

Que la presente norma se expide con fundamento en la potestad reglamentaria del Presidente de la República, motivo por el cual debe quedar compilada en el Decreto 1075 de 2015, específicamente, en el Libro 2, Parte 4, en donde se encuentran previstas las disposiciones relativas a la actividad laboral docente en los niveles de preescolar, básica y media.

El Decreto 1757 de 2015 pasó entonces a constituir la sección 5 del capítulo 4, título 1, parte 4, libro 2 del Decreto 1075 de 2015 así:

SECCIÓN 5 : Evaluación para ascenso de grado y reubicación de nivel salarial para los educadores que no lograron el ascenso de grado o la reubicación en un nivel salarial superior entre los años 2010-2014

(Adicionado por artículo 1 Decreto 1757 de 2015)

Artículo 2.4.1.4.5.1. Objeto. *La presente Sección tiene por objeto reglamentar transitoriamente una modalidad de la evaluación de que trata el artículo 35 del Decreto-ley 1278 de 2002 que será aplicada a los educadores que entre los años 2010 y 2014 no lograron el ascenso de grado o la reubicación en un nivel salarial superior, la cual tendrá carácter diagnóstica formativa.*

Artículo 2.4.1.4.5.2. Ámbito de aplicación. *La evaluación de que trata la presente Sección, que tendrá carácter diagnóstica formativa, será aplicada a los docentes, directivos docentes y orientadores inscritos en el Escalafón que regula el Decreto-ley 1278 de 2002, que habiendo participado en alguna de las evaluaciones de competencias desarrolladas entre los años 2010 y 2014 no lograron el ascenso o la reubicación salarial en cualquiera de los grados del Escalafón Docente.*

Artículo 2.4.1.4.5.3. Características de la evaluación. *La evaluación prevista en la presente Sección es de carácter diagnóstica formativa, por lo que valorará la práctica*

educativa, pedagógica, didáctica y de aula. La aprobación de esta evaluación permitirá el ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial en los términos que se consagran en los artículos siguientes.

Artículo 2.4.1.4.5.4. Requisitos para participar en la evaluación. *Para participar en la evaluación de que trata el artículo anterior, el docente, directivo docente u orientador debe cumplir con los siguientes requisitos:*

- 1. Estar nombrado en propiedad e inscrito en el nivel A en uno de los grados del Escalafón Docente.*
- 2. Haber participado en una o varias de las evaluaciones de competencias entre 2010 y 2014 y no haber logrado su ascenso o reubicación en un nivel salarial superior dentro del Escalafón Docente.*
- 3. Para el caso de ascenso de grado, acreditar debidamente en su hoja de vida el título académico exigido para los grados 2 y 3.*

[...]

Artículo 2.4.1.4.5.10. Inscripción en la convocatoria. *El docente, el directivo docente y orientador que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 2.4.1.4.5.4 del presente decreto podrá inscribirse en el proceso dentro del término previsto en la convocatoria, de acuerdo con los procedimientos y requisitos señalados en la misma.*

Para inscribirse en la convocatoria, los interesados deberán adquirir un Número de Identificación Personal (NIP) destinado a sufragar los costos de la evaluación. El NIP tendrá un valor equivalente a un día y medio de salario mínimo legal vigente.

Parágrafo 1º. *El registro y la participación voluntaria en la evaluación y los resultados que se obtengan en la misma no afectarán la estabilidad laboral de los docentes.*

Parágrafo 2º. *El término para realizar la etapa de inscripción no podrá ser inferior a diez (10) días hábiles.*

Artículo 2.4.1.4.5.11. Resultados y procedimiento. *La entidad territorial certificada publicará en su sitio web y en un lugar de fácil acceso al público la lista de educadores que hubieren superado la evaluación de carácter diagnóstica formativa en los términos establecidos en el numeral 2 del artículo 36 del Decreto-ley 1278 de 2002. Los educadores contarán con un término de cinco (5) días a partir de la publicación, para presentar las reclamaciones a que hubiere lugar.*

El Ministerio de Educación Nacional contará con un término de treinta (30) días para resolver las reclamaciones presentadas.

A partir de la publicación de la lista de candidatos, la entidad territorial certificada cuenta con quince (15) días para expedir el acto administrativo de reubicación salarial dentro del mismo grado o de ascenso de grado en el Escalafón Docente, según el caso, siempre y cuando estén acreditados todos los requisitos establecidos para el efecto en la presente sección.

La reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir de 1º de enero de 2016 para los educadores que superen la evaluación de carácter diagnóstica formativa, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para reubicación o ascenso, establecidos en la presente sección.

La entidad territorial certificada en educación deberá apropiar los recursos correspondientes que amparen la ejecución y los pagos originados en los correspondientes actos administrativos que se hayan proferido. En caso de que los recursos presupuestales resultaren insuficientes, la entidad territorial deberá apropiar dichos recursos máximo en la siguiente vigencia fiscal y proceder al pago del ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial con los efectos fiscales definidos por el presente artículo.

Artículo 2.4.1.4.5.12. Cursos de formación. *Los docentes que no hubieren superado la evaluación de carácter diagnóstica formativa en los términos establecidos en la presente Sección, deberán adelantar alguno de los cursos de formación que ofrezcan universidades acreditadas institucionalmente y/o que cuenten con facultades de educación de reconocida trayectoria e idoneidad, de conformidad con los parámetros establecidos por el Ministerio de Educación Nacional y siempre que cuenten con la respectiva aprobación de este.*

Los aspectos generales de los cursos de formación serán definidos en la reglamentación que se expida para el efecto. Los cursos de formación se expresarán en créditos académicos que podrán ser homologados por las instituciones de educación superior, en ejercicio de su autonomía universitaria, dentro de los programas de pregrado y posgrado que estas ofrezcan.

Estos cursos tendrán como propósito fundamental solucionar las falencias detectadas en la evaluación de carácter diagnóstica formativa. Con la aprobación del respectivo curso por parte del docente, en los términos del numeral 2 del artículo 36 del Decreto-ley 1278 de 2002, la entidad territorial certificada en educación procederá al ascenso o la reubicación de nivel salarial de acuerdo con lo establecido en la presente Sección.

La reubicación salarial o el ascenso de grado en el Escalafón Docente que se produzca por haber aprobado los cursos de formación en los términos del inciso anterior, surtirán efectos fiscales a partir de la fecha en que el educador radique la

certificación de la aprobación de dichos cursos ante la respectiva autoridad nominadora, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para ser reubicado o ascendido según lo establecido en la presente Sección.

Las entidades territoriales certificadas en educación deberán apropiar los recursos correspondientes para el ascenso de grado y la reubicación de nivel salarial de los educadores que hubieren aprobado los cursos de formación. En caso de que los recursos presupuestales resultaren insuficientes, la entidad territorial deberá apropiar dichos recursos máximo en la siguiente vigencia fiscal y proceder al pago del ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial con los efectos fiscales definidos en el presente artículo.

Parágrafo 1º. *El Ministerio de Educación y las entidades territoriales certificadas en educación, a través de sus respectivas páginas Web, informarán a los educadores sobre los cursos de formación referidos en el presente artículo.*

Parágrafo 2º. *Los cursos de formación docente deberán ser cofinanciados por el Gobierno nacional, las entidades territoriales certificadas en educación y los docentes. El Gobierno nacional y las entidades territoriales certificadas en educación deberán asegurar conjuntamente la financiación de mínimo el setenta por ciento (70%) del costo de la matrícula del respectivo curso de formación para cada docente. Los aportes del Gobierno nacional para atender los gastos relacionados con la formación docente de que trata la presente Sección deberán ser priorizados dentro del Marco de Gasto de Mediano Plazo del Sector Educación.*

Se desprende que esta norma se emitió con la finalidad de reglamentar transitoriamente una modalidad de la evaluación de que trata el artículo 35 del Decreto 1278 de 2002, esta es, la evaluación de carácter diagnóstica formativa, la cual sería aplicada a los educadores que entre los años 2010 y 2014 no lograron el ascenso de grado o la reubicación en un nivel salarial superior; y que surtiría, una vez aprobada, efectos fiscales a partir de 1º de enero de 2016, siempre y cuando el aspirante cumpliera los demás requisitos para reubicación o ascenso establecidos.

Consagró además la norma en relación con los docentes que, no superaran la evaluación de carácter diagnóstica formativa, la posibilidad de adelantar algún curso de formación ofrecido por universidades acreditadas y/o que contaran con facultades de educación reconocida. Para estos educadores la reubicación salarial o el ascenso de grado surtiría efectos fiscales a partir de la fecha en que se radicara la certificación de aprobación del curso ante la autoridad nominadora, y siempre y cuando, el aspirante cumpliera los demás requisitos para reubicación o ascenso establecidos.

Se concluye entonces que, este decreto determinó una diferencia en los efectos fiscales para los docentes que aprobaran la evaluación de carácter diagnóstica formativa y para aquellos que no; pues para los primeros dispuso el 1° de enero de 2016, y para los segundos la fecha quedó ligada al día en la cual se radicara la certificación de aprobación del curso.

Posteriormente, se expidió el Decreto 1657 de 2016 que modificó el Decreto 1075 de 2005 en materia de evaluación para ascenso de grado y reubicación de nivel salarial de los docentes que se rigen por el Decreto Ley 1278 de 2002.

En los considerandos de esta norma se expuso:

Que en virtud de lo dispuesto en el Libro 2, Parte 2, Título 2, Capítulo 4 del Decreto 1072 de 2015, el 26 de febrero de 2015, la Federación Colombiana de Trabajadores de la Educación (FECODE) presentó al Gobierno nacional pliego de peticiones, cuyo proceso de negociación culminó el 7 de mayo de 2015 con la suscripción del Acta de Acuerdos.

Que en desarrollo de lo dispuesto en el punto primero del Acta de Acuerdos, el Ministerio de Educación Nacional expidió el Decreto 1757 de 2015 (...).

Que el carácter diagnóstico formativo de la evaluación para el ascenso de grado y la reubicación de nivel salarial, que se aplicó en el proceso de que trata el considerando anterior, cumplió con los objetivos y criterios de la evaluación prescritos en el artículo 35 del Decreto Ley 1278 de 2002, al enfocarse de manera preponderante en la práctica educativa y pedagógica del educador y ofrecer un diagnóstico y retroalimentación específica sobre los aspectos que debe fortalecer el educador para el mejoramiento de su práctica, lo que contribuye al propósito de avanzar en la calidad educativa.

Que considerando los resultados del proceso de evaluación de carácter diagnóstica formativa iniciada en el año 2015, se estima conveniente continuar con su aplicación en los términos del artículo 35 del Decreto Ley 1278 de 2002. Con esto, adicionalmente, se da cumplimiento a lo dispuesto en el punto segundo del Acta de Acuerdos que establece que esta evaluación deberá aplicarse a los docentes que se rigen por esta norma mientras se consensua un nuevo Estatuto Único Docente.

Que el Gobierno nacional profirió el Decreto 1075 de 2015, Único Reglamentario del Sector Educación, con el objetivo de compilar y racionalizar las normas de carácter reglamentario del Sector y contar con un instrumento jurídico único para el mismo.

En consecuencia, la disposición subrogó las secciones 1, 2, 3 y 4 del capítulo 4, título 1, parte 4, libro 2 del Decreto 1075 de 2015, y procedió a reglamentar la evaluación de que

tratan los artículos 35 y 36 (numeral 2º) del Decreto Ley 1278 de 2002 para el ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial de los educadores oficiales. Para ello, contempló las etapas, el proceso e indicó, en relación con lo que interesa al proceso, en su artículo 2.4.1.4.4.2, que *"La reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir de la fecha de la publicación de los listados definitivos de candidatos"*.

Sin embargo, esta norma nada estableció respecto a quiénes habían participado en la convocatoria realizada en virtud de la sección quinta del Decreto 1075 de 2015 adicionada por artículo 1º Decreto 1757 de 2015, motivo por el cual se expidió el Decreto 1751 del 3 de noviembre de 2016 que modificó el artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015, e indicó para los efectos aquí estudiados que *"La reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir de 1º de enero de 2016 para los educadores que superen la evaluación de carácter diagnóstica formativa, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para reubicación o ascenso, establecidos en la presente sección."*

Esta norma indicó en sus considerandos que se expedía porque:

(...) a pesar de los esfuerzos realizados para desarrollar la evaluación de carácter diagnóstica formativa dentro de la vigencia 2015, fue necesario que el Ministerio de Educación Nacional modificara el cronograma de la misma establecido en el artículo 14 de la Resolución 15711 de 2015, mediante las resoluciones 16604, 18024, 19499 de 2015, y 9486, 10986, 12476, 14909 Y 16740 de 2016, considerando entre otros hechos: i) los problemas de conectividad en varias zonas del territorio nacional, lo que condujo a que algunos educadores no pudieran cargar los instrumentos de la evaluación, como el video establecido en el artículo 7, literal a) de la Resolución 15711 de 2015; ii) educadores que tuvieron que separarse temporalmente de su cargo por incapacidad médica o licencia de maternidad, así como educadores que cambiaron de establecimiento educativo o de cargo, lo que impidió que pudieran aplicárseles en debida forma los instrumentos de la evaluación; iii) la finalización del primer semestre del calendario académico de las entidades territoriales certificadas en educación, lo que trajo consigo que los educadores no pudieran completar las encuestas que hacían parte de la evaluación; y iv) los bloqueos de las vías principales durante el paro agrario y el paro de transportadores ocurridos en el primer semestre del año 2016, que le dificultaron al ICFES practicar, dentro del cronograma previsto inicialmente, la evaluación a los educadores participantes.

Que por lo anterior, resulta necesario establecer que para los educadores que superen la evaluación indicada en esta parte

considerativa, su ascenso de grado o reubicación en el nivel salarial siguiente dentro del Escalafón Docente, se tenga efectos fiscales desde el 1° de enero de 2016.

Se colige de lo anterior que, pese a que el Decreto 1657 de 2016 estableció que a partir de su entrada en vigencia los efectos fiscales del ascenso en el escalafón serían desde la fecha de publicación de resultados, el Decreto 1751 del 3 de noviembre de 2016 conservó la prerrogativa reconocida en el Decreto 1075 de 2015 a los docentes que aprobaran la evaluación de carácter diagnóstica formativa, en el entendido de que el ascenso surtiría efectos a partir del 1° de enero de 2016.

Caso concreto

El acto administrativo 7198-6 del 20 de septiembre de 2017, que ascendió a la actora de grado, indicó que los docentes que no hubieran aprobado la evaluación de carácter diagnóstica formativa tendrían la posibilidad de culminar su proceso de ascenso por medio de cursos de formación desarrollados en universidades acreditadas; y que la señora Cardona Osorio había presentado petición de ascenso el día 08 de agosto de 2017, al haber realizado curso de pedagogía expedido por la Universidad Católica de Manizales.

La resolución que desató el recurso de apelación expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil consignó en sus considerandos:

Así de conformidad con los documentos que reposan en la actuación, se evidencia que la docente ostenta derechos de carrera, y se inscribió para participar en el proceso de evaluación de que trata el Decreto 1757 de 2015, con el propósito de lograr ascender al Nivel B Grado 2.

No obstante, la educadora no superó la evaluación de carácter diagnóstica formativa con más de ochenta (80) puntos, como lo exigen la Resolución nro. 17511 de 2015 y sus modificaciones, en consonancia con el Decreto 1757 de 2015, motivo por el cual debió optar por la realización de un curso de formación en los términos del artículo 2.4.1.4.5.12 del Decreto 1075 de 2015.

En este sentido, se observa que la recurrente acreditó ante la entidad territorial haber aprobado el curso de formación, solicitando se efectuara su reubicación al grado 2 nivel salarial B, dentro del escalafón docente.

De conformidad con lo anterior, es claro que, la demandante no superó la Evaluación de Carácter Diagnóstica Formativa, por lo que de conformidad con el Decreto 1757 de 2015

realizó curso de formación, el cual al ser aprobado le permitió, junto con el cumplimiento de los demás requisitos de ley, ascender al grado 2B.

La Sala debe advertir que, de acuerdo a todo el recuento normativo, no puede arribar a la misma conclusión de la parte demandante en el sentido que los docentes que cubiertos por el Decreto 1278 de 2002 no hubieran logrado ascender en el escalafón docente, y que en virtud del Decreto 1757 de 2015 acudieran a presentar la Evaluación de Carácter Diagnóstica Formativa y no aprobaran esta y realizaran curso de formación, deben quedar amparados por los mismos efectos fiscales de los primeros, es decir, lo que sí aprobaron la ECDF.

Lo anterior, por cuanto, aunque entre estos docentes se presenta una similitud en el sentido que como se indicó son educadores que están amparados por el Decreto 1278 de 2002, y que al no lograr ascender en el escalafón el Decreto 1757 de 2015 les brindó la posibilidad de presentar la ECDF, esta paridad se rompe en el momento en que unos aprueban la evaluación y otros deben acudir a realizar curso de formación.

Para esta Sala, ese hecho justifica ese trato “diferenciado” al conceder a los del primero caso efectos fiscales desde el 1° de enero de 2016, y a los del segundo, efectos fiscales a partir de la radicación de la certificación de aprobación.

En sentencia T-667 de 2001, la Corte Constitucional explicó lo siguiente frente al derecho a la igualdad:

La Corte Constitucional, desde sus inicios, ha sentado la jurisprudencia de que el principio de igualdad se traduce en el derecho fundamental a que se dé un trato idéntico a los iguales y diferente a los desiguales, a que no se consagren excepciones o privilegios para unas personas con respecto de lo que se concede en idénticas circunstancias a otras^[1].

En jurisprudencia posterior, la Corte trajo un concepto “relacional” de la igualdad, que da cuenta de la complejidad de la aplicación de este principio y derecho, más allá de la “idea clásica” de trato igual para los iguales y desigual para los diferentes. Lo relacional hace referencia no a la dependencia del derecho a la igualdad de otros derechos fundamentales, sino a la valoración comparativa de las diferencias. En sentencia C-022/96, con ponencia de Carlos Gaviria Díaz, dijo éste Tribunal:

“El punto de partida del análisis del derecho a la igualdad es la fórmula clásica, de inspiración aristotélica, según la cual “hay

que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”⁽¹⁾. Aunque en este mandato (artículo 13 C.P.) se pueden distinguir con claridad dos partes, diferenciadas por los conceptos de igualdad y desigualdad, su sola enunciación carece de utilidad para discusiones o decisiones acerca de los tratos desiguales tolerables o intolerables. En efecto, la fórmula requiere un desarrollo posterior que permita aclarar sus términos. Esto se debe a que, como lo ha afirmado Bobbio⁽¹⁾, el concepto de igualdad es relativo, por lo menos en tres aspectos:

- a. Los sujetos entre los cuales se quieren repartir los bienes o gravámenes;*
- b. Los bienes o gravámenes a repartir;*
- c. El criterio para repartirlos.*

En otras palabras, hablar de igualdad o desigualdad, siguiendo alguna variante de la fórmula clásica (como la contenida en el artículo 13 de la Constitución Política), tiene sentido sólo en la medida en que se respondan las siguientes tres preguntas: ¿igualdad entre quiénes?, ¿igualdad en qué?, ¿igualdad con base en qué criterio?. Los sujetos pueden ser todos, muchos o pocos; los bienes a repartir pueden ser derechos, ventajas económicas, cargos, poder, etc.; los criterios pueden ser la necesidad, el mérito, la capacidad, la clase, el esfuerzo, etc.”

Los dos primeros interrogantes pueden ser respondidos a través del estudio de los hechos materia de la controversia. El tercer interrogante, relativo al criterio utilizado para establecer un tratamiento diferenciado, implica una valoración por parte de quien pretenda responderlo, en el campo de los valores, principios y derechos constitucionales.

Que un trato diferente se ajuste o no a la Carta Política, depende de si carece o no de una justificación objetiva y razonable, es decir, si persigue o no un fin legítimo, y si carece o no de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.

En tal sentido, no toda diferencia de trato constituye una vulneración del derecho a la igualdad y por consiguiente de la Constitución, pues se sigue la regla general que señala que un trato diferente solo se convierte en discriminatorio, y en esa medida en constitucionalmente prohibido, cuando no obedece a causas objetivas y razonables; mientras que el trato desigual es conforme a la Carta cuando la razón de la diferencia se fundamenta en criterios válidos constitucionalmente.

En este caso, considera la Sala que no puede predicarse una situación de paridad entre los docentes que ascienden en el escalafón por superar la ECDF y los que ascienden por curso de formación, pues aunque es claro, como se indicó, que inicialmente ambos acuden al mismo proceso para obtener esa promoción, en medio de este se ven cubiertos por

supuestos fácticos diferentes para lograr el ascenso, lo que lleva a que los efectos fiscales se justifique sean disímiles, sin que ello signifique una vulneración del derecho a la igualdad.

Para este Juez Plural, la parte demandante concibe la evaluación de carácter diagnóstica formativa como si se tratara de un proceso que para el caso de la demandante culminó por haber aprobado el curso de formación, cuando lo que se infiere, según la normativa, es que se estableció una posibilidad de ascenso que se podía lograr, o por haber superado la ECDF, o por haber realizado curso de formación por no haber aprobado en primer momento la ECDF.

Aunque en el recurso de apelación la parte accionante aduce que a la actora le es aplicable el Decreto 1751 de 2016 esta Corporación evidencia que no, pues esta norma determinó efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2016 pero frente a los docentes que superaran la evaluación de carácter diagnóstica formativa, que como se indicó, no es el caso del actor.

Por otro lado, la parte demandante hizo mención a un incumplimiento del Gobierno Nacional en relación con lo decidido en las mesas de concertación del comité de implementación de la ECDF, pues según su dicho el acuerdo al que se llegó consistía en que así el ascenso se originara por curso de formación, los efectos fiscales serían desde el 1° de enero de 2016.

Pese a que la Sala no cuenta con un material probatorio extenso que permita inferir esta situación y la misma tampoco se desprende de la parte motiva de los decretos reseñados, lo cierto es que las normas que le aplican al actor no dispusieron los efectos fiscales de esa manera, y claramente determinaron que, para los docentes regidos por esta forma de ascenso, sus efectos fiscales serían a partir del momento en que radicarán la certificación de la aprobación del curso. En dado caso, lo procedente en ese caso hubiera sido entonces presentar una demanda de nulidad contra el acto administrativo general.

Finalmente, la parte actora en el recurso de apelación hizo alusión a una excepción de ilegalidad frente al artículo 2.4.1.4.5.8 del Decreto 1075 de 2015, petición sobre la cual no emitirá pronunciamiento la Sala, en tanto el recurso de apelación no es la oportunidad procesal pertinente para plantear nuevas pretensiones, pues ello vulneraría el derecho de defensa de las entidades demandadas.

Por todo lo discurrido, se confirmará la sentencia de primera instancia en relación con la legalidad del acto administrativo demandado pues se evidencia que se ajustó a derecho,

en tanto la fecha en que se establecieron por efectos fiscales de la demandante se ajusta a la normativa que reguló el ascenso en el escalafón por curso de formación.

Segundo problema jurídico

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

Tesis: La Sala defenderá la tesis que, en este caso al momento de condenarse en costas, se hizo un juicio objetivo valorativo, al menos en el rubro tocante a las agencias en derecho, por lo que se cumplió con los parámetros señalados en el artículo 188 del CPACA y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Marco Normativo

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone:

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

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

Debe indicarse que, las costas se entienden como la erogación económica que corresponde efectuar a las partes involucradas en un proceso, la cual corresponde por una parte a las expensas, es decir, a todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderado; y, por otro lado, a las agencias en derecho, que corresponde a las erogaciones efectuados por concepto de apoderamiento, las cuales se decretan en favor de la parte y no de su representante judicial, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pactados.

El artículo 188 del CPACA, con la modificación introducida por la Ley 2080 de 2021, determinó que se "*dispondrá*" sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, pero en todo caso no eliminó de la redacción la expresión citada.

Por ello, si un juez considera que hay lugar a imponer costas en un proceso deberá acudir a lo señalado por la jurisprudencia al explicar en qué consiste el término “dispondrá”; es decir, que para imponerlas hay que fundarse en un criterio objetivo valorativo el cual impone no solo verificar la parte vencida en juicio, sino, además, el deber de precisar los motivos por los cuales se considera procede la condena, es decir, por qué se aduce que se causaron las mismas.

Hay que recordar además que, desde la Ley 1437 de 2011, la condena en costas ya no se condiciona a la actitud de lealtad o deslealtad de la parte frente al proceso, pues simplemente estableció que en la sentencia se dispondría lo pertinente, aclarando que la liquidación y ejecución se ceñirían hoy en día a lo establecido en el Código General del Proceso, norma que reguló el asunto en sus artículos 365 y 366.

A raíz de la expedición de la Ley 1437 de 2011, algunos interpretes han considerado que, aún en vigencia del CPACA debe seguirse aplicando un criterio subjetivo para examinar la procedencia o no de las mismas; mientras que, por parte de otros, lo ajustado al tenor del artículo 188 es que se acuda a un criterio objetivo valorativo.

Sin embargo, ha hecho carrera dentro del Consejo de Estado que a partir de la expedición de la Ley 1437 de 2011, el juez debe hacer un juicio objetivo valorativo, para determinar si hay lugar a condenar en costas. En tal sentido, se tiene providencia de la Sección Segunda – Subsección B, Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter del 17 de octubre de 2017, radicación 17001-23-33-000-2013-00308-01(1877-14) que indicó:

En ese orden, la referida norma especial que regula la condena en costas en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo dispone:

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

La lectura interpretativa que la Sala otorga a la citada regulación especial gira en torno al significado del vocablo disponer, cuya segunda acepción es entendida por la Real Academia Española como «2. tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse». Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución (artículo 366 del CGP).

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

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

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

Así las cosas, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella adolece de temeridad o mala fe, actuación que, se reitera, no desplegó el a quo; y, por lo tanto, al no predicarse tal proceder de la parte demandante, no se impondrá condena en costas.

Por su parte, en fallo de la Sección Segunda – Subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez del 7 de abril de 2016, radicación 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14) consideró:

El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se

“dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP¹, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Debe resaltarse que, aunque esta última providencia es del año 2016, se encuentra ratificada en sentencias del 30 de noviembre de 2017, también con ponencia del Consejero doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso radicado 70001-23-33-000-2013-00052-01(3280-14); y del 25 de enero de 2018, también de la Subsección A de la Sección Segunda, Consejero Ponente Rafael Francisco Suárez Vargas - radicación número: 25000-23-42-000-2013-00330-01(4922-15).

Y por último, se encuentra sentencia de la Sección Tercera - Subsección A de fecha 21 de octubre de 2022, con radicado interno nro. 8.844, mediante la cual se aplicó la regla de la Ley 2080 de 2021 a un caso cuya demanda fue presentada en el año 2016, esto es, entendiendo que la norma sobre costas es la que se encuentra vigente al momento de

¹ “Artículo 366. liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

expedir la sentencia, ya que al ser una norma de orden público es de aplicación inmediata.

Dijo en esa ocasión el Consejo de Estado:

4. Condena en costas

De conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del C.G.P., la Sala condenará en costas de la segunda instancia a la parte accionante, dado que su recurso de apelación no prosperó y, por ende, la Subsección confirmará la sentencia denegatoria proferida en la primera instancia.

En el pie de página, No 50 referido a este párrafo, trae esta sentencia lo siguiente:

*En el siguiente sentido: “[e]n todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”. **La Ley 2080 del 25 de enero de 2021 corresponde a una normativa de orden público, de aplicación inmediata y, por ende, rige en todos los procesos en curso para la fecha de su entrada en vigor,** salvo frente a algunos supuestos específicos, de los cuales no hace parte el tema de costas.*

En cuanto al alcance de la modificación señalada, la Subsección reitera que no implica que se hubiese retomado el criterio subjetivo de la condena establecido en el CCA frente a los procesos ordinarios, sino que tal regla aplica a los asuntos en los que se ventila un interés público, pues, si bien en estos, en principio, es improcedente la condena por tal concepto, no es menos cierto que es posible imponerla cuando “se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de mayo de 2022, expediente 67.700. En el mismo sentido, se pronunció la Subsección B en sentencia del 11 de octubre de 2021, expediente 63.217, CP: Fredy Ibarra Martínez).

[...]

Las costas incluyen las agencias en derecho, que se fijan a partir de las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, así como con observancia de la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o por la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales. En atención a lo señalado por el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo 1887 de 2003, en los procesos declarativos contenciosos administrativos la tarifa de las agencias en derecho en segunda instancia en procesos con cuantía, será “[h]asta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”. Así las cosas, la Subsección fijará como agencias en derecho de la segunda

instancia un 1% del valor de las pretensiones pedidas en la demanda y que, por ende, fueron negadas en este asunto

En los pies de pág. 53,54 y 55 se señaló:

53 El artículo 361 del CGP señala que “[l]as costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho”.

54 A juicio de la Subsección, esta regla es aplicable a las entidades, al margen de que el apoderado fuese de planta, pues, si bien en tal escenario no incurren en gastos adicionales a los de nómina, no es menos cierto que sí tuvo que destinar alguno de sus funcionarios para atender el asunto, quien ejerce tales funciones de manera onerosa (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de mayo de 2022, expediente 67.700).

55 El numeral 4 del artículo 366 del CGP señala: “4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas”.

Atendiendo entonces la redacción del artículo 188 del CPACA, que varió sustancialmente en relación con lo dispuesto en el artículo 171 del CCA, y las jurisprudencias transcritas, especialmente en lo analizado por la Sección Segunda del Consejo de Estado, se entiende que la expresión de que “*El Juez al momento de dictar sentencia dispondrá sobre costas*” se refiere a que debe hacer un análisis objetivo valorativo.

Debe precisarse que esta Sala de Decisión desde la expedición de la Ley 1437 de 2011 acogió el criterio objetivo valorativo para efectuar el análisis de la condena en costas, las cuales considera no han variado con la reforma de la Ley 2080 de 2021, con la cual como se ha dejado expuesto no entra en juego la conducta procesal asumida por las partes, sino que simplemente se examina cuál fue la parte vencida, y además si las costas se causaron dentro del trámite judicial.

Por otra parte, se aclara que, el criterio subjetivo sobre condena en costas, esto es, que solo se condena cuando se haya demostrado un actuar temerario o de mala fe de una parte, no es de recibo por esta Sala desde la normativa de la Ley 1437 de 2011.

Sin embargo, si hay algo que debe precisarse y es que, aunque el criterio para la condena en costas acogido sea el objetivo, este también debe ser valorativo, lo que impone al operador judicial el deber de precisar los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas, es decir, por qué aduce que se causaron las mismas.

Caso bajo estudio

Al revisar la argumentación que se plasmó en el fallo de primera instancia en relación con las costas, se adujo que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y a la remisión normativa señalada por el canon 306 ibídem en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, y atendiendo a un criterio objetivo valorativo en su imposición, se condenará a la parte demandante por el valor de las agencias en derecho, dado que se han negado las pretensiones y se tiene acreditada que la parte demandada desplegó actuación por intermedio de apoderados judiciales.

El anterior argumento, para esta Sala de Decisión es suficiente para entender que se cumplió con el deber de señalar un criterio objetivo valorativo para la condena en costas, al menos en la parte que corresponde a las agencias en derecho, que como se señaló anteriormente, es un componente de las costas, esto es, que para poder condenar en agencias en derecho hay que condenar en costas por sustracción de materia.

En este orden de ideas, se confirmará el ordinal Cuarto de la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2021.

Conclusión

De conformidad con la normativa citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que los efectos fiscales de su ascenso, que fue por curso de formación, se establezcan desde el 1° de enero de 2016, y por ello la sentencia de primera instancia será confirmada en este aspecto.

En relación con la condena en costas, es claro que se cumplió con el deber de señalar un criterio objetivo valorativo para la condena en costas, al menos en la parte que corresponde a las agencias en derecho.

Costas de segunda instancia

En el presente asunto, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condena en costas en esta instancia al no haberse surtido actuación alguna que justifique su condena.

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

FALLA

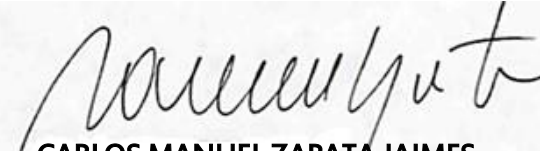
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 16 de diciembre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **MARTHA CECILIA CARDONA OSORIO** contra **LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, EL DEPARTAMENTO DE CALDAS, LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA, por lo brevemente expuesto en la parte considerativa.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 13 de febrero de 2023, conforme acta nro. 008 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 028 del 20 de febrero de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, dieciséis (16) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO No.	17001-33-33-004-2021-00024-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	DORA CECILIA PARRA CASTRO
ACCIONADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede el Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia, en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia que accedió a pretensiones, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 10 de diciembre de 2021.

PRETENSIONES

La parte accionante solicita:

- 1) Declarar la nulidad del acto ficto configurado el día 30 de septiembre de 2020, por no dar respuesta a la petición presentada el día 30 de junio de 2020, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCIÓN 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 la actora tiene derecho a que la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague la sanción por mora 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 entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

CONDENAS

- 1) Condenar a la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN 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 (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2) Que se ordene NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

3) Condenar a la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA referida en el numeral anterior, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.

4) Condenar a la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria reconocida en esta sentencia.

5) Condenar en costas a la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de conformidad con lo estipulado en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

HECHOS

La demandante labora en los servicios educativos estatales en el Municipio de Manizales, por lo que solicitó a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el día 27 de febrero de 2020, el reconocimiento y pago de las cesantías.

Mediante Resolución nro. 1216-6 del 17 de marzo de 2020 se reconocieron, siendo canceladas el 13 de julio de 2020.

Mediante petición, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora a la entidad demandada, sin embargo, se negó a través del acto administrativo demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

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

Manifestó que la sanción moratoria es una sanción a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, establecida con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la mencionada ley.

Refirió que, el espíritu de la normativa que contempla la sanción moratoria es proteger el derecho de los servidores públicos que se retiran del servicio a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías, en tal sentido estableció el procedimiento para su reconocimiento y pago, consagrando entre otros asuntos, una sanción a cargo de la Administración y a favor del trabajador, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, en caso de constituirse retardo en el pago definitivo de la referida prestación.

Explica que, la sanción moratoria se contabiliza a partir de la firmeza del acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas, cuando no se interponga recurso en contra del mismo, cuando se renuncie expresamente a ellos o cuando los recursos interpuestos se hayan decidido. En los eventos en que la administración no se pronuncie o se pronuncie tardíamente frente a la solicitud de pago del auxilio de cesantía, dicha situación, salvo casos previstos por la ley para su retención, no la exime de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: conforme a la constancia secretarial del juzgado de conocimiento, la contestación fue extemporánea por lo que se tuvo por no contestada la demanda.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 10 de diciembre de 2021 el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, tras plantearse como problema jurídico, la procedencia de la

sanción moratoria por concepto de no consignación oportuna de cesantías, contemplada en la Ley 244 de 1994 y modificada por la Ley 1071 de 2006, accedió a pretensiones.

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

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

Concluyó el *A quo* que, la entidad deberá cancelar a la demandante la indemnización moratoria establecida en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006; en cuanto a la prescripción, afirmó que no se configura la misma, teniendo en cuenta que entre la fecha en que se hizo el pago y la fecha de radicación de la petición de reconocimiento no transcurrieron más de tres años.

De otro lado establece que, la sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el período comprendido entre el 9 de junio al 12 de julio de 2020.

RECURSO DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

La parte accionada apeló la sentencia señalando que, en el presente asunto no se integró el litisconsorcio necesario al ente territorial e indicó que, dentro de las competencias por el Decreto 2831 de 2005, se encuentra la atención a las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales del Magisterio, que se realizará a través de las Secretarías de Educación certificadas a cuya planta de docentes pertenezca o haya pertenecido el solicitante; estas Secretarías de Educación a su vez al momento de expedir los actos administrativos que reconocen las cesantías parciales o definitivas, deben atender al turno de radicación de las solicitudes de pago y a la disponibilidad presupuestal que haya para tal fin.

Por esa razón, el trámite administrativo respecto de las cesantías de los docentes implica la participación de diferentes actores, tales como, el ente nominador o la entidad territorial y la Fiduprevisora en su calidad de vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Que por lo tanto, el fallo atacado omitió estudiar que la obligación se desprende de plazos que cada entidad debe cumplir, por lo que bajo la teoría de la descentralización de los entes territoriales, deberán ser llamados a responder por el interregno que incurrió en mora en el caso en concreto.

Por otro lado, propuso como excepción *“la ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva del fondo de prestaciones sociales del magisterio para el pago de la sanción moratoria”* y afirmó que, la entidad se encuentra autorizada para pagar de su propios recursos, únicamente en aquellos casos en los cuales el docente demuestre de forma efectiva que no le fueron pagadas las cesantías.

Que en el presente caso la reclamación judicial del docente busca el pago de la sanción moratoria, no obstante, las cesantías fueron pagadas efectivamente, momento hasta el cual llega su responsabilidad. Por consiguiente, no existe legitimación en la causa por pasiva del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que la modificación normativa introducida, traslada cualquier obligación de pago derivada del retardo en el pago de las cesantías a la entidad territorial certificada y a la Fiduciaria administradora y vocera del patrimonio autónomo.

Que, en caso de existir mora en el pago de las cesantías, deberá ser asumida en su totalidad por el ente territorial, pues emitió de forma extemporánea la resolución y como consecuencia de ello se generó una dilación en el pago de la prestación económica, aunado al hecho que no existe una partida presupuestal en el FNPSM destinada a asumir el pago de la sanción por mora.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a la constancia secretarial visible en PDF nro. 05 del expediente digital de segunda instancia las partes y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES.

Cuestión previa.

Para el Tribunal Administrativo de Caldas resulta importante indicar, que conforme a la sentencia de unificación **CE-SUJ-SII-012-2018¹**, relacionada con el pago tardío de

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

cesantías parciales o definitivas, se tendrán en cuenta los siguientes parámetros para el análisis del caso sub – examine:

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

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

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

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

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

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

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

² Artículos 68 y 69 CPACA.

Problemas jurídicos.

Teniendo en cuenta el recurso de apelación el problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se resume en la siguiente pregunta:

¿Existe un litisconsorcio necesario conformado entre la demandada Nación - Ministerio de Educación – FNPSM y la secretaria de educación territorial, o la entidad demandada es la obligada a responder por el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías?

Tesis del Tribunal: No existe un litisconsorcio necesario conformado entre la Nación - Ministerio de Educación – FNPSM y la secretaria de educación territorial por cuanto, de conformidad con el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, la sanción moratoria puede ser atribuida por partes, a diferentes sujetos, por lo que, quien afirma tener derecho al pago de la sanción puede a su arbitrio demandar independientemente a cada persona o mancomunadamente a todos, exigiendo a cada obligado la parte de la sanción que le corresponda, es decir por la porción de la sanción que ha causado. Sumado a ello, la Nación - Ministerio de Educación – FNPSM sí es la entidad obligada a responder por la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a la demandante, por cuanto, se evidencia que es una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual le resulta imputable en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

Entidad obligada al pago de la sanción moratoria

La Ley 91 de 1989 en su artículo 3º, creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados a dicho fondo (artículos 4 y 5).

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

Con fundamento en dichas disposiciones, el Consejo de Estado³ sostuvo que: “*será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo*”.

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019⁴ y en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías y el responsable del pago de la sanción moratoria, dispuso:

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

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

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

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

PARÁGRAFO. *La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del*

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

⁴ Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad.

incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.

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

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

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

En cuanto al litisconsorcio necesario, entre la demandada: Nación - Ministerio de Educación – FNPSM y la Secretaría de Educación

Al respecto la Sala precisa que, el artículo 61 del Código General del Proceso – CGP señala:

*"Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse **de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito** sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de ésta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado..." (Se resalta)*

De acuerdo a lo anterior, la figura procesal del litisconsorcio tiene como finalidad esencial la debida integración del contradictorio en los procesos, atendiendo a criterios básicos de

economía procesal o de mérito para resolver la controversia, siendo su fundamento la necesidad de fallar de manera uniforme respecto de relaciones jurídicas de las que hacen parte personas a las cuales se les extenderá los efectos de la sentencia, de modo tal que sin su presencia no es posible decidir de fondo. Tradicionalmente se le clasifica en necesaria o facultativa y/o voluntaria según la naturaleza de la relación o relaciones jurídicas discutidas en el proceso y a la divisibilidad de las obligaciones derivadas de esas relaciones.

De acuerdo con lo expuesto, en el presente asunto no se reúnen los presupuestos procesales del litisconsorcio necesario por la parte pasiva, entre la demandada: Nación - Ministerio de Educación – FNPSM y la Secretaría de Educación toda vez que, aún sin la vinculación de esta, resulta posible tomar una decisión de fondo sobre la reclamación de reconocimiento de sanción moratoria por pago tardío de las cesantías dado que, de conformidad con el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, esta puede ser atribuida por partes a diferentes sujetos, por lo que, quien afirma tener derecho al pago de la sanción puede a su arbitrio demandar independientemente a cada persona o mancomunadamente a todos, exigiendo a cada obligado la parte de la sanción que le corresponda, es decir por la porción de la sanción que ha causado.⁵

En consecuencia, no le asiste razón a la apelante en cuanto afirma la existencia de un litisconsorcio necesario por la parte pasiva.

En cuanto al responsable del pago de la sanción moratoria

La parte demandada en su apelación afirma que, la responsable es la entidad territorial por cuanto emitió de forma extemporánea el acto administrativo de reconocimiento de tales prestaciones y como consecuencia de ello se generó una dilación en el pago de la prestación económica.

Al respecto la Sala, de acuerdo con las pruebas allegadas, encuentra acreditado que, la demandante el 27 de febrero de 2020 solicitó el reconocimiento y pago de una cesantía definitiva⁶, y su solicitud fue atendida mediante Resolución 12156-6 del 17 de marzo de 2020 expedida por la Secretaría de Educación, esto es, dentro del término de los 15 días que contempla la norma.

Adicionalmente se encuentra acreditado que, el pago debió efectuarse a más tardar el 08 de junio de 2020, pero la entidad realizó el pago el 13 de julio de 2020 según consta en la

⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia de 23 de enero de 2003. Rad.: 52001-23-31-000-1999-1004-01(22901)

⁶ Archivo: 01DemandayAnexos.pdf

certificación de pago de cesantía. Por lo tanto, se concluyen que existió mora del 09 de junio y el 12 de julio de 2020 al haberse superado el plazo que disponía para el pago, tal como lo señaló en *a quo* en la sentencia apelada.

Por lo tanto, no se evidencia una mora en la Secretaria de Educación territorial en el reconocimiento y notificación del acto de reconocimiento de las cesantías, y tampoco se encuentra acreditado el incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al FNPSM.

Lo que se evidencia es una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual resulta imputable a la demandada Nación - Ministerio de Educación – FNPSM en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 que señala que, *“Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*.

En consecuencia, es claro que en el presente asunto, la entidad responsable del pago de la sanción por mora causada le corresponde a la Nación – Ministerio de Educación Nacional- FNPSM, por lo tanto, no prosperan los argumentos expuestos por la demandada en cuanto afirma la existencia de un litisconsorcio necesario y falta de legitimación en la causa por pasiva.

Conclusión

No existe un litisconsorcio necesario conformado entre la Nación - Ministerio de Educación – FNPSM y la secretaria de educación territorial por cuanto, de conformidad con el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, la sanción moratoria puede ser atribuida por partes, a diferentes sujetos, por lo que, quien afirma tener derecho al pago de la sanción puede a su arbitrio demandar independientemente a cada persona o mancomunadamente a todos, exigiendo a cada obligado la parte de la sanción que le corresponda, es decir por la porción de la sanción que ha causado.

Además, la Nación - Ministerio de Educación – FNPSM sí es la entidad obligada a responder por la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a la demandante, por cuanto, se evidencia es una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual le resulta imputable en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

Al no prosperar los argumentos expuestos por la entidad demandada en su recurso de apelación, se confirmará la sentencia apelada.

Costas

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

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el día 10 de diciembre de 2021 en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **DORA CECILIA PARRA CASTRO** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 16 de febrero de 2023, conforme acta nro. 008 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Magistrado



Dohor Edwin Varón Vivas
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 028 del 20 de febrero de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, dieciséis (16) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO No.	17001-33-39-005-2019-00136-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	MERCEDES CARDONA OSORIO
ACCIONADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede el Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia que accedió a las pretensiones, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el 23 de noviembre de 2021.

PRETENSIONES

La parte accionante solicita:

*1. Declarar la nulidad del acto ficto generado con ocasión de la no respuesta a la petición de fecha 23 de noviembre 2018, por el que se entiende que negó el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN POR MORA** a mi mandante establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

*Declarar que el actor tiene derecho a que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague la **SANCIÓN POR MORA** establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

1. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 1071 de 2006 a mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los SETENTA (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que de cumplimiento en lo que corresponda al fallo, en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 CPACA.

3. Condenar en costas a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en los términos del artículo 188 del CPACA.

4. En el evento de que se disponga la citación a trámite a la entidad territorial de la cual hace parte la Secretaría de Educación que expidió el acto administrativo demandado en nombre de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, se resuelva su situación jurídica frente al tema debatido en la respectiva sentencia.

HECHOS

La demandante labora en los servicios educativos estatales en el Departamento de Caldas, por lo que solicitó a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el día 31 de mayo de 2018, el reconocimiento y pago de las cesantías.

Mediante Resolución nro. 6623 – 6 del 27 de julio del 2018 le fue reconocida la cesantía reclamada, siendo canceladas el 28 de septiembre de 2018.

Mediante petición, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora a la entidad demandada, sin embargo, esta fue resuelta negativamente a través del acto administrativo demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

La parte actora invocó como vulneradas, las siguientes disposiciones:

Ley 91 de 1989 en sus artículos 5, 9 y 15, artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995, artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006 y el Decreto 2831 de 2005.

Argumentó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ha menoscabado las disposiciones que regulan la materia sobre el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, incurriendo en mora injustificada en el pago de la prestación solicitada. Tal contingencia fue regulada por las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, las cuales establecieron un término perentorio de 15 días para el reconocimiento y 45 días para el pago de las cesantías de los docentes.

Señaló que las leyes mencionadas al establecer un término perentorio para la liquidación de la cesantía buscaron que la administración expidiera la resolución en forma oportuna. Indicó que la jurisprudencia ha interpretado que el reconocimiento y pago de las cesantías no debe superar los 70 días hábiles después de haberse radicado la solicitud. Pese a ello, el Fondo Prestacional del Magisterio cancela por fuera de los términos establecidos, lo que genera una sanción para la entidad, equivalente a un día de salario del docente, con posterioridad a los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud, contada hasta cuando se efectúe el pago de las cesantías solicitadas. Se refirió finalmente a distintos pronunciamientos del Consejo de Estado para concluir que no cabe duda sobre el derecho que le asiste a la parte demandante, debiéndose atender de manera favorable las pretensiones de la demanda.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: conforme a la constancia secretarial del juzgado de conocimiento la entidad accionada no contestó la demanda.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 23 de noviembre de 2021 el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, tras plantearse como problema jurídico, la procedencia de la sanción moratoria por concepto de no consignación oportuna de cesantías, contemplada en la Ley 244 de 1994 y modificada por la Ley 1071 de 2006, accedió a pretensiones.

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

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

Concluyó el *A quo* que, la entidad deberá cancelar a la demandante la indemnización moratoria establecida en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006; en cuanto a la prescripción, afirmó que no se configura la misma, teniendo en cuenta que entre la fecha en que se hizo el pago y la fecha de radicación de la petición de reconocimiento no transcurrieron más de tres años.

De otro lado establece que, la sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el período comprendido entre el 29 de agosto al 27 de septiembre del 2018.

RECURSO DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

Parte demandada: indicó que, teniendo en cuenta los hechos, pretensiones y las pruebas de la demanda, se tiene que la fecha en que la docente presentó solicitud de cesantías fue el 31 de mayo de 2018, prestación que fue reconocida mediante Resolución No. 6623 del 27 de julio de 2018, indicando que el dinero fue puesto a disposición el 28 de septiembre de 2018.

En este orden de cosas, el término de ejecutoria feneció el 10 de julio de 2018 y los 45 días para el pago de las cesantías en el *sub lite* vencían el 14 de septiembre de 2018, configurándose la mora a partir del 15 de septiembre de 2018, -fecha que valga decir, coincide con la fecha indicada por la parte demandante en su escrito de demanda- y no 29 de agosto de 2018 como lo arguye el *A quo*, razón por la que el cálculo efectuado por el Despacho no se encuentra acorde con la regla jurisprudencial ni mucho menos con lo probado dentro del proceso.

De otro lado, esgrimió que la indemnización por mora no es objeto de indexación, situación que ha sido suficientemente decantada, pues el Consejo de Estado, en Sala Plena de la Sección Segunda, acogió la posición de la Corte Constitucional mediante una sentencia de unificación¹, precisó algunas reglas sobre el salario base para calcular la sanción por mora y determinó que la indexación no procedía respecto de la sanción por mora. Distinguió las funciones de las cesantías y de la sanción por mora. Indicó que esta última se trata de una multa que se “*consagró con el fin de conminar a las entidades*

encargadas al pago oportuno de la prestación social del auxilio de cesantías, ya que generalmente como consecuencia de la burocracia, la tramitología era común la demora en el citado pago". Es decir, se trata de una "sanción o penalidad" que busca el pago oportuno de las cesantías, pero no compensa al trabajador ni lo indemniza.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a la constancia secretarial visible en PDF nro. 05 del expediente digital de segunda instancia las partes y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES.

Cuestión previa.

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

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

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

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

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley² para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la

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

² Artículos 68 y 69 CPACA.

notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

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

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

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

Problemas jurídicos.

Teniendo en cuenta el recurso de apelación los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en las siguientes preguntas:

- 1) ¿Conforme a los hechos probados y la jurisprudencia del caso, la sala deberá determinar desde que momento se causa la sanción?
- 2) ¿Procede la indexación de la sanción moratoria?

LO PROBADO

En el cartulario se encuentra probado que:

- Mediante Resolución nro. 6623-6 del 27 de julio de 2018 se reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a favor de la señora Cardona Osorio, en virtud de la petición elevada por la misma el 31 de mayo de 2018. (PDF nro. 01 expediente de primera instancia)
- Conforme a certificación expedida por la Fiduprevisora, a la señora Cardona Osorio le fueron consignadas las cesantías el 28 de septiembre de 2018 (Ibidem).

- El 23 de noviembre de 2018 se solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías (Ibidem).

Primer Problema Jurídico

¿Conforme a los hechos probados y la jurisprudencia del caso, la sala deberá determinar desde que momento se causa la sanción?

Teniendo en cuenta la sentencia de unificación del Consejo de Estado debe esta Sala poner de presente que al presentarse la solicitud de reconocimiento de las cesantías parciales el 31 de mayo de 2018 siendo proferida la resolución de reconocimiento el 27 de julio de 2018, el reconocimiento de las cesantías se efectuó por fuera del término de ley.

En este orden de ideas, se debe aplicar para el caso concreto, la sub regla establecida por la Alta Corte que indica: “**3.5.2 Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago”.

Descendiendo al caso concreto, encuentra acreditado el Tribunal que, la señora Cardona Osorio solicitó el reconocimiento y pago de cesantías parciales el día 31 de mayo de 2018, ello teniendo en cuenta el sello de recibido de la secretaria de Educación que aparece en la solicitud (PDF nro. 01 del expediente digitalizado de primera instancia). Aunado a ello, se encuentra probado que dicha prestación social se le canceló a la demandante el día 28 de septiembre de 2018 a través del BBVA Colombia (ibídem).

Bajo ese entendimiento, concluye la Sala que, los 70 días hábiles posteriores a la fecha en que fue radicada la solicitud, previstos para el reconocimiento y pago de la multicitada prestación social se cumplieron el 14 de septiembre de 2018.

Por ende, como quiera que aquella fue cancelada el 28 de septiembre de 2018, se infiere que, entre el 15 de septiembre de 2018, inclusive, y el 27 de septiembre de 2018, inclusive, se hizo exigible la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, se insiste, corolario del pago tardío de la cesantía definitiva reclamada.

Así las cosas, el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo el 23 de noviembre de 2021 amerita ser modificado en cuanto a las fechas de configuración de la sanción moratoria. En este sentido se reconocerá a favor de la señora Mercedes Cardona Osorio, la sanción por mora de que trata el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, consistente en un día de salario por cada día de retardo, entre los días del 15 de septiembre, inclusive, al 27 de septiembre del 2018, inclusive.

Segundo problema jurídico

¿Procede la indexación de la sanción moratoria?

Tesis: la sala defenderá la tesis que, en el presente asunto procede la orden la indexación de la sanción moratoria, desde el último día en que se causó la sanción moratoria, hasta el momento en el que quede ejecutoriada la sentencia.

Fundamento jurídico - Indexación de la Sanción moratoria

La Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996 al respecto señaló:

19- Los anteriores criterios jurisprudenciales permiten concluir que los trabajadores no tienen por qué soportar la pérdida del poder adquisitivo de sus prestaciones y remuneraciones laborales, por lo cual los patronos públicos y privados que incurran en mora están obligados a actualizar el valor de tales prestaciones y remuneraciones.

*Sin embargo, lo anterior no implica la inconstitucionalidad de la expresión final del inciso, como lo sugiere el Procurador, por cuanto la sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el parágrafo del artículo 2° de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario "un día de salario por cada día de retardo", **sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario**, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley*

244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella. En cambio, el hecho de que la entidad no esté obligada a cancelar la sanción moratoria -por estar operando el período de gracia establecido por el parágrafo impugnado- no implica, en manera alguna, que el trabajador no tenga derecho a la protección del valor adquisitivo de su prestación laboral, por lo cual la entidad pagadora está en la obligación de efectuar la correspondiente actualización monetaria de la misma, bien sea de oficio o a petición de parte, pues de no hacerla, el trabajador podrá acudir a la justicia para que se efectúe la correspondiente indexación.

Este criterio ya había sido establecido por la Corte Suprema de Justicia y había sido acogido por la Corte Constitucional en anteriores decisiones. En efecto, ese tribunal señaló al respecto:

Es oportuno reiterar que cuando no sea pertinente en una sentencia la condena de indemnización moratoria por el no pago oportuno de prestaciones sociales, por cuanto no se trata de una indemnización de aplicación automática, es viable aplicar entonces la indexación o corrección monetaria en relación con aquellas prestaciones que no tengan otro tipo de compensación de perjuicios por la mora o que no reciban reajuste en relación con el costo de vida, conforme a lo dicho antes, pues es obvio que de no ser así el trabajador estaría afectado en sus ingresos patrimoniales al recibir al cabo del tiempo el pago de una obligación en cantidad que resulta en la mayoría de las veces irrisoria por la permanente devaluación de la moneda en nuestro país, originándose de esa manera el rompimiento de la coordinación o "equilibrio" económico entre empleadores y trabajadores que es uno de los fines primordiales del derecho del trabajo³. (Se resalta)

El Consejo de Estado en **sentencia de unificación de 18 de julio de 2018⁴** precisó además que, en la medida en que la sanción moratoria se constituye en una penalidad severa a quien incumple con determinada obligación, resulta inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa. Esto señaló la Corporación:

183. Desde la óptica del empleado, si bien la sanción moratoria representa una suma de dinero considerable, sucesiva mientras no se produzca el pago de las cesantías; ella ni lo compensa ni lo indemniza por la ocurrencia de la mora del empleador en cumplir con su obligación de dar, puesto que su propósito es procurar el pago oportuno de la prestación social, razón por la cual, no es posible hablar que estamos ante un derecho o una acreencia derivada de la

³Corte suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia de 20 de mayo de 1992. Criterio acogido por la Corte Constitucional en las sentencias T-260/94 y T-102/95.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de unificación CE-SUJ2-012-18 de 18 de julio de 2018, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-15).

relación de trabajo o de las eventualidades que el empleador ampare en virtud de lo que ordena la ley.

*184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una **penalidad** económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.*

*185. En tal sentido, al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, **no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.***

[...]

*188. Adicionalmente, otro argumento que permite descartar la posibilidad de indexar la sanción moratoria, se encuentra en el régimen anualizado previsto en la Ley 50 de 1990 cuando concurren diversas anualidades de mora, en cuyo caso, según el criterio de la jurisprudencia la base para calcularla será el correspondiente al de la ocurrencia del retardo, en donde **el salario** como retribución por los servicios prestados por el trabajador necesariamente y por definición viene reajustada cada año con los índices de precios al consumidor o en su defecto, con el aumento que disponga el ejecutivo, si se trata de relaciones legales y reglamentarias.*

189. Ahora bien, esta situación debe ser mirada desde la óptica de ser una sanción que se causó al constituirse en mora y cesar con el pago de la cesantías, y ese contexto, la sentencia que la reconoce simplemente declara su ocurrencia y la cuantifica, sin que ello implique el incumplimiento de una obligación generada por ministerio de la ley, tratándose de empleados públicos, susceptible de ser ajustada con los índices de precios al consumidor, cuyo propósito es mantener la capacidad adquisitiva y la finalidad que la justifica en el ordenamiento jurídico”.

Posteriormente, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵, consideró que, cuando termina la causación de la sanción moratoria se consolida una suma total que sí es objeto de ajuste, por lo que sí es procedente reconocer el ajuste de la condena impuesta, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 26 de agosto de 2019. Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00406-01(1728-18).

Lo anterior, se armoniza con la regla expuesta en la sentencia de unificación antes reseñada en cuanto a la improcedencia de la indexación de la sanción moratoria, «*sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA*». Al respecto, la Subsección precisó la forma en que debe interpretarse la frase consignada en la regla jurisprudencial sentada en la sentencia de unificación en cuanto a la aplicación del artículo 187 del CPACA.

No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que “[...] Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.[...]”, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1) sí hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2) quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3) aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia – art. 187 – y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA (Se resalta).

Esta tesis ha sido refrendada en recientes pronunciamientos, entre ellos en sentencia del 29 de octubre de 2020⁶.

De acuerdo con las sentencias de la Corte Constitucional y Consejo de Estado referidas en el acápite referente al marco normativo, la sanción moratoria busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora y por ello su monto es en general superior a la indexación; sin embargo, cuando termina la causación de la sanción moratoria se consolida una suma total que sí es objeto de ajuste por indexación, por lo que sí es procedente reconocer el ajuste de la condena impuesta, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. C.P. William Hernández Gómez. Radicación: 70001-23-31-000-2005-00025-01(0800-18)

En este sentido, se confirmará la sentencia apelada, que dispuso que las sumas a pagar sean indexadas a partir del momento en que cesó su causación y hasta el momento que quede ejecutada la sentencia. En este sentido se confirmará el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito el 23 de noviembre de 2021.

Costas en segunda instancia

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

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

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el día 23 de noviembre de 2021 en el proceso de **nulidad y restablecimiento del derecho** promovido por la señora **MERCEDES CARDONA OSORIO** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

EN CONSECUENCIA, EL ORDINAL SEGUNDO QUEDARÁ ASÍ:

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **SE CONDENA** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a reconocer y pagar a favor de la señora **MERCEDES CARDONA OSORIO**, la sanción por mora de que trata el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, consistente en un día de salario por cada día de retardo, entre los días del 15 de septiembre, inclusive, al 27 de septiembre del 2018, inclusive. La sanción será liquidada con base en el salario devengado por el demandante en el año 2018.

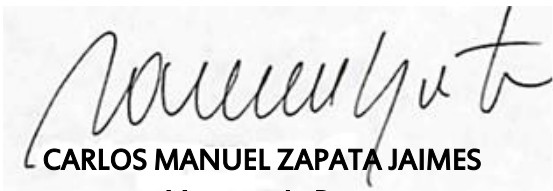
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 16 de febrero de 2023,
conforme acta nro. 008 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS ESTADO ELECTRÓNICO Notificación por Estado Electrónico nro. 028 del 20 de febrero de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, dieciséis (16) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Con fundamento en el artículo 131 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011, procede el Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre el impedimento manifestado por la Jueza Sexto Administrativo del Circuito de Manizales para conocer el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **MARLÓN ANDRÉS GIRALDO RODRÍGUEZ** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

ANTECEDENTES

Con libelo presentado el 21/11/2022, Marlón Andrés Giraldo Rodríguez, como pretensiones, solicitó se declare la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se niega el reconocimiento de manera correcta de la prima especial del 30% dispuesta en el artículo 14 de la ley 4 de 1992, es decir, que se cancele el valor del salario real del 100% más el 30% por prima especial para que sea considerada una adición al salario básico.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se ordene: a) el reconocimiento de manera correcta de la prima especial del 30% dispuesta en el artículo 14 de la ley 4 de 1992, es decir, que se cancele el valor del salario real del 100% más el 30% por prima especial, para que sea considerada como una adición al salario básico y sea reconocida y pagada en esos términos respecto de los periodos en los que ha servido como Juez de la Republica; b) la reliquidación de todas las prestaciones sociales (prima de servicios, prima de productividad, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías), las vacaciones y demás emolumentos que por mandato legal correspondieron en atención a la asignación mensual real que este debió percibir, por lo que no se tome el 70% del salario para cancelarlas sino sobre el 100%, el cual incluye además la bonificación judicial de que trata el artículo 383 de 2013 y en consecuencia, se

disponga el pago de las diferencias dejadas de percibir por dichos conceptos; c) se ordene la reliquidación de la Prima Especial por servicios prestados incluyéndola mes a mes retroactivamente y hacia futuro en un porcentaje del 30% y en consecuencia, se disponga el pago de las diferencias dejadas de percibir por ese concepto; d) se cancele sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que corresponde a un día de salario por cada día de retardo a partir del 15 de febrero de 2018, como quiera que, el valor total de las cesantías no ha sido consignadas en un fondo destinado para ello sobre el 100% del salario y no como lo realiza sobre el 70%; e) Que los dineros reconocidos sean debidamente indexados hasta el día en que se haga efectivo el pago.

EL IMPEDIMENTO

La Jueza Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, el 05 de diciembre de 2022 manifestó su impedimento para conocer de la demanda con fundamento en la causal del numeral 1 del artículo 141 del C.G.P., por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, puesto que, en su sentir, tiene interés directo en las resultas del proceso, causal de impedimento que, igualmente señala, cobija a los demás Jueces Administrativos del Circuito de Manizales.

El Impedimento pasa efectivamente al Despacho el 30/01/2023.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Los impedimentos tienen como fundamento la integridad moral del funcionario que los declara, quien en razón de la existencia de ciertas situaciones comprobadas puede sentirse condicionado, bien en su fuero interno o en sus circunstancias externas. Sobre el particular, el Honorable Consejo de Estado ha expresado que:

“...los impedimentos como las recusaciones son mecanismos jurídicos dirigidos a garantizar que las decisiones judiciales se adopten con sujeción a los principios de imparcialidad, independencia y transparencia que gobiernan la labor judicial. Por tanto, cuando se presenta alguna situación que puede dar lugar a una decisión parcializada, es decir que comprometa el recto entendimiento y aplicación del orden jurídico a un caso concreto, es necesario que el operador judicial en forma anticipada y con fundamento en las causales determinadas taxativamente por el Legislador exprese tal circunstancia, como lo ordena el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil. Así

cada persona que acude a un Juzgado o Tribunal puede tener la confianza plena de que las decisiones adoptadas se proferirán dentro del margen de objetividad, imparcialidad y justicia que se demandan de los titulares de la función jurisdiccional...”¹.

El artículo 130 de la Ley 1437 de 2011, además de remitir al artículo 150 del CPC (entiéndase artículo 131 del Código General del Proceso) prevé las causales de impedimento y recusación de los jueces y magistrados de esta jurisdicción especializada. El numeral 1 del artículo 141 del CGP indica como motivos de recusación:

“1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso

La “prima especial” que pretende la parte nulidiscente sea incluida como factor salarial y prestacional se encuentra prevista en la Ley 4 de 1992, cuyo artículo 14 dispone de dicho rubro en favor de los Jueces del Circuito:

ARTÍCULO 14. El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993. Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los Registradores del Distrito Capital y los niveles Directivo y Asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

PARÁGRAFO. Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad.

En el *sub-lite* la señora Jueza Administrativa manifestó que le asiste un interés directo en las resultas del proceso en la medida que tiene el mismo derecho deprecado por el actor,

¹ Consejo de Estado_ Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, 3 de febrero de 2011. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Álvaro Arcila. Radicación: 25000-23-25-000-2010-00749-01(2350-10).

aspecto que a juicio de esta Sala de Decisión legitiman el óbice manifestado por el funcionario, y que cobija así mismo a los demás Jueces Administrativos de Manizales y por ende, fuerza a resolver favorablemente la declaración materia de estudio.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997² del Consejo Superior de la Judicatura, **FÍJASE** como fecha y hora para la elección pública del conjuer que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES DIEZ (10) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023) A LAS NUEVE Y MEDIA DE LA MAÑANA**, diligencia que será dirigida por el Magistrado Ponente.¿, conforme la autorización de la Sala Plena del Tribunal Administrativo.

Para el efecto, por la Secretaría **CONVÓCASE** a la parte demandante y a los conjuer que integran la lista.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas SALA DE DECISIÓN,

RESUELVE

PRIMERO: ACÉPTASE la declaración de **IMPEDIMENTO** manifestada por la Jueza Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por **MARLÓN ÁNDRES GIRALDO RODRÍGUEZ** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

SEGUNDO: FÍJASE como fecha y hora para el sorteo de conjuer que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES DIEZ (10) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023) A LAS NUEVE Y MEDIA DE LA MAÑANA**.

TERCERO: COMUNÍQUESE el presente auto a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, para los fines pertinentes.

² “Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos.”, modificado por el Acuerdo No. PSAA12-9482 de 30 de mayo de 2012.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada el 16 de febrero de 2023,
conforme acta nro. 008 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 028 del 20 de
febrero de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, dieciséis (16) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Con fundamento en el artículo 131 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011, procede el Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre el impedimento manifestado por la Jueza Sexto Administrativo del Circuito de Manizales para conocer el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **ALEXA JOHANA CORRALES RODRÍGUEZ Y OTROS** contra la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**; circunstancia que considera, involucra a sus homólogos de la misma jurisdicción en Caldas, proceso ingresado a este Despacho el 30/01/2023.

ANTECEDENTES

Con libelo presentado el 28/11/2022, Corrales Rodríguez y Otros, solicitó se declare la nulidad de los actos administrativos mediante el cual se niega el reconocimiento y pago de la bonificación judicial señalada en el Decreto 382 del 6 de enero de 2013 como factor salarial y prestacional desde el momento de su creación.

EL IMPEDIMENTO

El 13 de diciembre de 2022, la Jueza Sexto Administrativo del Circuito de Manizales declaró su impedimento para conocer del presente asunto, al considerar que está incurso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso, comoquiera que tendría interés directo en las resultas del proceso, toda vez que en su calidad de Juez de la República tiene un pleito pendiente por el mismo asunto aquí debatido, además que la situación de hecho que se ventila en el sub judice embarga tanto a jueces como a fiscales

Es por lo anterior que se ordena la remisión del expediente al Tribunal Administrativo de Caldas, a efectos de que se resuelva lo pertinente.

CONSIDERACIONES

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:

“...El 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.

De otro lado, y conforme a lo preceptuado en el inciso 1º del artículo 130 de la Ley 1437/11, las causales de impedimento señaladas en el artículo 141 del Código General del Proceso, son aplicables a los Jueces y Magistrados. En este orden de ideas se tiene que el numeral 1 del Artículo 141 del Código general del Proceso señala:

“Artículo 141. ...

[...]

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.

Con respecto a la causal en mención, puede decirse con certeza que, el interés debe ser concreto derivado de la actuación con respecto a la cual el operador judicial declara su impedimento, además que afecte la propia esfera subjetiva del impedido o de sus parientes, descartando de ello el interés académico que se pueda tener sobre el asunto.

Estudiado el expediente conjuntamente con la causal alegada, la Sala encuentra fundado el impedimento manifestado, por cuanto el régimen de los Jueces establece una bonificación de igual naturaleza jurídica a la devengada por los empleados de la Fiscalía General de la Nación y, en consecuencia, les asiste un interés indirecto en los resultados del proceso.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997² del Consejo Superior de la Judicatura, **FÍJASE** como fecha y hora para la elección pública del conjuer que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES DIEZ (10) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023) A LAS NUEVE Y MEDIA**

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta, febrero 19 de 1993. Auto resuelve solicitud de impedimento en relación con el proceso nro. 0957. Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

² “Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos.”, modificado por el Acuerdo No. PSAA12-9482 de 30 de mayo de 2012.

DE LA MAÑANA, diligencia que será dirigida por el Magistrado Ponente, conforme la autorización de la Sala Plena del Tribunal Administrativo.

Para el efecto, por la Secretaría **CONVÓCASE** a la parte demandante y a los conjuces que integran la lista.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas **SALA DE DECISIÓN**,

RESUELVE

PRIMERO: ACÉPTASE la declaración de **IMPEDIMENTO** manifestada por la Jueza Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por **ALEXA JOHANA CORRALES RODRÍGUEZ Y OTROS** contra la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

SEGUNDO: FÍJASE como fecha y hora para el sorteo de conjuce que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES DIEZ (10) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023) A LAS NUEVE Y MEDIA DE LA MAÑANA**.

TERCERO: COMUNÍQUESE el presente auto a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, para los fines pertinentes.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada el .. de febrero de 2023, conforme acta nro. ... de la misma fecha.


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente


FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 028 del 20 de febrero de 2023.

17001333900820180026203

Nulidad y restablecimiento del derecho

Diana Estefanía Gallego Torres Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Admite recurso contra fallo primario

Auto interlocutorio n° 131

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, diecisiete (17) de enero de dos mil veintitrés (2023)

El pasado 6 de octubre de 2022 se celebró sorteo de conjueces y por ese conducto me correspondió el conocimiento y trámite de este proceso, en consecuencia, **AVOCO** su conocimiento y en mi calidad de Conjuez director de este Despacho procedo a estudiar el recurso de apelación, presentado por la parte demandada en contra de la sentencia de 1° instancia emitida el 21 de julio de 2021, por el Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

A la luz del artículo 203 del CPACA en concordancia con los artículos 192 inciso 1° y 247 Ibidem, modificado por el artículo 67 n° 5 de la Ley 2080 de 2021. Así las cosas, la sentencia recurrida fue notificada a las partes intervinientes (Demandante, Demandado, Agente del Ministerio Público y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado), en estrados. Los 10 días de la ejecutoria del fallo se cumplieron el 4 de agosto de 2021. La parte demandada allegó el recurso en contra de la sentencia el 30 de julio de 2021 y la demandante el 2 de agosto de 2021. El recurso se encuentra dentro del término de 10 días, otorgado por el numeral 1° del artículo 247 de la Ley 2080 de 2020.

En consecuencia, se **ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada *Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial* y de la demandante *Diana Estefanía Gallego Torres*, contra la *Sentencia de 21 de julio de 2021* y emitida por el *Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales*, dentro de este medio de control *nulidad y restablecimiento del derecho*.

Notifíquese esta providencia a través de mensaje de datos a los correos electrónicos conocidos en autos y al *Procurador 29 Judicial II Administrativo de Manizales*. Ejecutoriado este auto, por *Secretaría* pásese a *Despacho* para proferir la Sentencia de 2° Instancia.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Liliana Eugenia García Maya'.

LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA

Conjuez

17001333300220180034403

Nulidad y restablecimiento del derecho

Miriam del Socorro López García Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Admite recurso contra fallo primario

Auto interlocutorio n° 132

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

El pasado 6 de octubre de 2022 se celebró sorteo de conjueces y por ese conducto me correspondió el conocimiento y trámite de este proceso, en consecuencia, **AVOCO** su conocimiento y en mi calidad de Conjuez directora de este Despacho procedo a estudiar el recurso de apelación, presentado por la parte demandada en contra de la sentencia de 1° instancia emitida el 30 de junio de 2021, por el Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

A la luz del artículo 203 del CPACA en concordancia con los artículos 192 inciso 1° y 247 Ibidem, modificado por el artículo 67 n° 5 de la Ley 2080 de 2021. Así las cosas, la sentencia recurrida fue notificada a las partes intervinientes (Demandante, Demandado, Agente del Ministerio Público y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado), en estrados. Los 10 días de la ejecutoria del fallo se cumplieron el 15 de julio de 2021. La parte demandada allegó el recurso en contra de la sentencia, el 6 de julio de 2021. El recurso se encuentra dentro del término de 10 días, otorgado por el numeral 1° del artículo 247 de la Ley 2080 de 2020.

En consecuencia, se **ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada *Nación Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial* contra la *Sentencia de 6 de junio de 2021* y emitida por el *Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales*, dentro del medio de control *nulidad y restablecimiento del derecho*, demandante *Miriam del Socorro López García*.

Notifíquese esta providencia a través de mensaje de datos a los correos electrónicos conocidos en autos y al *Procurador 29 Judicial II Administrativo de Manizales*. Ejecutoriado este auto, por *Secretaría* pásese a *Despacho* para proferir la Sentencia de 2° Instancia.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Liliana Eugenia García Maya'.

LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA

Conjuez

17001333300320190018903

Nulidad y restablecimiento del derecho

Claudia Patricia Hernández Bautista Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Admite recurso contra fallo primario

Auto interlocutorio n° 129

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

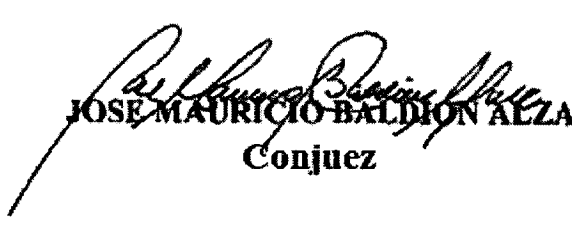
El pasado 28 de septiembre de 2022 se celebró sorteo de conjueces y por ese conducto me correspondió el conocimiento y trámite de este proceso, en consecuencia, **AVOCO** su conocimiento y en mi calidad de Conjuez director de este Despacho procedo a estudiar el recurso de apelación, presentado por la parte demandada en contra de la sentencia de 1° instancia emitida el 29 de abril de 2021, por el Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

A la luz del artículo 203 del CPACA en concordancia con los artículos 192 inciso 1° y 247 Ibidem, modificado por el artículo 67 n° 5 de la Ley 2080 de 2021. Así las cosas, la sentencia recurrida fue notificada a las partes intervinientes (Demandante, Demandado, Agente del Ministerio Público y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado), en estrados, los 10 días de la ejecutoria del fallo se cumplieron el 14 de julio de 2021. La parte demandante allegó el recurso en contra de la sentencia el 13 de julio de 2021. El recurso se encuentra dentro del término de 10 días, otorgado por el numeral 1° del artículo 247 de la Ley 2080 de 2021.

En consecuencia, se **ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada *Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial* contra la *Sentencia de 29 de julio de 2021* y emitida por el *Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales*, dentro del medio de control *nulidad y restablecimiento del derecho*, demandante *Claudia Patricia Hernández Bautista*.

Notifíquese esta providencia a través de mensaje de datos a los correos electrónicos conocidos en autos y al *Procurador 29 Judicial II Administrativo de Manizales*. Ejecutoriado este auto, por *Secretaría* pásese a *Despacho* para proferir la Sentencia de 2° Instancia.

Notifíquese y cúmplase


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Conjuez

CONSTANCIA SECRETARIAL:

Manizales, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Informando al señor Magistrado que se encuentra pendiente la admisión del recurso de apelación de sentencia, pasa a despacho para resolver lo pertinente.

Consta de dos carpetas:

Cuaderno de primera instancia: 27 archivos pdf.

Cuaderno de segunda instancia: 01 archivo pdf.



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria

RADICADO: 17-001-33-39-007-2017-00202-02

MEDIO DE CONTROL: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho

DEMANDANTE: Carmenza Arias Delgado

DEMANDADO: Municipio De Manizales.

LLAMADO EN GARANTÍA: La Previsora S.A. y Axa Colpatria Seguros S.A.

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.I. 041

Manizales, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión del recurso de apelación interpuesto, el Despacho observa que el recurso fue presentado dentro del término oportuno y fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión, (Archivo 23 del cuaderno de primera instancia del expediente electrónico).

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021, **ADMÍTESE** los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia proferida el 09 de diciembre de 2022 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia (archivo 20 del cuaderno principal del cuaderno de primera instancia del expediente electrónico).

NOTIFÍQUESE personalmente al señor Agente del Ministerio Público a través de la dirección electrónica correspondiente, por estado electrónico a las demás partes, en los términos previstos en los artículos 197, 198 y 201 del CPACA.

Se advierte a las partes y demás intervinientes que la presentación de memoriales con destino a este proceso deberá realizarse únicamente en formato digital al correo electrónico de la Secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas: sgtadminclad@notificacionesrj.gov.co

Cualquier documento enviado a otra dirección de correo no se tendrá por presentado.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 028
FECHA: 20/02/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

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: 0e5938ca3cacae3b6c08a4a45be0029e1d8708fb151eebe685d0fcde1f8ca066
Documento generado en 17/02/2023 11:13:02 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

CONSTANCIA SECRETARIAL:

Manizales, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Informando al señor Magistrado que se encuentra pendiente la admisión del recurso de apelación de sentencia, pasa a despacho para resolver lo pertinente.

Consta de dos carpetas:

Cuaderno de primera instancia: 44 archivos pdf.

Cuaderno de segunda instancia: 01 archivo pdf.



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria

RADICADO: 17-001-33-39-008-2018-00257-02

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

DEMANDANTE: Pablo Felipe Franco Betancourt

DEMANDADO: Dirección Territorial de Salud de Caldas.

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.I. 040

Manizales, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión del recurso de apelación interpuesto, el Despacho observa que el recurso fue presentado dentro del término oportuno y fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión, (Archivo 41 del cuaderno de primera instancia del expediente electrónico).

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021, **ADMÍTESE** los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia proferida el 19 de diciembre de 2022 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia (archivo 39 del cuaderno principal del cuaderno de primera instancia del expediente electrónico).

NOTIFÍQUESE personalmente al señor Agente del Ministerio Público a través de la dirección electrónica correspondiente, por estado electrónico a las demás partes, en los términos previstos en los artículos 197, 198 y 201 del CPACA.

Se advierte a las partes y demás intervinientes que la presentación de memoriales con destino a este proceso deberá realizarse únicamente en formato digital al correo electrónico de la Secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas: sgtadminclcd@notificacionesrj.gov.co

Cualquier documento enviado a otra dirección de correo no se tendrá por presentado.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 028
FECHA: 20/02/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

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: **dd5e6a619036038b3a74bde77a08ad7245bf55d341258aa4ded59030b75c9211**

Documento generado en 17/02/2023 11:12:18 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

CONSTANCIA SECRETARIAL:

Manizales, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Informando al señor Magistrado que se encuentra pendiente la admisión del recurso de apelación de sentencia, pasa a despacho para resolver lo pertinente.

Consta de dos carpetas:

Cuaderno de primera instancia: 41 archivos pdf.

Cuaderno de segunda instancia: 01 archivo pdf.



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria

RADICADO: 17-001-33-39-008-2020-00117-02

MEDIO DE CONTROL: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho

DEMANDANTE: Angelica María Gómez Naranjo

DEMANDADO: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.I. 042

Manizales, diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión del recurso de apelación interpuesto, el Despacho observa que el recurso fue presentado dentro del término oportuno y fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión, (Archivo 38 del cuaderno de primera instancia del expediente electrónico).

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021, **ADMÍTESE** los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2022 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, que no accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia (archivo 36 del cuaderno principal del cuaderno de primera instancia del expediente electrónico).

NOTIFÍQUESE personalmente al señor Agente del Ministerio Público a través de la dirección electrónica correspondiente, por estado electrónico a las demás partes, en los términos previstos en los artículos 197, 198 y 201 del CPACA.

Se advierte a las partes y demás intervinientes que la presentación de memoriales con destino a este proceso deberá realizarse únicamente en formato digital al correo electrónico de la Secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas: sgtadminclcd@notificacionesrj.gov.co

Cualquier documento enviado a otra dirección de correo no se tendrá por presentado.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 028
FECHA: 20/02/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

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: 34b91584fb7e7ca027a817bcd736107490b7e3b3886186a9d8ef3eda4d7b625

Documento generado en 17/02/2023 11:11:40 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE CONJUECES
Lina María Hoyos Botero
Conjuez Ponente**

A.I. 130

Asunto:	Asume Conocimiento, Admite Recurso.
Medio Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-004-2016-00250-03
Demandante:	Diego Alberto Betancourth Suárez.
Demandados:	Nación – Fiscalía General de la Nación.

Manizales, diecisiete (17) de febrero del año dos mil veintitrés (2023)

De acuerdo con el mandato conferido por parte del Tribunal Administrativo de Caldas, contenida en el acta de sorteo de conjueces del día 28 de Septiembre de 2022, que me ordena conocer, tramitar y decidir este proceso, por lo tanto, **AVOCO** su conocimiento.

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión del recurso de apelación interpuesto, el Despacho observa que fue presentado dentro del término oportuno, fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión y se concedió el recurso de apelación mediante providencia del día 2 de Marzo de 2020, según lo dispuesto artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021.

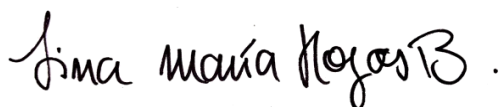
Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA, **ADMITASE** el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 22 de Noviembre de 2019, por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia.

Vencido el término de ejecutoria de la admisión del recurso, y en caso de que no exista solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 numeral 5 del CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, **INGRÉSESE** el expediente al despacho para dictar sentencia.

ADVIERTASE al Ministerio Público que podrá emitir concepto desde la expedición de la presente providencia que admite el recurso de apelación presentado y hasta antes de que se ingrese el proceso al Despacho para dictar sentencia, en los términos del numeral 6 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFIQUESE personalmente al señor Agente del Ministerio Público a través de la dirección electrónica correspondiente, por estado electrónico a las demás partes, en los términos previstos en los artículos 197, 198 y 201 del CPACA.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



LINA MARÍA HOYOS BOTERO

Conjuez

