

REPUBLICA DE COLOMBIA.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado Sustanciador: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Se procede a fijar fecha para la audiencia inicial de conformidad con el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011¹; en consecuencia, se convoca a la referida diligencia el día **MARTES VEINTISIETE (27) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022) A LAS DOS Y TREINTA DE LA TARDE (02:30 p.m.)**, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovió el señor **JUAN DAVID PELAEZ CASTRO** contra **EMPOCALDAS**, radicado número **17001 23 33 000 2020 00178 00**.

Advierte este Despacho que dicha audiencia se realizará mediante la plataforma LifeSize, y que, en caso que requieran allegar algún memorial como sustituciones, renunciadas de poderes u otros documentos para que sean tenidos en cuenta en la audiencia, se sirvan remitirlos previamente **a más tardar el día anterior a la celebración de la misma, únicamente al correo tadmin02cld@notificacionesrj.gov.co**

De igual manera, se allega en esta providencia el enlace para el ingreso a la audiencia inicial que se convoca, el cual corresponde a la conexión mediante plataforma Lifesize:

<https://call.lifesizecloud.com/15781078>

Se recomienda a las partes, e intervinientes que antes de ingresar a la plataforma de Lifesize verifiquen su conexión a internet, así como el correcto funcionamiento de la cámara y el micrófono del dispositivo a través del cual ingresarán a la audiencia virtual convocada.

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Notifíquese

Firmado Por:

Fernando Alberto Alvarez Beltran

Magistrado

Despacho 02

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: **009bc1a43b6c4fba0b26997d5c47a39b3c75345772ae307a4ba87a337d97aa20**

Documento generado en 16/09/2022 02:41:04 PM

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

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Radicación	17 001 23 33 000 2022 00140 00
Medio de control	Protección de derechos e intereses colectivos
Demandante	Julián Andrés Molina Loaiza
Demandado	Corporación Autónoma Regional de Caldas - Corpocaldas –, Municipio de Manizales, Aguas de Manizales SA ESP.

Procede el Despacho a resolver sobre el recurso de reposición interpuesto por el demandado municipio de Manizales contra el auto que negó la vinculación de terceros.

Antecedentes

Mediante auto interlocutorio 313 de 4 de agosto de 2022 se resolvió negar la vinculación solicitada por el Municipio de Manizales del Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio; Fondo Nacional de Vivienda – FONVIVIENDA; y, la Empres de Renovación Urbana de Manizales – ERUM –.

El demandado municipio de Manizales, interpone recurso de reposición contra el auto en mención, exponiendo que, sin agotarse el periodo probatorio se llegó a la conclusión que no hay funciones, obligaciones ni responsabilidades vedadas por la existencia de un macro proyecto San José; lo cual es contrario a lo dispuesto en la ley 388 de 1997, ley 1151 de 2007 y la resolución número 1453 del 27 de julio de 2009, expedida por el ministerio de ambiente, vivienda y desarrollo territorial, que adoptó el macroproyecto de interés social nacional denominado “Centro Occidente de Colombia San José”, por cuanto esas normas indican que

los Macroproyectos son determinantes de los planes de ordenamiento territorial.

Dice que, hay intervenciones realizadas por el Macroproyecto San José, por lo que se solicita la vinculación del ministerio de vivienda, ciudad y territorio, fonvivienda y la ERUM SAS, siendo ésta la que gerencia el Macroproyecto; y que, las condenas que resulten del trámite de esta acción, no podrían serles oponibles a entidades que no fueron vinculadas al trámite de la misma; y, que, en el caso del ministerio de vivienda, y fonvivienda, el alcalde no tiene relación de jerarquía para exigir el cumplimiento de las eventuales órdenes judiciales, por lo que resulta imperativo su vinculación al presente proceso.

Insiste en que las obligaciones del Municipio de Manizales respecto a la zona del Macroproyecto San José se limitan exclusivamente a las intervenciones en la avenida Colón, puesto que las obras de urbanismo e intervención en las viviendas corresponden al Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio, a través de sus intervenciones en el Macro, cuya gerencia corresponde a la ERUM SAS, por lo que, la satisfacción de las pretensiones de la acción popular no corresponden al municipio de Manizales, sino a las entidades cuya vinculación fue negada.

Como lo dice la constancia secretarial que reposa en el documento 036 del expediente digital, *“En atención a que el recurso fue remitido en copia a las partes, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 201A del CPACA, el traslado se entiende surtido del 11 al 16 de agosto de 2022, sin que fuere allegado pronunciamiento alguno”*.

Consideraciones

1. Procedibilidad y oportunidad del recurso de reposición interpuesto.

De conformidad con el artículo 36 de la ley 472 de 1998, mediante la cual se desarrolla el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras

disposiciones, *“Contra los autos dictados durante el trámite de la Acción Popular procede el recurso de reposición, el cual será interpuesto en los términos del Código del Procedimiento Civil”*

En ese orden de ideas, contra el auto interlocutorio 313 de 4 de agosto de 2022, mediante el cual se resolvió la solicitud de vinculación de terceros, procede el recurso de reposición.

Sea lo primero precisar que la demanda fue interpuesta contra la Corporación Autónoma Regional de Caldas -Corpocaldas –, Municipio de Manizales, Aguas de Manizales SA ESP, sin que se haya demandado ni a la ERUM, ni al Ministerio de vivienda ciudad y territorio.

Debe decirse que, el demandado municipio de Manizales no aporta en el recurso interpuesto hechos nuevos, pruebas o argumentos diferentes a los expuestos con la solicitud de vinculación del ministerio de vivienda ciudad y territorio y la Empresa de Renovación Urbana de Manizales.

No comparte este Despacho el argumento que no es el municipio del llamado a responder por los hechos que se plantean en la demanda, sino que ello corresponde al Ministerio de vivienda, ciudad y territorio y a al ERUM SAS, en virtud del Macro Proyecto San José; pues, en primer lugar, hasta el momento no se ha probado nada relacionado con el Macro Proyecto San José, la vivienda del actor y que la responsabilidad sea de entidades del orden nacional, y en segundo lugar porque, lo que expone el actor es que hay un talud en predio colindante al suyo que viene generando problemas de aguas e inestabilidad, situación que es competencia de las demandadas en este caso.

Respecto de la cita normativa que hace el municipio de Manizales en su recurso, es necesario precisar que, los artículos 10 y 15 de la ley 338 de 1997 están relacionados con las normas de mayor jerarquía en los planes de ordenamiento territorial, y las normas urbanísticas, sin que se encuentre en este caso la relación entre éstas y las entidades de las cuales se solicita su vinculación.

En cuanto al citado artículo 79 de la ley 1151 de 2007, éste fue declarado inexecutable por la sentencia C – 149 de 4 de marzo de 2010.

Y finalmente, tampoco se observa que la negativa de vinculación del Ministerio de vivienda ciudad y territorio y ERUM S.A.S. contraría la resolución número 1453 de 27 de julio de 2009 mediante la cual se adopta, por motivos de utilidad pública e interés social, el Macro Proyecto de Interés Social Nacional “Centro Occidente de Colombia San José” del municipio de Manizales, Departamento de Caldas, pues si bien allí se regula el tema de sistema ambiental, sistema vial, espacios públicos, equipamientos colectivos, sistema de servicio públicos, normas urbanísticas de aprovechamiento y uso del suelo, amenazas y riesgos, reasentamiento de hogares en riesgo, cesiones y zonas no ocupables; nada dice que el Municipio de Manizales deba de estar al margen de todo lo acontecido en el lugar de desarrollo del macro proyecto, así como tampoco define competencias específicas de entidades públicas respecto de intervenciones en diferentes sitios de la ciudad.

Sumado a lo anterior, debe decirse que, no se encuentra hasta el momento demostrado la relación entre el demandante, el predio que se expone en los hechos y el macro proyecto San José, una protección especial al mismo, obligaciones diferenciadas y especiales a cargo de entidades diferentes a las demandadas; y hasta este momento, no hay pruebas suficientes que den cuenta de la necesidad de vincular otras entidades; dejando presente que, el Magistrado tiene la facultad de ordenar la vinculación de quien considere necesario.

Por lo expuesto, se confirmará el auto mediante el cual se negó la vinculación solicitada por el Municipio de Manizales respecto del Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio; Fondo Nacional de Vivienda – FONVIVIENDA; y, la Empresa de Renovación Urbana de Manizales – ERUM –

2. Del reconocimiento de personerías.

Con la contestación de la demanda del municipio de Manizales, se allegó memorial poder conferido por el secretario de despacho de la Secretaría Jurídica del Municipio de Manizales a la abogada Gloria Lucero Ocampo Duque, identificada con cédula de ciudadanía número 30.328.216 y portadora de tarjeta profesional número 120.115 del CS de la J., el cual, por reunir los

requisitos consagrados para ello, resulta procedente reconocerle personería para actuar en nombre de éste, como se dirá en la parte resolutive.

De igual manera, con la contestación de la demanda de Aguas de Manizales, se aportó poder conferido por el representante legal esta entidad a la abogada Natalia Salazar Mejía identificada con cédula de ciudadanía número 25.235.401 y portadora de tarjeta profesional número 128.314 del CS de la J., el cual reúne los requisitos, por lo que se le reconocerá personería para actuar.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**,

II. Resuelve:

Primero: Confirmar el auto interlocutorio número 313 de 4 de agosto de 2022 mediante el cual se resolvió negar la vinculación de del Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio; Fondo Nacional de Vivienda – FONVIVIENDA; y, la Empres de Renovación Urbana de Manizales – ERUM –.

Segundo: Reconocer personería para actuar a la abogada Gloria Lucero Ocampo Duque, identificada con cédula de ciudadanía número 30.328.216 y portadora de tarjeta profesional número 120.115 del CS de la J., para actuar en nombre del municipio de Manizales.

Tercero: Reconocer personería para actuar en nombre de Aguas de Manizales a la abogada Natalia Salazar Mejía identificada con cédula de ciudadanía número 25.235.401 y portadora de tarjeta profesional número 128.314 del CS de la J.

Cuarto: Notifíquese esta providencia de conformidad con el artículo 9° de la Ley 2213 de 2022

Quinto: Ejecutoriada esta providencia, continúese de inmediato con el trámite correspondiente.

Sexto: Hacer las anotaciones correspondientes en el programa “*Justicia Siglo XXI*”.

Notifíquese y cúmplase

Firmado Por:

Fernando Alberto Alvarez Beltran

Magistrado

Despacho 02

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: **d268e5f199b7f8f7f7ff3bccb6b058c1bf7a10563832e2e6a2c16fe2e06e24e0**

Documento generado en 16/09/2022 02:40:05 PM

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
Magistrado Sustanciador: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Radicación	17001 23 33 000 2022 00192 00
Medio de control:	Protección de derechos e intereses colectivos
Demandante:	Enrique Arbeláez Mutis
Demandado:	Municipio de Neira – Corporación Autónoma Regional de Caldas – CORPOCALDAS – Central Hidroeléctrica de Caldas – CHEC -

Al estudiar sobre la admisibilidad del escrito de acción popular de la referencia, encuentra el Despacho que la misma reúne los requisitos señalados en el artículo 18 de la Ley 472 de 1998 y el numeral 4to del artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En consecuencia,

I. Resuelve

Primero: Admitir el escrito de demanda que, en ejercicio del medio de control de **protección de los derechos e intereses colectivos**, instaura el señor **Enrique Arbeláez Mutis** contra el **Municipio de Neira – Corporación Autónoma Regional de Caldas – CORPOCALDAS – Central Hidroeléctrica de Caldas – CHEC -**

Segundo: Notifíquese personalmente esta providencia al señor **Defensor del Pueblo**, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, anexándole copia del presente auto, del escrito de acción popular y los anexos.

Tercero: Notifíquese personalmente esta providencia al señor **Agente del Ministerio Público** para Asuntos Administrativos, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, anexándole copia del presente auto, del escrito de acción popular y los anexos.

Cuarto: Notifíquese personalmente este auto a los representantes legales de:

Municipio de Neira, la Corporación Autónoma Regional de Caldas – CORPOCALDAS –, y la Central Hidroeléctrica de Caldas – CHEC –, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, anexándoles copia del presente auto, del escrito de acción popular y los anexos.

Quinto: Se corre traslado de la demanda a las entidades demandadas. El traslado a las accionadas será por el término de diez (10) días, los cuales comenzarán a contarse a partir de los dos (2) días hábiles siguientes al del envío del mensaje y el término respectivo empezará a correr a partir del día siguiente, de conformidad con el inciso cuarto del artículo 199 de la ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 48 de la ley 2080 de 2021, dentro de los cuales podrán contestar la demanda, solicitar la práctica de pruebas y proponer excepciones, conforme lo disponen los artículos 22 y 23 de la Ley 472 de 1998 y 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Sexto: Se requiere a las entidades accionadas para que, al momento de contestar, informen al Despacho la existencia de medios de control de Protección de los Derechos e Intereses Colectivos, por los mismos hechos y pretensiones que suscitan la interposición del presente, que se encuentren en trámite o hayan culminado, indicando además el juzgado de conocimiento y el estado en que se encuentren.

Por la secretaría ofíciase a los juzgados administrativos para que informen si han tramitado acciones populares por la misma causa y objeto que la presente.

Séptimo: Infórmese sobre la existencia del presente trámite a los miembros de la comunidad, mediante aviso que será publicado en la página web de la Rama Judicial y de cada una de las entidades accionadas, para los fines del artículo 24 de la Ley 472 de 1998 (Art. 21 ibídem). Para el efecto, deberán acreditar la publicación dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de este auto por estado.

Octavo: Por Secretaría, **remítase el correspondiente aviso** para efectuar la publicación de que trata el numeral precedente.

Noveno: Se informa a las partes que la decisión será proferida dentro de los 30 días siguientes al vencimiento del término de traslado.

Notifíquese y cúmplase

Firmado Por:

Fernando Alberto Alvarez Beltran

Magistrado

Despacho 02

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: **dab3860b451b0f4fca135002470f1ea69548ed281fa6bad1a5ba83b1d96e96fd**

Documento generado en 16/09/2022 02:39:09 PM

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

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Radicación	17 001 23 33 000 2022 00211 00
Medio de control	Protección de derechos e intereses colectivos
Demandante	Nicolás Cardona Arias, Jhon Fernando Ramírez Franco, Luis Ernesto Franco Arteaga, Javier Antonio Murillo Calderón y Óscar de Jesús Cardona Acevedo.
Demandado	Agencia Nacional de Licencia Ambientales – ANLA – y Promotora Energética del Centro S.A.S.

Procede el Despacho a correr traslado de la solicitud de medida cautelar de conformidad con el artículo 233 de la ley 1437 de 2011.

I. Resuelve

Primero: Correr traslado de la solicitud de medida previa contenida en el escrito que, en ejercicio del medio de control **de protección de los derechos e intereses colectivos**, instauran los ciudadanos **Nicolás Cardona Arias, Jhon Fernando Ramírez Franco, Luis Ernesto Franco Arteaga, Javier Antonio Murillo Calderón y Óscar de Jesús Cardona Acevedo.**

Segundo: Notifíquese personalmente esta providencia al señor **Defensor del Pueblo**, al señor **Agente del Ministerio Público** para Asuntos Administrativos, y a los representantes legales de la **Agencia Nacional de Licencia Ambientales – ANLA – y Promotora Energética del Centro S.A.S.** mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, simultáneamente **con la notificación del escrito de acción popular.**

Tercero: Se corre traslado de la solicitud de medida previa por el término de cinco (5) días, los cuales comenzarán a contarse a los dos (2) días hábiles siguientes al del envío del mensaje y el término respectivo empezará a correr a partir del día siguiente, de conformidad con el inciso cuarto del artículo 199 de la ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 48 de la ley 2080 de 2021, dentro de los cuales podrán pronunciarse en escrito separado.

Cuarto: Vencido este término **la Secretaría deberá** ingresar inmediatamente el expediente a Despacho con el fin de continuar con el trámite pertinente.

Notifíquese y cúmplase

Firmado Por:
Fernando Alberto Alvarez Beltran
Magistrado
Despacho 02
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: **d10bed173abdd9a4965e5874ccdc2cb9ae1d93c4d4dbd64ffb7dc44305385024**

Documento generado en 16/09/2022 02:37:14 PM

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, quince (15) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

PROCESO No.	17001-33-39-005-2019-00082-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	MARTHA ELUDIVIA HENAO OCAMPO
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte accionada, contra el fallo que accedió a las pretensiones proferido por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el 14 de diciembre de 2021, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Solicitó declarar la nulidad parcial de la Resolución nro. 99771-6 del 07 de diciembre de 2018, por medio de la cual no se tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Declarar que la demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague el reajuste o reliquidación de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

Que, como consecuencia de la declaración de nulidad parcial, se ordene como restablecimiento del derecho, la reliquidación de la pensión ordinaria de jubilación de la demandante, teniendo en cuenta los factores salariales devengados en el último año de servicios. Se ordene a la entidad accionada indexar las sumas que le sean reconocidas con ocasión de la reliquidación pensional.

Se ordene el cumplimiento del fallo en los términos del artículo 192 y siguientes del CPACA.

Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso.

HECHOS

La señora Henao Ocampo laboró al servicio docente por más de 20 años, por lo que, al cumplir con los requisitos de ley, le fue reconocida una pensión de jubilación por parte de la secretaría de educación municipal de Manizales en representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En el reconocimiento pensional no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Ley 4 de 1992, Decreto Ley 224 de 1972, Decreto 1160 de 1989.

Como concepto de la violación esgrime que, teniendo en cuenta los fundamentos normativos enunciados, es claro el derecho que le asiste a los docentes a que se reliquide su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones, puesto que los actos demandados se ajustan a derecho.

Como fundamentos de defensa, esgrimió que la Ley 812 de 2003 y sus decretos reglamentarios, modificaron el concepto de aportes para el personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el sentido de incluir como base de cotización para pensiones, además de la asignación básica, las horas extras y el sobresueldo. En aplicación a lo anterior, todas las pensiones causadas con posterioridad a la vigencia del Decreto 3752 de 2003, se liquidan únicamente con la asignación básica, y en caso de que el docente haya devengado sobresueldo y horas extras, y certifique la realización de aportes por dicho concepto, también le serán incluidos como base de liquidación de su pensión.

Planteó como excepciones de fondo:

- **Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley:** sostiene que el reconocimiento de

la prestación se efectuó con base en el ordenamiento jurídico existente, y por lo tanto el monto de la prestación se obtuvo teniendo en cuenta los factores autorizados de conformidad con las normas del orden constitucional.

- **Prescripción:** propone esta excepción frente a cualquier derecho reclamado en el que haya operado este fenómeno.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 14 de diciembre de 2021 accedió a las pretensiones de la demanda.

El Juez A-quo se planteó como problema jurídico, determinar si a la actora le asiste derecho a que se reliquide su pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de los factores devengados en el último año de prestación de servicios.

Tras hacer un recuento normativo sobre el régimen de transición, la Ley 100 de 1993, la Ley 812 de 2003 y la Ley 33 de 1985, y jurisprudencia de unificación, concluye que la demandante tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionada presentó recurso de alzada de forma oportuna, mediante memorial visible en PDF nro. 28 del expediente digitalizado de primera instancia.

Esgrime que en el presente proceso se debe aplicar la sentencia de unificación de 2010, por lo que no es procedente reliquidación pensional de la actora con la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios. No es dable acceder a la petitum de la demanda, pues hacerlo transgrede abiertamente lo dispuesto por la Constitución Política y el reciente precedente jurisprudencial, implicando para la Nación una carga excesiva que vulnera el principio de solidaridad del sistema de pensiones, aunado a que existe una flagrante desfinanciación del mismo al tener en cuenta todo lo devengado y que la parte actora no realizó la respectiva cotización, razón por la cual solicita se denieguen las pretensiones de la demanda, toda vez que en la pensión de la actora se incluyeron los factores salariales de ley, y por lo tanto no le asiste derecho a su reliquidación, sumado a que el acto administrativo acusado está sujeto a derecho y a las normas que tratan el tema de la Litis.

Por último, solicita, en gracia de discusión, si se confirma la sentencia respecto de los factores salariales, que en virtud de los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, se mantenga el descuento a la demandante respecto de los aportes y/o cotizaciones que deberán corresponder con los factores salariales que el H. despacho considere para liquidar la prestación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a la constancia secretarial obrante en pdf nro. 05 del expediente digital de segunda instancia las partes 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.

Los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en las siguientes preguntas:

- ¿Es procedente para el caso concreto reliquidar la pensión de jubilación de la señora Martha Eludivia Henao Ocampo teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios?

LO PROBADO

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

- Conforme a la Resolución nro. 9771-6 del 07 de diciembre de 2019, a la señora Henao Ocampo se le reconoció la pensión de jubilación a partir del 19/09/2018, prestando sus servicios hasta el 18/09/2018 fecha de adquisición del status pensional (PDF nro. 04 del expediente escaneado de primera instancia)
- De acuerdo al certificado nro. 1411 expedido el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio la señora Henao Ocampo devengó en el último año de servicios además del salario básico, la prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación mensual, bonificación pedagógica y horas extras (Ibidem)

Régimen legal aplicable

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

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

El Acto Legislativo n° 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.*

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*

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

el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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

2. Pensiones:[...]

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

Para el caso concreto, de conformidad con el certificado de la historia laboral, la señora Henao Ocampo se incorporó al servicio antes del 2003, siendo reconocida su pensión mediante la Resolución nro. 9771-6 del 07 de diciembre de 2018, retirándose del servicio activo el 18/09/2018. esto es, con anterioridad a la Ley 812 de 2003. (En ese orden de ideas, le es aplicable en materia pensional el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

Así lo precisó igualmente el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación del 25 de abril de 2019², en la que indicó que *«El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados³, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁴»*.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso: *“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años*

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

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

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

tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”.

Ingreso base de liquidación pensional y factores salariales a reconocer

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

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación y a la manera de establecerlo, debe precisarse que a la parte demandante no le es aplicable la Ley 100 de 1993 ni el régimen de transición previsto en dicha normativa en razón de la fecha de su vinculación al servicio docente y, por ende, no le es predicable la regla⁵ y primera subregla⁶ establecidas en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018⁷, relacionadas con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 ya citada, el Consejo de Estado precisó los efectos de la decisión con la cual se fijaron las reglas jurisprudenciales en materia de los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional obtenida bajo la Ley 33 de 1985, específicamente para el caso de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003. Indicó que el nuevo criterio señalado se aplicaría en forma retrospectiva, esto es, a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias, salvo aquellos en los que hubiere operado la cosa juzgada, que en virtud del principio de seguridad jurídica resultarían inmodificables.

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

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

Para el caso que convoca la atención de esta Sala, se observa que a la señora Henao Ocampo le reconocieron pensión de jubilación, en cuya liquidación se incluyeron la asignación básica mensual, la prima de vacaciones, la bonificación mensual y las horas extras.

De igual forma se encuentra probado que en el último año de servicios la actora devengó además del salario básico, la prima de navidad, la prima de vacaciones, la bonificación mensual, bonificación pedagógica y horas extras.

En la demanda promovida, la parte actora reprocha que no se hubiera reliquidado su pensión de jubilación por retiro definitivo del cargo incluyendo la totalidad de los factores que fueron devengados en el último año de servicios.

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

Conforme a la resolución de reliquidación a la actora se le tuvo en cuenta además del salario básico, la prima de vacaciones, la bonificación mensual y las horas extras.

En ese orden de ideas, la parte demandante no tiene derecho a la reliquidación que reclama, pues no pueden tomarse como factores salariales la prima de navidad y la bonificación pedagógica, dado que aquellas no constituyen base de liquidación de los aportes.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta sala de decisión que a la parte demandante

no le asiste derecho a que su pensión de jubilación se reliquide en los términos por ella solicitados, esto es, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

En ese sentido, se revocará la sentencia dictada en primera instancia, mediante la cual se accede a las suplicas de la parte actora.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este tribunal considera que en el presente asunto no debe condenarse en costas, pues la demanda fue interpuesta conforme a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado para dicha época. Además de ello ninguna actuación en segunda instancia se surtió que rustique su reconocimiento.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 14 de diciembre de 2021 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **MARTHA ELUDIVIA HENAO OCAMPO** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

EN CONSECUENCIA:

SEGUNDO: NEGAR las suplicas de la demandante.

TERCERO: NO SE CONDENA en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto en la parte motiva.

CAURTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

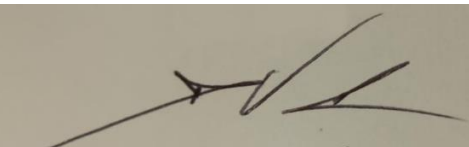
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada el 15 de septiembre de 2022 conforme acta nro. 053 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 166 del 19 de septiembre de 2022

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, quince (15) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17-001-33-33-003-2019-00465-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	LUZ ADRIANA RIVERA NARANJO
DEMANDADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO 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 segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contra el fallo que accedió a pretensiones, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el día 30 de junio de 2021.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del acto ficto generado por la no respuesta a petición presentada el día 31 de agosto de 2018, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora a la demandante 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) Que se declare 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 reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 a la demandante, 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 efectué 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

✓ Señala que la demandante labora en los servicios educativos estatales en el departamento de Caldas, por lo que solicitó a la Nación - Ministerio de Educación

Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día 27 de abril de 2018, el reconocimiento y pago de las cesantías.

- ✓ Que las cesantías fueron reconocidas mediante Resolución nro. 5421-6 del 19 de junio de 2018, y canceladas el 10 de enero de 2019.
- ✓ Mediante derecho de petición se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora a la entidad demandada; solicitud que no fuera resuelta por la accionada.

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; los artículos 1 y 4 de Ley 244 de 1995; y los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

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 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.

Explicó 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: no contestó la demanda.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 30 de junio de 2021 accedió a pretensiones, tras plantearse como problema jurídico determinar si la Ley 1071 de 2006, modificatoria de la Ley 244 de 1995, era aplicable al régimen prestacional de los docentes contenido en la Ley 91 de 1989; si de resultar aplicable la Ley 1071 de 2006 al régimen especial de los docentes, desde qué fecha se causaría la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales o definitivas; y en caso de acceder a pretensiones de la demanda, si se configuraba la prescripción de la sanción moratoria reconocida.

Explicó en primer momento que, aunque 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.

En cuanto al término con que cuentan las entidades para el trámite y pago de las cesantías solicitadas por los empleados a los que les aplica la Ley 1071 de 2006, advirtió que la entidad obligada tiene un plazo máximo de 45 días hábiles a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación para cancelarlas, el cual debe proferirse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud y que si la entidad demora su trámite más allá de lo dispuesto en los artículos 4º y 5º, el servidor tiene derecho a que se le reconozca un día de salario por cada día de retardo, hasta cuando se realice el pago, sanción que se aplica sin importar si se reclaman cesantías parciales o definitivas ya que para ambos casos el trámite tiene establecidos exactamente los mismos tiempos.

Resaltó que a partir de la sentencia de unificación del Consejo de Estado, relacionada con la sanción moratoria, no solo se ha mantenido el criterio de conceder la sanción moratoria por pago tardío de cesantías, sino que ha precisado los posibles eventos en que esta se

presente. En este sentido, identificó cómo se debe contar la mora dependiendo de si la petición a la administración ha o no obtenido respuesta, de si este ha sido notificada en término a su destinatario y de la forma en que se ha presentado la notificación.

Que al aplicar los planteamientos de la sentencia de unificación al caso concreto, la petición de reconocimiento de cesantías fue radicada el 27 de abril de 2018, empezando a partir del día siguiente a correr los términos, siendo contestada de manera extemporánea mediante Resolución nro. 5421-6 del 19 de junio de 2018, y el término de ejecutoria de 10 días debe contarse a partir del día siguiente a su notificación, pero como en este caso estaba probado que renunciaron a términos legales para interponer el recurso, la ejecutoria ocurrió el 13 de julio de 2018, que fue la fecha de notificación.

Por lo tanto, concluyó que en este asunto debía entenderse que una vez transcurridos 60 días hábiles desde la presentación de la solicitud de reconocimiento de las cesantías parciales sin que se hubiera realizado su pago efectivo se causa el derecho a recibir la indemnización por mora, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo en el período comprendido entre el 31 de julio de 2018, inclusive, hasta el 26 de diciembre de 2018, inclusive, y que la sanción sería liquidada con base en el salario devengado por la demandante para el año 2018.

En acatamiento de la sentencia del Alto Tribunal Administrativo, ordenó el pago del ajuste de la sanción con base en el IPC, de conformidad con el artículo 187 del CPACA, a partir del día siguiente que cesó la causación de la sanción moratoria hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, y que en adelante correrían los intereses consagrados en el artículo 192 y 195 del CAPCA.

En cuanto a la prescripción, explicó que no se configuraba, teniendo en cuenta la fecha de exigibilidad de la sanción, la reclamación administrativa y la fecha de presentación de la demanda.

Se plasmó en la parte resolutive

PRIMERO.-DECLARAR LA NULIDAD del acto administrativo ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo, por medio de la cual se negó el reconocimiento de un sanción por mora en el pago de cesantías de la demandante, que tiene como origen la petición presentada el 31 de octubre de 2018.

SEGUNDO.-A título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocer y pagar a favor de la señora LUZ ADRIANA RIVERA NARANJO, 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, por el período comprendido entre el 31 de julio de 2018, inclusive, hasta el 26 de diciembre de 2018, inclusive. La sanción será liquidada con base en el salario devengado por la demandante para el año 2018.

Las sumas que resulten a favor de la demandante, deberán actualizarse conforme al artículo 187 del C.P.A.C.A., a partir del día siguiente que cesó la causación de la sanción moratoria, esto es, desde el 27 de diciembre del 2018 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.-La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y pagará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en la citada norma.

*CUARTO.-CONDENAR EN COSTAS a la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho, en la suma de \$594.800.
(...).*

RECURSO DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio apeló la sentencia mediante memorial que reposa en el archivo #13 del expediente digital.

Indicó que la fecha que señaló la demandante como data del pago de las mismas no corresponde a la realidad, por lo tanto, la liquidación realizada por el juzgado no es correcta, y los días establecidos de mora son errados, ya que tomaron como fecha de disposición de dinero el 27 de diciembre de 2018 y no la real, correspondiente al 23 de agosto de 2018, pues el desembolso fue objeto de una reprogramación por no haberse reclamado los dineros correspondientes a la cesantía parcial.

En relación con el fondo de la litis, señaló que la demandante solicitó se condene al pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 20 de la Ley 244 de 1995, pero que es de

resaltar que la Ley 91 de 1989 es el régimen especial que regula lo concerniente a las cesantías del personal docente oficial, toda vez que la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 regulan el pago de las cesantías y la sanción moratoria por el pago tardío a los servidores públicos a nivel general.

Al respecto, precisó que el Decreto 2831 de 2005, consagró el procedimiento exclusivo para el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin realizar discriminación alguna respecto del tipo de prestación que se tramite por dicho procedimiento, quedando entonces las cesantías sujetas a aquel y excluidas por disposición expresa las primas contenidas en el parágrafo 2 de numeral 4 del artículo 15 de la misma ley. En tal sentido, afirmó que existe una diferencia entre los trámites contenidos en el Decreto 2831 de 2005 y la Ley 1071 de 2006, sin embargo, en este tipo de asuntos se debe dar aplicación prevalente y preferencial al Decreto 2831 de 2005 por tratarse de una norma de carácter especial y de un procedimiento exclusivo.

En tal sentido, el reconocimiento de las prestaciones sociales económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-, tiene establecido un procedimiento administrativo especial contenido en las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, así como, en el Decreto 2831 de 2005, a favor de los educadores nacionales afiliados al mismo. Éste régimen especial contempla términos específicos para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías definitivas y parciales de los docentes, que implica la participación de las entidades territoriales -Secretarías de Educación certificadas-, al igual que de la Fiduprevisoría S.A., como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y resaltó que en este caso el ente territorial se extralimitó en expedir el acto administrativo a sabiendas que la normatividad otorgó el término de 15 días para su conducta, configurándose a todas luces la responsabilidad del pago de sanción por mora en el caso bajo estudio, siendo necesario el arrimo a este proceso del ente territorial para que reconozca dicho actuar y se decrete su falta a través de sentencia.

En cuanto a la condena en costas señaló 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. En otras palabras, solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan causas para hacerlo, y en la medida de su comprobación.

La mencionada sentencia precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011 no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, también lo es la norma establecida en la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderará tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 247 del CPACA, las partes no se pronunciaron sobre el recurso de apelación.

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 el proceso.

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) ¿Desde cuándo se causa la sanción por mora en el pago de cesantías parciales?
- 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

En el cartulario se encuentra probado que:

- Mediante la Resolución nro. 5421-6 del 19 de junio de 2018 se reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a favor de la señora Luz Adriana Rivera Naranjo, en virtud de

la petición radicada el 27 de abril de 2018. Acto administrativo que se notificó el 13 de julio de 2018

- Conforme al recibo de pago del banco BBVA a la señora Naranjo Piedrahita se le cancelaron las cesantías reconocidas el 10 de enero de 2019; En este documento se hace alusión a una reprogramación de cesantías parciales.

- Se decretó prueba documental de oficio por parte de este Tribunal para que la Fiduprevisora certificara en qué momento se pusieron a disposición los dineros por concepto de cesantías parciales (\$8.700.000), reconocidos mediante Resolución nro. 5421-6 del 19 de junio de 2018 a la señora Luz Adriana Rivera Naranjo.

En respuesta se explicó que el dinero quedó a disposición a partir del 23 de agosto de 2018, pero que no fue cobrado, por lo que fue reprogramado nuevamente.

- El 31 de octubre de 2018 se solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

Primer Problema Jurídico

¿Desde cuándo se causa la sanción por mora en el pago de cesantías definitivas?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que en este caso se excedieron los 70 días hábiles que tenía la entidad para reconocer las cesantías, lo que origina una sanción moratoria que se extiende entre el 15 de agosto de 2018, inclusive, al 22 de agosto de 2018, inclusive.

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:

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

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

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.

En consonancia con la anterior providencia, debe esta Sala poner de presente que al presentarse la solicitud de reconocimiento de las cesantías definitivas el 27 de abril de 2018, emitiéndose el acto administrativo el 19 de junio de 2018, y habiéndose puesto a disposición el pago el 23 de agosto de 2028, el reconocimiento de la prestación social se efectuó por fuera del término de ley.

² Artículos 68 y 69 CPACA.

En este orden de ideas, se debe aplicar para el caso concreto, la subregla 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 demandante solicitó el reconocimiento y pago de cesantías el día 27 de abril de 2018, según lo consignado en el acto administrativo de reconocimiento. Aunado a ello, se encuentra probado que el acto administrativo se notificó el 13 de julio de 2018. Y, finalmente, está demostrado, por prueba de oficio decretada en esta instancia, que el pago se puso a disposición el 23 de agosto de 2018, aspecto diferente es que el mismo no haya sido reclamado y por esta razón se haya reprogramado, y que esa fecha haya sido la que tuvo en cuenta el *a quo*.

De acuerdo a la anterior información, se tenían como fechas límites para realizar el trámite de cesantías los siguientes:

TÉRMINO	FECHA LÍMITE	CASO CONCRETO
Fecha de la reclamación de las cesantías parciales	27/04/2018	27/04/2018
Vencimiento del término para el reconocimiento – 15 días (artículo 4 de la Ley 1071 de 2006)	22/05/2018	19/06/2018
Vencimiento del término de ejecutoria – 10 días (artículos 76 y 87 del CPACA)	06/06/2018	
Vencimiento del término para el pago – 45 días (artículo 5 de la Ley 1071 de 2006)	14/08/2018	23/08/2018

De acuerdo a lo anterior, no obstante que la entidad demandada tenía respectivamente hasta el 22 de mayo de 2018 y hasta el 14 de agosto de 2018 para reconocer y pagar las cesantías parciales reclamadas, en este caso el acto administrativo se profirió el 19 de junio de 2019 y el respectivo pago se puso a disposición el 23 de agosto de 2018.

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 agosto de 2018, mientras que el dinero se puso a disposición el 23 de agosto de ese mismo año, de lo cual se infiere que, entre el 15 de agosto de 2018, inclusive, al 22 de agosto 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.

Por lo anterior, la sentencia de primera instancia deberá ser modificada en relación con las fechas dentro de las cuales se causó la sanción moratoria, ya que en la providencia de primera instancia se concluyó que la cesantía se debía pagar el 30 de julio de 2018, cuando lo cierto es que se debía cancelar el 14 de agosto de 2018; Y tampoco se extendió la mora hasta el 26 de diciembre de 2018 sino hasta el 22 de agosto de 2018, ya que el dinero se puso a disposición en la primera data mencionada, pero que hubo una reprogramación del pago.

En relación con el salario con el cual se ordenó cancelar la sanción moratoria, se advierte que el juez ordenó que se realizara con el del año 2018, lo cual se ajusta a la subregla consignada en la sentencia de unificación antes mencionada, que indica que la sanción moratoria derivada del reconocimiento de las cesantías parciales será el vigente al momento de la causación, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

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 la condena en costas no se ajustó a derecho, ya la decisión no se fundamentó en el criterio objetivo valorativo.

Al revisar la argumentación que se plasmó en el fallo de primera instancia en relación con las costas, se adujo con fundamento en el artículo 188 del CPACA se condenaba en costas a cargo de la Nación–Ministerio de Educación Nacional –Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya liquidación y ejecución se haría conforme al artículo 366 del Código General del Proceso, y se fijaron agencias en derecho por la suma de \$594.800, conforme a los parámetros establecidos en el numeral 1º del artículo 5º del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

En el recurso de apelación se argumentó, en síntesis, que en la condena en costas no se tuvieron en cuenta los criterios para imponerlas, tales como la conducta de las partes y que

estas se hubieran causado y estuvieran acreditadas, ya que debía descartarse la apreciación objetiva, esto es, quién resultaba vencido en el proceso.

La juez para condenar en costas citó el artículo 188 del CPACA, adicionado por la Ley 2080 de 2021, que consagra lo siguiente:

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 el 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.

De acuerdo a la redacción del artículo, la condena en costas no se condicionó a la forma en que la parte se desenvolvió dentro del litigio, simplemente se estableció que la sentencia dispondría lo pertinente, y aclaró 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.

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 ello no eliminó, en dado caso que la demanda haya incurrido en ese supuesto, de tener que aplicar el criterio adoptado para su imposición, que es el 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 que procede la condena, es decir, por qué se aduce que se causaron las mismas.

En atención a lo expuesto, y con fundamento en el criterio objetivo valorativo, en este caso la condena en costas que impuso el juez de primera instancia no se ajustó a derecho, ya que no se argumentó el porqué de la misma, simplemente se indicó que se le imponían al Fondo de Prestaciones Sociales, y para esta Sala una condena así le impide a la parte ejercer el derecho de defensa, pues no sabe por qué razón o circunstancia se determinaron, y por ende no puede esgrimir argumentos en contra de la decisión.

Esto conlleva a que la sentencia de primera instancia deba ser revocada en este punto, al evidenciarse una falencia del juez al momento de imponer la condena en costas.

Decisión de segunda instancia.

En el caso concreto el Tribunal considera que se debe modificar el fallo de primera instancia, en cuanto al cómputo de tiempo de la sanción moratoria, en este sentido se tiene que la misma se causó del 15 de agosto de 2018, inclusive, al 22 de agosto de 2018, inclusive; y no del 31 de julio de 2018 al 26 de diciembre de 2018, como lo expuso el juez de primera instancia.

También, se revocará el ordinal cuarto, en relación con la condena en costas, ya que el juez le correspondía al juez de primera instancia al momento de disponer sobre estas señalar las razones por las cuales lo hacía, y en este caso esas argumentaciones o valoraciones no se hicieron.

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 la sentencia de primera instancia será modificada.

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

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR EL INCISO PRIMERO DEL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el día 30 de junio de 2021 en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **LUZ ADRIANA RIVERA NARANJO** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

En consecuencia:

A título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** a la **NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a reconocer y pagar a favor de la señora **LUZ ADRIANA RIVERA NARANJO**, la sanción por mora equivalente a un día de salario por cada día de retardo por el período comprendido entre el 15 de agosto de 2018, inclusive, al 22 de agosto de 2018, inclusive. La sanción será liquidada con base en el salario devengado por la demandante para el año 2018.

SEGUNDO: REVOCAR EL ORDINAL CUARTO de la sentencia del 30 de junio de 2021.

En su lugar: **SIN COSTAS** en primera instancia.

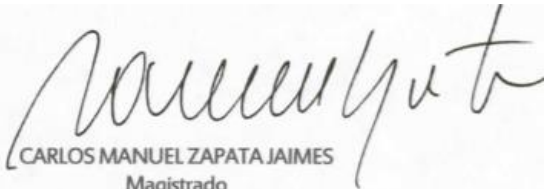
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás el fallo de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen. Háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

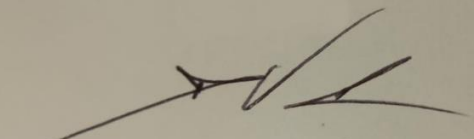
Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 15 de septiembre de 2022, conforme acta nro. 053 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 166 del 19 de septiembre de 2022

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, quince (15) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

PROCESO NO.	17-001-33-33-004-2019-00285-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	ALEXANDER MARULANDA VALENCIA
ACCIONADO	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA

Procede la Sala Primera de Decisión a dictar sentencia de segunda instancia, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 9 de junio de 2021, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Que se inapliquen por inconstitucionales e inconvenientes las siguientes normas:

- El artículo 29 del Decreto 407 de 2006; artículo 29 del Decreto 1515 de 2007; artículo 28 del Decreto 673 de 2008; artículo 27 del Decreto 737 de 2009; artículo 27 del Decreto 1530 de 2010; artículo 27 del Decreto 1050 de 2011; artículo 27 del Decreto 842 de 2012; artículo 27 del Decreto 1017 de 2013; artículo 27 del Decreto 187 de 2014; artículo 27 del Decreto 1028 de 2015; artículo 27 del Decreto 214 de 2016; artículo 27 del Decreto 984 de 2017 y artículo 28 del Decreto 324 de 2018

2. Se declare la nulidad de la Resolución u oficio nro. S-2017-011240/ANOPA-GRUNO-1.10 del 18 de abril de 2017, mediante la cual se negó la reliquidación del salario del señor Alexander Marulanda Valencia, incluyendo el subsidio familiar en un 30% del salario básico por concepto de su esposa, y un 5% del salario básico por concepto de su primer hijo.

3. A título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional a reconocer y pagar a su poderdante la reliquidación del salario que devenga por parte de la Policía Nacional, donde se incluya la parte de subsidio familiar bajo los siguientes parámetros:

a) En un 30% del salario básico, porcentaje que corresponde por la esposa, Leidy Johanna Bautista Ospina, junto con los intereses e indexación que en derecho corresponda desde el 25 de junio de 2011, fecha de matrimonio.

b) En un 5% del salario básico, porcentaje que corresponde por su primera hija, Alexandra Marulanda Bautista, junto con los intereses e indexación que en derecho corresponda desde el 16 de enero de 2012, fecha de nacimiento.

4. A título de restablecimiento del derecho se condene a La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional a pagar al demandante los dineros retroactivos correspondiente a prestaciones, subsidios, aumentos anuales o cualquier otro derecho causado, más la indexación que en derecho corresponda, incluyendo el subsidio familiar como factor salarial.

5. En el evento que el demandante se retire o sea retirado de la Policía Nacional, se incluya como factor prestacional el subsidio familiar en un 35% de su salario básico mensual, lo cual deberá constar en su hoja de servicios.

6. Que se dé cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 192 y 195 del CPACA.

7. Que se reconozca personería a la abogada.

HECHOS

- El demandante ingresó a las filas de la Policía Nacional en el año 2006, ostentando la categoría de alumno, y luego de la aprobación del respectivo curso de formación ascendió al grado de patrullero, lo que significó el inicio su vida laboral bajo el régimen denominado Nivel Ejecutivo.

- Que en su recorrido laboral, y bajo su esfera personal, el accionante contrajo nupcias con la señora Leidy Johanna Bautista Ospina; unión de la cual nació la menor Alexandra Marulanda Bautista.

- El actor luego de observar las diferencias salariales por concepto de subsidio familiar en la institución, presentó ante la Dirección General de la Policía Nacional solicitud para que se reliquidará su salario y se incluyera el subsidio familiar en los mismos porcentajes que se les reconoce al restante de uniformados de la institución.

- La Policía Nacional, mediante su delegado, expidió la Resolución u oficio no. S-2017-011240/ANOPA-GRUNO-1.10 del 18 de abril de 2017, por medio del cual se negó su petición.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Indicó que el subsidio familiar es reconocido a una determinada población del sector laboral, bajo unas condiciones especiales; adicionalmente, señaló que, si bien es cierto, este rubro se debe pagar junto con los demás emolumentos que componen el salario del trabajador, ello no quiere decir que el beneficiario directo del subsidio sea el empleado, sino que es su núcleo familiar.

Para dar claridad al tema, citó la sentencia T-623 de 2016 de la Corte Constitucional que explicó que el subsidio familiar, además de constituir un apoyo económico para los trabajadores de medianos y menores ingresos, también es una prebenda legal donde el titular es la familia del trabajador; es decir que, el reflejo económico se vislumbra en el salario del trabajador pero su último destinatario será la familia de dicho empleado, por lo cual, sin lugar a equivoco, es necesario afirmar que el soporte en dinero que se brinda por concepto de subsidio familiar tiene un receptor por excelencia: la familia.

Que posterior a la expedición de los Decretos 1212 y 1213 del 08 de junio de 1990, el Congreso de la República y el Gobierno Nacional consideraron necesario reformar la estructura interna de la Policía Nacional, por lo cual se manifestó la posibilidad de implementar una nueva categoría institucional. De acuerdo a ello, se expidió la Ley 62 de 1993, mediante la cual otorgó facultades extraordinarias al presidente para que modificara las normas de la Policía Nacional, y con base en estas, en la actualidad todos los miembros del nivel ejecutivo perciben el subsidio familiar, según el Decreto 1091 de 1995, pero esta norma no determinó los porcentajes que debían ser reconocidos por concepto de esposa e hijos.

De acuerdo a lo anterior, sostiene que, el derecho a la igualdad del demandante como de su núcleo familiar es transgredido, ya que existe una flagrante discriminación respecto de la aplicación del subsidio familiar para los miembros del nivel ejecutivo, ya que no es válido aceptar, desde una perspectiva convencional, constitucional o legal, que el subsidio familiar deba aplicarse de forma diferente entre las categorías que componen la institución policial, esto bajo la mirada directa de la finalidad de la prestación social.

Finalmente, indicó que la demandada vulneró el principio de progresividad y prohibición de retroceso en materia salarial y prestacional contenido en el artículo 48 de la Constitución, y procedió a citar jurisprudencia alusiva al tema.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL: se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y seguidamente aceptó todos los hechos como ciertos.

Propuso las excepciones de:

- **Presunción de legalidad del acto administrativo:** explicó que, verificado el sistema de información de Talento Humano de la Policía, se pudo constatar de la hoja de vida del demandante que, se vinculó como alumno ejecutivo regido por el Decreto 1091 de 1995, y que el reconocimiento y pago del subsidio familiar se realiza conforme lo previsto en los artículos 16 y 17 de la norma en discusión, en el cual no se incluye cónyuge o compañera permanente.

Referenció las normas que definen el subsidio familiar, de las cuales se desprende que el mismo no es salario, ni se computará como factor de este en ningún caso.

Que, posteriormente, se expidió el Decreto 4433 de 2004 cuyo artículo 17 es claro en señalar que, para efecto del pago del subsidio, se consideran personas a cargo las enumeradas en ese artículo, cuando convivan y dependan económicamente del personal del nivel ejecutivo y se hallen dentro de las condiciones allí estipuladas; precepto que en ningún momento contempló porcentaje alguno por concepto del cónyuge o compañera permanente como si lo disponían los decretos de los regímenes diferentes que se pretenden hoy se apliquen en el caso concreto, sin aplicar lo correspondiente a su régimen del nivel ejecutivo; por cuanto los montos del subsidio familiar devengados no son de su agrado.

Que, conforme a lo anterior, el demandante en su calidad de activo solicita la reliquidación del salario mensual que actualmente devenga con incremento de la partida de subsidio familiar en los mismos términos que se aplica para los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, por considerar que existe una discriminación, para lo cual realiza una comparación entre uno y otro régimen únicamente respecto de la partida cuyo incremento solicita.

Que esa apreciación es imprecisa, sobre todo teniendo en cuenta el principio de inescindibilidad normativa, ya que el convocante realiza un comparativo únicamente respecto de una de las partidas que componen su salario, y no de manera integral, pues si así lo hiciera, notaría que su salario, compuesto por todas las primas, bonificaciones y demás, supera al de los miembros de la institución con quienes aduce estar recibiendo un trato discriminatorio.

- **Prescripción de las mesadas pensionales:** de conformidad con el artículo 60 del Decreto 1091 de 1995, que señala un término de cuatro años, que se cuenta a partir de la fecha en que surge el derecho para la reclamación.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

EL Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia proferida el 9 de junio de 2021 negó pretensiones, tras plantearse como problema jurídico el determinar si el demandante tenía derecho al reajuste de su salario con la inclusión del subsidio familiar en un porcentaje del 39% conforme se les reconoce a los demás uniformados de la institución.

En primer momento, relacionó las premisas normativas y jurisprudenciales del régimen salarial y prestacional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, para seguidamente analizar el marco normativo del subsidio familiar y descender al caso concreto y, de acuerdo al material probatorio, concluir que el demandante se vinculó a la Policía Nacional el 4 de mayo de 2006 como alumno del nivel ejecutivo, e ingresando a dicho nivel el 10 de noviembre de 2006 en el grado de patrullero, de acuerdo con la información que reposaba en la hoja de servicios, y que para la fecha de interposición de la presente demanda, el accionante había laborado en la institución en total 12 años, 4 meses, 5 días, sin evidenciarse constancia de retiro.

Que, además, había solicitado reliquidación y pago retroactivo del salario mensual percibido de la Policía Nacional incluyendo un 35% de su salario básico por concepto de subsidio familiar, desde la fecha en que se produjo su matrimonio y el nacimiento de su hija, y que al momento de su retiro de la institución se incluyera como factor de liquidación, petición que había sido resuelta de manera negativa por la Policía Nacional, mediante oficio 011240 del 10 de abril de 2017, aduciendo que la prestación fue liquidada conforme a lo previsto en los artículos 16 y 17 del Decreto 1091 de 1995, las cuales no incluyen a la compañera permanente o esposa del uniformado.

Sostuvo que lo pretendido por el actor, esto es, la liquidación de la partida del subsidio familiar con fundamento en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, afecta el principio de inescindibilidad normativa, pues el régimen salarial y prestacional del nivel ejecutivo debe aplicarse en forma integral y no tomar los aspectos más favorables de uno y otro régimen tal como se pretende; circunstancia que además manifestó no constituye una violación del derecho a la igualdad, pues repite, los beneficiarios de cada régimen (oficiales, suboficiales, agentes y nivel ejecutivo) a pesar de pertenecer a la misma institución, en relación con las partidas computables en la asignación básica, se encuentran en situaciones de hecho diferentes teniendo en cuenta las diferentes categorías de jerarquía, la naturaleza de sus funciones y además que cada personal realiza cotizaciones sobre diferentes partidas.

Corolario de lo expuesto, negó las pretensiones de la demanda en la medida en que la parte demandante no es destinataria de las normas que regulaban el porcentaje del subsidio familiar consagradas en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, sino de la forma como fuera dispuesto tal porcentaje en el Decreto 1091 de 1995 del Nivel Ejecutivo.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción denominada "PRESUNCION DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO" planteada por la entidad demandada.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda que a través del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instauró el señor ALEXANDER MARULANDA VALENCIA frente a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL, de acuerdo a los planteamientos hechos en la parte considerativa.

TERCERO: CONDENAR en costas al señor ALEXANDER MARULANDA VALENCIA como parte vencida en el presente proceso, en favor de la Nación –Ministerio de Defensa –Policía Nacional, cuya liquidación y ejecución se hará por secretaría conforme las normas del C.G. del P.

CUARTO: DISPONER que por Secretaría, se realice la liquidación de los gastos del proceso, ordenando la devolución de los remanentes que eventualmente quedaren.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación según memorial que reposa en el archivo #9 del expediente digital de primera instancia.

Como primer argumento, señaló que existe una falencia de parte del fallador de primera instancia al momento de emitir sentencia, en atención a que, tal y como se edificó en el libelo inicial, así como en la fijación del litigio, se considera vulnerado el derecho a la igualdad de la familia del actor; y resaltó que en los eventos donde se considere trasgredido el artículo 13 constitucional surge la necesidad judicial de aplicar lo que la Corte Constitucional ha denominado “*juicio integrado de igualdad*”, lo cual no se realizó en la providencia de primera instancia.

Explicó que el juicio integrado de igualdad posee una serie de elementos y pasos para su correcta aplicación, y con apoyo en las sentencias C-015 del año 2018 y C-053 del año 2018 emitidas por la Honorable Corte Constitucional, procedió a relatar cuál era el margen jurídico a tener en cuenta para efectuar el estudio del citado juicio, para lo cual adujo la necesidad de culminar tres pasos: (i) detección de tres presupuestos junto con su análisis; (ii) identificación del nivel de intensidad aplicable; y (iii) aplicación del nivel de intensidad junto con el análisis de los elementos previos. Todos estos pasos los aterrizó al caso concreto, y concluyó que no existe justificación constitucionalmente válida que permita aplicar de forma disímil el subsidio familiar para los uniformados de la Policía Nacional.

Como segundo argumento, relacionado con el principio de inescindibilidad que argumentó el juez, sostuvo que no comparte este razonamiento ya que lo primero es determinar si se está frente a un principio o una regla, y afirmó que en este caso se está frente a una regla, en atención a que es el Código Sustantivo del Trabajo el que consagra esta prohibición y no la Constitución Política. Y a partir de esto, manifestó que se debe tener en cuenta la existencia de un serio conflicto entre una regla legal, como lo es la inescindibilidad, y derechos constitucionales como los son la igualdad, familia e interés del menor; y aclaró que estos poseen una doble dimensión, principio y derecho fundamental, ya que de su estructura normativa se extrae la generalidad y ámbito amplificador, y por eso pide aplicar lo establecido en el artículo 4 de la Constitución Política, esto es, la excepción de inconstitucionalidad.

Que también se evidencia que la sentencia emitida por el *a quo* consignó que si bien es cierto la fuente de la inescindibilidad es legal, por vía jurisprudencial se elevó esta figura jurídica a la categoría de principio, por lo cual anunció su completo desacuerdo con tal posición, ya que la función de la Honorable Corte Constitucional, entre otras, es la de interpretar los principios, valores y derechos fundamentales, más no la de erigir preceptos legales a un rango constitucional; máxime porque la diferencia entre regla y principio es clara, y no depende de la interpretación de la norma sino de la estructura de la misma; pero

que en el evento que se considere la inescindibilidad como principio no cabe duda que entonces se estaría frente a lo que Robert Alexy denomina un caso difícil, toda vez que existe un choque entre principios constitucionales, para lo cual es necesario aplicar reglas de ponderación; en otras palabras, con claridad el eje problemático sería lo siguiente lo siguiente: *¿Qué pesa más, el principio de inescindibilidad o los principios y derechos fundamentales a la igualdad, menor y familia?*

Como tercer argumento, adujo que no es de recibo la aseveración lanzada por el despacho cuando anuncia que el régimen salarial del actor es mejor que el de los demás miembros de la Policía Nacional por simple deducción piramidal de la instituciones, lo que denota que el juez no observó los elementos que componen el subsidio familiar en Colombia, y los motivos diferenciadores que inspiran la afirmación que, si bien es cierto es una prestación periódica, se debe tener en cuenta que su esencia y sustancia permiten excluir su análisis con respecto de las demás partidas que hacen parte del salario del trabajador, en especial por su finalidad y ámbito de aplicación.

Por ello, resaltó que el subsidio familiar no es una prestación común y corriente, y en tal sentido surge la inminente necesidad de verificar sus elementos internos, tanto legales como jurisprudenciales, para así observar si efectivamente hubo transgresión de los derechos anotados, para lo cual afirmó debe tenerse en cuenta que el subsidio familiar es un reconocimiento que no tiene que ver con la categoría, funciones, ingreso, jerarquía o elementos de los uniformados, su función exclusiva es la protección de la familia, por lo cual son indiferentes todos estos elementos enunciados por el despacho, resaltando que el núcleo familiar del trabajador es el titular de la prebenda, lo cual debe tener especial atención porque el fallador inicial no lo tuvo en cuenta.

Como quinto argumento, sostuvo que el ingreso del actor al nivel ejecutivo fue voluntario, y por ello quedó sometido a todo el régimen salarial y prestacional que gobierna esa categoría policial, lo cual desde una óptica legal sería válido; sin embargo, lo considera constitucionalmente reprochable por el simple hecho que los derechos fundamentales son irrenunciables, inherentes al ser humano e intransferibles, por lo que es necesario resaltar que, así el demandante conociera el sistema laboral que lo iba gobernar, no es admisible afirmar que él debía renunciar a sus derechos fundamentales para pertenecer a la categoría del nivel ejecutivo, por ello, es relevante e imperioso entender el conflicto constitucional del presente asunto.

En sexto lugar, argumentó que el despacho negó las pretensiones de la demanda en atención a que el Consejo de Estado, mediante sentencia de Unificación del 29 de abril del año 2019, al verificar el sistema prestacional de los soldados profesionales manifestó que, en protección del principio de sostenibilidad fiscal, solo serían partidas computables para la asignación de retiro las que estuvieran expresamente contempladas en el decreto reglamentario; argumento que a su juicio lesiona fuertemente el sistema social de derecho colombiano, toda vez que, si bien es cierto protege los intereses estatales en razón a la sostenibilidad fiscal del sistema, permite que el “supuesto principio” desplace la protección de derechos de carácter fundamental como lo son la igualdad, la familia y la protección del menor y adolescente colombiano.

Sexto argumento Resaltó que el fallador emitió una aseveración sin fundamento que así la sustente, esto es, que el actor se trata de una persona de ingresos altos sin observar cuál es el criterio que expone para fundamentar esa afirmación, lo que se traduce en un defecto sustantivo directo, pues no puede ser discrecionalidad del juez manifestar quién es un empleado de ingresos altos ya que debe existir prueba de ello, y como en el caso bajo examen no se acreditó esto, es necesario aplicar el principio *pro operario*, el cual traduce que en el evento que exista duda laboral debe resolverse a favor del trabajador.

Añadió que el despacho indicó que si se está en desacuerdo con los decretos que establecen el reconocimiento del subsidio familiar para los miembros del nivel ejecutivo, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es el medio de control a ejercer para detentar dicha disconformidad, por lo cual es necesario ejercer la acción de nulidad simple ante el Honorable Consejo de Estado con la finalidad que este órgano verifique si las normas contienen vicio alguno, afirmación que también reprochó ya que no puede desconocerse el control difuso de constitucionalidad que deben ejercer los jueces, inclusive de oficio, cuando se observa una presunta vulneración de la Constitución Política de Colombia por parte de una norma de inferior jerarquía. En el presente caso se han dispuesto argumentos serios y directos que permiten al juez de instancia observar la inconstitucionalidad de las normas de las cuales se solicita inaplicación, por cual es un caso donde surge la necesidad de verificar a la luz de la Carta Política los decretos anotados, más por las características propias del subsidio familiar.

Como octavo argumento, aseveró que existen sentencias emitidas por el Honorable Consejo de Estado donde se analizó un tema similar al caso que nos ocupa; sin embargo, advierte que debe tenerse en cuenta que la esencia de esa línea jurisprudencial no es aplicable al caso bajo examen porque en ese caso se verificó la existencia de un

desmejoramiento del personal que siendo suboficial o agente se homologó al nivel ejecutivo; y en la demanda no se alega un desmejoramiento salarial sino una transgresión del principio y derecho constitucional a la igualdad de la familia del actor; y porque existen diferencia de hechos y de derecho entre esos casos y este, ya que el planteamiento del presente asunto gira bajo la esfera del artículo 13 constitucional, lo cual conlleva que se observen los lineamientos trazados por la Honorable Corte Constitucional con respecto de la aplicación del juicio integrado de igualdad.

Como punto nueve, destacó que el fallador en primera instancia manifestó que el subsidio familiar del nivel ejecutivo no es factor computable en la asignación de retiro del actor; pero que, para ello, es necesario realizar un profundo análisis de la jurisprudencia que rodea la materia, es decir, detectando líneas en el tiempo diseñadas por las Altas Cortes, y observando cuáles limitantes se han impuesto y cuál margen de protección constitucional.

Finalmente, y como décimo argumento, precisó que se condenó a la parte vencida en costas, en acatamiento del cambio legal que refleja la aplicación de un carácter objetivo en la jurisdicción de lo contencioso administrativo; pero que aparte de ello, también se debe verificar que las costas se hayan causado en el proceso, lo cual en este caso no quedó acreditado.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 247 del CPACA, las partes no se pronunciaron sobre el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

No advirtiendo alguna irregularidad que dé lugar a declarar la nulidad de lo actuado, procede la Sala a dictar sentencia de primera instancia en el presente proceso.

Problemas jurídicos

De conformidad con el recurso de apelación interpuesto, los problemas jurídicos a dilucidar son los siguientes:

1. ¿Le asiste derecho al accionante a que su salario sea reajustado incluyendo el subsidio familiar en un porcentaje del 30% del salario básico por su esposa y 5% por su primer hijo?

2. ¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandante en primera instancia?

Quedó probado en el proceso:

- El demandante se vinculó a la Policía Nacional como alumno del nivel ejecutivo desde el 4 de mayo de 2006; y al grado de patrullero en el nivel ejecutivo desde el 10 de noviembre de 2006.
- Mediante Oficio S-22017-011240/ANOPA-GRUNO-1.10 del 18 de abril de 2017, la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional negó la inclusión del subsidio familiar solicitado por la parte actora.
- Conforme al Registro Civil de Matrimonio, el actor contrajo nupcias con Leidy Johanna Bautista Ospina el 25 de junio de 2011.
- Conforme al Registro Civil de Nacimiento, el demandante es el padre de Alexandra Marulanda Bautista, nacida el 16 de enero de 2012.
- Conforme al desprendible de pago de septiembre de 2018, el demandante recibió un pago por concepto de subsidio familiar nivel ejecutivo por valor de \$31.319.

Primero problema jurídico

Régimen de asignaciones y prestaciones del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional

El Gobierno Nacional expidió el Decreto 132 del 13 de enero de 1995, por el cual se desarrolló la carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, así:

*ARTÍCULO 13. INGRESO DE AGENTES AL NIVEL EJECUTIVO.
Podrán ingresar al primer grado del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, los agentes en servicio activo siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos:
(...)
PARÁGRAFO 1°. Los agentes en servicio activo que no sean bachilleres, tendrán plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente decreto, para acreditar este requisito, o en su defecto, deberán adelantar y aprobar un curso de nivelación académica de acuerdo con reglamentación que expida la Dirección General de la Policía Nacional.*

PARÁGRAFO 2°. Los agentes que al momento de ingresar al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, hayan cumplido ocho (8) o más años de servicio activo como tales, ingresarán al grado de Subintendente, sin perjuicio de los requisitos exigidos en los numerales 1°, 2°, y 3° de este artículo.

ARTÍCULO 15. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DEL PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO. El personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, se someterá al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional.

ARTÍCULO 82. INGRESO AL NIVEL EJECUTIVO. El ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional.

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1091 de 1995, por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, que en cuanto al subsidio familiar para el personal del nivel ejecutivo señaló:

Artículo 15. Definición. El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, en proporción al número de personas a cargo y de acuerdo a su remuneración mensual, con el fin de disminuir las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia. Esta prestación estará a cargo del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional.

Parágrafo. El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso.

Artículo 16. Pago en dinero del subsidio familiar. El subsidio familiar se pagará al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo. El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo.

Artículo 17. De las personas a cargo. Darán derecho al subsidio familiar las personas a cargo del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, que a continuación se enumeran:

- a. Los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros menores de doce (12) años.*
- b. Los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros mayores de doce (12) años y menores de veintitrés (23) años, que acrediten estar adelantando estudios primarios, secundarios y post-secundarios en establecimientos docentes oficialmente aprobados.*
- c. Los hermanos huérfanos de padre menores de dieciocho (18) años.*

d. Los hijos y hermanos huérfanos de padre que sean inválidos o de capacidad física disminuida, que hayan perdido más del 60% de su capacidad normal de trabajo.

e. Los padres mayores de sesenta (60) años, siempre y cuando no reciban salario, renta o pensión alguna.

Para efecto del pago del subsidio se consideran personas a cargo las enumeradas, cuando convivan y dependan económicamente del personal del nivel ejecutivo y se hallen dentro de las condiciones aquí estipuladas.

Artículo 18. Reconocimiento del subsidio familiar. La Junta Directiva del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional reglamentará el reconocimiento y pago del Subsidio Familiar.

Artículo 19. Extinción del subsidio familiar. El subsidio familiar dejará de ser percibido por el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, en los siguientes casos:

- a) Por muerte de la persona a cargo;*
- b) Por independencia económica;*
- c) Por incumplimiento de los requisitos establecidos para su reconocimiento y pago;*
- d) Por constitución de familia por vínculo natural o jurídico;*
- e) Por cumplir la edad límite.*

Artículo 20. Novedades de personas a cargo. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, deberá informar al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional por conducto de la Dirección General de la Policía, los nacimientos o muertes del personal a cargo, el término de la convivencia y cualquier otro hecho que determine modificaciones en la cuantía del subsidio, dentro del mes siguiente en que cualquiera de dichos eventos ocurra.

Artículo 21. Prohibición pago doble subsidio familiar. En ningún caso habrá lugar al reconocimiento de doble subsidio familiar. Cuando el cónyuge o compañero(a) permanente del miembro del nivel ejecutivo, preste sus servicios en el Ministerio de Defensa o en la Policía Nacional, el subsidio familiar se reconocerá al que perciba mayor sueldo básico: si éste fuere igual, recibirá el subsidio quien acredite mayor tiempo de servicio.

El miembro del nivel ejecutivo cuyo cónyuge o compañero (a) permanente, preste servicio en otra entidad oficial, para tener derecho al subsidio familiar, deberá acreditar que su cónyuge o compañero(a) ha renunciado a dicha prestación en la entidad donde trabaja, mediante certificación expedida por esta última.

De conformidad con la normativa expuesta, es claro que hay disposiciones que regulan no solo la carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, sino además su

régimen de asignaciones y prestaciones.

Aduce la parte demandante, que en este caso se presenta una vulneración del derecho a la igualdad del accionante en la forma de calcular el subsidio familiar frente a la manera en que se hace con los oficiales, suboficiales y agentes, sin que haya una justificación para ese trato disímil, especialmente por la finalidad que tiene este subsidio.

El Consejo de Estado en sentencia del 25 de noviembre de 2019¹ refiriéndose a la nulidad propuesta contra algunos artículos de los decretos reglamentarios 1029 de 1994, 1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1858 de 2012, referentes entre otros al subsidio familiar, señaló:

106. Ahora bien, al estudiar el régimen prestacional de los Oficiales, Suboficiales, Agentes frente al personal ejecutivo de la Policía Nacional, encuentra la Sala que sus miembros no se les reconocen los mismos emolumentos. Sobre el particular, se tiene:

DECRETO 1212 DE 1990	DECRETO 1213 DE 1990	DECRETO 1091 DE 1995
... SUBSIDIO FAMILIAR		
Art. 82 <i>“A partir de la vigencia del presente Decreto los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así: a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo. b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a</i>	Art. 46 <i>“A partir de la vigencia del presente Decreto, los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así: a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo. b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlo, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. del presente artículo. c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás sin que se</i>	Art. 16 <i>“Pago en dinero del subsidio familiar. “El subsidio familiar se pagará al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo. El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo.”</i>

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. sentencia de 25 de noviembre de 2019, expedientes: 110010325000201400186-00 (0444-2014) y 110010325000201401554-00 (5008-2014).

<i>devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. Del presente artículo. c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%)."</i>	<i>sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%). (...)"</i>	

107. Del cuadro comparativo expuesto, observa la Sala lo siguiente:

...

- Los decretos que regulan a los Oficiales, Suboficiales y Agentes señalan la forma de liquidar el subsidio familiar, sobre el sueldo básico. Mientras que para los miembros del Nivel Ejecutivo se indica que será el Gobierno Nacional quien determinará la cuantía del subsidio.*

108. En este sentir, se tiene que esta Corporación ha sostenido en reiteradas oportunidades,² que si bien el régimen del Nivel Ejecutivo no contempla el pago de las primas de actividad y antigüedad, ni del subsidio familiar con carácter salarial, no se generó una desmejora de las condiciones laborales de los agentes y suboficiales que se acogieron a la homologación. Es así como, en sentencia de 15 de marzo de 2018,³ esta Subsección señaló:

«En efecto, si bien en el régimen salarial y prestacional del Nivel Ejecutivo no se contemplaron las primas de actividad y antigüedad, entre otras, y el monto del subsidio familiar fue reducido; no obstante, ello, de por sí, no implica que el régimen al que se acogió le haya sido desfavorable, pues la comparación entre uno y otro no se puede hacer en forma aislada ni fraccionada respecto de cada uno de los factores prestacionales, bonificaciones o auxilios, sino que es necesario verificar la existencia de una desmejora en la generalidad de componentes que integran su remuneración, dentro de la cual está incluida la asignación básica mensual que fue el principal elemento diferencial entre uno y otro régimen, y el motivo por

² Ver sentencias Subsección A, sentencia de 3 de marzo de 2016, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero; radicación: 25000-23-42-000-2013-00067-01(3546-13); Subsección A, sentencia de 19 de mayo de 2016, M.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación 25000-23-25-000-2012-00108-01(3396-14); Subsección A, sentencia de 17 de noviembre de 2016, M.P. William Hernández Gómez, radicación: 25000-23-42-000-2013-05603-01(2296-14); Subsección A, sentencia de 15 de febrero de 2018, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 17001233300020130008101 (4370-2013); Subsección A, sentencia de 7 de marzo de 2018, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 08001233300020140146501 (0221-2017).

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Expediente: 630012333000201300121 01 (0387-2015); Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

el cual los agentes y suboficiales de la Institución se acogieron a la homologación.

En otras palabras, este desmejoramiento no puede mirarse aisladamente o factor por factor, pues ello permitiría la posibilidad de crear, sin competencia para el efecto, un tercer régimen, compuesto por aquellos elementos más favorables de cada uno de las normativas en estudio (en este caso, el de los Suboficiales - Decreto 1212 de 1990, por un lado; y, el del Nivel Ejecutivo - Decreto 1091 de 1995, por el otro).

Además en virtud del principio de inescindibilidad, la favorabilidad del Nivel Ejecutivo a la que se acogió libremente el demandante debe aplicarse en su integridad, pues es posible que en la nueva normativa (Decreto 1091 de 1995) existan ventajas no estipuladas mientras ostentó la condición de Suboficial y que, a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual su condición de integrante del Nivel Ejecutivo le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales.

...

“110. De acuerdo con lo expuesto, se concluye que no se presentó una «regresión» en materia laboral respecto de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, toda vez que desde su creación, cuenta con un régimen salarial y prestacional propio. En tal medida no se da un desconocimiento de los principios de favorabilidad, condición más beneficiosa y progresividad, pues atendiendo al principio de inescindibilidad, no podía el Gobierno Nacional tomar los aspectos favorables de cada régimen para su creación. Ello cobra especial importancia respecto del personal homologado, quienes pese a que recibían unos emolumentos que al cambiarse de grado desaparecieron o cambiaron su carácter salarial, mejoraron sus condiciones salariales en atención a otras ventajas que se le otorgaron al nivel ejecutivo, y por las cuales decidieron unirse a este.”(Se resalta)

Se advirtió en esta providencia que, el hecho que los miembros del nivel ejecutivo y los agentes, oficiales y suboficiales tuvieran un régimen salarial y prestacional diferente, no constituía una violación al derecho a la igualdad, ni una regresión en materia laboral, ya que en atención al principio de inescindibilidad, las normas no podían analizarse de manera fraccionada.

Caso concreto

Se encuentra acreditado que el demandante ha prestado los servicios a la Policía Nacional como alumno del nivel ejecutivo desde el 4 de mayo de 2006 al 9 de noviembre de 2006, y como patrullero en el nivel ejecutivo desde el 10 de noviembre de 2006 sin que se advierte retiro del servicio. Que contrajo nupcias con la señora Leidy Johanna Bautista Ospina el 25

de junio de 2011, y procreó a Alexandra Marulanda Bautista, nacida el 16 de enero de 2012.

Así, el actor pertenece al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, por lo que la normatividad aplicable, en lo que se refiere al subsidio familiar, es la dispuesta en los artículos 15 y siguientes del Decreto 1091 de 1995 que dispone que, este no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso; que además, otorga dicho derecho cuando los miembros del nivel ejecutivo tienen a su cargo hijos, sin embargo, no contempla al cónyuge como persona que dé lugar a su pago.

Se encuentra acreditado, además, que el actor recibió en 2018 el pago por concepto de subsidio familiar nivel ejecutivo por valor de \$31.139, valor que se encuentra en consonancia con el artículo 16 del decreto ibidem, que señala que *"El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo"*, y con el artículo 28 del Decreto 324 de 2018, mediante el cual se fijan los sueldos básicos del personal del nivel ejecutivo y que señala dicha suma para ese año.

Por lo tanto, se colige que, la prestación reclamada está siendo reconocida conforme a la normativa aplicable, la cual no contempla el reconocimiento del subsidio familiar como parte del salario, en los porcentajes y por las razones solicitadas por el demandante.

Ahora bien, el demandante reprocha que mediante el acto administrativo demandado se negó la inclusión del subsidio familiar en su salario mensual, equivalente a un 30% por su cónyuge y 5% por su primer hijo; por lo que solicitó inaplicar por inconstitucionales e inconvenientes ciertos artículos⁴ que fijan el valor del subsidio familiar contenidos en los decretos expedidos anualmente por el Presidente de la Republica desde 2008, en los que se fijan *"los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares; Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional; Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial"*.

⁴ Art. 29 del Decreto 407 de 2006; Art. 29 del Decreto 1515 de 2007; Art. 28 del Decreto 673 de 2008; Art. 27 del Decreto 737 de 2009; art. 27 del Decreto 1530 de 2010; Art. 27 del Decreto 1050 de 2011; Art. 27 del Decreto 842 de 2012; Art. 27 del Decreto 1017 de 2013; Art. 27 del Decreto 187 de 2014; Art. 27 del Decreto 1028 de 2015; Art. 27 del Decreto 214 de 2016; Art. 27 del Decreto 984 de 2007; art. 28 del Decreto 324 de 2018.

Afirma, en síntesis, en su recurso de apelación, que se deben inaplicar por inconstitucional tales normas, según lo manda el artículo 4 de la Carta Política, por cuanto vulneran el principio de igualdad en el reconocimiento y pago del subsidio familiar para los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en tanto que sí se incluye para los oficiales, suboficiales y agentes.

Al respecto cabe destacar que, el Consejo de Estado reiteradamente ha sostenido que no existe vulneración al derecho a la igualdad entre el régimen salarial y prestacional de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, analizado en su integridad, frente al que cubija a los suboficiales y agentes de la institución, en particular, porque la asignación salarial les resultó favorable. En efecto precisó que⁵:

“Contrario a lo afirmado por el interesado, lo que se observa es que el Ejecutivo no lesionó el mandato de no regresividad, pues de la comparación global entre el antiguo y nuevo régimen es evidente que el Decreto No. 1091 de 1995 le reporta nuevos beneficios que compensan los que le fueron suprimidos, tales como la prima de retorno a la experiencia y la prima del nivel ejecutivo; y, tampoco se allegó prueba dentro del expediente por parte del actor tendiente a probar la desmejora de su situación salarial y prestacional, por el contrario, se advierte un aumento significativo en el salario básico.

Tampoco se evidencia una discriminación del actor, toda vez que la aplicación del Decreto 1091 de 1995 deviene de su situación legal y reglamentaria de servicio público con vinculación en el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

Por último, como se dejó expuesto en el marco normativo y jurisprudencial, la Sala⁶ ya se había pronunciado sobre el presunto desmejoramiento de la situación salarial y prestacional del personal activo que ingresó al Nivel Ejecutivo. En aquella oportunidad, sostuvo la Sala:

“El citado desmejoramiento, no obstante, no puede mirarse aisladamente o, dicho de otra forma, factor por factor, pues ello permitiría la posibilidad de crear, sin competencia para el efecto, un tercer régimen, compuesto por aquellos elementos más favorables de cada uno de los regímenes en estudio [en este caso, el de Agentes - Decreto 1213 de 1990, por un lado; y, el del Nivel Ejecutivo - Decreto 1091 de 1995, por el otro]. Por el contrario, y en virtud del principio de inescindibilidad [ampliamente delineado por la jurisprudencia laboral contenciosa], la favorabilidad del Nivel ejecutivo al que se acogió libremente el interesado debe observarse en su integridad, pues es posible que en la nueva normativa aplicable

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 9 de febrero de 2015, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación número: 17001-23-33-000-2012-00152-01(2987-13).

⁶ Cita de cita: Sentencia de 31 de enero de 2013. NI. 0768-12.

[la contenida en el Decreto 1091 de 1995] existan ventajas no estipuladas mientras ostentó la condición de Agente y que, a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual, en su conjunto, su condición de integrante de Nivel Ejecutivo le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales”.

Además, se ha precisado que, la disparidad existente en dichos regímenes tiene origen, entre otras cosas, en el nivel de requisitos y responsabilidades de cada uno de esos cargos. Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia del 22 de abril de 2021⁷ precisó que:

“...la interpretación jurisprudencial vigente consiste en que dicha disparidad no comporta, per se, una discriminación, puesto que ello tiene origen, entre otras cosas, en el nivel de requisitos y responsabilidades de cada uno de esos cargos, tal como se aclaró en la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019 proferida por la Sección Segunda de esta corporación, providencia que, si bien se ocupó de analizar dicha temática en relación con los soldados profesionales, guarda estrecha similitud con el asunto bajo examen en cuanto a sus supuestos fácticos y jurídicos y, por tanto, en criterio de las autoridades judiciales, es plenamente aplicable.

[...]

Así las cosas, esta Sala considera que las providencias cuestionadas contienen una carga argumentativa suficiente y razonable que condujo a negar las pretensiones de la demanda instaurada por el señor HIGINIO AVILEZ GUTIÉRREZ encaminada a que se inaplicaran, por excepción de inconstitucionalidad, las normas que excluyeron el subsidio familiar como partida computable para el reconocimiento de su asignación de retiro, pues ambas autoridades hicieron referencia a las diferentes posiciones jurisprudenciales que se han suscitado en torno al tema y las razones por las cuales consideraron aplicable la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, en la que, se repite, se descartó una violación de principios y derechos constitucionales con ocasión de dicha diferenciación, con lo que se encuentra acreditada la carga de transparencia”.
(Se resalta)

Aunado a lo anterior, en aplicación del principio de inescindibilidad, el demandante no se puede favorecer de las ventajas de uno y otro régimen, máxime cuando la decisión de acogerse al nivel ejecutivo de la Policía Nacional surgió en forma libre y espontánea, y ello conlleva la aceptación de las normas que fijaban los salarios y prestaciones sociales del régimen salarial que se fijó para el personal del nivel ejecutivo.

Además, ante regímenes tan disímiles como son el nivel ejecutivo y el de los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, no es procedente continuar con el estudio de

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda. C.P. Gabriel Valbuena Hernández, sentencia de tutela de 22 de abril de 2021. expediente: 11001-03-15-000-2020-05145-01(AC)

las demás etapas del test de igualdad, ya que para la prosperidad de un juicio de igualdad se precisa la existencia de supuestos o situaciones que objetiva, material y funcionalmente sean equiparables, a fin de establecer qué es lo igual que merece un trato igual. Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia del 18 de marzo de 2021⁸ precisó que:

76. Nótese además que, la conclusión a la que llegó la autoridad judicial demandada resulta proporcional, razonable y adecuada, pues afirmó, que los regímenes especiales son inescindibles por lo que no es dable pretender la aplicación y beneficio de todas las normas que rigen los diferentes niveles al interior de la Policía Nacional, además el estatuto de carrera consagra que el personal del Nivel Ejecutivo, está en una categoría inferior a la de los Suboficiales, por lo que es lógico que tengan un régimen salarial más benéfico que quienes se encuentran en el grado inmediatamente inferior.

77. De manera que, ante regímenes tan disímiles (del nivel ejecutivo y demás miembros de la fuerza pública) no era procedente continuar con el estudio de las demás etapas del test de igualdad, como lo advirtió la Corporación acusada, ya que para la prosperidad de un juicio de igualdad se precisa la existencia de supuestos o situaciones que objetiva, material y funcionalmente sean equiparables, a fin de establecer “qué es lo igual que merece un trato igual y qué es lo divergente que exige, por consiguiente, un trato diferenciado”.

78. Lo anterior permite concluir que los defectos sustantivo y desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional invocados por la señora Ahumada Marciales, no están llamados a prosperar y, en consecuencia, la Sala negará la tutela deprecada”. (Se resalta)

Por la misma razón, esto es, que ese trato diferenciado entre los integrantes y sus familias del nivel ejecutivo por un lado, y los oficiales, suboficiales y agentes y sus familias de la Policía Nacional por el otro, está justificado en las funciones y responsabilidad que se asumen en el desarrollo de las actividades, tampoco se evidencia la vulneración de las garantías superiores a la igualdad y la familia invocadas por el demandante. Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia del 5 de febrero de 2021⁹ precisó que:

Así las cosas, aunque el subsidio familiar no repercute en la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, como sí sucede en las reconocidas a los agentes, suboficiales y oficiales de la fuerza pública, ello no involucra trasgresión de las garantías superiores a la igualdad y la familia, por cuanto ese trato diferenciado está justificado en las funciones y responsabilidad que asumen.

⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta. C.P. Rocío Araújo Oñate, sentencia de tutela de 18 de marzo de 2021. expediente: 11001-03-15-000-2021-00004-00(AC)

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección B. C.P.: Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia de tutela de 5 de febrero de 2021. Radicación número: 11001-03-15-000-2020-05145-00(AC)

Por consiguiente, los señores magistrados al no aplicar la excepción de inconstitucional no inobservaron la Carta Política, porque, se reitera, el trato prestacional disímil entre el personal del nivel ejecutivo y los agentes, suboficiales y oficiales de la Policía Nacional, en lo concerniente a la inclusión del subsidio familiar en sus asignaciones de retiro, resulta razonable, por lo que tampoco se configuró la violación directa de la Constitución Política.

A partir de los anteriores prolegómenos y comoquiera que la sentencia cuestionada no adolece de desconocimiento del precedente ni de violación directa de la Constitución, esta Sala negará el amparo deprecado". (Se resalta)

Así las cosas, al demandante no le asiste derecho a que se reliquide su salario incluyendo el subsidio familiar por concepto de su cónyuge en un porcentaje del 30% y por concepto de su primer hijo en un porcentaje del 5%, por cuanto el reconocimiento del subsidio familiar se ha efectuado de conformidad con los artículos 15 y siguientes del Decreto 1091 de 1995.

Además, no existe vulneración del derecho a la igualdad del demandante y de su familia, como miembro de la Policía Nacional del nivel ejecutivo, en comparación con los suboficiales y oficiales de esa institución en lo relacionado con el reconocimiento y pago del subsidio familiar.

Por lo tanto, no es procedente inaplicar en el caso concreto el artículo 29 del Decreto 407 de 2006; artículo 29 del Decreto 1515 de 2007; artículo 28 del Decreto 673 de 2008; artículo 27 del Decreto 737 de 2009; artículo 27 del Decreto 1530 de 2010; artículo 27 del Decreto 1050 de 2011; artículo 27 del Decreto 842 de 2012; artículo 27 del Decreto 1017 de 2013; artículo 27 del Decreto 187 de 2014; artículo 27 del Decreto 1028 de 2015; artículo 27 del Decreto 214 de 2016; artículo 27 del Decreto 984 de 2007; artículo 28 del Decreto 324 de 2018, que fijan anualmente el valor del subsidio familiar para el "... *Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional...*".

Por las razones expuestas, no prosperan los argumentos señalados por el apelante y en consecuencia se confirmará la sentencia de primera instancia

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 la condena en costas se ajustó a derecho, ya que se fundamentó la decisión con soporte en criterio objetivo valorativo.

Al revisar la argumentación que se plasmó en el fallo de primera instancia en relación con las costas, se adujo que se condenaría en costas a la parte demandante partiendo del criterio objetivo que había sostenido el Consejo de Estado para la imposición de las mismas, al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino aspectos objetivos respecto de su causación, tal como lo consagra el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Por lo que al considerar que en el presente caso las costas se habían causado, por lo menos en lo que tenía que ver con las agencias en derecho, condenó a su pago en contra del demandante y a favor de la entidad demandada, liquidación que afirmó se haría conforme a las normas del C.G.P.

En el recurso de apelación se argumentó, en síntesis, que no procedía la condena en costas, ya que se trató de una condena automática para la parte vencida en juicio, sin que se analizara si se habían causado o no, por lo que se pasó por alto el criterio valorativo.

Debe indicarse que las costas se entienden como la erogación económica que corresponde efectuar a las partes involucradas en el 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, adicionado por la Ley 2080 de 2021 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.

De acuerdo a la redacción del artículo, la condena en costas no se condicionó a la forma en que la parte se desenvolvió dentro del litigio, simplemente se estableció que la sentencia dispondría lo pertinente, y aclaró 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.

De acuerdo a la redacción del artículo 188 del CPACA, que varió sustancialmente en relación con lo dispuesto en el artículo 171 del CCA, así como a jurisprudencias del Consejo de Estado, 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 las costas, en el 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.

En atención a lo expuesto, y con fundamento en el criterio objetivo valorativo, en este caso la condena en costas que impuso el juez de primera instancia cumplió con el mismo, ya que en la sentencia que la entidad se argumentó que la causa de ello correspondía a que la entidad, con ocasión a la demanda presentada, debió incurrir en gastos pues estuvo o representada por abogado quien actuó en las etapas procesales.

Decisión de segunda Instancia

Al demandante no le asiste derecho a que se reliquide su salario incluyendo el subsidio familiar por concepto de su cónyuge en un porcentaje del 30% y por concepto de su primer hijo en un porcentaje del 5%, por cuanto el reconocimiento del subsidio familiar se ha efectuado de conformidad con los artículos 15 y siguientes del Decreto 1091 de 1995.

Además, no existe vulneración del derecho a la igualdad del demandante y de su familia, como miembro de la Policía Nacional del nivel ejecutivo, en comparación con los suboficiales y oficiales de esa institución en lo relacionado con el reconocimiento y pago del subsidio familiar.

En relación con la condena en costas, en este caso se expusieron las razones o valoraciones que señala la ley y la jurisprudencia, por lo que se deberá confirmar.

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 la sentencia de primera instancia será modificada.

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

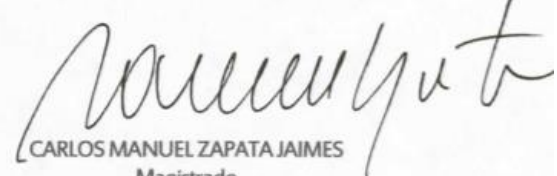
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el día 9 de junio de 2021, en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **ALEXANDER MARULANDA VALENCIA** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL**, según lo expuesto en la parte motiva. En su lugar:

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen para lo pertinente. Háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

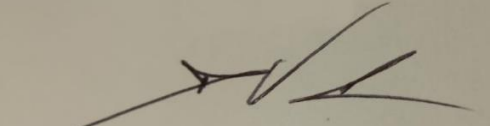
Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 15 de septiembre de 2022, conforme acta nro. 053 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 166 del 19 de septiembre de 2022

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, quince (15) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

PROCESO No.	17001-33-39-005-2016-00386-02
CLASE	REPARACIÓN DIRECTA
ACCIONANTE	MARÍA ISBELIA PATIÑO CALAS Y OTROS
ACCIONADO	LA NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y LA NACIÓN - RAMA JUDICIAL

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a proferir sentencia de segunda instancia, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia que negó pretensiones, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el día 15 de mayo de 2020, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Peticionó la parte actora se hagan los siguientes pronunciamientos:

CAPITULO I. DECLARACIONES Y CONDENAS: Declárese a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y a la NACIÓN COLOMBIANA — RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO, ADMINISTRATIVA y SOLIDARIAMENTE responsables por la prolongada privación injusta de la libertad, así como la prolongada e injusta sindicación de la que fuera víctima la señora MARÍA ISBELIA PATIÑO CAÑAS, y por consiguiente de la TOTALIDAD de los daños y perjuicios ocasionados a cada uno de los demandantes enunciados en este libelo. Como consecuencia de la anterior declaración, háganse las siguientes o similares condenas:

1º. POR PERJUICIOS MORALES.

De conformidad con lo estipulado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, y en consonancia con los planteamientos de la última variación jurisprudencial, se suplica por este rubro para cada uno de los demandantes así:

- 1. Para MARÍA ISBELIA PATIÑO CAÑAS (afectada), 300 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$206.836.200.00.*
- 2. Para DIANA PATRICIA PATIÑO CAÑAS (hermana), 150 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$103.418.100.00.*
- 3. Para ÁLVARO PATIÑO CAÑAS (hermano), 150 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$103.418.100.00.*
- 4. Para GUILLERMO PATIÑO CAÑAS (hermano), 150 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$103.418.100.00.*
- 5. Para ALBERTO PATIÑO CAÑAS (hermano), 150 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$103.418.100.00.*
- 6. Para LUZ DARY PATIÑO CAÑAS (hermana), 150 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$103.418.100.00.*

7. Para LUZ HELENA PATIÑO DE FLÓREZ (hermana), 150 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$103.418.100.00.
8. Para EFRAÍN PATIÑO CAÑAS (hermano), 150 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$103.418.100.00.
9. Para JOSÉ NOEL PATIÑO CAÑAS (hermano), 150 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$103.418.100.00.
10. Para GERTRUDIS PATIÑO CAÑAS (hermana), 150 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$103.418.100.00.
11. Para CLAUDIA MILENA OSORIO PATIÑO (sobrina), 50 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$34.472.700.00.
12. Para JHON FERNANDO OSORIO PATIÑO (sobrino), 50 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$ 34.472.700.00.
13. Para YULIETH TATIANA PATIÑO TABARES (sobrina), 50 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$34.472.700.00.
14. Para DANIEL ALEJANDRO PATIÑO MAZO (sobrino), 50 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$34.472.700.00.
15. Para GERMÁN ALONSO PATIÑO MASSO (sobrino), 50 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$ 34.472.700.00.
16. Para PAOLA ANDREA PATIÑO RÍOS (sobrina), 50 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$ 34.472.700.00.
17. Para DAVID GUILLERMO PATIÑO SERNA (sobrino), 50 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$ 34.472.700.00.
18. Para ADRIANA PATIÑO MASSO (sobrina), 50 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$34.472.700.00.
19. Para JORGE MAURICIO FLÓREZ PATIÑO (sobrino), 50 smlmv a la fecha de ejecutoria- de la sentencia, los que hoy cuestan \$34.472.700.00.
20. Para LUIS ALBERTO PATIÑO TABARES (sobrino), 50 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$34.472.700.00.
21. Para NORMA LILIANA PATIÑO MASSO (sobrina), 50 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$ 34.472.700.00.
22. Para ANDRÉS DAVID PATIÑO GALVIS (sobrino), 50 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$34.472.700.00.
23. Para CARLOS MARIO PATIÑO CARDONA (sobrino), 50 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$34.472.700.00.
24. Para MARÍA PAULA PATIÑO CARDONA (sobrina), 50 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$34.472.700.00.
25. Para JUAN CAMILO PATIÑO QUINTERO (sobrino), 50 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$34.472.700.00.
26. Para HUBER GRAJALES MUÑOZ (cuñado), 50 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$34.472.700.00.
27. Para MARCO FIDEL OSORIO SERNA (cuñado), 50 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan, \$34.472.700.00.

(...)

2º. INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS AL BUEN NOMBRE, EL HONOR Y A LA HONRA. Se solicita reparar por este daño, en consideración: (i) a la connotación social que tuvo la sindicación en el Municipio de Marulanda (Caldas); (ii) por la amplia difusión de las noticias hablada y escrita; (iii) porque resulta demasiado grave que a un funcionario de la Alcaldía, se le sindicara precisamente de ser colaboradora en el vil asesinato de su jefe, el señor Alcalde de la municipalidad; (iv) porque el tema se ventiló en los consejos de seguridad, una de ellas en el Club de Manizales.

(...)

Se solicita por este rubro las siguientes indemnizaciones:

1. Para MARÍA ISBELIA PATIÑO CAÑAS (afectada), 300 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$206.836.200.00.
2. Para DIANA PATRICIA PATIÑO CAÑAS (hermana), 150 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$103.418.100.00.
3. Para ÁLVARO PATIÑO CAÑAS (hermano), 150 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$103.418.100.00.
4. Para GUILLERMO PATIÑO CAÑAS (hermano), 150 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los (lile hoy cuestan \$103.418.100.00.
5. Para ALBERTO PATIÑO CAÑAS (hermano), 150 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$103.418.100.00.
6. Para LUZ DARY PATIÑO CAÑAS (hermana), 150 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$103.418.100.00.
7. Para LUZ HELENA PATIÑO DE FLÓREZ (hermana), 150 smlmv, a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$103.418.100.00.
8. Para EFRAIN PATIÑO CAÑAS (hermano), 150 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$103.418.100.00.
9. Para JOSÉ NOEL PATIÑO CAÑAS (hermano), 150 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$103.418.100.00.
10. Para GERTRUDIS PATIÑO CAÑAS (hermana), 150 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$103.418.100.00.

(...)

3°. POR DAÑOS A LA SALUD. *Se reclama indemnización por este rubro, dada la gravísima sindicación, la prolongada e injusta detención, los cargos imputados- (homicidio agravado y rebelión), el desplazamiento al que se vio sometida la víctima, al dejación del cargo, son factores que deben ser tenidos en cuenta, a efecto de regular la indemnización, toda vez que se encuentran comprometidos la alteración de las condiciones de existencia, el proyecto de vida, la salud psíquica, entre otros. Reclaman los demandantes por este concepto, las siguientes sumas:*

1. Para MARÍA ISBELIA PATIÑO CAÑAS (afectada), 200 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$137.890.000.00.
2. Para DIANA PATRICIA PATIÑO CAÑAS (hermana), 200 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$137.890.000.00.
3. Para ÁLVARO PATIÑO CAÑAS (hermano), 200 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan 1137.890.000.00.
4. Para GUILLERMO PATIÑO CAÑAS (hermano), 200 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$137.890.000.00.
5. Para ALBERTO PATIÑO CAÑAS (hermano), 200 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$137.890.000.00.
6. Para LUZ DARY PATIÑO CAÑAS (hermana), 200 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$137.890.000.00.
7. Para LUZ HELENA PATIÑO DE FLÓREZ (hermana), 200 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$137.890.000.00.
8. Para EFRAIN PATIÑO CAÑAS (hermano), 200 smlmv a la fecha de ejecutoria de la 'sentencia, los que hoy cuestan \$137.890.000.00.
9. Para JOSÉ NOEL PATIÑO CAÑAS (hermano), 200 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$137.890.000.00.
10. Para GERTRUDIS PATIÑO CAÑAS (hermana), 200 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, los que hoy cuestan \$137.890.000.00.

(...)

4º. POR DAÑOS Y PERJUICIOS MATERIALES:

A) POR LUCRO CESANTE: *Se debe a MARÍA ISBELIA PATIÑO CAÑAS, o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo, indemnización por la falta de productividad durante el tiempo que permaneció privada de la libertad, teniendo en cuenta que se había desempeñado como Tesorera del Municipio de Marulanda (Caldas), devengando un salario de un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000.00) para el año 2006, época en la que fuera obligada a renunciar por el frente 47 de las FARC, teniendo en cuenta que el salario base era de \$1.200.000.00 + \$300.000.00 por concepto de viáticos.*

A efecto de estimar la indemnización, se tendrá en cuenta: (i) el valor del salario (\$1.200.000.00) más el aumento del 25% por prestaciones sociales, arrojando un saldo de \$1.500.000.00.; (ii) las mesadas correspondientes al tiempo de la privación (19 de marzo de 2009 hasta el 08 de julio de 2016, siete (07).años y cuatro (04) meses), es decir, 88 mesadas, las que multiplicadas por el valor del salario base nos arroja un total de \$132.000.000.00.

La anterior suma deberá ser ACTUALIZADA para el momento de la sentencia, de conformidad con la fórmula que en forma reiterada viene aplicando el Honorable Consejo de Estado, así:

(...)

Adicionalmente, se le debe indemnizar con un período de gracia, pues resulta incuestionable que al recobrar su libertad, no puede ubicarse de inmediato en la actividad laboral, término que puede ser aproximadamente de unos ocho (08) meses, que es el tiempo que en promedio puede tardar una persona en ubicarse laboralmente, según la información ofrecida por el SEÑA, PRECEDENTE reiterado en sentencia de SALA PLENA, el 28 de agosto de 2013, en el que se dijo que el perjuicio se debería liquidar "...por el tiempo que estuvo privado de la libertad y además, se liquidará teniendo en cuenta el lapso, que según las estadísticas una persona requiere en Colombia para conseguir trabajo luego de haber obtenido su libertad o acondicionarse en una actividad laboral..."

*Si tenemos en cuenta que MARÍA ISBELIA estuvo privado de la libertad durante **88 meses**, más **08 meses** que es el promedio que ha reconocido la jurisprudencia que tarda en ubicarse laboralmente, tenemos entonces un guarismo total de **96 MESES**, es decir, **\$144.000.000.00**, para la directamente afectada, suma que **DEBERÁ ACTUALIZARSE** al momento de la sentencia y con la fórmula ya relacionada.*

B). POR DAÑO EMERGENTE

*Se debe a la señora **MARÍA ISBELIA PATIÑO CAÑAS**, o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo, indemnización derivada del pago de honorarios por la suma de **NOVENTA MILLONES DE PESOS (\$90.000.000.00)**, los cuales fueron cancelados al profesional del Derecho Doctor **CÉSAR AUGUSTO LÓPEZ LONDOÑO**, suma que **DEBERÁ SER ACTUALIZADA** al momento de la sentencia, con la fórmula que de manera reiterada viene utilizando el Honorable Consejo de Estado.*

5°. POR INTERESES. *Se cancelarán a cada uno de los demandantes, o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo, los intereses que se generen a partir de la fecha de ejecutoria.*

(...)

6°. CONDENAS EN COSTAS. *De conformidad con el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo y de Procedimiento Administrativo, condénese a los entes públicos demandados, si resultaren vencidos en la presente litis, a cancelar las costas correspondientes en los términos del art. 361 del Código General del Proceso.*

(...)

7°. CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA. *Los entes públicos demandados, darán cumplimiento a la sentencia dentro de los diez (10) meses siguientes a la fecha de la ejecutoria del auto que la apruebe, de conformidad con el inc. 2 del art. 192 del Código Contencioso Administrativo y de Procedimiento Administrativo, que determina: "Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses contados a partir de la fecha de la ejecución de la sentencia", quedando la parte demandantes obligada a la presentación de la solicitud de pago correspondiente..."*

HECHOS

Como supuestos fácticos expusieron los siguientes:

María Isbelia Patiño Cañas, es natural del municipio de Marulanda (Caldas), donde además laboró en la alcaldía de dicho municipio, por espacio de veintiséis (26) años.

Durante los años 2004 y 2007, cuando se desempeñaba como Tesorera del Municipio de Marulanda-Caldas, hizo entrega de diferentes sumas de dinero al Frente 47 del Grupo Guerrillero FARC, accediendo a exigencias de ese grupo subversivo.

El 14 de octubre de 2006, el señor alcalde del municipio de Marulanda- Caldas, señor Rigoberto Castaño Tobar fue asesinado por el frente 47 de las FARC.

María Isbelia Patiño Cañas, fue capturada el 19 de marzo de 2009; en la audiencia de legalización se le formuló imputación por homicidio agravado y rebelión en calidad de cómplice, imponiéndose medida de aseguramiento, en consideración a la no aceptación de cargos.

La audiencia de acusación se celebró el 10 de julio de 2009, por los delitos imputados. La audiencia de juicio oral y público, se llevó a cabo el 03 de diciembre de 2009, 27 de enero y 08 de febrero de 2010, emitiéndose como sentido del fallo la absolución de la implicada.

La decisión absolutoria fue impugnada por el señor fiscal y el representante de las víctimas, desatándose el recurso por la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior de Manizales el 21 de junio de 2013, revocando el fallo absolutorio en relación con el delito de rebelión y

condenando a María Isbelia Patiño Cañas a 96 meses de prisión y otras penas accesorias, confirmando la absolución por el delito de homicidio agravado.

Contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior de Manizales, la implicada presentó recurso de casación, resuelto por la Honorable Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 06 de julio de 2016, casando parcialmente la sentencia, dejando en firme la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado con funciones de Conocimiento de Pereira-Risaralda-, mediante la cual había sido absuelta la acusada por el delito de rebelión.

La señora María Isbelia Patiño Cañas estuvo privada de la libertad en un centro de reclusión, desde el 19 de marzo de 2009 hasta el 08 de febrero de 2010, reingresando de nuevo el 15 de julio de 2013 hasta el 07 de febrero de 2014, para un total de dieciocho (18) meses; y con detención domiciliaria desde el 07 de febrero de 2014 al 08 de julio de 2016, transcurriendo veintinueve (29) meses.

Considera que el actuar de las demandadas, observados los hechos generadores de responsabilidad, la calidad de los actores, lo excesivo de la privación de la libertad, la prolongada e injusta sindicación, los daños y perjuicios causados, las decisiones que absolvieran a la inculpada de los cargos de homicidio agravado y rebelión, se concluye la responsabilidad administrativa y solidaria, recae en las entidades demandadas y, por consiguiente, la obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Rama Judicial – Dirección de Administración Judicial: sobre los hechos. manifiesta que unos son ciertos y otros no; respecto de las pretensiones manifestó que se opone a todas y cada una de ellas.

Como argumentos de la defensa esgrimió que, los presupuestos fácticos de la demanda no conducen a atribuir responsabilidad objetiva alguna en contra de dicha entidad, en tanto solicita se dé aplicación al régimen de responsabilidad subjetiva, dado que desde la sentencia C-037 de 1996, la Corte Constitucional precisó que la privación de la libertad solo deviene injusta cuando ha sido consecuencia de una actuación o decisión arbitraria, injustificada e irrazonable que transgreda los principios establecidos por el legislador; es decir, solo en esos casos el daño se torna antijurídico.

Consideró, que ninguna responsabilidad le es imputable a la Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración judicial, para ello, inicia su argumento detallando las etapas procesales establecidas en la Ley 600 de 2000, la que asignó, en forma exclusiva, a la Fiscalía General de la Nación, la función de proferir las medidas de aseguramiento, sin intervención de los jueces de la República.

Asegura que, en el presente caso, se cumplían con los presupuestos establecidos en el ordenamiento jurídico, para imponer medida de aseguramiento, pues dentro de la investigación adelantada por la Fiscalía, se acopiaron elementos probatorios que conducían a establecer razonablemente que la señora María Isbelia Patiño Cañas podía ser autora de la conducta punible en atención a lo referido por los mencionados testigos traídos por la Fiscalía, además de la complejidad del citado proceso por el tema política e incluso reconocimiento de los dineros entregados a las FARC.

De esta forma, la Fiscalía, al realizar la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, dio cuenta de los supuestos objetivos antedichos, y realizó un juicio de razonabilidad para justificar su decisión, de modo que existía un factor objetivo que de conformidad con el artículo 308 Código de Procedimiento Penal determinaba la viabilidad de la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, por lo que de no adoptarse la medida, podría ponerse en peligro la integridad de la víctima y/o sociedad.

En ese orden de ideas, de acuerdo con la jurisprudencia previamente citada, la medida de aseguramiento de detención preventiva no equivale a sentencia condenatoria y los requisitos establecidos por la ley penal para su procedencia, difieren en uno y otro caso, pues en la primera solo se requiere un convencimiento de probabilidad de la responsabilidad del imputado en el hecho punible investigado, mientras que para emitir fallo adverso, es necesario que exista certeza la responsabilidad penal endilgada, lo cual no aconteció en el presente asunto, generándose la necesidad de proferir sentencia absolutoria, situación que en momento alguno vuelve injusta la detención preventiva adoptada. Así mismo, la decisión adoptada por el tribunal tampoco infiere a una condena ejecutoriada, como quiera se dio la apelación ante la Corte Suprema de Justicia.

De lo anterior, colige que, la acción penal seguida en contra de la señora María Isbelia Patiño Cañas se ajustó al ordenamiento jurídico positivo, máxime si se tiene en cuenta que, para dictar medida de aseguramiento no se requiere una certeza de la culpabilidad del individuo, pues ello haría absurdo el adelantamiento de la respectiva investigación penal; de igual manera señala, se respetó el garantismo penal a las partes dentro de las actuaciones que se promovieron ante el órgano del cierre.

Finalmente, propuso las siguientes excepciones de mérito:

"Excepción de cumplimiento de un deber Legal"; "Falta de configuración de los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual del estado"; "Falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación -Rama judicial-Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Manizales"; "Existencia de una excepción frente a la responsabilidad objetiva del Estado en cabeza de la Nación — Rama Judicial"; "Culpa Exclusiva de un tercero"; y la de "Culpa exclusiva de la víctima"

Fiscalía General de la Nación: sobre los hechos se refirió que solo acepta el tiempo de servicio que la señora María Isbelia Patiño Cañas estuvo en el municipio de Marulanda Caldas; y el tiempo que estuvo privada de la libertad por así constarlo en prueba documental que se halla en el expediente.

Posteriormente, objetó la cuantía de los perjuicios deprecados por la parte actora, pues a su juicio los mismo devienen en exagerados y desproporcionados, por lo que pidió dar aplicación a lo previsto en el artículo 10 de la Ley 1395 de 2010 que modificó el artículo 211 del C. de P. Civil; así como a la Sentencia de Unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2014, en la que estableció topes a los montos indemnizatorios que se reconocen y liquidan en materia de perjuicios inmateriales, tales como daño moral, daño a la salud y afectación relevante a bienes o derechos constitucional y convencionalmente protegidos.

Señala que, en cuanto a la afectación o el daño moral de sobrinos y cuñados, como no se presume, corresponde a la parte probar tanto la relación afectiva como el daño producido, tal como lo dispone la misma jurisprudencia, lo que en el presente caso no se ha dado. Además, solicita tener en cuenta que la señora María Isbelia Patiño Cañas, estuvo privada de la libertad en su residencia, por un lapso de 29 MESES, casos en los cuales la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho que la condena por privación injusta de la libertad, deberá reducirse en un 30%.

Respecto de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al buen nombre, el honor y a la honra, por los cuales reclama 300 smmlv para la víctima directa y 150 smmlv para sus parientes, sostiene que la parte demandante no aporta pruebas de que la difusión de la noticia se hubiera hecho por parte de funcionarios, empleados, o a través de medios de comunicación pertenecientes a la Fiscalía General de la Nación, así como tampoco prueba que el asunto se haya ventilado en Consejos de Seguridad por parte de esta entidad, siendo actuaciones ajenas y que corresponden al desarrollo del derecho a difundir información que poseen los medios de comunicación; señaló además que los Consejos de Seguridad que realizan las autoridades que conforman estos, se efectúan de manera reservada y no pública como lo sugiere la parte demandante. Además, de acuerdo a la sentencia del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2014, se tiene que no es dable reclamar indemnización por este perjuicio en cuantía de 300 SMLV para la señora María Isbelia Patiño Cañas y de 150 SMMLV, para sus hermanos, pues la jurisprudencia establece, que no se busca una indemnización, sino una "compensación" o "medidas de reparación no pecuniarias" y en caso de que no sea suficiente la medida compensatoria, la cual podrá extenderse solo hasta sus parientes en primer grado-, podrá indemnizarse pecuniariamente "única y exclusivamente a la víctima directa", siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud.

Como razones de defensa la entidad accionada señaló que, la orden de detención estuvo fundamentada en los señalamientos que sobre la demandante se realizaron en los cuales se indicó que no solo era auxiliadora de la guerrilla- Frente 47 de las FARC- sino también cómplice del asesinato del alcalde del municipio de Marulanda-Caldas, sindicaciones hechas precisamente por personas pertenecientes a ese grupo armado al margen de la ley, por lo que la entidad en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales no tenía otro camino que actuar como lo hizo, solicitando la captura de la indiciada, para posteriormente imputarle cargos y solicitar la respectiva medida de aseguramiento, diligencias todas estas llevadas ante el juez de control de garantías, quien por encontrarlas ajustadas al ordenamiento jurídico procedió a avalarlas y decretarlas, motivo por el cual no puede decirse que el actuar de la entidad haya sido arbitraria o violatoria de los derechos de la señora Patiño Cañas.

Pero además, recuerda que el juzgado con función de control de garantías, es el supremo garante de la legalidad de la captura e imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, siendo la fiscalía un sujeto procesal más y por tanto es responsabilidad del Juez respectivo, previo a imponer medida de aseguramiento de detención preventiva y/o de proferir sentencia, el verificar que todas las actuaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación se encuentren acordes a la realidad de los hechos y sujeta a derecho, es decir, que su actuación se encuentra acorde con los mandatos constitucionales y legales.

Finalmente propuso las excepciones que denominó: “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”; “CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA”; y la de “INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL”.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 15 de mayo de 2020, negó pretensiones tras plantearse como problema jurídico, si en el presente caso reunían los elementos necesarios para determinar la responsabilidad patrimonial imputada a la Nación – Fiscalía General de la Nación y a la Nación – Rama Judicial por la privación de la libertad de la que fue objeto la señora María Isbelia Patiño Cañas.

El juzgado de conocimiento analizó el caso bajo estudio bajo dos regímenes distintos de responsabilidad, atendiendo a que la actora estuvo privada de su libertad en dos momentos distintos por decisiones tomadas en diferentes etapas del proceso penal.

Para el primer lapso en que María Isbelia Patiño Cañas estuvo detenida, esto es del **19 de marzo de 2009 hasta el 08 de febrero de 2010**, aplicó el título de imputación objetivo del daño especial, dado que las sentencias de unificación del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional.

Después de hacer un recuento de lo acontecido en este primer momento, el Juez de conocimiento señaló que, es válido afirmar que la detención preventiva de la señora María Isbelia Patiño Cañas se ajustó a los criterios establecidos en la legislación y en la jurisprudencia y, por tanto, no hay lugar a concluir que la medida impuesta de detención preventiva del 19 de marzo de 2009 hasta 08 de febrero de 2010 -cuando salió en libertad en virtud de la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado de primera instancia-, hubiere sido irracional, desproporcionada e ilegal.

Así pues, no hay lugar a imputar responsabilidad alguna a la Nación Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial ni a la Fiscalía General de la Nación, por cuanto el daño no fue antijurídico.

En cuanto al segundo periodo de tiempo en el cual estuvo detenida, el juzgado señaló que este período de detención –contrario al anterior-, no revestía el carácter de preventivo, sino que se originó en la orden de captura emitida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales, con el fin de hacer cumplir la condena de 96 meses de prisión que se le impuso por el delito de Rebelión, en la sentencia de segunda instancia que revocó la absolución proferida por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Pereira.

Es por lo anterior, que este segmento de privación de la libertad de la demandante se estudió bajo el régimen de imputación subjetivo de la falla probada del servicio, dado que al casar parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales el 21 de junio de 2013, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro de sus argumentos utilizó expresiones que hacen sospechar de un cierto grado de arbitrariedad en el fallo que dispuso la condena y la consecuente privación de la libertad de la señora María Isbelia Patiño Cañas, como autora responsable del delito de Rebelión, lo cual justifica la aplicación del régimen de imputación por excelencia como es la falla del servicio.

Luego de hacer un recuento de lo decidido en la sentencia de segunda instancia y el la sentencia de casación, señaló que la parte demandante no demostró los hechos constitutivos de la falla del servicio, es decir, no aportó la prueba indispensable para inferir arbitrariedad, ilegalidad o vía de hecho en la decisión tomada por el Tribunal Superior de Caldas Sala Penal, salvo la copia de la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, considerando tal vez que este nuevo período de detención para descontar pena, debía regirse bajo el criterio de imputación objetivo para daño especial. Y es que la sola sentencia de casación, con la cual se dejó sin efectos la sentencia de condena por el delito de rebelión a favor de la señora María Isbelia Patiño Cañas, dejando en firme la sentencia absolutoria que desde el 12 de abril de 2010 había proferido el

Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Pereira, no es prueba suficiente de la falla en el servicio.

Es por lo anterior que negó las pretensiones de los actores, consignando en la parte resolutive del fallo:

PRIMERO: Declarase probadas las excepciones de "Falta de configuración de los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual del estado" y "Culpa exclusiva de la víctima", propuestos por los apoderados de las entidades demandadas.

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: Sin condena en costas, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: EJECUTORIADA la presente providencia, LIQUÍDENSE los gastos ordinarios del proceso, DEVUÉLVANSE los remanentes, si los hubiere, al interesado y ARCHÍVESE el expediente, previas las anotaciones en el sistema Justicia Siglo XXI.

QUINTO: EXPÍDANSE a costa de la parte interesada las copias auténticas que sean solicitadas, con las constancias secretariales requeridas y con observancia de los parámetros legales (Artículo 114 del Código General del Proceso).

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia mediante memorial que reposa en PDF nro. 29 del expediente digitalizado de primera instancia.

En su escrito señala en primer lugar que, si bien el juez analizó bajo el régimen que correspondía cada periodo de tiempo en los cuales estuvo privada de la libertad la actora, también lo es que no analizó en debida forma las pruebas obrantes en el cartulario.

Respecto del primer periodo de tiempo en que la señora Patiño Cañas estuvo privada de la libertad señaló que, de acuerdo al régimen de daño especial se encuentra probado que la actora no tenía la obligación de soportar la carga de estar en medida preventiva de privación de la libertad, teniendo en cuenta que, los testimonios sobre los cuales se fundamentó dicha decisión fueron desvirtuados en el proceso penal adelantado en primera instancia, de suerte que la privación de la cual fue objeto desde el momento de la legalización de la captura, imputación de cargos y la sentencia de primera instancia mediante la cual fue absuelta de los delitos por los cuales fue acusada, resultó desproporcionada, superando la carga que legalmente debía soportar.

Frente al segundo periodo de tiempo por el cual estuvo privada de su libertad, esto es desde la orden de detención proferida en virtud de la sentencia de segunda instancia por medio de la cual se revocó parcialmente la dictada en primera instancia, respecto de la

inocencia de la señora Patiño Cañas por el delito de rebelión, hasta la orden de libertad dada por la Corte Suprema de Justicia en sede de casación, por medio de la cual se revocó el fallo proferido por el Tribunal Superior de Manizales y se dejó en firme la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Penal Especializado de Pereira mediante la cual se declaró inocente a la señora María Isbelia Patiño Cañas de los delitos por los cuales fuera acusada, señaló que se encuentra probada la falla en el servicio, pues es evidente el error en el que incurrió el Juez de segunda instancia al revocar parcialmente el fallo mediante el cual se absolvió de todos los cargos imputados a la actora, más aún cuando así lo evidencia la Corte Suprema en la sentencia de casación.

En este orden de ideas, y contrario a lo considerado por el Juez de instancia no solo se encuentra probado la desproporcionalidad de las cargas que debió soportar la actora al estar privada de su libertad por una orden preventiva, sino también la falla en el servicio cuando por orden del tribunal Superior en sede de segunda Instancia se vio la actora nuevamente privada la actora de su libertad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: se ratificó en los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación, haciendo hincapié en que se encuentran probados los elementos que constituyen la responsabilidad de las entidades accionadas en la privación injusta de la libertad de la que fuera objeto la señora María Isbelia Patiño Cañas.

Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial: luego de hacer un recuento de lo probado dentro del expediente, señaló que, no existe prueba del apoderado demandante que conlleve a evidenciar un funcionamiento anormal, arbitrario e injusto por parte de la entidad que representa, o que evidencie aplazamientos por parte de las instancias judiciales, y más bien las mismas se podrían deprecar del apoderado defensor en el proceso penal.

Señala que no se puede afirmar sin sustento alguno de una mora judicial, cuando ni siquiera se allega o alega, cómo evidenció la misma parte del demandante, y no se trae en tela de juicio la carga laboral de la fiscalía, y de los demás despachos, y a su vez si la actuación técnica de la defensa fue en beneficio o no del proceso y de “los ires y venires” procesales preclusivos. Por todo, solicitó además de las excepciones se decrete la culpa exclusiva de la víctima que generó la investigación por entrega de dineros al grupo al margen de la ley, sin manifestar nunca lo sucedido a las autoridades en denuncia legalmente enunciada, no obstante existir reconocimiento de los guerrilleros del papel colaborador de la hoy demandante, por tanto, había un deber de las autoridades de iniciar la citada investigación. Por lo anterior solicitó se confirme la providencia de primera instancia

Fiscalía General de la Nación: señaló que en el presente asunto se debe aplicar la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado, por ser esta de aplicación inmediata. De otro lado, en el caso bajo examen quedó probado que, pese a la sentencia absolutoria, se contaba con material probatorio que justificaba no solo la solicitud de la medida preventiva si no su decreto, es por ello que se solicita se confirme el fallo de primera instancia mediante el cual se negaron las pretensiones de la parte actora.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Luego de hacer un recuento de la demanda, la contestación, de la sentencia, del recurso y de la jurisprudencia aplicable a los casos de privación injusta de la libertad, concluyó que en este caso no se estructuran los presupuestos para declarar la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, toda vez que, no aparece acreditado en el proceso, que la decisión de detención preventiva hubiera sido arbitraria, desproporcionada o contraria a la ley, conclusión que se encuentra sustentada en los medios probatorios que obran en el proceso y se ajusta a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que definen las reglas aplicables al régimen de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad.

Es por lo anterior que solicita se confirme la sentencia de primera instancia que resolvió declarar probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas y negar las pretensiones de la demanda instaurada en ejercicio del medio de control de reparación directa, dentro del proceso de la referencia.

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.

Problema jurídico

1. ¿Se cumplen los parámetros señalados en las Sentencias de unificación dadas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, para que las entidades demandadas se les declare administrativamente responsables, por la privación que sufrió la señora María Isbelia Patiño Cañas?

Si la respuesta anterior es positiva, deberá la Sala resolver:

2. ¿Se probaron los perjuicios causados a los demandantes para que los mismos puedan ser reconocidos?

3. ¿Qué entidad debe responder por las pretensiones de la demanda, la Nación – Rama Judicial o la Nación – Fiscalía General de la Nación?

Lo probado

➤ Se allegaron copia de los registros civiles de nacimiento y de matrimonio de algunos demandantes, para probar las relaciones de parentesco entre los demandantes y la víctima directa.

➤ Se allegaron fotocopias de algunas publicaciones en el diario La Patria y el Q'hubo, relacionadas con el caso penal seguido contra la señora María Isbelia Patiño Cañas, así como CDS que contiene algunas publicaciones en el canal regional Telecafé.

➤ Constancia suscrita por el abogado penalista César Augusto López Londoño, acerca de la defensa asumida en favor de la señora María Isbelia Patiño Cañas en el proceso que por homicidio agravado y rebelión se le siguió en el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Pereira. También consta haber recibido en total noventa millones de pesos (\$90.000.000). Por concepto de honorarios profesionales.

➤ Mediante sentencia del 12-04-2010 el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Pereira, consideró que conforme al material probatorio allegado al proceso, no era posible llegar al conocimiento que exige la ley para efectos de tener como responsable penalmente a la acusada. Lo que se debatió en el juicio no llega a constituir más que meras especulaciones, fundadas en supuestos sin sustento. Esgrime que no media elementos que indiquen que la acusada estaba confabulada con los miembros del Frente de las FARC para llevar a cabo el homicidio del señor Rigoberto Castaño Tobar, y mucho menos que ésta colaboraba con la organización a través de entregas voluntarias de dinero. Nada dentro del juicio permite desvirtuar la afirmación de no culpabilidad que hace la encartada, la cual permanece incólume. En virtud de ello falló:

Primero: Absolver a la ciudadana María Isbelia Patiño Cañas, de los cargos que a título de cómplice de los delitos de homicidio agravado y rebelión elevara la Fiscalía en su contra.

Segundo: Consecuente con lo anterior se ordena levantar toda medida cautelar que se haya impuesto con ocasión de la conducta delictiva por la que sido absuelta.

➤ El Tribunal Superior de Manizales, mediante fallo del 21 de junio de 2013 confirmó la absolución por el delito de homicidio agravado, pero revocó el fallo de primera instancia en cuanto al delito de rebelión. Por este último punible impuso pena de 96 meses de prisión, intramural, por lo que dispuso librar orden de captura, al considerar que las

pruebas aportadas, contrario a lo considerado por el juez de conocimiento, si permitían establecer la responsabilidad de la acusada por el delito de rebelión.

➤ La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 06 de julio de 2016, casó parcialmente la sentencia proferida por la Sala Penal del tribunal Superior de Manizales, y en consecuencia dejó en firme la sentencia proferida en primera instancia por parte del Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Pereira, por medio de la cual se absolvió a la señora Patiño Cañas del delito de rebelión. La Corte señaló que el Juez de segunda instancia no valoró en debida forma las pruebas obrantes en el cartulario y que daban cuenta, tal y como lo consideró la juez de primera instancia, de que la señora Patiño Cañas no había cometido el delito de rebelión.

➤ Conforme a la constancia expedida por la directora Reclusión de Mujeres de Manizales, la señora MARÍA ISBELIA PATIÑO CAÑAS, estuvo reclusa en ese centro de reclusión en el período comprendido entre el 19 de marzo de 2009 hasta el 08 de febrero de 2010 por los delitos de rebelión y homicidio agravado, quedando en libertad por sentencia absolutoria. Ingresó de nuevo al establecimiento por el delito de rebelión el 15 de julio de 2013, saliendo en detención domiciliaria el 07 de febrero de 2014 y en libertad inmediata el 08 de julio de 2016.

➤ Se aportó certificado expedido por la secretaria de Hacienda del Municipio de Marulanda -Caldas, en donde consta el monto de las prestaciones económicas recibidas en el año 2006 por la señora la señora MARÍA ISBELIA PATIÑO CAÑAS, en su calidad de Tesorera Municipal, que ascendió a la suma de \$4.914.247.

➤ Se allegó certificación expedida por la secretaría de servicios administrativos de la Alcaldía de Marulanda-Caldas, en el sentido de que la señora MARÍA ISBELIA PATIÑO CAÑAS, laboró en dicho Municipio como Tesorera Municipal de Rentas desde el 01 de enero de 1981, hasta el 31 de diciembre de 2006.

➤ Se aportó copia de la historia clínica expedida por la clínica San Juan de Dios, de la ciudad de Manizales, acerca de la atención brindada a la señora MARÍA ISBELIA PATIÑO CAÑAS, en el área de psiquiatría.

➤ Se aportó un dictamen pericial de la psicóloga forense Marisol Alba Sarmiento, practicado a la señora María Isbelia Patiño Cañas, el 27 de enero de 2017, en el cual se concluyó que, la demandante presenta una grave afectación en la salud mental, asociado a las pérdidas ocasionados por este evento que cambió la manera drástica su vida, causando malestar clínico y significativo en todas las áreas de funcionamiento, colocando en riesgo su estabilidad emocional, su salud psíquica, su adaptación a su realidad actual, su realidad de vida e incluso su integridad física. De igual forma determinó que la actora

presenta secuelas psicológicas definidas como una alteración irreversible en el funcionamiento psicológico, a partir de desajustes psicopatológicos.

Marco legal y jurisprudencial

Ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo que consagra el medio de control de reparación directa, cuyo ejercicio dio origen al presente proceso y que establece la posibilidad que tienen los interesados de demandar la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del estado.

En el *sub lite*, la demanda tiene por objeto la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado por la privación de la libertad de la que fue objeto la señora Patiño Cañas, la cual tiene apoyo en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 que dispuso:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

Por su parte la Ley 270 de 1996, en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado por el actuar de los agentes judiciales estableció lo siguiente:

ARTÍCULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.*

En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

[...]

ARTÍCULO 68. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. *Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios" (subrayado Sala de Decisión).*

Frente al régimen de responsabilidad por privación injusta de la libertad, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación proferida el 15 de

agosto de 2018¹, unificó el tema y aunque fuera anulada posteriormente mediante decisión de tutela², el 15 de noviembre de 2019 *pero solo en cuanto respecta a la decisión del caso concreto correspondiente a la misma, y no frente al carácter y alcance unificador de la jurisprudencia que tal providencia contiene*, conserva entonces su valor de precedente, ya que antes y después de esa unificación, la postura de la Sección Tercera ha permanecido incólume.

“PRIMERO: MODIFÍCASE LA JURISPRUDENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA en relación con los casos en que la litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca esa medida, sea cual fuere la causa de ello, y **UNIFÍCANSE** criterios en el sentido de que, en lo sucesivo, en esos casos, el juez deberá verificar:

1) Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política;

2) Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que hará, incluso de oficio-, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,

3)Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.

En virtud del principio *iura novit curia*, el juez podrá encausar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecúa al caso concreto” (Negrillas del texto).

Ahora bien, en casos de privación injusta de la libertad el Consejo de Estado de acuerdo a la jurisprudencia de unificación, fijó la postura para analizar estos casos mediante sentencia del 3 de diciembre de 2018, en los siguientes términos³:

Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso bajo estudio se constata que la decisión de absolución se dio por que la conducta era “atípica” 4, por lo que de conformidad con reciente sentencia de unificación en materia de privación injusta de la libertad 5, el título de

¹ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera Sala Plena; Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA; Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018); Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Martín Bermúdez Muñoz. Sentencia del 15 de noviembre de 2019. Radicación número: 11001-03-15-000-2019-00169-01.

³ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera - Subsección “B”; Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO Bogotá D.C., tres (03) de diciembre de dos mil dieciocho (2018); Proceso número: 15001233100020030261101 (44520)

⁴ El Juzgado señaló que la absolución se daba porque “la conducta desarrollada por Vacca Gámez como funcionario público, no es típica”.

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de unificación de jurisprudencia del 15 de agosto de 2018, Exp. No. 46.947, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

imputación se estudiará de acuerdo al caso en concreto, aclarando que siempre debe analizarse la actuación de la víctima.

Sobre esto último, es pertinente señalar que en la referida providencia no se acogió un título de imputación único para estudiar el régimen de privación injusta, sino que se dejó el análisis del mismo al funcionario judicial, quien debe resolverlo bajo los criterios que considere más adecuados dependiendo de cada caso concreto, al señalar que:

El funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio *iura novit curia*, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello.

Ahora bien, de lo anterior se tiene que la sentencia no definió un régimen específico en materia de privación injusta; sin embargo, esta Sala atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencia SU-072 de 2018⁶, estima que el método adecuado para abordar el estudio de responsabilidad en estos casos debe hacerse de la siguiente manera:

1. Lo primero que debe analizarse es si con la medida restrictiva de la libertad se incurrió en una falla en el servicio, régimen que por antonomasia es el aplicable para efectos de endilgarle responsabilidad a los entes estatales.

Este análisis debe incluir en primera medida lo afirmado por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, ya citada en precedencia, esto es, debe estudiarse si la medida de privación de la libertad correspondió a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales.

Así mismo, debe estudiarse si la medida fue ilegal, si existieron irregularidades en el proceso penal, si la medida se sujetó a los requisitos formales y establecidos en la ley penal, si su imposición está motivada con claridad y suficiencia y, si se ajusta a los valores y derechos que consagra la Carta Política, así como a los parámetros fijados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en todo caso, se debe tener en consideración la gravedad del delito, la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados, los antecedentes del sindicado, las circunstancias de haber sido aprehendido en flagrancia, el desacato a decisiones judiciales previas o a la asunción de una conducta reprochable con posterioridad a la ejecución del hecho punible⁷.

2. Si superado ese primer estudio se observa que aunque no existe reproche alguno a la actuación de la entidad en los términos señalados, el análisis de la responsabilidad se observará bajo los parámetros del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado, pero que causa daño antijurídico a las personas que no tengan el deber jurídico de soportarlo, tal y como sería cuando se evidencie que la persona no estaba llamada a soportar la

⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-078 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-634 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

privación, por haber sido exonerada por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, porque el hecho no existió, o la conducta no constituía un hecho punible.

3. Finalmente, en todos los casos sin excepción debe estudiarse la culpa exclusiva de la víctima como exonerante de responsabilidad, en otras palabras, cuando se advierta que el sindicado estaba en el deber jurídico de soportar la detención porque incurrió en una actuación dolosa o gravemente culposa desde el punto de vista civil 8, hay lugar a declarar la culpa de la víctima, tal y como quedó consignado en la sentencia de unificación en cita, así 9:

Procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito¹⁰ o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.

Adicionalmente, deberá el juez verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.

En efecto, se consideró que la valoración de la conducta pre procesal es competencia exclusiva del juez penal, por lo que el juez de la responsabilidad estatal no puede concluir que la detención fue generada por la propia conducta de la víctima, pues con ello invadiría competencias de otras jurisdicciones y desconocería la decisión penal absolutoria.

De otro lado, el Consejo de Estado ha determinado que, lo más acertado es acudir en primer momento a revisar si se presentó una falla del servicio, y en caso de descartar esta, revisar si se pudo configurar un daño especial. De esta manera se advirtió en sentencia del

⁸ Sobre la culpa de la víctima, ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de noviembre de 2017, Exp. No. 41820, M.P Ramiro Pazos Guerrero.

⁹ El anterior análisis de conformidad con la sentencia de unificación de jurisprudencia de esta sección del 15 de agosto de 2018, Exp. 46947, M.P Carlos Alberto Zambrano.

¹⁰ Cabe indicar que en la sentencia SU-072 de 2018, la Corte Constitucional dio a entender que las causales objetivas solo se dan cuando se encontró que el hecho no existió o la conducta investigada no constituyó un hecho punible.

25 de febrero de 2022 emitida por la Sección Tercera – Subsección B en el proceso con radicado 19001-23-31-000-2012-00351-01:

En atención a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 la metodología adecuada para abordar el estudio de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad debe hacerse de la siguiente manera: i) en primer lugar se identifica la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad de la que en este caso se derivan los perjuicios reclamados por los actores; ii) en segundo lugar, se analiza la legalidad de la medida de privación de la libertad desde una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; iii) en tercer lugar, y solo en el caso de no probarse la existencia de una falla del servicio, la responsabilidad se analiza por un régimen objetivo (daño especial); iv) en cuarto lugar, en el caso de que se considere que hay sustento para declarar la responsabilidad estatal, ya fuere en un régimen de falla o uno objetivo, se procederá a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; v) aparte de lo anterior, en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; vi) finalmente, en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios.

Primer problema jurídico

Teniendo en cuenta que la actora estuvo privada de la libertad en dos momentos distintos y por diferentes decisiones, la Sala analizará cada periodo de tiempo.

Primer período (del 19 de marzo de 2009 a febrero de 2010- Medida preventiva)

Tesis: la tesis que defenderá la Sala para la privación de la libertad del periodo comprendido entre el 19 de marzo de 2009 hasta el 08 de febrero de 2010, es que estaban dadas las condiciones señaladas en la ley para decretar la privación de la libertad, esto es, que las demandadas no incurrieron en falla del servicio y por ende, estaba la parte actora en el deber jurídico de soportar esta carga.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo probado entrará la Sala a analizar cada uno de los puntos señalados por la jurisprudencia del Consejo de Estado:

1. Lo primero que debe analizarse es si con la medida restrictiva de la libertad se incurrió en una falla en el servicio, régimen que por antonomasia es el aplicable para efectos de endilgarle responsabilidad a los entes estatales.

Se encuentra probado en el expediente respecto de la detención de la señora Patiño Cañas que:

Conforme a lo consignado en las providencias proferidas en primera y segunda instancia, así como en sede de casación, dentro del proceso penal seguido contra la señora María Isbelia Patiño Cañas, se tiene que, el mismo tuvo origen la labor investigativa adelantada por la Fiscalía Primera Especializada de Manizales, sobre los hechos ocurridos el 14 de octubre de 2006, cuando siendo aproximadamente la 01:00 de la tarde, guerrilleros del Frente 47 de las FARC, dieron muerte en forma violenta, con arma de fuego de largo alcance -fusil- al ciudadano Rigoberto Castaño Tobar, alcalde en ejercicio del municipio de Marulanda-Caldas, en el sector de Peñas, sitio conocido como “La Cañada de Las Marías”, a veinte minutos del área urbana de Marulanda, vía que conduce al Corregimiento de San Félix de Salamina-Caldas, en la cual fueron vinculados en calidad de coautores a varios integrantes del Frente 47 de las FARC, entre ellos los señores Pedro Luis Pino Valderrama, (alias Martín, Héctor o Fuego Verde), Carlos Humberto Ramírez Zuluaga, (Alias Becerro o Gilberto), Fermín Antonio Cano Cardona (alias Tomás), Jainiver Restrepo Osorio (Alias Cristian), Norvey De Jesús Gallego Valencia (alias Alberto), Edison De Jesús Rúa Cataño (alias Garra Seca), y el señor Marco Fidel Giraldo Torres (alias Isaías o Garganta), quienes en entrevistas rendidas ante los funcionarios investigadores dieron información que permitió establecer la identidad de los responsables del homicidio del alcalde, siendo señalada la persona que identifican como “LA TESORERA”, como auxiliadora de la organización e instigadora del crimen del alcalde, específicamente, el guerrillero conocido con el alias de “Garganta”, en entrevista rendida el 24 de febrero de 2009 dijo que el asesinato del alcalde de Marulanda se dio como consecuencia de información suministrada por la tesorera de ese entonces en el municipio, señora Luz Isbelia Patiño Cañas.

En vista de la información recaudada en la etapa investigativa, la Fiscalía Especializada a quien correspondió el caso, al cabo de poco más de dos años, solicitó al Juez de Control de Garantías, librar orden de captura en contra de María Isbelia Patiño Cañas, la cual se hizo efectiva el 19 de marzo de 2009. Posteriormente, el 17 de abril del mismo año, formuló acusación en contra de la referida ciudadana, en calidad de cómplice del delito de homicidio agravado de que trata el artículo 104 numeral 10 del código penal, en concurso con el delito de Rebelión de que trata el artículo 467 del estatuto en cita.

Posteriormente y en el desarrollo del juicio oral, el Juez de conocimiento emitió el sentido de fallo absolutorio al considerar que las falencias probatorias de la parte acusadora producían cierta incertidumbre y dio aplicación al principio de la *in dubio pro reo*. La lectura del fallo se efectuó el 12 de abril de 2010.

De igual forma y de acuerdo a las pruebas arrimadas al cartulario, no evidencia este Juez Colegiado que, en el procedimiento llevado a cabo en la detención preventiva de la libertad de que fuera objeto la señora Patiño Cañas se hubiera incurrido en algún error de procedimiento, o con violación al debido proceso o derecho de defensa, o que la

identificación en este primer momento se hubiera llevado a cabo de tal forma que existiera duda de que los testigos la hubiera confundido con otra persona de similares características.

En este punto debe tenerse en cuenta el artículo 308 del C.P.P , el cual respecto de la medida de aseguramiento dispone:

ARTÍCULO 308. REQUISITOS. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Conforme a la normativa en cita es claro que, en esta etapa previa del proceso penal **no se exige certeza** ni de la autoría o participación en el delito, ni del delito investigado, pues eso será objeto de verificación en el proceso penal, solo se exige una “inferencia razonable” de que “puede ser”.

En este orden de ideas, encuentra esta Sala, en un primer momento, que la detención preventiva de la libertad de la cual fue objeto la señora Patiño Cañas correspondió a las pruebas legalmente aportadas por la Fiscalía las cuales en un principio señalaban como posible autora de los delitos de cómplice del delito de homicidio agravado de que trata el artículo 104 numeral 10 del código penal, en concurso con el delito de rebelión de que trata el artículo 467 del estatuto en cita.

Debe destacarse, que si bien en el desarrollo del proceso penal los testimonios de los otros sindicados no tuvieron la contundencia para determinar la responsabilidad de la acusada, al aportarse pruebas por parte de la defensa que los desvirtuaban, en un principio cuando se toma la decisión de privar de la libertad a la señora Patiño Cañas de manera preventiva, las pruebas allegadas ante el Juez de Garantías permitía inferir razonablemente que, la imputada podía ser autora de los delitos de cómplice del delito de homicidio agravado de que trata el artículo 104 numeral 10 del código penal, en concurso con el delito de rebelión de que trata el artículo 467 del estatuto en cita, puesto que la identificación realizada por varios testigos, en ese momento no resultaban dudosos o con vacíos.

2. Analizar la responsabilidad bajo los parámetros del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado, pero que causa daño antijurídico a las personas que no tengan el deber jurídico de soportarlo, tal y como sería cuando se evidencie que la persona no estaba llamada a soportar la privación, por haber sido exonerada por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, porque el hecho no existió, o la conducta no constituía un hecho punible.

Al analizar la providencia de primera instancia por medio de la cual se absolvió a la señora Patiño Cañas de los delitos por los cuales fue acusada y privada de su libertad, evidencia este Juez Plural de Decisión, que se hicieron las siguientes valoraciones:

- Luego de hacer un recuento de lo manifestado por los testigos aportados por parte de la Fiscalía, señaló que ninguno de ellos afirma por conocimiento o percepción directa, que la señora Patiño Cañas les haya dado información que estos dicen se suministró para efectos de realizar el operativo que culminó con la muerte del entonces alcalde del municipio de Marulanda – Caldas, señor Rigoberto Castaño Tobar, lo cual trae como consecuencia el que dichos testimonios no puedan tenerse como fundamento para acceder a las pretensiones del ente acusador, dado que el soporte probatorio está fundado en prueba de referencia.

- Ahora bien, respecto del delito de rebelión por ser presuntamente auxiliadora del grupo al margen de la ley, señaló que de acuerdo a las pruebas aportadas en el transcurso del proceso penal, es un hecho acreditado que el Frente 47 de las Farc hacía presencia en el municipio de Marulanda, y que obtenía sus recursos de extorsiones que realizaban a las personas del municipio, por lo que es válido concluir que la acusada fue víctima de extorsión, por lo que se vio obligada a entregar unas sumas de dinero al grupo al margen de la ley, además de que dichas extorsiones fueron expuestas no solo por testigos aportados por la defensa sino también, por los de la Fiscalía, siendo que varios de ellos declararon que las personas no tenían opción de rehusarse a pagar los dineros exigidos.

En este punto cabe resaltar que, pese a que el Juez consideró que los testimonios de los guerrilleros no tenía la contundencia para determinar la responsabilidad de la actora en los delitos por los cuales fue acusada, sumado a las pruebas aportadas por la defensa que desvirtuaba sus dichos, ello no desdibuja que para el momento en que se tomó la decisión de la privación de la libertad de manera preventiva, la misma no se hubiera realizado atendiendo todos y cada uno de los requerimientos legales para la toma de esa decisión, además la identificación positiva de los responsables del homicidio del entonces alcalde que además pertenecían al grupo al margen de la ley, Frente 47 de las FARC, en su momento no ofrecían dudas de la participación de la actora en los delitos por los cuales fue acusada, cosa distinta es que la defensa en el transcurso del proceso penal aportara

pruebas que lograron quitarle credibilidad a los mismos, lo que condujo a una sentencia absolutoria en esta instancia.

En este orden de ideas, evidencia con suficiencia esta Sala, tal y como lo consideró el Juez de Instancia, que la medida de aseguramiento de la que fue objeto la señora Patiño Cañas en este primer momento, obedeció a una actuación legítima del Estado, con observancia de las normas y protección de los derechos y garantías del investigado, siendo soportada la misma en evidencia que en un principio daba lugar a presumir la responsabilidad de la actora en los hechos punibles investigados, los cuales por su gravedad resultan proporcionados con la medida preventiva solicitada por parte de la Fiscalía y decretada por el Juez de garantías.

Conforme a lo anterior, considera el Tribunal que de acuerdo al material probatorio obrante en el expediente, es claro que respecto a la privación de la libertad de que fue objeto la actora por el lapso de tiempo comprendido entre el 19 de marzo de 2009 hasta el 08 de febrero de 2010, la misma no constituye un daño que no estuviera en la obligación de soportar, ya que como se expresó en líneas anteriores, la misma se fundamentó cumpliendo todas y cada una de los requerimientos que establece la ley penal, para la toma de la medida de seguridad, ya que existía un señalamiento que se hiciera por parte de integrantes del grupo armado Frente 47 de las FARC respecto del financiamiento de dicho grupo por parte de la señora Patiño Cañas, además de los tratos que entre estos se celebraron a cambio de dinero, por lo que la medida resultó proporcionada teniendo la gravedad de los delitos imputados a la actora, además que fue decretada en observancia al procedimiento establecido para ello con acatamiento de las garantías constitucionales y legales a favor de la acusada.

Segundo período (del 15 de julio de 2013 al 6 de febrero de 2014, privación por sentencia condenatoria Tribunal Superior de Manizales – Sala Penal)

Tesis: considera la Sala que, aplicando la metodología expuesta por las sentencias de unificación, no se observa que en la sentencia Proferida por el Tribunal Superior de Manizales – Sala Penal, mediante la cual se condenó a la actora por el delito de rebelión y que conllevó de contera la privación de la libertad, se haya incurrido en falla del servicio, sin embargo, como se expone en la sentencia de casación, de fecha 6 de julio de 2016 proferida por la Corte Suprema de Justicia – Sala Penal, la conducta desplegada por la actora a la luz de la totalidad de las pruebas deviene en atípica, por lo que bajo el título de imputación del daño especial, considera la sala que se causó un daño antijurídico que la señora Patiño Cañas no estaba en el deber de soportar, por lo que se deberá reconocer la responsabilidad administrativa de la Nación-Rama Judicial.

Conforme a lo probado dentro del cartulario, encuentra la Sala que la sentencia de primera instancia mediante la cual se absolvió a la señora Patiño Cañas de los delitos por los cuales fue acusada, fue apelada por el ente acusador y el abogado de las víctimas, conociendo de la misma el Tribunal Superior de Caldas - Sala Penal, quien mediante decisión del 21 de junio de 2013, procedió a efectuar una nueva valoración probatoria, llegando a la conclusión de que la sentencia de primer grado debía ser confirmada en cuanto a la absolución por el delito de homicidio agravado, pero no en cuanto al delito de rebelión, por lo cual la revocó parcialmente la sentencia recurrida, condenando a la señora María Isbelia Patiño Cañas a la pena principal de 96 meses de prisión por este último delito, negándole de contera el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por ser una petición que debe elevarse ante el juez de ejecución de penas, disponiendo de igual forma la privación de la libertad de la señora Patiño Cañas de manera inmediata, para lo cual expidió la correspondiente orden de captura, la cual se hizo efectiva el 15 de julio de 2013.

En dicha sentencia la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales, luego realizar un análisis sobre la validez y el alcance de las pruebas de referencia, con fundamento en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal del Corte Suprema de Justicia, esgrimió:

"Encuentra la Sala que no existen elementos de juicio "más allá de toda duda" que apunten a inferir razonadamente que Patiño Cañas ejecutó actos de colaboración anterior, concomitante o posterior, porque lo que campea en la actuación es un estado de aporía, en tanto no existe un señalamiento directo, concreto y preciso que permita establecer que efectivamente preacordó con los insurgentes también vinculados, el asechar a la víctima, esperarlo y ultimarlos.

En tal condición, resultaba incontestable argumentar y demostrar por la Fiscalía que aquélla no estuvo tan pasiva frente al homicidio, pues entonces debió acopiarse prueba en ese sentido para dar por cierto que prestó un aporte significativo durante la ejecución del hecho, esto es, *'prestación de algo trascendente para su comisión, servicio importante que cada uno de los concurrentes presta a la gesta delictiva'*, en tanto *'Esa contribución común en pro del mismo fin puede ser material o moral-"espiritual", por ejemplo cuando, en esta última hipótesis, la presencia definida de uno de los comuneros refuerza o estimula el cumplimiento del plan trazado, presiona y multiplica las energías de los otros, apoya al resto, reduce las defensas de la víctima, aumenta la intimidación padecida por esta, incrementa la agresividad de los otros autores o comporta una mayor seguridad para estos en cuanto, vgr., la cantidad de sujetos intensifica el amedrantamiento que sufre la persona objeto de la acción'*, lo que nunca se concretó en este evento específico, precisamente por los vacíos y dudas probatorias surgidas con la aducción de pruebas en el juicio, pues en últimas lo determinante es que la ilicitud tuvo su real concreción por la decisión adoptada al interior del Frente 47, según unos ex subversivos, porque el Alcalde participaba de grupos paramilitares prestándoles colaboración, al paso que otros adujeron que por falta de apoyo económico de su parte, pero no porque el infolio haya demostrado que Patiño Cañas haya convenido ex ante o de manera concomitante su consumación.

Por tanto, la absolución de la acusada por el atentado contra la vida de Castaño Tobar, deviene aceptable por la Colegiatura y en ello la sentencia será confirmada.

De la Rebelión

Diferente es la cuestión si se analiza desde la perspectiva de la sana crítica y la persuasión racional, para convenir con los censores que María Isbelia Patiño Cañas sí estuvo vinculada con la ideología rebelde, prestando colaboración económica suficiente y eficaz al Frente 47 de las FARC con operancia en jurisdicción de Marulanda (Caldas), de la que también obtuvo dividendos en sus propósitos proselitistas, situación que la convierte en sujeto activo de la conducta punible prevista en el artículo 467 del Código Penal.

Y retomando los testimonios de los mismos desmovilizados, éstos resultan incuestionables y de gran valor probatorio, sin que de los mismos se derive ánimo de tergiversar la verdad, pues resulta apenas lógico y razonable que como ex integrantes de las Farc, hayan tenido conocimiento de las personas que pertenecían a ese movimiento en el sector por donde operaban, al punto tal de conocerla físicamente, lugar de trabajo, remoquete como alias "La Tesorera", quiénes eran sus jefes inmediatos, con quiénes tenía contacto y su vinculación con el grupo en lo económico a cambio de actividades intimidatorias hacia la población, para asegurar resultados políticos, como del relato de Marco Fidel Giraldo Torres quedó perfectamente evidenciado, por eso no había posibilidad de equivocación en la sindicación. Esas testificaciones son confiables y merecedoras de entera credibilidad, sin que de las mismas emerjan dudas, ya que es el funcionario judicial quien goza de la facultad de determinar si un testimonio es verosímil o falaz y si la deponencia tiene aptitud para demostrar la verdad.

Las pruebas ofertadas por la defensa en el juicio no lograron controvertir los dichos de los testigos de cargo, pues en realidad las personas que comparecieron no podían declarar si su amiga, o compañera de labores pertenecía o no al frente 47 de las "FARC", pues su vinculación a la organización subversiva no lo era como combatiente activa y uniformada, sino como miliciana o "colaboradora financiera", desarrollando actividades propias de cualquier ciudadano, tal y como lo señaló el señor Fiscal en su discurso.

(...)

Así, ambiguo fue el planteamiento del Juez de conocimiento de primer nivel, invitado por la agencia del Ministerio Público, cuando para absolver expuso que aquellos declarantes debían reputarse como testigos de referencia por no haber tenido un conocimiento directo de las actividades desarrolladas por Patiño Cañas al interior de la facción insurgente, cuando lo cierto es que ellos dieron razón de su dicho, explicando, por ejemplo Giraldo Torres, Gallego Valencia y Restrepo Osorio, que María Isbelia buscó al primero para entregarle seis millones de pesos, los que finalmente recibió de manos de otro civil, enviado por ella, a quien le firmó un documento-recibo (estipulado probatoriamente) para ratificar el ingreso del dinero a las arcas fiscales del Frente, mientras que los dos siguientes atestiguaron que vieron cuando ella misma se entrevistó y dialogó con "Mauricio" o "Tatán", en una heredad próxima al municipio, contacto del que después se supo que hubo otra entrega efectiva por diez millones de pesos e, incluso, unas joyas, sin mediar nunca la coacción o la presión intimidatoria.

Ellos no podrían considerarse, per se, testigos de referencia por cuanto declararon lo que percibieron a través de sus sentidos y porque recibieron información directa de su compañero guerrillero que la entrega dineraria se había materializado, junto con la joya obsequiada de modo voluntario, nunca como una extorsión, exacción o "vacuna", argumento recurrente utilizado por el señor defensor, sin vocación de ser aceptado.

Por contracara, muy a pesar que los testigos de descargo llevados a juicio por la defensa, pretenden hacer notar que unos u otros fueron víctimas de extorsiones y "vacunas" en esa época, acreditando la presencia guerrillera en la zona, tales asertos no alcanzan a derruir la fuerza persuasiva de los tantas veces citados declarantes de cargo, porque en el caso particular de María Isbelia, ella no era objeto de presiones o coacciones, sino que simpatizaba con ideales insurrectos buscando beneficios propios de corte político, en lo que no puede entremezclarse objetivos con actos, insolubles a la hora de determinar una finalidad delimitada en tiempo y espacio, porque los ex guerrilleros aclararon que para Patiño Cañas no había orden de causarle daño o merma en su haber patrimonial, sino de recibirle dinero, que tampoco sabían si salía de las arcas de la administración o de su propio peculio, precisamente porque el único interés era recibirlo y brindarle en contraprestación, el apoyo con los potenciales electores de las veredas, para sacar adelante la permanencia de los candidatos en el poder, con todos los beneficios que el poder entraña..."(negrilla del texto)

Dicha sentencia fue casada por la Corte Suprema de Justicia Sala Penal mediante sentencia del 06 de julio de 2016, confirmando la sentencia de primera instancia que absolvió a la señora Patiño Cañas de los delitos por los cuales fue acusada. En dicha providencia la Sala a modo de conclusiones esgrimió:

"A este despropósito llegó el Tribunal, se reitera, por la falta de apreciación de la prueba. Pero, además, sentado lo anterior, la Sala estima necesario hacer notar que se incurrió en graves errores de conceptualización de los hechos, de su prueba y de su tipificación, incluso si por gracia de discusión se partiera de sus insostenibles premisas, lo que revela a las claras la sinrazón del fallo recurrido.

Importa citar en este sentido que, aunque se afirma, en primer lugar, que la acusada era una militante del grupo guerrillero y que su actividad se desplegaba en materia de contribución financiera, se termina aduciendo que los recursos económicos que proporcionaba estaban determinados por una suerte de pacto con la guerrilla para que sus efectivos, como "contraprestación", intervinieran en las justas electorales en favor de los candidatos que ella apoyaba.

Si así fuera, es obvio que unas hipótesis fácticas de esa naturaleza no atienden a la estructura típica del delito de Rebelión – artículo 467 del Código Penal – puesto que, en ningún evento, puede decirse que la acusada hacía parte de la organización subversiva para llevar a cabo los verbos rectores y los cometidos finalísticos allí provistos.

Así, en el primer evento, si se asumiera – como inicialmente se consigna por el Tribunal – que la procesada se dedicaba a financiar un grupo armado al margen de la ley, sin hacer parte de sus filas, su actuación se correspondería con el tipo penal del artículo 345 del Código Penal, sin que para ello se pudiera afirmar que ostentara la condición de rebelde.

Si por el contrario, se predicara – como también se hace en el fallo- que entregaba dineros como contraprestación a una actividad concreta de la guerrilla dirigida a intervenir en los comicios electorales en favor de los candidatos que eran apoyados por la procesada, tendrían que afirmarse que su actuación estaría contraída a promover, mediante el pago, la realización de delitos contra los mecanismos de participación democrática, caso en el cual la conducta reprochada a la acusada PATIÑO CAÑAS, de a ver sido demostrada, correspondería a un delito de *constreñimiento al sufragante* -artículo 387 del Código Penal-, en el grado de participación criminal de determinadora.

Es tal la confusión creada en torno al tema de la tipicidad de la conducta endilgada a la procesada PATIÑO CAÑAS, que la Fiscalía presentó acusación en su contra en calidad de cómplice del delito de Rebelión, sin que ninguna fundamentación ofreciera en torno a la contribución prestada para la realización de ese comportamiento que permitiera la atribución de responsabilidad por esta forma accesorio de participación en la conducta punible, más allá de genéricos e inasibles conceptos que en nada precisan su intervención punible.

Confusión que fue retomada por el propio Tribunal en la decisión de segunda instancia recurrida, desconociendo la calificación jurídica llevada a cabo por el acusador, relativa la forma de participación criminal en el delito y, de manera incongruente, -incongruencia entre la pretensión y el fallo, que aunque es notable, no será considerada por la Sala en razón del sentido de esta decisión-, terminó condenando a la procesada en calidad de autora, no de cómplice, del delito de Rebelión.

Así las cosas, más allá de la inconsistencia dogmática en la adecuación de la conducta revelada como probada, lo cierto es que de haberse considerado la prueba que de manera inexplicable ignoró el sentenciador de segunda instancia, habría de concluir que el comportamiento realizado por la acusada MARÍA ISABELIA PATIÑO CAÑAS, fue atípico, bajo cualquiera de las consideraciones ofrecidas en el fallo.

(...)” (subrayas y negrilla de la Sala)

Debe señalar la sala en primer momento, que esta segunda fase de privación de la libertad, fue consecuencia de una sentencia de segunda instancia, esto es, se trata de una decisión de condena, la cual adquirió firmeza una vez notificada, pieza procesal diferente a la del auto que ordena una medida de seguridad y/ o la sentencia de primera instancia.

Lo primero que se cuestiona la sala entonces, es determinar cuál es el título de imputación al que se debe acudir para determinar una posible responsabilidad derivada de la misma, se pudiera pensar que, si de una sentencia condenatoria se produce un daño antijurídico, el título de imputación se debería examinar a la luz de lo que se conoce como error judicial, sin embargo considera la sala que, al haber señalado en forma especial la Ley 270 de 1996, a la privación injusta de la libertad como una forma de responsabilidad del estado, este título incluye no solo el evento de que la privación de la libertad se ordena como una medida de aseguramiento, sino, además, si se toma en una sentencia, inclusive si es de segunda instancia como en el presente caso.

Sin embargo, conforme a los parámetros establecidos en la sentencia de unificación de fecha 5 de febrero de 2022 emitida por la Sección Tercera – Subsección B en el proceso con radicado 19001-23-31-000-2012-00351-01, en los casos de privación de la libertad se revisa en primer momento si se presentó una falla del servicio, y solo una vez descartada la misma, revisar si es posible atender a la responsabilidad objetiva del daño especial, así las cosas procede la Sala a analizar la falla del servicio y descartada entrará a analizar el daño especial.

Estudio sobre la falla del servicio

Conforme a la metodología plasmada en esa sentencia, para examinar la falla del servicio, acudimos a las normas penales que regulan los requisitos para imponer medida de seguridad, en este caso, atendiendo que como se ha dicho la privación de la libertad se decide por una sentencia, *mutatis mutandis*, deberemos estudiarla con respecto a los requisitos procesales que debe contener la sentencia en materia penal, tenemos lo señalado en el art. 446 del C. de P.P. que establece:

Art. 446: Contenido. *La decisión será individualizada frente a cada uno de los enjuiciados y cargos contenidos en la acusación, y deberá referirse a las solicitudes hechas en los alegatos finales. El sentido del fallo se dará a conocer de manera oral y pública inmediatamente después del receso previsto en el artículo anterior, y deberá contener el delito por el cual se halla a la persona culpable o inocente.*

Así las cosas, el C. de P.P., aparte de señalar que la misma debe ser expedida individualizando la decisión para cada investigado, referirse a las solicitudes hechas en los alegatos finales, y contener el delito por el cual se halla la persona culpable o inocente, no precisa los requisitos que la misma debe contener, por lo que debemos acudir a las reglas del C.G del P.

El art. 280 del C.G del P., nos señala los requisitos de la sentencia, y prescribe:

Artículo 280. Contenido de la sentencia: *La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella.*

La parte resolutive se proferirá bajo la fórmula “administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley”; deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir con arreglo a lo dispuesto en este código.

Cuando la sentencia sea escrita, deberá hacerse una síntesis de la demanda y su contestación.

Revisada la sentencia expedida por el Tribunal Superior de Manizales de fecha 21 de junio de 2013, cuyos apartes fueron transcritos en aparte anterior, se observa que cumple con todos y cada uno de los requisitos señalados, no solamente por el artículo 446 del C de P.P., sino además por el artículo 280 del C.G del P., en ellos se individualiza el estudio de las conductas por las que se investigó a la actora, se pronunció sobre los escritos de alegaciones de las partes procesales y decidió para el caso en concreto la condena por el delito de rebelión a la señora **María Isbelia Patiño Cañas**, la decisión se encuentra debidamente motivada y basada en las pruebas legalmente allegadas, para la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales, en sede de apelación, los testimonios de los ex integrantes del grupo al margen de la ley fueron suficientes para otorgar certeza a esta célula judicial para desvirtuar la presunción de inocencia de la señora Patiño Cañas respecto del delito de Rebelión, lo que se ajusta a las reglas de la sana crítica.

Es así, como observa la Sala que la condena de privación de la libertad de la que fue objeto la señora Patiño Cañas, se impuso con el cumplimiento de los requisitos legales establecidos en la norma procesal penal, puesto que no se observa violación alguna al derecho de defensa o debido proceso, por lo anterior, considera la sala que no se observa que el Tribunal Superior de Manizales haya incurrido en falla del servicio.

Sin embargo, dado que se advierte la probabilidad de que haya ocurrido un daño especial, se estudiará el caso bajo ese régimen objetivo de responsabilidad.

Estudio del daño especial

Cómo se expuso en líneas anteriores, mediante la Sentencia de unificación de 5 de julio de 2018¹¹, la Corte Constitucional precisó que los artículos 90 de la Constitución Política de Colombia y 68 de la Ley 270 de 1996 no establecen un título específico de imputación, sino que, por el contrario, prevén la posibilidad de que el juez adecúe la situación específica al título pertinente. Además, recordó que la falla en el servicio es el título de imputación preferente y que los títulos de responsabilidad objetiva son residuales, reservados para aquellos casos en que el régimen subjetivo es insuficiente para resolver la situación determinada¹².

¹¹ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018.

¹² En la providencia se afirmó: “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*¹², 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”.

La Corte Constitucional también señaló que, *“la posibilidad que tienen los administrados de ser resarcidos cuando el Estado les ocasione un daño que no estaban en el deber de soportar en el marco de la privación injusta de la libertad es un derecho que se deriva de la efectividad de los derechos, la igualdad y la libertad, al paso de estar previsto en el artículo 90 de la Constitución y, en tal virtud, el criterio de sostenibilidad fiscal no se erige en una barrera para ofrecer la protección efectiva de tales derechos”*.

Sobre el daño especial, el Consejo de Estado¹³ en sentencia del 22 de noviembre de 2021 precisó que, este ocurre:

*“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**¹⁴.*

En efecto, es posible que el Estado, con su actuar legítimo, inflija daños a particulares, lo que conlleva, por razones de igualdad -frente a las cargas públicas- y de equidad, que la persona no deba soportarlo, como en este caso se predica respecto del demandante principal. Este análisis, como se mencionó, resulta acorde con el mandato del artículo 90 de la Constitución Política y lo establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-072 de 2018.

Si bien ya se dijo que no se observa en la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Manizales, que condenó a la ahora actora por el delito de rebelión, sin embargo, no se puede decir lo mismo, desde la mirada de la responsabilidad objetiva, por daño especial, pues es claro que la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, casó la decisión

¹³ 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)

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-072 de 2018. FJ. 105 a 107 y 120 a 127.

de segunda instancia y al examinar nuevamente las pruebas allegadas, consideró que se podía determinar que la actora no había cometido los delitos por los cuales fue acusada, además de que el comportamiento de la actora devenía en una conducta atípica, de suerte que dejó en firme la sentencia proferida en primera instancia, mediante la cual se declaró inocente a la señora Patiño Cañas.

Por lo anterior, la Sala encuentra que, en este caso, el Estado, con su actuar legítimo, rompió el principio de igualdad de las cargas públicas que debe soportar todo ciudadano; Es decir, se le generó a la aquí demandante un daño anormal, especial y grave, dado que, no solo no pudo desvirtuarse su presunción de inocencia, sino que en palabras de la Corte Suprema de justicia fue acusada de un delito que no correspondía a la conducta que afirmaba la fiscalía había desplegado la señora Patiño Cañas, pues no atiende a la estructura típica del delito de rebelión consagrada en el artículo 467 del Código Penal, en consecuencia, no existe ningún título jurídico que pueda justificar, de manera definitiva, la privación de su libertad. Cabe resaltar que la Corte Suprema de justicia es enfática en señalar que la conducta de la señora Patiño Cañas de acuerdo a lo probado en el proceso penal, era una conducta atípica, puesto que los dineros entregados tenían origen en una extorsión y no en la voluntad libre de la actora de financiar al grupo al margen de la ley o pretender manipular los comicios electorales llevados a cabo en el municipio para favorecer candidatos de su preferencia.

La afectación del derecho a la libertad, el cual ha sido considerado una garantía básica del ser humano, por tratarse de un atributo propio de la persona, no puede considerarse como una carga que deba soportar un ciudadano como contraprestación propia de vivir en sociedad y encontrarse en un determinado territorio. En consecuencia, resulta desproporcionada la privación de la libertad del procesado que no solo fue exonerada de toda responsabilidad penal, al no demostrarse su injerencia en la comisión de un determinado comportamiento punible, sino que además fue acusada de un delito que no correspondía a la conducta que la fiscalía le endilgaba, esto es que fue condenada por una conducta atípica. Por las anteriores razones, procede la reparación del daño antijurídico alegado, como así se ordenará.

Segundo y tercer problema jurídico

Resarcimiento del daño

Lucro cesante

Respecto de este perjuicio, el Consejo de Estado en providencia del 22 de noviembre de 2021¹⁵, expuso:

¹⁵ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; Subsección C; Consejero ponente: Nicolás Yepes Corrales; Bogotá D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021); Radicación número: 50001-23-31-000-2008-00447-01(50247)

“Sobre este particular, es menester poner de presente que se entiende por lucro cesante la ganancia frustrada o el provecho económico que dejó de reportarse y que de no producirse el daño habría ingresado al patrimonio de la víctima. Frente al lucro cesante, en los eventos de privación injusta de la libertad, la Sala Plena de la Sección Tercera de la Corporación tuvo la oportunidad de pronunciarse para unificar los criterios sobre la acreditación de su existencia y cuantía, el periodo indemnizable, el ingreso base de la liquidación y el periodo adicional por reubicación laboral, entre otros, en los siguientes términos:

“[S]u existencia y cuantía deben reconocerse solo: i) a partir de la ruptura de una relación laboral anterior o de una que, aun cuando futura, era cierta en tanto que ya estaba perfeccionada al producirse la privación de la libertad o ii) a partir de la existencia de una actividad productiva lícita previa no derivada de una relación laboral, pero de la cual emane la existencia del lucro cesante.

1. Presupuestos para acceder al reconocimiento del lucro cesante

1. Por concepto de lucro cesante sólo se puede conceder lo que se pida en la demanda, de forma tal que no puede hacerse ningún reconocimiento oficioso por parte del juez de la reparación directa; (...).

2. Todo daño y perjuicio que el demandante pida que se le indemnice por concepto de lucro cesante debe ser objeto de prueba suficiente que lo acredite (...).

(...) Cuando la persona privada injustamente de su libertad haya sido una ama de casa o la persona encargada del cuidado del hogar, tendrá derecho a que se le indemnice el lucro cesante, conforme a los términos y condiciones consignados en la sentencia de unificación del 27 de junio de 2017, proferida dentro del proceso con radicación 50001-23-31-000-2000-372-01 (33.945).

2. Parámetros para liquidar el lucro cesante:

2.2.1 Período indemnizable

El período indemnizable, para la liquidación del lucro cesante, en los eventos de privación injusta de la libertad, será el tiempo que duró la detención, es decir, el período que transcurrió desde cuando se materializó la orden de detención con la captura o la aprehensión física del afectado con la medida de aseguramiento y hasta cuando éste recobró materialmente la libertad o quedó ejecutoriada la providencia que puso fin a la actuación penal contra el investigado o sindicado, lo último que ocurra.

La liquidación del lucro cesante comprenderá, si se pide en la demanda y se prueba suficientemente su monto, el valor de los ingresos ciertos que, de no haberse producido la privación de la libertad, hubiera percibido la víctima durante el tiempo que duró la detención y, además, si se solicita en la demanda, el valor de los ingresos que se acredite suficientemente que

hubiera percibido la víctima después de recuperar su libertad y que se frustraron con ocasión de pérdida de ésta.

2.2.2 Ingreso base de liquidación

El ingreso base de liquidación deber ser lo que se pruebe fehacientemente que devengaba la víctima al tiempo de su detención, proveniente del ejercicio de la actividad productiva lícita que le proporcionaba ingresos.
(...)

El ingreso de los independientes debe quedar también suficientemente acreditado y para ello es necesario que hayan aportado, por ejemplo, los libros contables que debe llevar y registrar el comerciante y que den cuenta de los ingresos percibidos por su actividad comercial o remitir, por parte de quienes estén obligados a expedirlas, las facturas de venta, las cuales tendrán valor probatorio siempre que satisfagan los requisitos previstos en el Estatuto Tributario, o que se haya allegado cualquier otra prueba idónea para acreditar tal ingreso.

2.2.3 Aplicación del salario mínimo legal mensual

Cuando se acredite suficientemente que la persona privada injustamente de la libertad desempeñaba al tiempo de su detención una actividad productiva lícita que le proporcionaba ingresos y que no pudo continuar desempeñando por causa de la detención, pero se carezca de la prueba suficiente del monto del ingreso devengado producto del ejercicio de tal actividad lícita o la privada de la libertad haya sido una ama de casa o la persona encargada del cuidado del hogar, la liquidación del lucro cesante se debe hacer teniendo como ingreso base el valor del salario mínimo legal mensual vigente al momento de la sentencia que ponga fin al proceso de reparación directa (...).

2.2.4 Incremento del 25% por concepto de prestaciones sociales

Se puede reconocer un incremento del 25% al ingreso base de liquidación, por concepto de prestaciones sociales, siempre que: i) así se pida en la demanda y ii) se pruebe suficientemente que el afectado con la medida **trabajaba como empleado al tiempo de la detención, pues las pretensiones sociales son beneficios que operaran con ocasión de una relación laboral subordinada**¹⁶. (Subrayas y negrilla fuera de texto)"

Teniendo en cuenta la jurisprudencia en cita, es claro que el lucro cesante solo puede ser reconocido cuando se logra probar que la persona que fue privada de su libertad tenía alguna actividad económica al momento de detención, puesto que este corresponde a la ganancia frustrada o el provecho económico que dejó de reportarse y que de no producirse el daño habría ingresado al patrimonio de la víctima.

En el caso bajo estudio, encuentra la Sala conforme a las pruebas arrimadas al cartulario, que para la fecha de la privación de la libertad la señora Patiño Cañas no estaba vinculada laboralmente, siendo que renunció al cargo de tesorera del municipio de Marulanda –

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de julio de 2019, Rad. 44572.

Caldas', el 31 de diciembre de 2006, es decir 3 años antes de que fuera privada de la libertad con ocasión de la medida preventiva decretada por el juez de garantía en virtud de la solicitud elevada por la Fiscalía la cual se hizo efectiva el 19 de marzo de 2009, y mucho más en virtud de la condena que fuera proferida por el Tribunal Superior de Manizales – Sala Penal. De igual forma, no se probó dentro del cartulario que la actora hubiere tenido alguna actividad económica.

En este orden de ideas, y de conformidad con la jurisprudencia en cita, es claro que no procede reconocimiento alguno por concepto de lucro cesante.

Perjuicios morales

Ahora bien, respecto de los perjuicios morales el Consejo de Estado en sentencia del 29 de noviembre de 2021¹⁷ esgrimió:

“M.- El alcance general de la unificación que se adopta en esta sentencia

30.- Las decisiones que se adoptarán están dirigidas, de una parte, a precisar que los perjuicios morales pueden inferirse, para la víctima directa, de la prueba de la privación de la libertad; y para su cónyuge o compañero (a) permanente, así como para sus parientes hasta el primer grado de consanguinidad, con la prueba de tal condición. La presunción jurisprudencial de perjuicios morales solo se refiere a dichas víctimas. En relación con las demás víctimas indirectas, aunque la prueba del parentesco puede ser apreciada en cada caso concreto como *indicio* de la existencia de relaciones estrechas con el detenido, se concluye que dicha prueba no es suficiente para demostrar la existencia de perjuicios morales indemnizables; en este caso, los perjuicios morales deben ser acreditados por la parte demandante con otros medios de prueba. Por último, se reitera que las presunciones jurisprudenciales admiten prueba en contrario.

De otra parte, tienen el propósito de ajustar los montos máximos reconocidos a la persona privada de la libertad, determinados a partir de la duración de la privación, determinar su reducción cuando se trate de detención domiciliaria y modificar los topes máximos de indemnización para las víctimas indirectas.

Teniendo en cuenta las reglas de unificación vigentes sobre la materia, (i) en relación con las víctimas indirectas, se precisa que los topes máximos de indemnización son indicativos, por lo que en cada caso concreto deben señalarse las razones por las cuales se establece el valor de la indemnización por perjuicios morales para ellas y (ii) se reitera la jurisprudencia vigente para indicar que el tope de indemnización de perjuicios morales de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la víctima directa solamente podrá ser superado en casos excepcionales, eventos en el cual deberá motivarse detalladamente esta decisión y las razones que justifican tal determinación, hasta un monto máximo de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

31.- La Sala expondrá el sustento de las reglas de unificación que se adoptan en esta sentencia en lo relativo a la prueba y cuantificación de los perjuicios

¹⁷ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; C.P.: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ; Bogotá D. C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintiuno (2021); Radicación número: 18001-23-31-000-2006-00178-01(46681)

morales por privación de la libertad; hecho lo anterior, se resolverán estos aspectos en el caso concreto, dando aplicación a dichas reglas.

N.- Las reglas de unificación vigentes

32.- La sentencia de unificación con base en la cual actualmente se establece (i) la forma de acreditar los perjuicios morales por privación de la libertad y (ii) la determinación de su cuantía es la proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2014, adoptada en el proceso No. 36149 con ponencia del doctor Hernán Andrade Rincón. En esta sentencia se reiteran los criterios adoptados en la sentencia del 28 de agosto de 2013, proferida en el proceso No. 25022, con ponencia del doctor Enrique Gil Botero.

33.- En relación con el carácter indicativo de los parámetros establecidos y la necesidad de considerar las circunstancias del caso concreto para estimar los perjuicios, se lee en la sentencia del 28 de agosto de 2013:

<<Respecto del *quantum* al cual deben ascender estos perjuicios, según la jurisprudencia de la Sala que aquí se unifica, se encuentra suficientemente establecido que **el juez debe valorar, según su prudente juicio, las circunstancias propias del caso concreto, para efectos de determinar la intensidad de esa afectación**, con el fin de calcular las sumas que se deben reconocer por este concepto.

<<Con todo y, **de nuevo, sin perjuicio de las particularidades de cada caso concreto**, la Sala, para efectos de determinar el monto de los perjuicios morales en los eventos de privación injusta de la libertad, estima necesario tener en cuenta, tal como lo ha hecho de manera reiterada e invariable, algunos de los presupuestos o criterios que sirven de referente objetivo a la determinación de su arbitrio, con el fin de eliminar al máximo apreciaciones eminentemente subjetivos y garantizar así, de manera efectiva, el Principio Constitucional y a la vez Derecho Fundamental a la igualdad (artículos 13 y 209 C.P.), propósito para cuya consecución se han utilizado, entre otros: **i) el tiempo durante el cual se extendió la privación de la libertad; ii) las condiciones en las cuales se hizo efectiva la privación de la libertad, esto es, si se cumplió a través de reclusión en centro carcelario o detención domiciliaria (...)**

Se reitera, los anteriores parámetros objetivos sirven como norte, guía o derrotero a efectos de que se garantice el principio de reparación integral del artículo 16 de la ley 446 de 1998, y los principios de igualdad material y dignidad humana, **para lo cual el juez al momento de la valoración del daño moral es preciso que motive con suficiencia las circunstancias de tiempo, modo y lugar por las cuales se reconoce el respectivo perjuicio.>>**

34.- Los parámetros adoptados en la sentencia del 28 de agosto de 2014 se justifican y se establecen de la siguiente manera:

<<7.1. Perjuicios morales.

Según lo ha reiterado la Jurisprudencia del Consejo de Estado, en casos de privación injusta de la libertad y con apoyo en las máximas de la experiencia, hay lugar a inferir que esa situación genera dolor moral, angustia y aflicción a las personas que por esas circunstancias hubieren visto afectada o limitada su libertad¹⁸; en la misma línea de pensamiento se ha considerado que dicho dolor moral también se genera en sus seres queridos más cercanos, tal como la Sala lo ha reconocido en diferentes oportunidades¹⁹, al tiempo que se ha precisado que según las aludidas reglas de la experiencia, el dolor de los

¹⁸ Entre otras, Sentencia de 14 de marzo de 2002, exp. 12.076. M.P. Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

¹⁹ Sentencia de 20 de febrero de 2.008, exp. 15.980. M.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

padres es, cuando menos, tan grande como el del hijo que fue privado injustamente de su libertad, cuestión que cabe predicar por igual en relación con el cónyuge, compañera o compañero permanente o estable o los hijos de quien debió soportar directamente la afectación injusta de su Derecho Fundamental a la libertad²⁰. Asimismo, en relación con la acreditación del perjuicio en referencia, se ha dicho que con la prueba del parentesco o del registro civil de matrimonio se infiere la afectación moral de la víctima, del cónyuge y de los parientes cercanos²¹, según corresponda.

Respecto del quantum al cual deben ascender estos perjuicios, según la jurisprudencia de la Sala que aquí se reitera, se encuentra suficientemente establecido que el Juez debe tener como fundamento el arbitrio judicial y debe valorar, según su prudente juicio, las circunstancias propias del caso concreto, para efectos de determinar la intensidad de esa afectación, con el fin de calcular las sumas que se deben reconocer por este concepto²².

Ahora bien, en los casos de privación injusta de la libertad se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de 28 de agosto de 2013 proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativa – radicación No. 25.022– y se complementan los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera en los términos del cuadro que se incorpora a continuación:

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Víctima directa, cónyuge o compañero(a) permanente y parientes en el 1º de consanguinidad	Parientes en el 2º de consanguinidad	Parientes en el 3º de consanguinidad	Parientes en el 4º de consanguinidad y afines hasta el 2º	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Víctima directa	35% del Porcentaje de la Víctima directa	25% del Porcentaje de la Víctima directa	15% del Porcentaje de la Víctima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25

²⁰ Sentencia del 11 de julio de 2012, exp. 23.688. M.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera, reiterada recientemente en sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 23.998 y del 13 de febrero de 2013.

²¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 1º de marzo de 2006. Expediente 15440. MP: María Elena Giraldo Gómez.

²² Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 27 de junio de 2013. Expediente 31033.

Igual inferior a 1	e 15	7,5	5,25	3,75	2,25

[...]

P.- Los topes máximos de indemnización

i) Para la víctima directa

44.- Si bien la tabla establecida en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 considera el tiempo de detención como criterio para determinar la cuantía de los perjuicios morales, presenta las siguientes dificultades: (i) no precisa si los montos establecidos en la tabla corresponden a rangos o topes de indemnización y (ii) no establece una indemnización progresiva, en función del tiempo de detención, dado que prevé una mayor cuantía para el primer período establecido en la tabla (detenciones con una duración igual o inferior a un mes), que decrece en los periodos posteriores, lo que arroja resultados que no resultan proporcionales.

45.- Para superar estos problemas, la Sala adoptará los siguientes topes para cuantificar los perjuicios morales de la víctima directa:

45.1.- Si la privación de la libertad tiene una duración **igual o inferior a un mes**, una suma fija equivalente a **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)**.

45.2.- Si la privación de la libertad tiene una duración **superior a un mes**:

a.- **Por cada mes** adicional transcurrido, sin importar el número de días que tenga el mes, **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)**.

b.- Por cada día adicional al último mes transcurrido, una fracción equivalente a **0,166 salarios mínimos legales mensuales vigentes**, la cual se obtiene de dividir **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)** por **30 días**.

c.- La cuantía se incrementará hasta **cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 SMLMV)**, indemnización que recibirá la víctima directa cuando esté detenida por **20 meses o más tiempo**, con el objeto de mantener el tope máximo jurisprudencial, de acuerdo con la jurisprudencia antes indicada.

d.- De conformidad con los anteriores parámetros, los topes de indemnización de perjuicios morales para la víctima directa son los siguientes:

Duración de la privación	Víctima directa en SMLMV
Entre un día y un mes	Suma fija de 5 SMLMV
Hasta 2 meses	Hasta 10 SMLMV
Hasta 3 meses	Hasta 15 SMLMV
Hasta 4 meses	Hasta 20 SMLMV
Hasta 5 meses	Hasta 25 SMLMV
Hasta 6 meses	Hasta 30 SMLMV
Hasta 7 meses	Hasta 35 SMLMV
Hasta 8 meses	Hasta 40 SMLMV
Hasta 9 meses	Hasta 45 SMLMV
Hasta 10 meses	Hasta 50 SMLMV
Hasta 11 meses	Hasta 55 SMLMV
Hasta 12 meses	Hasta 60 SMLMV

Hasta 13 meses	Hasta 65 SMLMV
Hasta 14 meses	Hasta 70 SMLMV
Hasta 15 meses	Hasta 75 SMLMV
Hasta 16 meses	Hasta 80 SMLMV
Hasta 17 meses	Hasta 85 SMLMV
Hasta 18 meses	Hasta 90 SMLMV
Hasta 19 meses	Hasta 95 SMLMV
20 meses o más	Hasta 100 SMLMV

e.- Y la fórmula para determinar la cuantía de los perjuicios morales de la víctima directa es:

$$PM = (\text{número de meses} \times 5 \text{ SMLMV}) + (\text{fracción adicional de días} \times 0,166 \text{ SMLMV})$$

f.- El tope de indemnización de perjuicios morales de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la víctima directa solamente podrá ser superado en casos excepcionales, evento en el cual deberá motivarse detalladamente esta decisión y las razones que justifican tal determinación, hasta un monto máximo de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ii) Reducción en el caso de detención domiciliaria

46.- Estima la Sala que, también como regla general, la intensidad del perjuicio es sustancialmente inferior cuando se trata de detención *domiciliaria*, caso en el cual la persona no se ve privada del entorno material de su hogar ni de la compañía de su familia. Esta circunstancia incide en la determinación de la intensidad de los perjuicios morales que sufren la víctima directa y sus familiares. Por lo tanto, en casos de **detención domiciliaria**, la reparación deberá disminuirse en un **cincuenta por ciento (50%)**.

iii) Para las víctimas indirectas

47.- La Sala considera que el monto de los perjuicios morales previstos en la tabla adoptada en la jurisprudencia vigente para las víctimas indirectas de la privación no es proporcional con los fijados en otras sentencias de unificación de la Sección Tercera para daños que pueden considerarse de mayor intensidad, como es el caso de la muerte de la víctima directa, los cuales se encuentran determinados en la sentencia de unificación también dictada el 28 de agosto de 2014, radicado 26251²³.

48.- Cuando la privación de la libertad es superior a 18 meses, los parientes y personas cercanas a la víctima directa obtienen una indemnización por concepto de perjuicios morales equivalente a 100 salarios mínimos, que es igual a la que recibirían en casos de muerte de la víctima directa. Y por regla general, no puede asimilarse el dolor que sufre el padre por la muerte de su hijo y con el que le causa la privación de su libertad.

49.- De igual manera, no se estima justificado reconocer a favor de los cónyuges, compañeros permanentes o parientes en el primer grado de consanguinidad el mismo monto que se le otorga a la víctima directa que ha padecido la privación de la libertad. Nuevamente, se trata de daños frente a los cuales no puede afirmarse, por regla general, que tengan igual intensidad.
50.- El dolor sufrido por la víctima directa de la privación injusta de la libertad no es, por regla general, equiparable al que padecen sus familiares o personas cercanas, que no sufren personalmente la detención. La privación de la

²³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251). Sentencia del 28 de agosto de 2014. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

libertad, para el que la padece, implica sobrellevar una situación de hecho permanente; no poder realizar sus labores cotidianas; no vivir en su casa de habitación; no estar con sus seres queridos; no poder circular libremente; no poder autodeterminarse; y convivir con desconocidos. Es cierto que los parientes y personas cercanas (padres, hijos, pareja) sufren al saber que la víctima directa del daño se encuentra en tales circunstancias. Pero no resulta razonable considerar que, en todos los casos o por regla general, los dos dolores tienen la misma intensidad o el mismo grado, ni la misma permanencia o constancia durante el periodo de duración de la detención. En consecuencia, tampoco resulta razonable establecer una regla jurisprudencial de equiparación.²⁴

51.- Con fundamento en lo anterior, se establecen los topes de perjuicios morales para las víctimas indirectas así: para los **parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente el cincuenta por ciento (50%)** de lo que le corresponda a la víctima directa. Y para los **demás demandantes**, cuando acrediten los perjuicios morales, el tope máximo es del **treinta por ciento (30%)** de lo que le corresponda a la víctima directa. La fijación de estos topes se enmarca en las justificaciones y criterios que se explican en el siguiente capítulo.

..."

En este orden de ideas es claro que los perjuicios morales se presumen de la persona que estuvo privada de la libertad, de su conyugue, de sus hijos y de sus hermanos, teniendo los demás parientes la obligación de probar los mismos.

Ahora bien, se encuentra probado, de acuerdo a los registros civiles allegados, que son hermanos de la señora María Isbelia Patiño Cañas, los señores Diana Patricia Patiño Cañas, Álvaro Patiño Cañas, Guillermo Patiño Cañas, Alberto Patiño Cañas, Luz Dary Patiño Cañas, Luz Helena Patiño De Flórez, Efraín Patiño Cañas, José Noel Patiño Cañas, Gertrudis Patiño Cañas.

Respecto de los demás actores, encuentra la Sala que está probado que son sobrinos y cuñados de la señora María Isbelia Patiño Cañas, por lo que debían aportar material probatorio que dieran cuenta de los perjuicios morales que alegan sufrieron con la privación de la libertad de la cual fue objeto la señora Patiño Cañas, sin embargo, y de acuerdo al material probatorio que fue allegado al expediente, y que obra en el cartulario digital que fue remitido a esta corporación, encuentra esta Sala que no obra prueba alguna que permita comprobar la existencia de los mismos.

En este orden de ideas, solo se reconocerán perjuicios morales a la señora María Isbelia Patiño Cañas en calidad de víctima directa y a los señores Diana Patricia Patiño Cañas,

²⁴ María Cecilia M'Causland, al referirse al dolor que sufren los parientes cercanos del detenido, anota que <<aunque el sufrimiento de estas por lo común es profundo no parece adecuado compararlo con el de quien ve restringida su libertad y padece en carne propia las condiciones de la reclusión>>. No descarta que existan situaciones excepcionales, que deben probarse, entre las cuales menciona el <<caso de los niños pequeños que deben ser separados de su madre reclusa y llevados a un lugar especial donde, si bien reciben la protección del Estado, carecen de la compañía familiar>>. M'Causland Sánchez, María Cecilia. *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*. Editorial Universidad Externado de Colombia, 2019. Págs. 470 y 471.

Álvaro Patiño Cañas, Guillermo Patiño Cañas, Alberto Patiño Cañas, Luz Dary Patiño Cañas, Luz Helena Patiño De Flórez, Efraín Patiño Cañas, José Noel Patiño Cañas, Gertrudis Patiño Cañas en calidad de hermanos, así:

En este punto se debe tener en cuenta que la privación de la libertad de la que fue objeto la señora Patiño cañas como consecuencia de la condena impuesta por parte del Tribunal Superior de Manizales se cumplió de dos formas, una intramural y otra bajo la modalidad de prisión domiciliaria.

Así las cosas, por el tiempo en que estuvo privada de la libertad en prisión intramural por el tiempo comprendido entre el 15 de julio de 2013 al 06 de febrero de 2014 (6 meses):

María Isbelia Patiño Cañas: 30 SMLMV

A los señores Diana Patricia Patiño Cañas, Álvaro Patiño Cañas, Guillermo Patiño Cañas, Alberto Patiño Cañas, Luz Dary Patiño Cañas, Luz Helena Patiño De Flórez, Efraín Patiño Cañas, José Noel Patiño Cañas, Gertrudis Patiño Cañas: 15 SMLMV para cada uno.

Por el tiempo en que estuvo privada de la libertad en prisión domiciliaria por el tiempo comprendido entre el 07 de febrero de 2014 al 08 de julio de 2016 (53 meses):

María Isbelia Patiño Cañas: 50 SMLMV

A los señores Diana Patricia Patiño Cañas, Álvaro Patiño Cañas, Guillermo Patiño Cañas, Alberto Patiño Cañas, Luz Dary Patiño Cañas, Luz Helena Patiño De Flórez, Efraín Patiño Cañas, José Noel Patiño Cañas, Gertrudis Patiño Cañas: 25 SMLMV para cada uno.

Daños a la salud

Los actores solicitan se les reconozca unos perjuicios por los daños a la salud que sufrieron como consecuencia de la privación injusta de la libertad de la que fue objeto la señora María Isbelia Patiño Cañas.

Sobre el particular, la Sala recuerda que el concepto de daño a la vida de relación fue abandonado por el de daño a la salud²⁵ en el que se debe demostrar la existencia de una lesión psicofísica.

Debe tener en cuenta que, en pronunciamiento de unificación, la Sección Tercera estableció tres categorías de perjuicios inmateriales: el daño moral, el daño a la salud y aquellos daños inmateriales producidos por una afectación relevante a un bien o derecho constitucional o convencionalmente tutelado²⁶.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, expediente 28.832, MP Danilo Rojas Betancourth y expediente 31.170, MP Enrique Gil Botero.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2011, expediente 19.031, MP Enrique Gil Botero.

En ese orden, nada obsta para que se reconozcan perjuicios inmateriales distintos a los morales, como el daño a la salud, pero deben estar debidamente acreditados y ser diferenciables de aquel que se reconoce como fuente de los perjuicios morales para evitar una doble indemnización²⁷.

En el asunto *sub lite* se aportó un dictamen pericial de la Psicóloga Forense Marisol Alba Sarmiento, practicado a la señora María Isbelia Patiño Cañas, el 27 de enero de 2017, en el cual se concluyó que la demandante presenta una grave afectación en la salud mental, asociado a las pérdidas ocasionados a la privación de la libertad de la cual fue objeto, que cambió la manera drástica su vida, causando malestar clínico y significativo en todas las áreas de funcionamiento, colocando en riesgo su estabilidad emocional, su salud psíquica, su adaptación a su realidad actual, su realidad de vida e incluso su integridad física. De igual forma determinó que la actora presenta secuelas psicológicas definidas como una alteración irreversible en el funcionamiento psicológico, a partir de desajustes psicopatológicos.

Así las cosas, al estar acreditado el quebranto psicológico que padeció la señora María Isbelia Patiño Cañas como consecuencia de la privación de su libertad resulta procedente el reconocimiento de indemnización por el daño a la salud.

Ante la dificultad para cuantificar la suma a reconocer por el daño a la salud la Sala con fundamento en el criterio de equidad²⁸ previsto por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 encuentra que es ajustado reconocer a favor de la señora María Isbelia Patiño cañas en consideración al tiempo de privación de su libertad y que el mayor tiempo se cumplió en prisión domiciliaria la suma equivalente a 6 SMLMV en favor de la señora Patiño cañas por concepto de daño a la salud.

Respecto de los demás demandantes al no estar probado el daño a la salud que alegan padecieron por la privación de la libertad de la que fue objeto la señora María Isbelia Patiño Cañas, se negará su reconocimiento.

Finalmente se señala que las sumas de dinero antes reconocidas deberán ser pagadas por la Nación – Rama Judicial, en atención a que la privación injusta de la libertad tuvo origen

²⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de mayo de 2016, expediente 36.517, MP Danilo Rojas Betancourth.

²⁸ En casos similares se ha reconocido indemnización en proporción al tiempo de privación de la libertad y al perjuicio psicológico sufrido; por ejemplo, en fallo del 26 de noviembre de 2015, expediente 17001-23-31-000-2002-00235-01 (36.387), la Sección Tercera, Subsección B encontró acreditada la sintomatología depresiva y ansiosa que afectó a quien estuvo privado de la libertad por un lapso de 27 meses y 12 días, por lo cual reconoció la suma de 40 smlmv por concepto de daño a la salud. En sentencia de 30 de abril de 2020, expediente 05001-23-31-000-2011-01713-01 (51.577) se reconoció a la demandante la suma de 4 smlmv, quien padeció un cuadro de ansiedad y trastorno de estrés postraumático a consecuencia de un periodo de tres días de privación de la libertad.

en la condena impuesta por parte del Tribunal Superior de Manizales – Sala Penal, mediante sentencia del 21 de junio de 2013 proferida en sede de segunda instancia.

Conclusiones

Conforme a lo expuesto, encuentra esta Sala de decisión que la primera privación de la libertad de la cual fue objeto la señora María Isbelia Patiño Cañas por el periodo comprendido entre el 19 de marzo de 2009 hasta el 08 de febrero de 2010, la misma no constituye un daño antijurídico que no estuviera en la obligación de soportar, ya que como se expresó en líneas anteriores, la misma se fundamentó en el señalamiento que se hiciera por parte de integrantes del grupo armado Frente 47 de las FARC respecto del financiamiento de dicho grupo por parte de la señora Patiño Cañas además de los tratos que entre estos se celebraron a cambio de dinero, por lo que la medida resultó proporcionada teniendo la gravedad de los delitos imputados a la actora, además que fue decretada en observancia al procedimiento establecido para ello con acatamiento de las garantías constitucionales y legales a favor de la acusada.

Respecto de la segunda privación de la que fue objeto por el lapso de tiempo comprendido entre el 15 de julio de 2013 al 08 de julio de 2016, contrario a lo ocurrido en el primer periodo de tiempo en el cual estuvo privada de la libertad, conforme a lo expuesto en líneas anteriores resultó desproporcionada, pues se itera, no solo porque la señora Patiño Cañas fue exonerada de toda responsabilidad penal, al no demostrarse su injerencia en la comisión de un determinado comportamiento punible, sino que además fue acusada de un delito que no correspondía a la conducta que la fiscalía le endilgaba, esto es que la conducta desplegada por la actora fue atípica.

En este orden de ideas la sentencia de primera instancia amerita ser revocada de manera parcial.

COSTAS

En el presente asunto se condena en costas a la parte demandada Nación – Rama Judicial, toda vez que la parte demandante, se vio en la necesidad de asumir el pago de abogado y gastos procesales para atender esta instancia.

La liquidación y ejecución se harán conforme artículo 366 del Código General del Proceso.

Las agencias en derecho se tasan en un valor de 1 SMLMV a favor de la parte demandante, y a cargo de la parte demandada, esto es Nación – Rama Judicial, de conformidad con el artículo 5 del Acuerdo nro. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

Es por lo expuesto que **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: REVOCAR PARCIALMENTE los ordinales 1 y 2 de la sentencia del 15 de mayo de 2020 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso que por el medio de control de **reparación directa** instauraron **MARÍA ISBELIA PATIÑO CAÑA Y OTROS** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL** y la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

En consecuencia

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de “Falta de configuración de los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual del estado”, propuestos por los apoderados de las entidades demandadas, respecto del periodo de tiempo comprendido entre el **19 DE MARZO DE 2009 HASTA EL 08 DE FEBRERO DE 2010 (MEDIDA PREVENTIVA)**. Respecto del periodo comprendido entre el **15 DE JULIO DE 2013 AL 08 DE JULIO DE 2016** se declara probada la excepción de “Falta de configuración de los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual del estado” respecto de la Nación – Fiscalía General de la Nación; y se declara no probadas la excepción de “Falta de configuración de los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual del estado” propuesta por la Nación – Fiscalía General de la Nación.

SEGUNDO: ACCEDER PARCIALMENTE a las pretensiones de la demanda incoada por **MARÍA ISBELIA PATIÑO CAÑA Y OTROS** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL**.

En consecuencia

RECONOCER POR PERJUICIOS MORALES

Por el tiempo en que estuvo privada de la libertad en prisión intramural por el tiempo comprendido entre el 15 de julio de 2013 al 06 de febrero de 2014 (6 meses):

MARÍA ISBELIA PATIÑO CAÑAS: 30 SMLMV

A los señores **DIANA PATRICIA PATIÑO CAÑAS, ÁLVARO PATIÑO CAÑAS, GUILLERMO PATIÑO CAÑAS, ALBERTO PATIÑO CAÑAS, LUZ DARY PATIÑO CAÑAS, LUZ HELENA PATIÑO DE FLÓREZ, EFRAÍN PATIÑO CAÑAS, JOSÉ NOEL PATIÑO CAÑAS, GERTRUDIS PATIÑO CAÑAS: 15 SMLMV** para cada uno.

Por el tiempo en que estuvo privada de la libertad en prisión domiciliaria por el tiempo comprendido entre el 07 de febrero de 2014 al 08 de julio de 2016 (53 meses):

MARÍA ISBELIA PATIÑO CAÑAS: 50 SMLMV

A los señores **DIANA PATRICIA PATIÑO CAÑAS, ÁLVARO PATIÑO CAÑAS, GUILLERMO PATIÑO CAÑAS, ALBERTO PATIÑO CAÑAS, LUZ DARY PATIÑO CAÑAS, LUZ HELENA**

PATIÑO DE FLÓREZ, EFRAÍN PATIÑO CAÑAS, JOSÉ NOEL PATIÑO CAÑAS, GERTRUDIS PATIÑO CAÑAS: 25 SMLMV para cada uno.

RECONOCER POR DAÑOS A LA SALUD a favor de la señora MARÍA ISBELIA PATIÑO CAÑAS la suma equivalente a 6 SMLMV.

Las sumas de dinero antes reconocidas deberán ser pagadas por la Nación – Rama Judicial, conforme a las consideraciones que anteceden.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demas la sentencia recurrida.

TERCERO: CONDENAR en costas de la segunda instancia a la parte demandada NACIÓN – RAMA JUDICIAL, cuya liquidación y ejecución se harán conforme artículo 366 del Código General del Proceso. Por agencias en derecho se fija la suma de 1 SMLMV a favor de la parte demandante de conformidad con el artículo 5 del Acuerdo nro. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen para lo pertinente. Háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

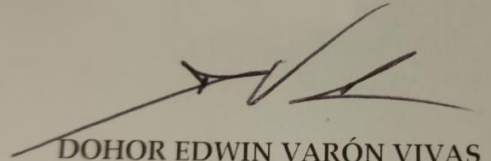
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 15 de septiembre de 2022, conforme acta nro. 053 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado
Salva el Voto

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 166 del 19 de
septiembre de 2022

17001-33-39-006-2022-0169-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, dieciséis (16) de SEPTIEMBRE de dos mil veintidós (2022)

A.I. 357

Procede la Sala de Decisión a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto contra el auto dictado por la señora Jueza 6ª Administrativa de Manizales el 9 de junio de 2022, con el cual accedió a una medida cautelar de urgencia, y, en consecuencia, ordenó la suspensión de los efectos de la convocatoria pública CGC001-2021 para la elección del Contralor Departamental, dentro del proceso de **PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS** promovido por el señor **RICHARD GOMEZ VARGAS** contra la **ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE CALDAS** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

Mediante el libelo demandador visible en el PDF N°2 del expediente digitalizado, solicitó la parte actora, entre otras pretensiones, declarar la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, y como consecuencia de ello, ordenar la suspensión de los efectos de la convocatoria pública CGC001 - 2021 para la elección de Contralor Departamental de Caldas para el periodo 2022 - 2025; adicional a ello, solicita el pago los perjuicios causados por parte del Departamento de Caldas.

A título de medida cautelar, la parte actora deprecó que, mientras se resuelve de fondo el proceso, se decrete la suspensión de la Convocatoria Publica CGC 001 - 2021 para la elección del Contralor Departamental de Caldas, y se ordene a la Asamblea Departamental prestar caución para garantizar el cumplimiento de las medidas solicitadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que conforme a lo previsto en los artículos 107 y 209 de la Constitución, las actividades de la administración pública y las organizaciones políticas, deben estar orientadas hacia el bienestar común, la transparencia y el mejoramiento del servicio.

Seguidamente mencionó, que mediante Resolución N° 0299 de 6 de septiembre de 2021, se reglamentaron los términos y se dio inicio a la convocatoria pública CGC 001 - 2021 para la elección del Contralor Departamental de Caldas. Dicho proceso de selección, también alude el accionante, ha transgredido continuamente los principios de transparencia e integridad que caracterizan la actividad de las instituciones del Estado, en tanto dio apertura al mismo sin el acompañamiento de una universidad acreditada para ello.

Por otra parte, en punto a la supervisión del contrato interadministrativo ADCCI 01 - 2021, suscrito con ocasión del proceso de elección reseñada, se designó como supervisor al señor Jorge Eduar Ocampo Suarez, de quien alega, posee un conflicto de intereses al ser contratista de la Contraloría General de Caldas, la Asamblea Departamental y candidato a la Contraloría Municipal de Manizales, situaciones contrarias, en su sentir, a los principios de imparcialidad e igualdad que deben regir las actuaciones de la administración pública.

Igualmente señaló el actor popular, que la Asamblea Departamental, como órgano deliberativo, excedió las competencias otorgadas por la ley al reglamentar de manera unilateral la convocatoria para la elección del contralor, pues esa función corresponde exclusivamente al Congreso de la República, situación que, añade, permitió que todos aquellos aspirantes a contralores departamentales que estuviesen incurso en alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad, pudiesen llegar a ser elegidos.

LA PROVIDENCIA APELADA

Con auto datado el 27 de mayo hogaño, la operadora judicial de primera instancia accedió al decreto de la medida cautelar de urgencia, por considerar que, a la luz de lo previsto en el artículo 231 del C/CA, las medidas cautelares en procesos

distintos a los que se pretenda la nulidad de actos administrativos, proceden cuando la demanda esté razonablemente fundamentada, el accionante acredite aquellos derechos que están siendo gravemente vulnerados, y al interior del proceso allegue el suficiente material probatorio que permita concluir que negar la procedencia de la medida cautelar, resultaría mucho más gravoso que acceder a la misma.

Para arribar a tal decisión, explicó que el legislador fijó la posibilidad de decretar una medida cautelar de urgencia sin darle traslado previo a la contraparte, bajo la condición de tener plenamente demostrada la apremiante urgencia y los requisitos exigidos para la procedencia de una medida cautelar.

Al estudiar el caso concreto, el *a quo* estimó que el accionante logró cumplir en debida forma las condiciones indispensables para la procedencia del decreto de medidas cautelares, y que con la Resolución 523 de 24 de mayo de 2022, con la cual la Asamblea de Caldas fijó como fecha para la elección del contralor departamental el día 31 de mayo último, resultaría mucho más lesivo permitir que dicha elección se lleve a cabo, mientras se tiene por decidir de fondo las pretensiones que señalan como vulneradoras del interés colectivo dicha elección.

Así las cosas, la jueza concibió procedente el decreto de la medida cautelar de urgencia, por consiguiente, suspendió la Convocatoria Publica CGC001-2021 para la elección del Contralor Departamental de Caldas, mientras el trámite de la acción popular se resuelva de fondo, o hasta tanto las entidades accionadas demuestren que dicha actuación administrativa no afecta gravemente los derechos e interés de la comunidad.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Con escrito visible en el PDF N°026, la ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE CALDAS impugnó en oportunidad legal la decisión adoptada por la señora Jueza 6ª Administrativa de Manizales, en los términos que a continuación se sintetizan.

Manifestó, *ab initio*, que las causales de inhabilidad e incompatibilidad en las que alega el accionante están inmersos distintos aspirantes a la Contraloría Departamental, no tiene un adecuado soporte normativo, pues sostiene que si bien el artículo 6° de la Ley 330 de 1996 consagraba que quien en el último año hubiera ocupado un cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia, está inhabilitado para ser Contralor Departamental, tal disposición fue modificada por el Acto Legislativo 04 de 2019, que en su artículo 4° estableció que no podrá ocupar el cargo de contralor departamental quien sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público en la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal.

También se refirió a la facultad exclusiva que tienen las Asambleas departamentales para llevar a cabo el proceso de elección del Contralor Departamental, y cómo la contratación de una institución de educación superior para la elaboración de la prueba de conocimientos del proceso de selección, corresponde a una necesidad del servicio; lo anterior sustentado en que el órgano deliberativo no cuenta con la capacidad técnica, ni el personal idóneo para el diseño del examen.

Finalmente manifestó, en punto a las acusaciones relativas a la presunta inobservancia en el cumplimiento de las suspensiones decretadas por distintas células judiciales, que todas las medidas de suspensión han sido acatadas de manera inmediata, y por ende no se ha adelantado actuación alguna en la convocatoria, mientras ha estado vigente alguna medida de suspensión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

La atención de esta Sala plural se contrae a determinar si procedía el decreto de la medida cautelar “de urgencia” con la cual se pretende suspender los efectos de la convocatoria pública para la elección del contralor departamental de Caldas, dentro del proceso de **PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES**

COLECTIVOS, promovido por el señor **RICHARD GOMEZ VARGAS** contra el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** y la **ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE CALDAS**.

(I)

**PROCEDENCIA DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL
DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

En el marco de las medidas cautelares consagradas en el nuevo proceso contencioso administrativo, se encuentra la figura de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Política y desarrollada en los artículos 229 y siguientes del C/CA; dicho canon constitucional dispone a la letra:

“ARTICULO 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial” /Líneas no son del texto/.

Por su parte, el inciso 2º del artículo 144 del mismo ordenamiento manda que, “Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos” /Resaltado de la Sala/.

A su turno, el artículo 229 del C/CA se refiere a la procedencia de las medidas cautelares, estableciendo que,

“En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de

parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”.

A su vez, el parágrafo del artículo 229 ídem, se refiere específicamente a la procedencia de las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las cuales se rigen por lo dispuesto en el capítulo respectivo de dicha obra, e, incluso, proceden de oficio.

De la misma manera, el artículo 230 ídem, precisa el contenido y alcance de las medidas cautelares, señalando que éstas podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Así, el numeral 3 del canon citado, establece la posibilidad de que el Juez o Magistrado Ponente pueda “suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo”.

El medio de control que ocupa la atención de la Sala está orientado a garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos de la comunidad, por lo que debe atenderse a lo previsto en el inciso 2° del artículo 2° de la Ley 472/98, el cual indica que las acciones populares tienen por finalidad “evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”; y, a su turno, el artículo 25 ídem, subrogado por el mandato 230 de la pluricitada Ley 1437 establece el contenido y alcance de dichas cautelas:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

PARÁGRAFO. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente” /Se subraya/.

En consonancia con lo anterior, el artículo 231 de la pluricitada Ley 1437 de 2011, dispone:

“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. (...)”
/Resalta la Sala/.

Sobre el particular, el Consejo de Estado en Sentencia de 28 de enero de 2019¹, precisó:

“(…)

III.3.7. En cuanto a los criterios de aplicación que debe seguir el juez para la adopción de una medida cautelar, como ya se anunció, éste cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma que señala que *“podrá decretar las que considere necesarias”*¹⁵. No obstante lo anterior, a voces del artículo 229 del CPACA, su decisión estará sujeta a lo *regulado* en dicho Estatuto, previsión que apunta a un criterio de proporcionalidad, si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 *ídem*, según el cual *para que la medida sea procedente el demandante debe presentar “documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla”*.

III.3.8. Sobre este asunto, en particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:

“[...] La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso y Administrativo. Sección Primera. C.P. Carlos Roberto Augusto Serrato Valdés, Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 11001-03-24-000-2014-00302-00.

decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en el *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. El primero, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la **posible existencia de un derecho**. El **segundo**, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de un **daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho [...]**¹⁶ (Negrillas fuera del texto).

III.3.9. Por su parte, la Sección Tercera, mediante auto de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo lo siguiente:

“[...] Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que **en el escenario de las medidas cautelares**, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, **además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela**, es decir el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad [...]¹⁷(Negrillas no son del texto).

III.3.10. Así pues, en el examen de procedibilidad de la medida solicitada, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, deberá verificarse la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la imposición de la cautela, a saber: (i) *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, (ii) *periculum in mora*, o perjuicio de la mora, y, (iii) la ponderación de intereses.

(...)” /Resalta el Tribunal/.

En virtud de lo expuesto, ha de entenderse que el juez de lo Contencioso Administrativo ha sido facultado para adoptar una serie de medidas encaminadas a prevenir y/o resolver de manera anticipada situaciones del conflicto, estando entre esta gama de posibilidades la suspensión provisional de los efectos jurídicos los actos administrativos. Como característica principal de tales medidas, se destaca su carácter temporal, ya que su finalidad está encaminada a *“evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho”*².

En ese sentido, el ordenamiento jurídico también ha definido unos criterios a observar por el operador judicial al momento de decidir sobre el decreto de una medida cautelar, pues no se trata de una decisión meramente discrecional o sometida únicamente a su arbitrio. Sobre el particular, el órgano de cierre de la jurisdicción ha establecido que:

“(…)

“En esta providencia no se está adoptando decisión de fondo, pues lo que se resuelve es la solicitud de suspensión provisional, la cual se niega mediante auto interlocutorio, entre otras

² *Ibidem*.

razones, porque no se configuran los requisitos que la Jurisprudencia y la Doctrina denominan *Fumus bonis iuris* (apariencia de buen derecho) y *periculum in mora* (necesidad de urgencia de la medida cautelar)

[...]”.

III.4.6. Los principios y requisitos enunciados se concretan, a juicio de este Despacho, en las previsiones especiales del inciso primero del artículo 231 del CPACA para esta modalidad de cautela, sin perjuicio del análisis que para el caso en concreto deba realizar el Juez en relación con la necesidad de la urgencia de la medida cautelar.

III.4.7. Acerca de la forma en la que el Juez debe abordar este *análisis inicial*, la citada providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), sostuvo:

“[...] Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una valoración del acto acusado que comúnmente se ha llamado valoración inicial, y que implica una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa. Y esa

valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2° del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no constituye prejuzgamiento, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final.” /Subrayas de la Sala/

EL CASO CONCRETO

Solicitó la parte actora la suspensión provisional de los efectos jurídicos de la convocatoria pública realizada por la Asamblea Departamental de Caldas para la elección del Contralor General del departamento, aludiendo a la vulneración del derecho colectivo a la “moralidad administrativa” y, por tanto, la amenaza y transgresión a los intereses de toda una comunidad. Pero igualmente se precisa recordar, que si bien para las acciones donde se ventile la defensa y protección de derechos e intereses colectivos las medidas cautelares se rigen por el Código de lo Contencioso Administrativo, así mismo debe tenerse en cuenta que en tales procesos, cuando la actividad vulneradora (entiéndase ahora ‘acto administrativo’) provenga de una entidad pública, en este tipo de actuaciones el juez administrativo NO puede disponer la nulidad de aquella (del acto).

Por modo, corresponde a la Sala realizar el análisis para identificar si en el *sub iudice* se cumplen a cabalidad los requisitos previstos en el artículo 231 del CPACA:

QUE LA MEDIDA CAUTELAR GUARDE ARMONÍA CON EL OBJETO DEL RECURSO JUDICIAL INCOADO: Es decir, que si se peticiona la protección de un derecho o interés colectivo cuya violación se origina en un acto administrativo, en el respectivo proceso no se puede implorar su anulación, y, por ende, tampoco su suspensión provisional

que es connatural a aquel, frente al cual sí serían viables las demás medidas cautelares, en donde se debe indicar:

- a. QUE LA DEMANDA ESTÉ RAZONABLEMENTE FUNDADA EN DERECHO: QUE, en efecto, el libelo demandador se encuentre apoyado en las normas que cobijan la acción popular y se consignen en él los hechos y razones de la presunta vulneración.
- b. QUE EL DEMANDANTE HAYA DEMOSTRADO, ASÍ FUERE SUMARIAMENTE, LA TITULARIDAD DEL DERECHO O DE LOS DERECHOS INVOCADOS: Este sentido, la comunidad es claramente titular de los intereses colectivos invocados y de la que hace parte el actor, ya que su eventual protección abarcaría un beneficio para la colectividad, máxime cuando en este caso se pretende salvaguardar la moralidad administrativa.
- c. QUE EL DEMANDANTE HAYA PRESENTADO LOS DOCUMENTOS, INFORMACIONES, ARGUMENTOS Y JUSTIFICACIONES QUE PERMITAN CONCLUIR, MEDIANTE UN JUICIO DE PONDERACIÓN DE INTERESES, QUE RESULTARÍA MÁS GRAVOSO PARA EL INTERÉS PÚBLICO NEGAR LA MEDIDA CAUTELAR QUE CONCEDERLA: se advierte del material probatorio allegado por la parte actora, que no puede deducirse la amenaza y daño actual que pudiera afectar de forma inminente los intereses de la comunidad; y mucho menos puede afirmarse en forma categórica, que seguir adelante con el proceso de elección del contralor departamental representa una afrenta a la moralidad pública.
- d. QUE, ADICIONALMENTE, SE CUMPLA UNA DE LAS SIGUIENTES CONDICIONES: I) QUE AL NO OTORGARSE LA MEDIDA SE CAUSE UN PERJUICIO IRREMEDIABLE, O II) QUE EXISTAN SERIOS MOTIVOS PARA CONSIDERAR QUE DE NO OTORGARSE LA MEDIDA LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA SERÍAN NUGATORIOS: En relación al proceso de elección del Contralor Departamental, al no evidenciarse, al menos sumariamente, la afectación real e inminente sobre los derechos colectivos, no resulta procedente para esta Sala que, vía medida cautelar, se dé una orden de suspensión en ese sentido, pues se itera, el juez debe llegar al convencimiento de que, de no decretarse la medida, los efectos de una

sentencia serían ilusorios. En este sentido, la elección del Contralor por parte de la Asamblea Departamental de Caldas, se erige como un proceso democrático de trascendencia, no solo constitucional, sino de garantía de los derechos ciudadanos, y hasta tanto no se acredite que el no acceder a la medida cautelar de urgencia invocada causaría un perjuicio irremediable, suspender de manera prematura dicho acto que es competencia del órgano popular departamental, no resulta procedente, y podría, en su lugar, tornarse más gravoso para los intereses y derechos de la comunidad.

Así las cosas, frente al requisito que la jurisprudencia y la doctrina han denominado *Fumus bonis iuris* (apariencia de buen derecho), además de su improcedencia, no se observan en el presente asunto razones que evidencien una violación inminente de la confrontación de los actos demandados con las normas superiores invocadas o con las pruebas allegadas. Y, en punto al criterio *periculum in mora*, relativo a la necesidad de urgencia de la medida cautelar, no existen elementos fácticos, probatorios, ni jurídicos que den cuenta de la necesidad urgente de que se decrete la medida cautelar, pues la parte actora no alegó perjuicios actuales o futuros que ameriten la adopción de medidas tempranas, como consecuencia de los efectos jurídicos de los actos administrativos en discusión, máxime cuando la ausencia de material probatorio en ese sentido conlleva a que las acusaciones realizadas por la parte actora se tengan como apreciaciones subjetivas sobre una eventual vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Conforme a lo expuesto, al no encontrar en este momento esta Sala situación comprobada que amerite decretar remedio precaucional alguno, fuerza revocar el proveído impugnado, sin perjuicio de lo estatuido en el parágrafo del artículo 229, y en el inciso final del artículo 233, ambos del Código de lo Contencioso Administrativo.

Es por ello que el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL,**

RESUELVE

REVOCASE el proveído emanado del Juzgado 6ª Administrativo de Manizales el 27 de mayo de 2022, que accedió a la medida cautelar de suspensión provisional de los actos demandados, dentro del proceso de **PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS** promovido por el señor **RICHARD GOMEZ VARGAS** contra el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** y la **ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE CALDAS**.

EJECUTORIADA esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al despacho de origen, previas las anotaciones pertinentes en el Programa Justicia Siglo XXI.

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 048 de 2022.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA ESPECIAL DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 231

Manizales, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-23-33-000-2019-00382-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Diana Fernanda Candamil Arredondo
Demandado: Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Se procede a emitir fallo de primera instancia dentro del asunto de la referencia, advirtiéndose que para la adopción de la presente decisión según acta No. 029 de 2021 de la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo -derrota de ponencia del magistrado ponente- y ante el impedimento aceptado al Magistrado Fernando Alberto Álvarez Beltrán se conformó Sala especial de decisión por los Magistrados Carlos Manuel Zapata Jaimes, Dohor Edwin Varón Vivas y Augusto Morales Valencia.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita, inaplicar *“el artículo 17 del Acuerdo PSAA15-10402 de La Sala Administrativa del Consejo Superior de La Judicatura, en cuanto a la denominación “GRADO 23” asignada al cargo de ABOGADO ASESOR creado mediante dicho Acuerdo, por no existir razón alguna que indique que los ABOGADOS ASESORES de Tribunal Judicial tengan un tratamiento salarial y prestacional diferente al asignado por el Gobierno Nacional”*.

Que además, se declare la nulidad de: i) la Resolución DESAJMAR18-1257 del 14 de agosto de 2018, mediante el cual se negó la reliquidación con efectos retroactivos de las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el *“grado 23”* y el salario del cargo nominado de abogado asesor; y ii) el acto ficto derivado del silencio administrativo negativo, proveniente del recurso de apelación interpuesto el 03 de septiembre de 2018.

Que en consecuencia, se ordene a la demandada reconocer que el cargo de Abogado Asesor que ha desempeñado o desempeñó la demandante, durante su tiempo de vinculación al servicio de la Rama Judicial, y hasta la fecha, no ostenta ninguna denominación o grado adicional o diferencial al de *“Abogado Asesor de Tribunal Judicial”*, conforme con lo reglamentado por el Gobierno Nacional a través de los Decretos 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018 y 991 de 2019, así como los que los modifiquen, sustituyan o

adicionen. Que la remuneración salarial del cargo de “*Abogado Asesor*” debe liquidarse según lo preceptuado por el Gobierno Nacional a través del artículo 4 de los citados Decretos.

Que se condene a la Rama Judicial a reconocer, liquidar y pagar con efectos retroactivos, las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el “*grado 23*”, que se han venido cancelando erróneamente y el cargo de “*Abogado Asesor de Tribunal Judicial*”, de acuerdo con lo dispuesto en los señalados decretos de asignación salarial y prestacional, durante el tiempo de vinculación en el Tribunal Superior de Manizales – Sala Civil Familia, en el cargo de Abogado Asesor.

Que las sumas que resulten a favor de la demandante sean indexadas según el IPC, conforme a lo establecido en el artículo 187 del CPACA, desde la fecha de vinculación al cargo de asesor hasta el pago efectivo de la obligación y condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada. Finalmente solicitó que se ordene al pago de intereses que se generen a partir de la fecha de la sentencia.

1.2. Sustento fáctico relevante

Señaló que, la demandante ocupó el cargo de “*Abogado Asesor*” entre el 3 de noviembre de 2015 y el 14 de mayo de 2017 y posteriormente entre el 17 de mayo de 2017 y el 15 de mayo de 2019, por lo que para efectos salariales le eran aplicables los Decretos 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018 y 991 de 2019 expedidos por el Gobierno Nacional en desarrollo de lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992.

Su vinculación como *Abogado Asesor grado 23* surgió con ocasión a los Acuerdos expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que crearon dicho cargo, por lo que el 23 de julio de 2018, solicitó a la demandada inaplicar por excepción de inconstitucionalidad la expresión “*grado 23*” contenida en tales Acuerdos, en tanto le asignaron al cargo de Abogado Asesor de los despachos de este Tribunal una remuneración diferente a los empleados que ocupan el cargo de Abogado Asesor de Tribunal a nivel nacional, asimismo solicitó la reliquidación con efectos retroactivos de las diferencias salariales y prestacionales existentes entre dichos cargos.

La demandada mediante Resolución DESAJMAR18-1257 del 14 de agosto de 2018, negó la petición anterior; contra esta decisión se presentó recurso de apelación; no obstante, la demandada no se pronunció, configurándose así el silencio administrativo negativo.

1.3. Normas violadas y concepto de violación.

Se considera que, con los actos demandados se han vulnerado los artículos 4, 13 53, 150 y 257 de la Constitución; Leyes 4 de 1992, 270 de 1996 y los Decretos 194 de 2014, 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018 y 991 de 2019.

Como fundamento de lo anterior indicó que, los actos administrativos censurados están viciados de nulidad relativa por la violación de la Ley, por cuanto en cumplimiento a lo

dispuesto en el numeral 19 del artículo 150 C.P., el Congreso de la República expidió la Ley 4 de 1992, por medio de la cual se fijó el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos; dentro de los criterios y objetivos allí determinados para el efecto, los cuales estaban, el establecimiento de rangos de remuneración para los cargos de los niveles profesional y asesor.

Que el Gobierno Nacional en desarrollo de dicha normativa expidió los Decretos Salariales 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014 en los cuales estableció la remuneración mensual para el *Abogado Asesor de Tribunal Judicial* y señaló expresamente que *“la remuneración mensual para los empleos de la Rama Judicial y la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores (4 y 5) se regirá por la siguiente escala...”* lo cual supuso una remuneración subsidiaria aplicable según el grado asignado, solo para aquellos cargos que no estuvieran contemplados en forma expresa en dichos decretos, lo cual no es el caso del cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial, pues este corresponde a una denominación expresamente allí efectuada, con su respectiva remuneración.

Dichos decretos reglamentarios expresamente refieren que *“Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente Decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4 de 1992”* y que *“Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos”*.

Posteriormente se expidieron los Decretos 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018 y 991 de 2018, los cuales determinaron el reajuste de las escalas salariales que regulan la remuneración mensual y asignaciones básicas mensuales de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial en ese mismo sentido.

Que en virtud de lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 270 de 1996, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura goza de la facultad constitucional y legal para “crear” los cargos que estime necesarios para la Administración de Justicia, determinar sus funciones y señalar los requisitos para su desempeño, solo cuando aquellos no hayan sido fijados por la Ley, pero que en el caso bajo juzgamiento, ese órgano hizo uso extralimitado de dicha potestad a efectos de expedir los Acuerdos de medidas de descongestión para los Tribunales Superiores y Administrativos entre los años 2011 y 2015, al señalar un grado 23 en el cargo de Abogado Asesor con un efecto salarial diverso frente al fijado, por competencia constitucional y legal por el Gobierno Nacional a través de los Decretos señalados para el Abogado Asesor de Tribunal Judicial.

Que la diferencia salarial entre dichos cargos afecta la liquidación de sus bonificaciones, vacaciones, primas de vacaciones, prima de navidad y cesantías. Que a efectos de su liquidación salarial y prestacional en el llamado cargo de Abogado Asesor “Grado 23”, la entidad demandada debió tomar el valor de la escala salarial establecido para el cargo de Abogado Asesor de Tribunal, y que la situación descrita permite predicar que los actos administrativos enjuiciados incurrieron en una flagrante vulneración a los cánones constitucionales, legales y reglamentarios invocados.

2. Contestación de la demanda

La **demandada** se opuso a las pretensiones de la parte actora y en cuanto a los hechos aceptó la expedición del Acuerdo PSAA15-10402 de 2015 que creó el cargo de Abogado Asesor Grado 23 y sostuvo estarse a lo probado sobre el desempeño o no de la demandante en dicho cargo; agregó que, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y en la Ley 4ª de 1992, la facultad para fijar las remuneraciones de los servidores públicos radica única y exclusivamente en el Gobierno Nacional, tal como se dispuso en el Decreto 57 de 1993, en el cual estableció el nuevo régimen salarial y prestacional de los servidores de la Rama Judicial.

Que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura tiene potestades para crear cargos con el fin de descongestionar los despachos judiciales, conforme lo establece el artículo 63 de la Ley 270 de 1996.

Recalcó que, los cargos creados para Tribunales Administrativos y Superiores, corresponde a “*Abogado grado 23*” y no “*Abogado Asesor*”. Expuso que la competencia que tiene el Consejo Superior de la Judicatura es la de crear, fusionar, suprimir los cargos de la Rama Judicial, facultad que se encuentra en la Constitución y la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones que denominó: “*De la posibilidad material y presupuestal de reconocer las pretensiones del demandante*” y “*Presunción de legalidad de los actos administrativos*”.

3. Alegatos de conclusión.

La **parte accionante** no se pronunció en esta etapa.

La **entidad accionada** reiteró símiles argumentos a los esbozados en la contestación a la demanda insistiendo en que la Ley Estatutaria de Administración de Justicia -Ley 270 de 1996- otorgó plenas facultades al Consejo Superior de la Judicatura para que dentro de la autonomía administrativa procediera con el plan de descongestión, determinara el tipo de cargos que se requerían crear de manera transitoria, realizara el seguimiento de las medidas, el control y la revisión de metas, marco de facultades con base en el cual se decidió crear un cargo de “*Abogado Asesor – Grado 23*” en los diferentes tribunales del país.

II. Consideraciones

1. Cuestión previa

Solicita la parte demandante que se declare la nulidad del acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo proveniente de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora el 03 de septiembre de 2018, contra la Resolución DESAJMAR18-1257 del 14 de agosto de 2018.

Respecto al silencio Administrativo, el Consejo de Estado¹, precisó:

“...El silencio administrativo negativo involucra la potestad para el administrado de invocar esa omisión de las autoridades administrativas como una respuesta contraria a sus peticiones, por lo que se entiende como una especie de castigo ante la desidia de las entidades y una garantía procesal para el solicitante, pues le permite demandar la nulidad de ese acto ante los jueces y así mismo pretender el restablecimiento de su derecho subjetivo, presuntamente conculcado por la autoridad administrativa ante la negativa de sus pretensiones.

De este modo, se puede sostener que el silencio administrativo negativo que origina el acto ficto o presunto, es una garantía para el administrado en la medida en que no se deja al arbitrio de las entidades el contestar, o no, la petición, o que se emita un pronunciamiento que no constituya una clara declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos, pues se faculta al solicitante para que pretenda la nulidad del acto y el consecuente restablecimiento del derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, con el objetivo de evitar que la administración se beneficie de su conducta negligente.

Esta subsección referente a la ficción legal en estudio indicó lo siguiente:

«[...] Ahora bien, la expresión “decisión que la resuelva” citada en el artículo precedente, debe entenderse como toda decisión administrativa motivada que expida la administración a efecto de resolver de fondo ya sea en forma directa o indirecta, todas las solicitudes que hayan sido oportunamente planteadas por el peticionario y/o haga imposible continuar con la actuación. En segundo lugar, la ficción legal denominada “acto administrativo presunto” nace en nuestro ordenamiento jurídico como una presunción que “opera o se activa ante la pasividad del órgano llamado a proferir un específico acto administrativo”⁹ y que se produce en virtud de los siguientes supuestos:

- a. El deber de un órgano de resolver, a instancia de parte interesada o de oficio, determinado asunto mediante un acto administrativo;*
- b. Vencimiento de un plazo o término señalado en la ley o en el reglamento, y*
- c. Falta de notificación al interesado de cualquier decisión sobre tal asunto, antes de ese vencimiento” [...]*

De lo anterior, puede inferirse que el acto presunto se configura en los siguientes eventos: i) cuando la administración no contesta una petición, ii) cuando no se resuelve el recurso de un administrado, iii) cuando la respuesta no es una clara declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos u obedece a un acto preparatorio o de trámite, y iv) cuando no se notifica la decisión.

Así las cosas, se tiene que la demandante, el 03 de septiembre de 2018 presentó recurso de apelación (fls. 28-31, cdo. 1) contra la Resolución No. DESAJMAR18-1257 del 14 de agosto de 2018 que negó el reconocimiento, liquidación y pago de las acreencias laborales

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A” en auto proferido el 11 de abril de 2019. C.P. Doctor William Hernández Gómez, en el proceso con radicación número: 08001-23-33-000-2015-00350-01(2025-17).

aquí discutidas, recurso que fue concedido por la entidad mediante Resolución No. DESAJMAR18-1665 del 1° de octubre de 2018 (fls. 32-35, cdo. 1).

Ahora bien, la parte demandada, no allegó documento alguno que pruebe respuesta al recurso presentado y desde entonces a la presentación de la demanda, transcurrieron más de los dos (2) meses de que trata el artículo 86 del CPACA para que se configure el silencio administrativo negativo, razón por la cual el mismo será declarado.

2. Problema Jurídico

Visto el escrito de demanda, la oposición planteada por la accionada y el recurso de apelación formulado, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar: *¿Procede la solicitud de inaplicación por inconstitucionalidad de la expresión “Grado 23” para nominar el cargo de Abogado Asesor, contenida en los Acuerdos expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que crearon dicho cargo?*

3. Tesis del Tribunal

Es procedente inaplicar por inconstitucional la expresión “Grado 23” para nominar el cargo de *Abogado Asesor*, contenida en los Acuerdos que crearon y prorrogaron dicho cargo para el Tribunal Superior de Manizales, por cuanto la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura no tenía competencia para crear o variar la remuneración aplicable para ese cargo, toda vez que, este y su remuneración se encontraban expresamente señalados en el artículo 3° del Decreto 57 de 1993 y los decretos anuales que fijaban el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial. No podía acudir a la norma supletoria señalada en el artículo 4° ibidem para ubicar la remuneración en el grado 23, la cual resulta inferior, pues dicha tabla aplica únicamente para los cargos que no estuviesen denominados expresamente en el artículo 3o.

Para desarrollar lo anterior, la Sala hará referencia al: i) marco normativo y jurisprudencial aplicable, para descender al análisis del ii) caso concreto.

4. Marco normativo y jurisprudencia

4.1. Concepto y alcance de la excepción de inconstitucionalidad

La “*excepción de inconstitucionalidad*” tiene su fundamento en el artículo 4° de la Constitución Política de 1991, según el cual, cuando existen normas contrarias a la Constitución, se preferirán las contenidas en la Carta Política debido a su superioridad jerárquica y aplicación inmediata.

La Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que, se trata de una facultad, así como de un deber que tienen las autoridades, tanto judiciales como administrativas, para inaplicar una norma y en su lugar hacer efectiva la Constitución, consolidándose como una suerte de control de constitucionalidad difuso: “*En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en*

*riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política”.*²

Así las cosas, la primera nota esencial de la excepción de inconstitucionalidad es que puede ser ejercida de manera oficiosa³ o a solicitud de parte, y procede cuando se está frente a alguna de las siguientes circunstancias:⁴

- 1) La norma es contraria a los cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, toda vez que *«de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompasarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado»*.⁵
- 2) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso;⁶ o
- 3) En virtud de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento *«iusfundamental»*⁷. En otras palabras, *«puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales»*.⁸

La segunda característica esencial de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, es que su alcance es inter-partes y, por ende, la norma inaplicada al prosperar la excepción de inconstitucionalidad, no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida.⁹ Con lo que se conserva la competencia funcional atribuida por el Constituyente Primario de 1991 en el artículo 241 a la Corte Constitucional para pronunciarse de fondo sobre la materia, siendo esta la instancia última de control de constitucionalidad de las leyes, conforme al referido artículo 241 superior.

² Sentencia SU-132 de 2013.

³ Sentencia T-808 de 2007.

⁴ Sistematizadas en la sentencia T-681 de 2016, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio.

⁵ Sentencia T-103 de 2010.

⁶ En sentencia T-669 de 1996 se desarrolló esta hipótesis, fijando que *«en tales eventos, el funcionario judicial está obligado a aplicar la excepción de inconstitucionalidad, pues la Constitución es norma de normas (CP art. 4º) o, en caso de que no lo considere pertinente, debe mostrar de manera suficiente que la disposición que, dada la situación del caso concreto, pretende aplicar tiene en realidad un contenido normativo en parte diferente a la norma declarada inexecutable, por lo cual puede seguirse considerando constitucional. Si el funcionario aplica la norma y no justifica su distanciamiento frente al pronunciamiento previo de la Corte Constitucional sobre el mismo tema, estaríamos en presencia de una vía de hecho, pues el funcionario judicial decide aplicar caprichosamente de preferencia las disposiciones legales a las normas constitucionales, en contravía de expresos pronunciamientos sobre el punto del tribunal constitucional, máximo intérprete y guardián de la Carta (CP arts. 4º, 241 y 243).»*

⁷ Sentencia T-103 de 2010.

⁸ Sentencia T-331 de 2014. En este mismo sentido, ver sentencia C-803 de 2006.

⁹ Sentencias SU-132 de 2013 y C-122 de 2011.

Así, el Consejo de Estado en la sentencia de 27 de enero de 2000, radicación número 911-1801-99, sobre la aplicación de esta figura frente a un Acuerdo expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, señaló:

“...no podía el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, fijarle grados, porque la norma señaló una sola denominación y remuneración. La facultad de señalar grados a diferentes cargos la tenía únicamente para aquellos no ubicados dentro de la denominación de que trata el artículo 3º del Decreto 57 de 1.993.

Así las cosas, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa - al señalar grados para el cargo de escribiente y como consecuencia de ello, disminuir la remuneración de la actora con ocasión de la fijación de los requisitos para el desempeño del cargo, es inconstitucional, ya que no podía fijar grados y modificar la escala salarial establecida en el artículo 3º del Decreto 57 de 1.993.

En estas condiciones, como la parte actora en los hechos de la demanda y el concepto de violación invocó la inconstitucionalidad del Acuerdo No. 05 de 15 de febrero de 1.993, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, la Sala, de manera oficiosa, procede a inaplicarlo por inconstitucional...”

4.2. Competencia del Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores de la Rama Judicial.

La Constitución dispuso en su artículo 150 como una de las atribuciones del Congreso:

“19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

(...)

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública. (...)”

En ejercicio de tal atribución, el Congreso de la República expidió la Ley 4 de 1992 *“Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, (...), de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.”*, a través de la cual estableció que, el Gobierno Nacional fijaría el régimen salarial y prestacional, entre otros, de los empleados públicos de la Rama Judicial.

Esa ley dispuso que, para la fijación del régimen salarial y prestacional de dichos servidores el Gobierno tendría en cuenta, además, los siguientes criterios (artículo 2):

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

(...)

El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;

j) El establecimiento de rangos de remuneración para los cargos de los niveles profesional, asesor, ejecutivo y directivo de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva y de la Organización Electoral; (...)" (Se destaca)

Por su parte, el artículo 3 previó que, el sistema salarial de los servidores públicos está integrado por los siguientes elementos: ***“la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos.”*** (Se destaca)

En torno al alcance de las escalas salariales, la Corte Constitucional en Sentencia C-416 de 1992, señaló que *“no son otra cosa que los grados o niveles dentro de los cuales se ubican los salarios que el Estado reconoce a sus servidores”*.

4.3. Competencia del Consejo Superior de la Judicatura para crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la Rama Judicial

De conformidad con el artículo 116 de la Carta Política, el Consejo Superior de la Judicatura hace parte de la Rama Judicial; los artículos 254, 255, 256 y 257 ibidem regularon, en su texto original y en su orden: i) su integración y el período de sus magistrados, ii) los requisitos para ser miembro de este Consejo Superior, iii) sus atribuciones y iv) funciones. Específicamente, el artículo 257 Constitucional, fijó como funciones, las siguientes:

2. Crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la administración de justicia. En ejercicio de esta atribución, el Consejo Superior de la Judicatura no podrá establecer a cargo del Tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales.

3. Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador. (...)

Acerca del alcance de dichas funciones, la Corte Constitucional en sentencia SU-539 de 2012, destacó su carácter administrativo, al señalar que:

“La interpretación adecuada de los artículos 256 y 257 del Texto Superior, es aquella según la cual la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ejerce y está sujeta a las funciones administrativas determinadas por la Constitución y la ley, comoquiera que los dos artículos referidos expresamente señalan que le corresponde al Consejo Superior de la Judicatura el cumplimiento de sus atribuciones y funciones “de acuerdo con la ley” y “con sujeción a la ley”.

Y concluyó que “(i) el Consejo Superior de la Judicatura tiene la facultad de reglamentar materias administrativas y funcionales de la administración de justicia; y (ii) en ejercicio de esa facultad (...) no puede ocuparse de asuntos de competencia exclusiva del legislador, en los términos previstos en los artículos 125 y 150-23 de la Constitución, como lo es la clasificación de los cargos de la rama judicial”. Criterio pacífico desde la sentencia C-265 de 1993¹⁰ que destacó que, las funciones asignadas a la Sala Administrativa, son de índole netamente administrativa y su ejercicio está atado a la Constitución y la ley.

En torno a su función constitucional de creación y modificación de cargos, la Corte Constitucional también indicó que, es una atribución *in genere* que ofrece una herramienta práctica para atender de manera satisfactoria la demanda del servicio de administración de justicia y que, dentro de ese marco constitucional y legal, podrá crear cargos de duración indefinida o de vigencia precisa¹¹.

Ahora bien, el desarrollo legislativo de las funciones del Consejo Superior de la Judicatura se vio reflejado en la Ley 270 de 1996 que reiteró en su artículo 75 el mandato superior atinente a que “Al Consejo Superior de la Judicatura le corresponde la administración de la Rama Judicial y ejercer la función disciplinaria, de conformidad con la Constitución Política y lo dispuesto en esta ley”.

Dentro de las funciones administrativas asignadas al Consejo Superior, el numeral 9 del artículo 85 de la norma citada, previó su competencia para “9. Determinar la estructura y las plantas de personal de las Corporaciones y Juzgados. Para tal efecto podrá crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la Rama Judicial, determinar sus funciones y señalar los requisitos para su desempeño que no hayan sido fijados por la Ley”.

Para la Sala, no hay duda entonces que, las normas constitucionales y legales antes transcritas, le otorgan al Consejo Superior de la Judicatura facultades de reglamentación, lo que demuestra una autorización constitucional y legal para que pueda dictar los reglamentos necesarios para hacer eficaz el funcionamiento de la Administración de Justicia, limitándose en lo dispuesto en mandatos superiores.

Ello también la habilita para determinar la estructura de las plantas de personal de las Corporaciones y de los Juzgados, facultándosele en consecuencia, para crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos al interior de la Rama Judicial, con el consecuente señalamiento de requisitos y funciones para su desempeño, siempre que no hayan sido fijados por la ley¹².

Precisamente en atención a dichos límites, el Consejo de Estado en sentencia del 16 de abril de 2009¹³ concluyó que, el Consejo Superior de la Judicatura incurrió en una transgresión a normas superiores cuando fijaba una remuneración a un cargo cuya denominación se

¹⁰ Véase también la sentencia T-176 de 2016

¹¹ T-633 de 2007

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia del 19 de abril de 2012. Rad.: 11001-03-25-000-2006-0013000(2018-06).

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, 16 de abril de 2009. Rad.: 11001-0325-000-2006-00055-00(1130-06)

encuentra expresamente establecida en los Decretos Nacionales que regulan el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial. Ello en un asunto en el cual declaró la nulidad parcial de un Acuerdo en el cual varió la remuneración de un Oficial Mayor nominado de Tribunal Nacional, Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Tribunales Administrativos y Consejos Seccionales de la Judicatura, que estaba establecida taxativamente en los decretos nacionales, al respecto precisó:

“Sostiene la parte actora que la actuación del Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa, de señalar grados para el cargo de Oficial Mayor con ocasión de la fijación de los requisitos para el desempeño del cargo y, como consecuencia de ello, variar la remuneración contemplada en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993, resulta ilegal e inconstitucional.

La Sección Segunda ya ha tenido oportunidad de estudiar el mismo cargo frente a otros empleos de la rama jurisdiccional¹⁴, dentro de los procesos instaurados contra el Consejo Superior de Judicatura, en los cuales igualmente se ha solicitado la nulidad parcial del mismo Acuerdo 05 de 1993. En aquellas oportunidades la Sala ha llegado a la convicción de que el Consejo Superior de la Judicatura no puede variar la remuneración contemplada en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993.

Y como en esta ocasión no encuentra ninguna argumentación adicional contundente, por parte de la entidad demanda, para desvirtuar lo decidido en los precedentes que se citan, se permite exponer nuevamente la ratio decidendi, determinante para acceder a las súplicas de la demanda. (...)

Así entonces, como el cargo de Oficial Mayor se encontraba contemplado en el artículo 3º del decreto 57 de 1993, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, carecía de la facultad para determinarle grados y, además, no era competente para fijar su remuneración, pues tal potestad, como se dijo, correspondía al Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992.

En esas condiciones, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, al señalar la remuneración con ocasión de la fijación de los requisitos para el desempeño del cargo, resulta inconstitucional”. (Se destaca)

También en sentencia del 20 de octubre de 2014¹⁵, al examinar un asunto en el cual se debatía la legalidad de la remuneración mensual de los escribientes de Juzgados del Circuito, por cuanto se circunscribía a un Acuerdo expedido por el Consejo Superior de la Judicatura que modificó sus grados y denominación, sostuvo que incurría en un exceso de su facultad reglamentaria al desconocer los decretos salariales y procedía *motu proprio*, a fijar remuneraciones mensuales:

“Así entonces, como el cargo de Escribiente se encontraba contemplado en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, carecía de facultad para determinarle grados y, además, no era competente para fijar

¹⁴ Ver expedientes 110/99 – 1846/99 – 1801/99 – 7375/05 – 2630/05

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia del 20 de octubre de 2014, Rad.: 0500123-31-000-2001-02343-01(0054-13).

su remuneración, pues ello, como se dijo, correspondía al Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la ley 4ª de 1992.

En esas condiciones, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa - al señalar grados para el cargo de escribiente y, como consecuencia, variar la remuneración con ocasión de la fijación de los requisitos para el desempeño del cargo, resulta inconstitucional. En sentido similar se ha pronunciado esta Sección en varias ocasiones inaplicando la disposición que mediante esta sentencia de anula”¹⁶.

(...)

Lo anterior permite concluir que es evidente la diferencia salarial existente entre el valor que debía reconocerse al actor, en aplicación de los decretos anuales que consagraron el salario correspondiente al escribiente de Juzgado de Circuito y el que determinó aplicar la Dirección de Administración Judicial, en virtud de lo dispuesto en el referido Acuerdo 05 de 1993.”

En este mismo sentido se ha pronunciado la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencias del 9 de febrero de 2012¹⁷, 26 de septiembre de 2012¹⁸, 2 de mayo de 2013¹⁹, 12 de mayo de 2014²⁰, entre otras providencias. Sin duda, el criterio expuesto es pacífico y reiterado.

En conclusión, si bien el Consejo Superior de la Judicatura tiene la potestad de crear, fusionar, trasladar y suprimir cargos necesarios para el funcionamiento de la Administración de Justicia, no tiene competencia para fijar o variar la remuneración a un cargo cuya denominación se encuentra expresamente establecida por los decretos expedidos por el Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992 y que regulan el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial.

4.4. Régimen Salarial de la Rama Judicial

En desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4 de 1992, el Presidente de la República expidió el Decreto 57 de 1993, a través del cual “*dictó normas sobre el Régimen Salarial y Prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones*” y estableció que sería aplicable a los servidores judiciales vinculados y que antes del 28 de febrero de 1993 optaran por el régimen salarial y prestacional establecido en este Decreto, y a quienes se vinculen al servicio con posterioridad a su vigencia.

¹⁶ Consejero Ponente Alberto Arango Mantilla, Rad. 11001-03-25-000-1998-0130-000 (1711/98)

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad.: 05001-23-31-000-2003-02448-01(2135-10)

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad.: 05001-23-31-000-2001-02457-01 (1584-11)

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, 2 de mayo de 2013. Rad.: 05001-23-31000-2001-04365-01(0081-10).

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad.: 05001-23-31-000-2003-04078-01(0137-13)

En el artículo 3º, se establece la remuneración mensual de los empleos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, a partir del 1º de enero de 1993, indicando la denominación de los cargos, sin fijarles un grado.

En el artículo 4º se establece la remuneración mensual para los empleos “cuya denominación del cargo no esté señalada en el artículo anterior”, para lo cual contempla una escala o tabla de grados del 01 al 33.

Tal sistema de fijación salarial se consolidó con los Decretos 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995, 36 de 1996, 76 de 1997, 64 de 1998, 43 de 1999, 2740 de 2000, Decreto 2777 de 2001, 673 de 2002, 3569 de 2003, 4172 de 2004, 936 de 2005, 389 de 2006, 618 de 2007, 658 de 2008, 723 de 2009, 1388 de 2010, 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014, 1257 de 2015²¹, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018, 991 de 2019 y subsiguientes, expedidos por el Presidente de la República, a través de los cuales, año a año ha fijado la remuneración mensual o el reajuste porcentual anual de las escalas salariales de los empleos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar.

4.5. Cargo y Remuneración Abogado Asesor de Tribunal Judicial y grado 23

El referido Decreto 57 de 1993²², en el artículo 3º numeral 2º contempló como cargo nominado para “**Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura**” el cargo de “**Abogado Asesor**” y señaló su remuneración, así:

2. Para los siguientes empleos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura:

DENOMINACIÓN DEL CARGO	REMUNERACIÓN MENSUAL
Magistrado de Tribunal Nacional de Orden Público	1.937.500
Magistrado de Tribunal y Consejo Seccional	1.812.500
Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar	1.812.500
Abogado Asesor	1.125.000
Secretario de Tribunal y Consejo Seccional	750.000
Relator	750.000
Secretario de Tribunal Militar	625.000
Sustanciador	468.750
Oficial Mayor	468.750
Auxiliar Judicial	468.750

²¹ Artículo 1: “Reajústase, a partir del 1º de enero de 2015, en un cuatro punto sesenta y seis por ciento (4.66%) las escalas salariales que regulan la remuneración mensual y asignaciones básicas mensuales de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo señaladas en los decretos 186, 194, 196 y 1239 de 2014”

²² Por el cual se dictan normas sobre el Régimen Salarial y Prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones. Derogado Artículo 20 Decreto 106 de 1994 <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1900228>

Escribiente

325.000

En el artículo 4º ibidem, se señaló la remuneración subsidiaria y excluyente para los empleos **que no estaban consagrados en el citado artículo 3**, igualmente estableció una escala salarial del grado 01 a 33, así:

***ARTICULO 4o.** La remuneración mensual para los empleos de la Rama Judicial y la Justicia Penal Militar **cuya denominación del cargo no esté señalada en el artículo anterior**, se regirá por la siguiente escala:*

GRADO	REMUNERACIÓN
...	...
23	820.238
...	...

A continuación, el Gobierno Nacional ha expedido anualmente decretos de igual naturaleza y objeto, señalado el valor de la remuneración y asignación mensual o el reajuste porcentual respectivo, entre otros, para el cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial y los empleos del grado 23.

4.6. Requisitos del cargo de abogado asesor de Tribunal o abogado asesor grado 23

En el Acuerdo 25 de 1997 “*Por medio del cual se da aplicación al artículo 161 de la Ley 270 de 1996*”²³, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se clasifican los cargos de Carrera de la Rama Judicial en niveles ocupacionales, pero no se señalan los requisitos para estos cargos.

En el Acuerdo PSAA06-3560 de 2006 “*Por el cual se adecuan y modifican los requisitos para los cargos de empleados de Tribunales, Juzgados y Centros de Servicios*”²⁴, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, tampoco se señalan los requisitos para el cargo de abogado asesor de Tribunal Judicial o abogado asesor grado 23.

En el Acuerdo PSAA13-10038 de 2013 “*Por el cual se adecuan y modifican los requisitos para los cargos de empleados de Tribunales, Juzgados y Centros de Servicios*”²⁵, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se señalan los requisitos para el cargo Abogado Asesor grado 23, así:

“ARTÍCULO 1º.- Establecer y adecuar los requisitos de los siguientes cargos de empleados de Tribunales, Juzgados y Centros de Servicios, así:

²³http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:835evv1Qz3YJ:actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx%3Furl%3D%257E%252FApp_Data%252FUpload%252F025-97.doc+&cd=1&hl=it&ct=clnk&gl=co
²⁴<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10635/2058718/Acuerdo+3560+de+2006.pdf/4161e9be-0bed-42ce-86ea-0dcda75f7c4b>
²⁵https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FPSAA13-10038.pdf

DENOMINACION DE CARGO	GRADO	REQUISITOS
...	...	...
Abogado Asesor	23	Título de formación profesional en derecho, título de postgrado y un (1) año de experiencia profesional".

5. Lo probado.

-. Mediante los Acuerdos PSAA12-9214 del 02 de febrero de 2012²⁶, Acuerdo PSAA12-9524 del 21 de junio de 2012, PSAA12-9781 de 2012, PSAA13-9897 de 2013, PSAA13-9962 de 2013, PSAA13-9991 de 2013, PSAA13-10048 de 2013, PSAA13-10068 de 2013, PSAA13-10072 de 2013, PSAA14-10156 de 2014, PSAA14-10195 de 2014, PSAA14-10197 de 2014, PSAA14-10251 de 2014, PSAA14-10277 de 2014, PSAA14-10282 de 2014, PSAA15-10288 de 2015, PSAA15-10323 de 2015, PSAA15-10335 de 2015, PSAA15-10356 de 2015, PSAA15-10363 de 2015, PSAA15-10371 de 2015, PSAA15-10377 de 2015 y PSAA15-10385 de 2015, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura creó, entre otros, transitoriamente para el Tribunal Superior de Manizales – Sala Civil Familia un cargo de *Abogado Asesor grado 23*.

En ellos se especifica que, el régimen salarial y prestacional sería el establecido para la Rama Judicial y se indica que su función consiste en proyectar para fallo un número de sentencias promedio mensuales. El artículo 17 del Acuerdo PSAA1510402 del 29 de octubre de 2015, creó con carácter permanente “Un (1) cargo de *Abogado Asesor grado 23*” en múltiples despachos de los tribunales del país, entre ellos para los despachos de magistrado del Tribunal Superior de Manizales.

-. Según la Constancia No. 0328 suscrita por el jefe del Área de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Manizales (fl. 47, cdo. 1), la servidora Diana Fernanda Candamil Arredondo, se desempeñó en el cargo de *Abogado Asesor grado 23*, en los siguientes periodos:

Fecha inicio	Fecha Fin
03 de noviembre de 2015	14 de mayo de 2017
17 de mayo de 2017	30 de agosto de 2018
03 de septiembre de 2018	01 de abril de 2019 ²⁷

-. La demandante, el 23 de julio de 2018 solicitó al Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Manizales, la nivelación y demás acreencias laborales deprecadas en esta sede judicial (fls. 14-19, cdo. 1).

²⁶https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FGA_CETA28-12.pdf

²⁷ Data de expedición de la constancia, a la cual se hallaba desempeñando dicho cargo.

-. La Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Manizales, negó la petición antes mencionada, por medio de la Resolución DESAJMAR18-1257 del 14 de agosto de 2018 (fls. 20-26, cdo. 1).

-. La demandante interpuso el 03 de septiembre de 2018 recurso de apelación contra la anterior decisión, el cual fue concedido por la Resolución DESAJMAR18-1665 del 1° de octubre de 2018 (fls. 28-35, cdo. 1), y a la fecha no ha sido resuelto.

6. Análisis sustancial del caso.

De acuerdo con lo expuesto se tiene que, mediante Decreto 57 de 1993²⁸ en el **artículo 3°** numeral 2° se contempló como cargo nominado para “*Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura*” el cargo de **Abogado Asesor** y se señaló su remuneración; adicionalmente se señaló en el artículo 4° la remuneración subsidiaria y excluyente para los empleos **que no estaban consagrados en el citado artículo 3**, e igualmente estableció una escala salarial, del grado 01 a 33.

A continuación, el Gobierno Nacional ha expedido anualmente decretos de igual naturaleza y objeto, señalado el valor de la remuneración y asignación mensual o el reajuste porcentual respectivo, entre otros, para el cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial y los empleos del grado 23.

Por su parte, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de los acuerdos previamente reseñados, creó inicialmente en forma transitoria y finalmente con carácter permanente para el Tribunal Superior de Manizales – Sala Civil Familia el cargo de **Abogado Asesor**, pero indicó como grado de remuneración el 23, a pesar que, tanto en el Decreto 57 de 1993 como en los decretos anuales se señalaba expresamente la remuneración mensual para dicho cargo.

Por lo tanto, no queda duda que, al estar expresamente señalada por el Gobierno Nacional, la remuneración del empleo de *Abogado Asesor* de Tribunal Judicial, el Consejo Superior de la Judicatura carecía de competencia para acudir a la norma supletoria señalada en el artículo 4° del Decreto 57 de 1993 para variar la remuneración y así ubicarla en el grado 23.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia proferida el 16 de julio de 2009²⁹ precisó:

*“La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura no podía crear escalas de remuneración, pues apenas estaba facultada para realizar la incorporación del personal a los cargos, pues así se menciona explícitamente en el propio preámbulo del acto acusado, es decir del Acuerdo No. 05 de 15 de febrero de 1993 hoy atacado. Entonces, cuando el Consejo se fija como objetivo del acto “la correcta aplicación del Decreto 57 de 1993, en lo relativo a la remuneración adecuada para cargos nominados, existentes en las Corporaciones y Despachos Judiciales de la Rama Judicial”; y con ese pretexto **modifica la escala de remuneración***

²⁸ <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1900228>

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Rad.: 68001-23-15-000-2003-02985-01(1895-08)

*desborda los límites de su competencia, pues se hallaba desprovisto de atribuciones para determinar grados y, por tanto, carecía de competencia para modificar la escala de remuneración, por ser esta facultad exclusiva del ejecutivo. Al cambiar la escala salarial de los servidores de la administración de justicia, en ejercicio de una competencia de la que estaba desprovisto, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura **resulta abiertamente reñida con la Constitución y la ley**; y por lo mismo, debe recibir la sanción de nulidad, pues una cosa es incorporar las personas a unos cargos **y otra muy distinta crear escalas de remuneración intermedias no previstas por el legislador, para consagrar diferencias salariales entre quienes cumplen la misma función**. Y tal proceder no se valida, con el pretexto de brindar "... a la correcta aplicación del Decreto 57 de 1993..." que no le dispensaba esa prerrogativa al Consejo Superior de la Judicatura. (...)" (Se resalta)*

Adicionalmente cabe resaltar que, la facultad que ha sido otorgada al Consejo Superior de la Judicatura de crear, fusionar, trasladar y suprimir cargos necesarios para el funcionamiento de la Administración de Justicia, no puede ser ejercida en forma meramente discrecional, sin que medie justificación alguna para su adopción.

En tal sentido, para esta Sala no obra prueba o tan siquiera argumentación alguna mediante la cual el Consejo Superior de la Judicatura haya justificado la **necesidad** de crear el cargo de "abogado asesor grado 23" en condiciones diferentes (requisitos, funciones y grado) al cargo de "abogado asesor" que en forma nominada ya existía.

Al respecto cabe destacar que, en providencia del 19 de abril de 2021³⁰, esta corporación ya había destacado como la Unidad de Carrera Judicial a través del oficio CJO21-1026 del 19 de marzo de 2021 fue requerida para que informase "i) los requisitos y funciones para el empleo de Abogado Asesor de Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura; ii) si en la actualidad, se encuentran implementados los empleos de Abogado Asesor de Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura; y finalmente iii) debía señalar las razones por las cuales no ha sido implementado el mencionado cargo."

Petición frente a la cual se destacó por esta Colegiatura que:

"En la respuesta ofrecida por la mencionada Directora, simplemente se limitó a mencionar que el cargo de Abogado Asesor grado 23 –que se encuentra en la actualidad implementado– no es igual al Abogado Asesor de Tribunales Judiciales; frente a los demás requerimientos, guardó silencio y expresó las generalidades respecto del cargo de Abogado Asesor grado 23 que ya ampliamente fueron expuestas en la contestación de la demanda y han sido analizadas en esta providencia. Siendo diáfano concluir que, el órgano de gobierno y administración de la Rama Judicial, arbitrariamente se negó a implementar el cargo objeto de controversia [Abogado asesor de Tribunal Judicial] y paralelo a ello, se atribuyó la función de crear el cargo de Abogado Asesor grado 23 sin tener la facultad legal y constitucional para hacerlo." (Se resalta)

³⁰ Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Tercera de Decisión, M.P. Dohor Edwin Varón vivas, radicado 17-001-23-33-000-2019-00418-00.

Aunado a lo anterior, se encuentra acreditado que, el Consejo Superior de la Judicatura al fijar el grado de remuneración 23 para el cargo de *Abogado Asesor* creado por los Acuerdos antes señalados, para el Tribunal Superior de Manizales, disminuyó la remuneración del cargo de Abogado Asesor nominado que ya existía, sin efectuar ningún tipo de disquisición sobre las razones o necesidades que conllevaban a crear cargos de abogado asesor, empero con grado salarial 23.

En efecto, al encontrarse el Tribunal Superior de Manizales, en la categoría de “*Tribunales Judiciales*”, los decretos expedidos por el Gobierno Nacional que fijaron el salario para el empleo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial comparados con el salario asignado al empleo sin nominación Grado 23, resulta lo siguiente:

Decreto	Abogado Asesor de Tribunal Judicial	Grado 23
194 de 2014	\$5.746.978	\$4.299.956 ³¹
1257 de 2015	\$6.014.797 (4.66%)	\$4.500.333 (4.66%)
245 de 2016	\$6.482.146 (7.77%)	\$4.850.008 (7.77%)
1013 de 2017	\$6.919.690 (6.75%)	\$5.177.383 (6.75%)
337 de 2018	\$7.271.902 (5.09%)	\$5.440.912 (5.09%)
991 de 2019	\$7.599.137 (4.5%)	\$5.685.753 (4.5%)

Así las cosas, encuentra la Sala que el Consejo Superior de la Judicatura no podía crear o variar la remuneración aplicable para el cargo de “*Abogado Asesor*” de “*Tribunal Judicial*” por cuanto es un cargo nominado al que expresamente se le había determinado la remuneración en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993 y reiterado en los demás decretos salariales subsiguientes en los que año a año el Gobierno Nacional fijó la remuneración de los cargos de los empleados de la Rama Judicial.

7. Conclusión.

De acuerdo con lo anterior encuentra la Sala que, es procedente inaplicar por inconstitucional la expresión “*Grado 23*” para nominar el cargo de *Abogado Asesor*, contenida en los Acuerdos que crearon y prorrogaron dicho cargo para el Tribunal Superior de Manizales, por cuanto la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura no tenía competencia para crear o variar la remuneración aplicable para ese cargo, toda vez que, este y su remuneración se encontraban expresamente señalados en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993 y los decretos anuales que fijaban el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial. No podía acudir a la norma supletoria señalada en el artículo 4º ibidem para ubicar la remuneración en el grado 23, la cual resulta inferior, pues dicha tabla aplica únicamente para los cargos que no estuviesen denominados expresamente en el artículo 3o.

Por lo tanto, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura resultó abiertamente reñida con los artículos 125, 150-23 y 257 de la Constitución, pues no era competente para fijar la

³¹ El decreto salarial de 2014, pues fue el último en fijar un valor base, a partir de allí los años siguientes solo se menciona un porcentaje de aumento.

remuneración del cargo de *Abogado Asesor* de Tribunal Judicial, pues tal potestad corresponde al Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992.

Corolario de lo expuesto, no prosperan los argumentos expuestos por la entidad demandada, por lo que se accederá a las pretensiones de la demanda, en consecuencia, se **declarará** la nulidad de: **i)** la Resolución DESAJMAR18-1257 del 14 de agosto de 2018, expedida por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Manizales mediante el cual negó la reliquidación, con efectos retroactivos, de las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el cargo de Abogado Asesor “grado 23” y el de “Abogado Asesor de Tribunal Judicial”; y **ii)** el Acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo con ocasión de la falta de respuesta al recurso de apelación interpuesto el 03 de septiembre de 2018 por Diana Fernanda Candamil, contra la referida resolución.

8. Restablecimiento del derecho.

Advirtiéndose entonces que la entidad accionada excedió su órbita de competencias al fijar un grado salarial para el cargo de Abogado Asesor, cuya denominación y retribución salarial ya existían en las disposiciones salariales de la Rama Judicial por creación del Gobierno Nacional en uso de sus competencias constitucionales y legales, se impone inaplicar por inconstitucionalidad la expresión “Grado 23” que fue incorporada por el Consejo Superior de la Judicatura en los acuerdos emitidos entre los años 2012 y 2015³², para fijar la escala salarial y prestacional del cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial, que desempeñó el aquí demandante.

En este orden de ideas, lo anterior conlleva a declarar la nulidad de los actos particulares aquí enjuiciados, en tanto negaron al actor el pago de los derechos salariales y prestacionales correspondientes al cargo de “*Abogado Asesor de Tribunal Judicial*” -nominado, (entiéndase sin grado)-, por lo cual a título de restablecimiento del derecho deberán cancelarse a su favor las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el cargo de Abogado Asesor “grado 23” y el de “Abogado Asesor de Tribunal Judicial”, por el tiempo en que este haya desempeñado el cargo y mientras se desempeñe en el mismo.

9. Prescripción.

A título oficioso advierte la Sala que analizado el fenómeno de prescripción extintiva se observa que, entre la fecha en que el accionante desempeñó por primera vez el cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial -03 de noviembre de 2015- y la fecha de reclamación presentada ante la aquí demandada -23 de julio de 2018-, no trascurrieron los 3 años a que hace referencia el artículo 151 del C.S.T., lapso que tampoco se presentó a la data de radicación de la demanda, por lo cual no se observa el acaecimiento de este fenómeno prescriptivo.

³² Cuya mención específica se hará en la parte resolutive.

10. Costas.

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP), se condena en costas a la parte demandada, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al citado CGP.

Ahora bien, en aplicación de un criterio objetivo valorativo en vista de que la parte demandante debió concurrir al proceso a través de apoderado judicial y que este actuó en las diferentes etapas procesales, se fijan agencias en derecho por valor de \$ 3.360.000³³.

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

SENTENCIA

Primero: Declarar que se configuró silencio administrativo negativo frente al recurso de apelación presentado el 03 de septiembre de 2018 por Diana Fernanda Candamil Arredondo, contra la Resolución No. DESAJMAR18-1257 del 14 de agosto de 2018.

Segundo: Inaplicar por inconstitucionalidad la expresión “Grado 23” relacionada al cargo Abogado Asesor contenida en los Acuerdos: PSAA 12-9213 del 2 de febrero de 2012 (artículo 1), PSAA 12-9524 del 21 de junio de 2012, PSAA12 9781 de 2012 (artículo 67), PSAA13-9897 de 2013 (artículo 1), PSAA13-9962 de 2013 (artículo 24), PSAA13-9991 de 2013 (artículo 44), PSAA13-10048 de 2013 (artículo 1), PSAA13-10068 de 2013 (artículo 1), PSAA14-10156 de 2014 (artículo 41), PSAA14-10195 de 2014 (artículo 55), PSAA14-10197 de 2014 (artículo 1), PSAA14-10251 de 2014 (artículo 29), PSAA14-10277 de 2014, aclarado mediante Acuerdo PSAA15-10288 de 2015 (artículo 20), PSAA15-10323 de 2015 (artículo 11), PSAA15-10335 de 2015 (artículo 12), PSAA15-10356 de 2015 (artículo 11), PSAA15-10363 de 2015 (artículo 13), PSAA15-10371 de 2015 (artículo 14), PSAA15-10377 de 2015 (artículo 14) y PSAA15-10385 de 2015 (artículo 14), PSAA15-10402 del 29 de octubre de 2015 (artículo 88) expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Tercero: Declarar la nulidad de: **i)** la Resolución No. DESAJMAR18-1257 del 14 de agosto de 2018, expedida por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Manizales mediante el cual negó la reliquidación, con efectos retroactivos, de las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el cargo de Abogado Asesor “grado 23” y el de “Abogado Asesor de Tribunal Judicial”; y **ii)** el Acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo con ocasión de la falta de respuesta al recurso de apelación interpuesto el 03 de septiembre de 2018 por Diana Fernanda Candamil Arredondo, contra la referida resolución.

Cuarto: Condenar a la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, a reconocer y pagar a favor de **Diana Fernanda Candamil Arredondo**, por el tiempo en que haya desempeñado y mientras desempeñe el cargo, las diferencias salariales y

³³ Correspondiente al 4% de las pretensiones según cuantía determinada en el escrito de demanda, ello de conformidad con los criterios de tasación fijados en el artículo 5° del Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

prestacionales existentes entre el cargo de **Abogada Asesor “grado 23”**, que se le venía cancelando, y el cargo de **“Abogada Asesora de Tribunal Judicial”**.

Sumas que deberán ser pagadas debidamente indexadas a la fecha de esta sentencia en los términos del inciso último del artículo 187 del CPACA. La condena devengará intereses en los términos del inciso 3º del artículo 192 en concordancia con el numeral 4º del artículo 195 del CPACA.

Quinto: Condenar en costas a la parte demandada. **Fijar** agencias en derecho por valor de \$ 3.360.000.

Sexto: Ejecutoriada la presente providencia, **liquidar** los gastos ordinarios del proceso, **devolver** los remanentes, si los hubiere, a la parte interesada y **archivar** el expediente, previas las anotaciones en el sistema Justicia Siglo XXI.

Séptimo: Expedir a costa de la parte interesada las copias auténticas que sean solicitadas, con las constancias secretariales requeridas, con observancia de los parámetros legales (Artículo 114 del Código General del Proceso).

Proyecto discutido y aprobado en Sala Especial de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 063 de 2022.

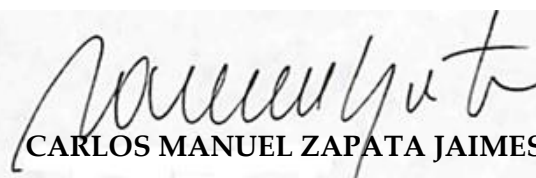
NOTIFÍQUESE



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado
(Salvamento de voto)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA ESPECIAL DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 230

Manizales, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-23-33-000-2019-00383-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Jennifer Zuluaga Zapata
Demandado: Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Se procede a emitir fallo de primera instancia dentro del asunto de la referencia, advirtiéndose que para la adopción de la presente decisión según acta No. 037 de 2021 de la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo -derrota de ponencia del magistrado ponente- y ante el impedimento aceptado al Magistrado Fernando Alberto Álvarez Beltrán se conformó Sala especial de decisión por los Magistrados Carlos Manuel Zapata Jaimes, Dohor Edwin Varón Vivas y Augusto Morales Valencia.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita, inaplicar *“el artículo 17 del Acuerdo PSAA15-10402 de La Sala Administrativa del Consejo Superior de La Judicatura, en cuanto a la denominación “GRADO 23” asignada al cargo de ABOGADO ASESOR creado mediante dicho Acuerdo, por no existir razón alguna que indique que los ABOGADOS ASESORES de Tribunal Judicial tengan un tratamiento salarial y prestacional diferente al asignado por el Gobierno Nacional”*.

Que además, se declare la nulidad de: i) la Resolución DESAJMAR18-1254 del 14 de agosto de 2018, mediante el cual se negó la reliquidación con efectos retroactivos de las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el *“grado 23”* y el salario del cargo nominado de abogado asesor; y ii) el acto ficto derivado del silencio administrativo negativo, proveniente del recurso de apelación interpuesto el 03 de septiembre de 2018.

Que en consecuencia, se ordene a la demandada reconocer que el cargo de Abogado Asesor que ha desempeñado o desempeñó la demandante, durante su tiempo de vinculación al servicio de la Rama Judicial, y hasta la fecha, no ostenta ninguna denominación o grado adicional o diferencial al de *“Abogado Asesor de Tribunal Judicial”*, conforme con lo reglamentado por el Gobierno Nacional a través de los Decretos 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018 y 991 de 2019, así como los que los modifiquen, sustituyan o

adicionen. Que la remuneración salarial del cargo de “*Abogado Asesor*” debe liquidarse según lo preceptuado por el Gobierno Nacional a través del artículo 4 de los citados Decretos.

Que se condene a la Rama Judicial a reconocer, liquidar y pagar con efectos retroactivos, las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el “*grado 23*”, que se han venido cancelando erróneamente y el cargo de “*Abogado Asesor de Tribunal Judicial*”, de acuerdo con lo dispuesto en los señalados decretos de asignación salarial y prestacional, durante el tiempo de vinculación en el Tribunal Superior de Manizales – Sala Civil Familia, en el cargo de Abogado Asesor.

Que las sumas que resulten a favor de la demandante sean indexadas según el IPC, conforme a lo establecido en el artículo 187 del CPACA, desde la fecha de vinculación al cargo de asesor hasta el pago efectivo de la obligación y condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada. Finalmente solicitó que se ordene al pago de intereses que se generen a partir de la fecha de la sentencia.

1.2. Sustento fáctico relevante

Señaló que, la demandante ocupó el cargo de “*Abogado Asesor*” a partir del 4 de noviembre de 2015 y hasta la fecha de interposición de la demanda, por lo que para efectos salariales le eran aplicables los Decretos 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018 y 991 de 2019 expedidos por el Gobierno Nacional en desarrollo de lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992.

Su vinculación como *Abogado Asesor grado 23* surgió con ocasión a los Acuerdos expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que crearon dicho cargo, por lo que el 23 de julio de 2018, solicitó a la demandada inaplicar por excepción de inconstitucionalidad la expresión “*grado 23*” contenida en tales Acuerdos, en tanto le asignaron al cargo de Abogado Asesor de los despachos de este Tribunal una remuneración diferente a los empleados que ocupan el cargo de Abogado Asesor de Tribunal a nivel nacional, asimismo solicitó la reliquidación con efectos retroactivos de las diferencias salariales y prestacionales existentes entre dichos cargos.

La demandada mediante Resolución DESAJMAR18-1254 del 14 de agosto de 2018, negó la petición anterior; contra esta decisión se presentó recurso de apelación; no obstante, la demandada no se pronunció, configurándose así el silencio administrativo negativo.

1.3. Normas violadas y concepto de violación.

Se considera que, con los actos demandados se han vulnerado los artículos 4, 13 53, 150 y 257 de la Constitución; Leyes 4 de 1992, 270 de 1996 y los Decretos 194 de 2014, 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018 y 991 de 2019.

Como fundamento de lo anterior indicó que, los actos administrativos censurados están viciados de nulidad relativa por la violación de la Ley, por cuanto en cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 19 del artículo 150 C.P., el Congreso de la República expidió la Ley

4 de 1992, por medio de la cual se fijó el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos; dentro de los criterios y objetivos allí determinados para el efecto, los cuales estaban, el establecimiento de rangos de remuneración para los cargos de los niveles profesional y asesor.

Que el Gobierno Nacional en desarrollo de dicha normativa expidió los Decretos Salariales 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014 en los cuales estableció la remuneración mensual para el *Abogado Asesor de Tribunal Judicial* y señaló expresamente que *“la remuneración mensual para los empleos de la Rama Judicial y la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores (4 y 5) se regirá por la siguiente escala...”* lo cual supuso una remuneración subsidiaria aplicable según el grado asignado, solo para aquellos cargos que no estuvieran contemplados en forma expresa en dichos decretos, lo cual no es el caso del cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial, pues este corresponde a una denominación expresamente allí efectuada, con su respectiva remuneración.

Dichos decretos reglamentarios expresamente refieren que *“Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente Decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4 de 1992”* y que *“Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos”*.

Posteriormente se expidieron los Decretos 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018 y 991 de 2018, los cuales determinaron el reajuste de las escalas salariales que regulan la remuneración mensual y asignaciones básicas mensuales de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial en ese mismo sentido.

Que en virtud de lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 270 de 1996, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura goza de la facultad constitucional y legal para “crear” los cargos que estime necesarios para la Administración de Justicia, determinar sus funciones y señalar los requisitos para su desempeño, solo cuando aquellos no hayan sido fijados por la Ley, pero que en el caso bajo juzgamiento, ese órgano hizo uso extralimitado de dicha potestad a efectos de expedir los Acuerdos de medidas de descongestión para los Tribunal Superiores y Administrativos entre los años 2011 y 2015, al señalar un grado 23 en el cargo de Abogado Asesor con un efecto salarial diverso frente al fijado, por competencia constitucional y legal por el Gobierno Nacional a través de los Decretos señalados para el Abogado Asesor de Tribunal Judicial.

Que la diferencia salarial entre dichos cargos afecta la liquidación de sus bonificaciones, vacaciones, primas de vacaciones, prima de navidad y cesantías. Que a efectos de su liquidación salarial y prestacional en el llamado cargo de Abogado Asesor “Grado 23”, la entidad demandada debió tomar el valor de la escala salarial establecido para el cargo de Abogado Asesor de Tribunal, y que la situación descrita permite predicar que los actos administrativos enjuiciados incurrieron en una flagrante vulneración a los cánones constitucionales, legales y reglamentarios invocados.

2. Contestación de la demanda

La **demandada** se opuso a las pretensiones de la parte actora y en cuanto a los hechos aceptó la expedición del acuerdo PSAA15-10402 de 2015 que creó el cargo de Abogado Asesor Grado 23 y sostuvo estarse a lo probado sobre el desempeño o no de la demandante en dicho cargo; agregó que, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y en la Ley 4ª de 1992, la facultad para fijar las remuneraciones de los servidores públicos radica única y exclusivamente en el Gobierno Nacional, tal como se dispuso en el Decreto 57 de 1993, en el cual estableció el nuevo régimen salarial y prestacional de los servidores de la Rama Judicial.

Que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura tiene potestades para crear cargos con el fin de descongestionar los despachos judiciales, conforme lo establece el artículo 63 de la Ley 270 de 1996.

Recalcó que, los cargos creados para Tribunales Administrativos y Superiores, corresponde a “*Abogado grado 23*” y no “*Abogado Asesor*”. Expuso que la competencia que tiene el Consejo Superior de la Judicatura es la de crear, fusionar, suprimir los cargos de la Rama Judicial, facultad que se encuentra en la Constitución y la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones que denominó: “*De la posibilidad material y presupuestal de reconocer las pretensiones del demandante*” y “*Presunción de legalidad de los actos administrativos*”.

3. Alegatos de conclusión.

La **parte accionante** no se pronunció en esta etapa.

La **entidad accionada** reiteró símiles argumentos a los esbozados en la contestación a la demanda insistiendo en que la Ley Estatutaria de Administración de Justicia -Ley 270 de 1996- otorgó plenas facultades al Consejo Superior de la Judicatura para que dentro de la autonomía administrativa procediera con el plan de descongestión, determinara el tipo de cargos que se requerían crear de manera transitoria, realizara el seguimiento de las medidas, el control y la revisión de metas, marco de facultades con base en el cual se decidió crear un cargo de “*Abogado Asesor – Grado 23*” en los diferentes tribunales del país.

II. Consideraciones

1. Cuestión previa.

Solicita la parte demandante que se declare la nulidad del acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo proveniente de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora el 03 de septiembre de 2018, contra la Resolución No. DESAJMAR18-1254 del 14 de agosto de 2018.

Respecto al silencio Administrativo, el Consejo de Estado¹, precisó:

“...El silencio administrativo negativo involucra la potestad para el administrado de invocar esa omisión de las autoridades administrativas como una respuesta contraria a sus peticiones, por lo que se entiende como una especie de castigo ante la desidia de las entidades y una garantía procesal para el solicitante, pues le permite demandar la nulidad de ese acto ante los jueces y así mismo pretender el restablecimiento de su derecho subjetivo, presuntamente conculcado por la autoridad administrativa ante la negativa de sus pretensiones.

De este modo, se puede sostener que el silencio administrativo negativo que origina el acto ficto o presunto, es una garantía para el administrado en la medida en que no se deja al arbitrio de las entidades el contestar, o no, la petición, o que se emita un pronunciamiento que no constituya una clara declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos, pues se faculta al solicitante para que pretenda la nulidad del acto y el consecuente restablecimiento del derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, con el objetivo de evitar que la administración se beneficie de su conducta negligente.

Esta subsección referente a la ficción legal en estudio indicó lo siguiente:

«[...] Ahora bien, la expresión “decisión que la resuelva” citada en el artículo precedente, debe entenderse como toda decisión administrativa motivada que expida la administración a efecto de resolver de fondo ya sea en forma directa o indirecta, todas las solicitudes que hayan sido oportunamente planteadas por el peticionario y/o haga imposible continuar con la actuación. En segundo lugar, la ficción legal denominada “acto administrativo presunto” nace en nuestro ordenamiento jurídico como una presunción que “opera o se activa ante la pasividad del órgano llamado a proferir un específico acto administrativo”⁹ y que se produce en virtud de los siguientes supuestos:

- a. El deber de un órgano de resolver, a instancia de parte interesada o de oficio, determinado asunto mediante un acto administrativo;*
- b. Vencimiento de un plazo o término señalado en la ley o en el reglamento, y*
- c. Falta de notificación al interesado de cualquier decisión sobre tal asunto, antes de ese vencimiento” [...]*

De lo anterior, puede inferirse que el acto presunto se configura en los siguientes eventos: i) cuando la administración no contesta una petición, ii) cuando no se resuelve el recurso de un administrado, iii) cuando la respuesta no es una clara declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos u obedece a un acto preparatorio o de trámite, y iv) cuando no se notifica la decisión.

Así las cosas, se tiene que la demandante, el 03 de septiembre de 2018 presentó recurso de apelación (fls. 27-30, cdo. 1) contra la Resolución DESAJMAR18-1254 del 14 de agosto de 2018 que negó el reconocimiento, liquidación y pago de las acreencias laborales aquí

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A” en auto proferido el 11 de abril de 2019. C.P. Doctor William Hernández Gómez, en el proceso con radicación número: 08001-23-33-000-2015-00350-01(2025-17).

discutidas, recurso que fue concedido por la entidad mediante Resolución DESAJMAR18-1668 del 1° de octubre de 2018 (fls. 31-34, cdo. 1).

Ahora bien, la parte demandada no allegó documento alguno que pruebe respuesta al recurso presentado y desde entonces a la presentación de la demanda, transcurrieron más de los dos meses de que trata el artículo 86 del CPACA para que se configure el silencio administrativo negativo, razón por la cual el mismo será declarado.

2. Problema Jurídico

Visto el escrito de demanda, la oposición planteada por la accionada y el recurso de apelación formulado, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar: *¿Procede la solicitud de inaplicación por inconstitucionalidad de la expresión “Grado 23” para nominar el cargo de Abogado Asesor, contenida en los Acuerdos expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que crearon dicho cargo?*

3. Tesis del Tribunal

Es procedente inaplicar por inconstitucional la expresión “Grado 23” para nominar el cargo de *Abogado Asesor*, contenida en los Acuerdos que crearon y prorrogaron dicho cargo para el Tribunal Superior de Manizales, por cuanto la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura no tenía competencia para crear o variar la remuneración aplicable para ese cargo, toda vez que, este y su remuneración se encontraban expresamente señalados en el artículo 3° del Decreto 57 de 1993 y los decretos anuales que fijaban el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial. No podía acudir a la norma supletoria señalada en el artículo 4° ibidem para ubicar la remuneración en el grado 23, la cual resulta inferior, pues dicha tabla aplica únicamente para los cargos que no estuviesen denominados expresamente en el artículo 3o.

Para desarrollar lo anterior, la Sala hará referencia al: i) marco normativo y jurisprudencial aplicable, para descender al análisis del ii) caso concreto.

4. Marco normativo y jurisprudencia

4.1. Concepto y alcance de la excepción de inconstitucionalidad

La “*excepción de inconstitucionalidad*” tiene su fundamento en el artículo 4° de la Constitución Política de 1991, según el cual, cuando existen normas contrarias a la Constitución, se preferirán las contenidas en la Carta Política debido a su superioridad jerárquica y aplicación inmediata.

La Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que, se trata de una facultad, así como de un deber que tienen las autoridades, tanto judiciales como administrativas, para inaplicar una norma y en su lugar hacer efectiva la Constitución, consolidándose como una suerte de control de constitucionalidad difuso: “*En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en*

*riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política”.*²

Así las cosas, la primera nota esencial de la excepción de inconstitucionalidad es que puede ser ejercida de manera oficiosa³ o a solicitud de parte, y procede cuando se está frente a alguna de las siguientes circunstancias:⁴

- 1) La norma es contraria a las cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, toda vez que *«de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompasarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado»*.⁵
- 2) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso;⁶ o
- 3) En virtud de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento *«iusfundamental»*⁷. En otras palabras, *«puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales»*.⁸

La segunda característica esencial de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, es que su alcance es inter-partes y, por ende, la norma inaplicada al prosperar la excepción de inconstitucionalidad, no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida.⁹ Con lo que se conserva la competencia funcional atribuida por el Constituyente Primario de 1991 en el artículo 241 a la Corte Constitucional para pronunciarse de fondo sobre la materia, siendo esta la instancia última de control de constitucionalidad de las leyes, conforme al referido artículo 241 superior.

² Sentencia SU-132 de 2013.

³ Sentencia T-808 de 2007.

⁴ Sistematizadas en la sentencia T-681 de 2016, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio.

⁵ Sentencia T-103 de 2010.

⁶ En sentencia T-669 de 1996 se desarrolló esta hipótesis, fijando que *«en tales eventos, el funcionario judicial está obligado a aplicar la excepción de inconstitucionalidad, pues la Constitución es norma de normas (CP art. 4º) o, en caso de que no lo considere pertinente, debe mostrar de manera suficiente que la disposición que, dada la situación del caso concreto, pretende aplicar tiene en realidad un contenido normativo en parte diferente a la norma declarada inexecutable, por lo cual puede seguirse considerando constitucional. Si el funcionario aplica la norma y no justifica su distanciamiento frente al pronunciamiento previo de la Corte Constitucional sobre el mismo tema, estaríamos en presencia de una vía de hecho, pues el funcionario judicial decide aplicar caprichosamente de preferencia las disposiciones legales a las normas constitucionales, en contravía de expresos pronunciamientos sobre el punto del tribunal constitucional, máximo intérprete y guardián de la Carta (CP arts. 4º, 241 y 243).»*

⁷ Sentencia T-103 de 2010.

⁸ Sentencia T-331 de 2014. En este mismo sentido, ver sentencia C-803 de 2006.

⁹ Sentencias SU-132 de 2013 y C-122 de 2011.

Así, el Consejo de Estado en la sentencia de 27 de enero de 2000, radicación número 911-1801-99, sobre la aplicación de esta figura frente a un Acuerdo expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, señaló:

“...no podía el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, fijarle grados, porque la norma señaló una sola denominación y remuneración. La facultad de señalar grados a diferentes cargos la tenía únicamente para aquellos no ubicados dentro de la denominación de que trata el artículo 3º del Decreto 57 de 1.993.

Así las cosas, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa - al señalar grados para el cargo de escribiente y como consecuencia de ello, disminuir la remuneración de la actora con ocasión de la fijación de los requisitos para el desempeño del cargo, es inconstitucional, ya que no podía fijar grados y modificar la escala salarial establecida en el artículo 3º del Decreto 57 de 1.993.

En estas condiciones, como la parte actora en los hechos de la demanda y el concepto de violación invocó la inconstitucionalidad del Acuerdo No. 05 de 15 de febrero de 1.993, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, la Sala, de manera oficiosa, procede a inaplicarlo por inconstitucional...”

4.2. Competencia del Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores de la Rama Judicial.

La Constitución dispuso en su artículo 150 como una de las atribuciones del Congreso:

“19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

(...)

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública. (...)”

En ejercicio de tal atribución, el Congreso de la República expidió la Ley 4 de 1992 *“Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, (...), de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.”*, a través de la cual estableció que, el Gobierno Nacional fijaría el régimen salarial y prestacional, entre otros, de los empleados públicos de la Rama Judicial.

Esa ley dispuso que, para la fijación del régimen salarial y prestacional de dichos servidores el Gobierno tendría en cuenta, además, los siguientes criterios (artículo 2):

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

(...)

El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;

j) El establecimiento de rangos de remuneración para los cargos de los niveles profesional, asesor, ejecutivo y directivo de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva y de la Organización Electoral; (...)" (Se destaca)

Por su parte, el artículo 3 previó que, el sistema salarial de los servidores públicos está integrado por los siguientes elementos: ***“la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos.”*** (Se destaca)

En torno al alcance de las escalas salariales, la Corte Constitucional en Sentencia C-416 de 1992, señaló que *“no son otra cosa que los grados o niveles dentro de los cuales se ubican los salarios que el Estado reconoce a sus servidores”*.

4.3. Competencia del Consejo Superior de la Judicatura para crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la Rama Judicial

De conformidad con el artículo 116 de la Carta Política, el Consejo Superior de la Judicatura hace parte de la Rama Judicial; los artículos 254, 255, 256 y 257 ibidem regularon, en su texto original y en su orden: i) su integración y el período de sus magistrados, ii) los requisitos para ser miembro de este Consejo Superior, iii) sus atribuciones y iv) funciones. Específicamente, el artículo 257 Constitucional, fijó como funciones, las siguientes:

2. Crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la administración de justicia. En ejercicio de esta atribución, el Consejo Superior de la Judicatura no podrá establecer a cargo del Tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales.

3. Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador. (...)

Acerca del alcance de dichas funciones, la Corte Constitucional en sentencia SU-539 de 2012, destacó su carácter administrativo, al señalar que:

“La interpretación adecuada de los artículos 256 y 257 del Texto Superior, es aquella según la cual la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ejerce y está sujeta a las funciones administrativas determinadas por la Constitución y la ley, comoquiera que los dos artículos referidos expresamente señalan que le corresponde al Consejo Superior de la Judicatura el cumplimiento de sus atribuciones y funciones “de acuerdo con la ley” y “con sujeción a la ley”.

Y concluyó que “(i) el Consejo Superior de la Judicatura tiene la facultad de reglamentar materias administrativas y funcionales de la administración de justicia; y (ii) en ejercicio de esa facultad (...) no puede ocuparse de asuntos de competencia exclusiva del legislador, en los términos previstos en los artículos 125 y 150-23 de la Constitución, como lo es la clasificación de los cargos de la rama judicial”. Criterio pacífico desde la sentencia C-265 de 1993¹⁰ que destacó que, las funciones asignadas a la Sala Administrativa, son de índole netamente administrativa y su ejercicio está atado a la Constitución y la ley.

En torno a su función constitucional de creación y modificación de cargos, la Corte Constitucional también indicó que, es una atribución *in genere* que ofrece una herramienta práctica para atender de manera satisfactoria la demanda del servicio de administración de justicia y que, dentro de ese marco constitucional y legal, podrá crear cargos de duración indefinida o de vigencia precisa¹¹.

Ahora bien, el desarrollo legislativo de las funciones del Consejo Superior de la Judicatura se vio reflejado en la Ley 270 de 1996 que reiteró en su artículo 75 el mandato superior atinente a que “Al Consejo Superior de la Judicatura le corresponde la administración de la Rama Judicial y ejercer la función disciplinaria, de conformidad con la Constitución Política y lo dispuesto en esta ley”.

Dentro de las funciones administrativas asignadas al Consejo Superior, el numeral 9 del artículo 85 de la norma citada, previó su competencia para “9. Determinar la estructura y las plantas de personal de las Corporaciones y Juzgados. Para tal efecto podrá crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la Rama Judicial, determinar sus funciones y señalar los requisitos para su desempeño que no hayan sido fijados por la Ley”.

Para la Sala, no hay duda entonces que, las normas constitucionales y legales antes transcritas, le otorgan al Consejo Superior de la Judicatura facultades de reglamentación, lo que demuestra una autorización constitucional y legal para que pueda dictar los reglamentos necesarios para hacer eficaz el funcionamiento de la Administración de Justicia, limitándose en lo dispuesto en mandatos superiores.

Ello también la habilita para determinar la estructura de las plantas de personal de las Corporaciones y de los Juzgados, facultándosele en consecuencia, para crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos al interior de la Rama Judicial, con el consecuente señalamiento de requisitos y funciones para su desempeño, siempre que no hayan sido fijados por la ley¹².

Precisamente en atención a dichos límites, el Consejo de Estado en sentencia del 16 de abril de 2009¹³ concluyó que, el Consejo Superior de la Judicatura incurrió en una transgresión a normas superiores cuando fijaba una remuneración a un cargo cuya denominación se

¹⁰ Véase también la sentencia T-176 de 2016

¹¹ T-633 de 2007

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia del 19 de abril de 2012. Rad.: 11001-03-25-000-2006-0013000(2018-06).

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, 16 de abril de 2009. Rad.: 11001-0325-000-2006-00055-00(1130-06)

encuentra expresamente establecida en los Decretos Nacionales que regulan el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial. Ello en un asunto en el cual declaró la nulidad parcial de un Acuerdo en el cual varió la remuneración de un Oficial Mayor nominado de Tribunal Nacional, Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Tribunales Administrativos y Consejos Seccionales de la Judicatura, que estaba establecida taxativamente en los decretos nacionales, al respecto precisó:

“Sostiene la parte actora que la actuación del Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa, de señalar grados para el cargo de Oficial Mayor con ocasión de la fijación de los requisitos para el desempeño del cargo y, como consecuencia de ello, variar la remuneración contemplada en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993, resulta ilegal e inconstitucional.

La Sección Segunda ya ha tenido oportunidad de estudiar el mismo cargo frente a otros empleos de la rama jurisdiccional¹⁴, dentro de los procesos instaurados contra el Consejo Superior de Judicatura, en los cuales igualmente se ha solicitado la nulidad parcial del mismo Acuerdo 05 de 1993. En aquellas oportunidades la Sala ha llegado a la convicción de que el Consejo Superior de la Judicatura no puede variar la remuneración contemplada en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993.

Y como en esta ocasión no encuentra ninguna argumentación adicional contundente, por parte de la entidad demanda, para desvirtuar lo decidido en los precedentes que se citan, se permite exponer nuevamente la ratio decidendi, determinante para acceder a las súplicas de la demanda. (...)

Así entonces, como el cargo de Oficial Mayor se encontraba contemplado en el artículo 3º del decreto 57 de 1993, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, carecía de la facultad para determinarle grados y, además, no era competente para fijar su remuneración, pues tal potestad, como se dijo, correspondía al Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992.

En esas condiciones, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, al señalar la remuneración con ocasión de la fijación de los requisitos para el desempeño del cargo, resulta inconstitucional”. (Se destaca)

También en sentencia del 20 de octubre de 2014¹⁵, al examinar un asunto en el cual se debatía la legalidad de la remuneración mensual de los escribientes de Juzgados del Circuito, por cuanto se circunscribía a un Acuerdo expedido por el Consejo Superior de la Judicatura que modificó sus grados y denominación, sostuvo que incurría en un exceso de su facultad reglamentaria al desconocer los decretos salariales y procedía *motu proprio*, a fijar remuneraciones mensuales:

“Así entonces, como el cargo de Escribiente se encontraba contemplado en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, carecía de facultad para determinarle grados y, además, no era competente para fijar

¹⁴ Ver expedientes 110/99 – 1846/99 – 1801/99 – 7375/05 – 2630/05

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia del 20 de octubre de 2014, Rad.: 0500123-31-000-2001-02343-01(0054-13).

su remuneración, pues ello, como se dijo, correspondía al Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la ley 4ª de 1992.

En esas condiciones, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa - al señalar grados para el cargo de escribiente y, como consecuencia, variar la remuneración con ocasión de la fijación de los requisitos para el desempeño del cargo, resulta inconstitucional. En sentido similar se ha pronunciado esta Sección en varias ocasiones inaplicando la disposición que mediante esta sentencia de anula”¹⁶.

(...)

Lo anterior permite concluir que es evidente la diferencia salarial existente entre el valor que debía reconocerse al actor, en aplicación de los decretos anuales que consagraron el salario correspondiente al escribiente de Juzgado de Circuito y el que determinó aplicar la Dirección de Administración Judicial, en virtud de lo dispuesto en el referido Acuerdo 05 de 1993.”

En este mismo sentido se ha pronunciado la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencias del 9 de febrero de 2012¹⁷, 26 de septiembre de 2012¹⁸, 2 de mayo de 2013¹⁹, 12 de mayo de 2014²⁰, entre otras providencias. Sin duda, el criterio expuesto es pacífico y reiterado.

En conclusión, si bien el Consejo Superior de la Judicatura tiene la potestad de crear, fusionar, trasladar y suprimir cargos necesarios para el funcionamiento de la Administración de Justicia, no tiene competencia para fijar o variar la remuneración a un cargo cuya denominación se encuentra expresamente establecida por los decretos expedidos por el Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992 y que regulan el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial.

4.4. Régimen Salarial de la Rama Judicial

En desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4 de 1992, el Presidente de la República expidió el Decreto 57 de 1993, a través del cual “*dictó normas sobre el Régimen Salarial y Prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones*” y estableció que sería aplicable a los servidores judiciales vinculados y que antes del 28 de febrero de 1993 optaran por el régimen salarial y prestacional establecido en este Decreto, y a quienes se vinculen al servicio con posterioridad a su vigencia.

¹⁶ Consejero Ponente Alberto Arango Mantilla, Rad. 11001-03-25-000-1998-0130-000 (1711/98)

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad.: 05001-23-31-000-2003-02448-01(2135-10)

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad.: 05001-23-31-000-2001-02457-01 (1584-11)

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, 2 de mayo de 2013. Rad.: 05001-23-31000-2001-04365-01(0081-10).

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad.: 05001-23-31-000-2003-04078-01(0137-13)

En el artículo 3º, se establece la remuneración mensual de los empleos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, a partir del 1º de enero de 1993, indicando la denominación de los cargos, sin fijarles un grado.

En el artículo 4º se establece la remuneración mensual para los empleos “cuya denominación del cargo no esté señalada en el artículo anterior”, para lo cual contempla una escala o tabla de grados del 01 al 33.

Tal sistema de fijación salarial se consolidó con los Decretos 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995, 36 de 1996, 76 de 1997, 64 de 1998, 43 de 1999, 2740 de 2000, Decreto 2777 de 2001, 673 de 2002, 3569 de 2003, 4172 de 2004, 936 de 2005, 389 de 2006, 618 de 2007, 658 de 2008, 723 de 2009, 1388 de 2010, 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014, 1257 de 2015²¹, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018, 991 de 2019 y subsiguientes, expedidos por el Presidente de la República, a través de los cuales, año a año ha fijado la remuneración mensual o el reajuste porcentual anual de las escalas salariales de los empleos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar.

4.5. Cargo y Remuneración Abogado Asesor de Tribunal Judicial y grado 23

El referido Decreto 57 de 1993²², en el artículo 3º numeral 2º contempló como cargo nominado para “**Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura**” el cargo de “**Abogado Asesor**” y señaló su remuneración, así:

2. Para los siguientes empleos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura:

DENOMINACIÓN DEL CARGO	REMUNERACIÓN MENSUAL
Magistrado de Tribunal Nacional de Orden Público	1.937.500
Magistrado de Tribunal y Consejo Seccional	1.812.500
Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar	1.812.500
Abogado Asesor	1.125.000
Secretario de Tribunal y Consejo Seccional	750.000
Relator	750.000
Secretario de Tribunal Militar	625.000
Sustanciador	468.750
Oficial Mayor	468.750
Auxiliar Judicial	468.750

²¹ Artículo 1: “Reajústase, a partir del 1º de enero de 2015, en un cuatro punto sesenta y seis por ciento (4.66%) las escalas salariales que regulan la remuneración mensual y asignaciones básicas mensuales de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo señaladas en los decretos 186, 194, 196 y 1239 de 2014”

²² Por el cual se dictan normas sobre el Régimen Salarial y Prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones. Derogado Artículo 20 Decreto 106 de 1994 <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1900228>

Escribiente

325.000

En el artículo 4º ibidem, se señaló la remuneración subsidiaria y excluyente para los empleos **que no estaban consagrados en el citado artículo 3**, igualmente estableció una escala salarial del grado 01 a 33, así:

***ARTICULO 4o.** La remuneración mensual para los empleos de la Rama Judicial y la Justicia Penal Militar **cuya denominación del cargo no esté señalada en el artículo anterior**, se regirá por la siguiente escala:*

GRADO	REMUNERACIÓN
...	...
23	820.238
...	...

A continuación, el Gobierno Nacional ha expedido anualmente decretos de igual naturaleza y objeto, señalado el valor de la remuneración y asignación mensual o el reajuste porcentual respectivo, entre otros, para el cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial y los empleos del grado 23.

4.6. Requisitos del cargo de abogado asesor de Tribunal o abogado asesor grado 23

En el Acuerdo 25 de 1997 “*Por medio del cual se da aplicación al artículo 161 de la Ley 270 de 1996*”²³, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se clasifican los cargos de Carrera de la Rama Judicial en niveles ocupacionales, pero no se señalan los requisitos para estos cargos.

En el Acuerdo PSAA06-3560 de 2006 “*Por el cual se adecuan y modifican los requisitos para los cargos de empleados de Tribunales, Juzgados y Centros de Servicios*”²⁴, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, tampoco se señalan los requisitos para el cargo de abogado asesor de Tribunal Judicial o abogado asesor grado 23.

En el Acuerdo PSAA13-10038 de 2013 “*Por el cual se adecuan y modifican los requisitos para los cargos de empleados de Tribunales, Juzgados y Centros de Servicios*”²⁵, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se señalan los requisitos para el cargo Abogado Asesor grado 23, así:

“ARTÍCULO 1º.- Establecer y adecuar los requisitos de los siguientes cargos de empleados de Tribunales, Juzgados y Centros de Servicios, así:

²³http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:835evv1Qz3YJ:actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx%3Furl%3D%257E%252FApp_Data%252FUpload%252F025-97.doc+&cd=1&hl=it&ct=clnk&gl=co
²⁴<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10635/2058718/Acuerdo+3560+de+2006.pdf/4161e9be-0bed-42ce-86ea-0dcda75f7c4b>
²⁵https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FPSAA13-10038.pdf

DENOMINACION DE CARGO	GRADO	REQUISITOS
...	...	...
Abogado Asesor	23	Título de formación profesional en derecho, título de postgrado y un (1) año de experiencia profesional".

5. Lo probado.

-. Mediante los Acuerdos PSAA12-9214 del 02 de febrero de 2012²⁶, Acuerdo PSAA12-9524 del 21 de junio de 2012, PSAA12-9781 de 2012, PSAA13-9897 de 2013, PSAA13-9962 de 2013, PSAA13-9991 de 2013, PSAA13-10048 de 2013, PSAA13-10068 de 2013, PSAA13-10072 de 2013, PSAA14-10156 de 2014, PSAA14-10195 de 2014, PSAA14-10197 de 2014, PSAA14-10251 de 2014, PSAA14-10277 de 2014, PSAA14-10282 de 2014, PSAA15-10288 de 2015, PSAA15-10323 de 2015, PSAA15-10335 de 2015, PSAA15-10356 de 2015, PSAA15-10363 de 2015, PSAA15-10371 de 2015, PSAA15-10377 de 2015 y PSAA15-10385 de 2015, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura creó, entre otros, transitoriamente para el Tribunal Superior de Manizales – Sala Civil Familia un cargo de *Abogado Asesor grado 23*.

En ellos se especifica que, el régimen salarial y prestacional sería el establecido para la Rama Judicial y se indica que su función consiste en proyectar para fallo un número de sentencias promedio mensuales. El artículo 17 del Acuerdo PSAA1510402 del 29 de octubre de 2015, creó con carácter permanente “Un (1) cargo de *Abogado Asesor grado 23*” en múltiples despachos de los tribunales del país, entre ellos para los despachos de magistrado del Tribunal Superior de Manizales.

-. Según la Constancia No. 0318 suscrita por el jefe del Área de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Manizales (fl. 37, cdo. 1), la servidora Jennifer Zuluaga Zapata, se desempeñó en el cargo de *Abogado Asesor grado 23*, entre el 04 de noviembre de 2015 y el 1° de abril de 2019²⁷.

-. La demandante, el 23 de julio de 2018 solicitó al Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Manizales, la nivelación y demás acreencias laborales deprecadas en esta sede judicial (fls. 13-18, cdo. 1).

-. La Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Manizales, negó la petición antes mencionada, por medio de la Resolución DESAJMAR18-1254 del 14 de agosto de 2018 (fls. 19-26, cdo. 1).

-. La demandante interpuso el 03 de septiembre de 2018 recurso de apelación contra la anterior decisión, el cual fue concedido por la Resolución DESAJMAR18-1668 del 1° de octubre de 2018 (fls. 27-34, cdo. 1), el cual a la fecha no ha sido resuelto por la entidad accionada.

²⁶https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FGA_CETA28-12.pdf
²⁷ Data de expedición de la constancia, a la cual se hallaba desempeñando dicho cargo.

6. Análisis sustancial del caso.

De acuerdo con lo expuesto se tiene que, mediante Decreto 57 de 1993²⁸ en el **artículo 3º** numeral 2º se contempló como cargo nominado para “*Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura*” el cargo de **Abogado Asesor** y se señaló su remuneración; adicionalmente se señaló en el artículo 4º la remuneración subsidiaria y excluyente para los empleos **que no estaban consagrados en el citado artículo 3**, e igualmente estableció una escala salarial, del grado 01 a 33.

A continuación, el Gobierno Nacional ha expedido anualmente decretos de igual naturaleza y objeto, señalado el valor de la remuneración y asignación mensual o el reajuste porcentual respectivo, entre otros, para el cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial y los empleos del grado 23.

Por su parte, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de los acuerdos previamente reseñados, creó inicialmente en forma transitoria y finalmente con carácter permanente para el Tribunal Superior de Manizales – Sala Civil Familia el cargo de **Abogado Asesor**, pero indicó como grado de remuneración el 23, a pesar que, tanto en el Decreto 57 de 1993 como en los decretos anuales se señalaba expresamente la remuneración mensual para dicho cargo.

Por lo tanto, no queda duda que, al estar expresamente señalada por el Gobierno Nacional, la remuneración del empleo de *Abogado Asesor* de Tribunal Judicial, el Consejo Superior de la Judicatura carecía de competencia para acudir a la norma supletoria señalada en el artículo 4º del Decreto 57 de 1993 para variar la remuneración y así ubicarla en el grado 23.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia proferida el 16 de julio de 2009²⁹ precisó:

*“La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura **no podía crear escalas de remuneración**, pues apenas estaba facultada para realizar la incorporación del personal a los cargos, pues así se menciona explícitamente en el propio preámbulo del acto acusado, es decir del Acuerdo No. 05 de 15 de febrero de 1993 hoy atacado. Entonces, cuando el Consejo se fija como objetivo del acto “la correcta aplicación del Decreto 57 de 1993, en lo relativo a la remuneración adecuada para cargos nominados, existentes en las Corporaciones y Despachos Judiciales de la Rama Judicial”; y con ese pretexto **modifica la escala de remuneración desborda los límites de su competencia, pues se hallaba desprovisto de atribuciones para determinar grados y, por tanto, carecía de competencia para modificar la escala de remuneración, por ser esta facultad exclusiva del ejecutivo. Al cambiar la escala salarial de los servidores de la administración de justicia, en ejercicio de una competencia de la que estaba desprovisto, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura resulta abiertamente reñida con la Constitución y la ley; y por lo mismo, debe recibir la sanción de nulidad, pues una cosa es incorporar las personas a unos cargos y otra muy distinta crear***

²⁸ <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1900228>

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Rad.: 68001-23-15-000-2003-02985-01(1895-08)

escalas de remuneración intermedias no previstas por el legislador, para consagrar diferencias salariales entre quienes cumplen la misma función. Y tal proceder no se valida, con el pretexto de brindar "... a la correcta aplicación del Decreto 57 de 1993..." que no le dispensaba esa prerrogativa al Consejo Superior de la Judicatura. (...)” (Se resalta)

Adicionalmente cabe resaltar que, la facultad que ha sido otorgada al Consejo Superior de la Judicatura de crear, fusionar, trasladar y suprimir cargos necesarios para el funcionamiento de la Administración de Justicia, no puede ser ejercida en forma meramente discrecional, sin que medie justificación alguna para su adopción.

En tal sentido, para esta Sala no obra prueba o tan siquiera argumentación alguna mediante la cual el Consejo Superior de la Judicatura haya justificado la **necesidad** de crear el cargo de “*abogado asesor grado 23*” en condiciones diferentes (requisitos, funciones y grado) al cargo de “*abogado asesor*” que en forma nominada ya existía.

Al respecto cabe destacar que, en providencia del 19 de abril de 2021³⁰, esta corporación ya había destacado como la Unidad de Carrera Judicial a través del oficio CJO21-1026 del 19 de marzo de 2021 fue requerida para que informase “i) los requisitos y funciones para el empleo de Abogado Asesor de Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura; ii) si en la actualidad, se encuentran implementados los empleos de Abogado Asesor de Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura; y finalmente iii) debía señalar las razones por las cuales no ha sido implementado el mencionado cargo.”

Petición frente a la cual se destacó por esta Colegiatura que:

“En la respuesta ofrecida por la mencionada Directora, simplemente se limitó a mencionar que el cargo de Abogado Asesor grado 23 –que se encuentra en la actualidad implementado- no es igual al Abogado Asesor de Tribunales Judiciales; frente a los demás requerimientos, guardó silencio y expresó las generalidades respecto del cargo de Abogado Asesor grado 23 que ya ampliamente fueron expuestas en la contestación de la demanda y han sido analizadas en esta providencia. Siendo diáfano concluir que, el órgano de gobierno y administración de la Rama Judicial, arbitrariamente se negó a implementar el cargo objeto de controversia [Abogado asesor de Tribunal Judicial] y paralelo a ello, se atribuyó la función de crear el cargo de Abogado Asesor grado 23 sin tener la facultad legal y constitucional para hacerlo.” (Se resalta)

Aunado a lo anterior, se encuentra acreditado que, el Consejo Superior de la Judicatura al fijar el grado de remuneración 23 para el cargo de *Abogado Asesor* creado por los Acuerdos antes señalados, para el Tribunal Superior de Manizales, disminuyó la remuneración del cargo de Abogado Asesor nominado que ya existía, sin efectuar ningún tipo de disquisición sobre las razones o necesidades que conllevaban a crear cargos de abogado asesor, empero con grado salarial 23.

³⁰ Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Tercera de Decisión, M.P. Dohor Edwin Varón vivas, radicado 17-001-23-33-000-2019-00418-00.

En efecto, al encontrarse el Tribunal Superior de Manizales, en la categoría de “*Tribunales Judiciales*”, los decretos expedidos por el Gobierno Nacional que fijaron el salario para el empleo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial comparados con el salario asignado al empleo sin nominación Grado 23, resulta lo siguiente:

Decreto	Abogado Asesor de Tribunal Judicial	Grado 23
194 de 2014	\$5.746.978	\$4.299.956 ³¹
1257 de 2015	\$6.014.797 (4.66%)	\$4.500.333 (4.66%)
245 de 2016	\$6.482.146 (7.77%)	\$4.850.008 (7.77%)
1013 de 2017	\$6.919.690 (6.75%)	\$5.177.383 (6.75%)
337 de 2018	\$7.271.902 (5.09%)	\$5.440.912 (5.09%)
991 de 2019	\$7.599.137 (4.5%)	\$5.685.753 (4.5%)

Así las cosas, encuentra la Sala que el Consejo Superior de la Judicatura no podía crear o variar la remuneración aplicable para el cargo de “*Abogado Asesor*” de “*Tribunal Judicial*” por cuanto es un cargo nominado al que expresamente se le había determinado la remuneración en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993 y reiterado en los demás decretos salariales subsiguientes en los que año a año el Gobierno Nacional fijó la remuneración de los cargos de los empleados de la Rama Judicial.

7. Conclusión

De acuerdo con lo anterior encuentra la Sala que, es procedente inaplicar por inconstitucional la expresión “*Grado 23*” para nominar el cargo de *Abogado Asesor*, contenida en los Acuerdos que crearon y prorrogaron dicho cargo para el Tribunal Superior de Manizales, por cuanto la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura no tenía competencia para crear o variar la remuneración aplicable para ese cargo, toda vez que, este y su remuneración se encontraban expresamente señalados en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993 y los decretos anuales que fijaban el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial. No podía acudir a la norma supletoria señalada en el artículo 4º ibidem para ubicar la remuneración en el grado 23, la cual resulta inferior, pues dicha tabla aplica únicamente para los cargos que no estuviesen denominados expresamente en el artículo 3o.

Por lo tanto, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura resultó abiertamente reñida con los artículos 125, 150-23 y 257 de la Constitución, pues no era competente para fijar la remuneración del cargo de *Abogado Asesor* de Tribunal Judicial, pues tal potestad corresponde al Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992.

Corolario de lo expuesto, no prosperan los argumentos expuestos por la entidad demandada, por lo que se accederá a las pretensiones de la demanda, en consecuencia, se **declarará** la nulidad de: **i)** la Resolución DESAJMAR18-1254 del 14 de agosto de 2018,

³¹ El decreto salarial de 2014, pues fue el último en fijar un valor base, a partir de allí los años siguientes solo se menciona un porcentaje de aumento.

expedida por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Manizales mediante el cual negó la reliquidación, con efectos retroactivos, de las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el cargo de Abogado Asesor “grado 23” y el de “Abogado Asesor de Tribunal Judicial”; y **ii)** el Acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo con ocasión de la falta de respuesta al recurso de apelación interpuesto el 03 de septiembre de 2018 por Jennifer Zuluaga Zapata, contra la referida resolución.

8. Restablecimiento del derecho

Advirtiéndose entonces que la entidad accionada excedió su órbita de competencias al fijar un grado salarial para el cargo de Abogado Asesor, cuya denominación y retribución salarial ya existían en las disposiciones salariales de la Rama Judicial por creación del Gobierno Nacional en uso de sus competencias constitucionales y legales, se impone inaplicar por inconstitucionalidad la expresión “Grado 23” que fue incorporada por el Consejo Superior de la Judicatura en los acuerdos emitidos entre los años 2012 y 2015³², para fijar la escala salarial y prestacional del cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial, que desempeñó el aquí demandante.

En este orden de ideas, lo anterior conlleva a declarar la nulidad de los actos particulares aquí enjuiciados, en tanto negaron al actor el pago de los derechos salariales y prestacionales correspondientes al cargo de “*Abogado Asesor de Tribunal Judicial*” -nominado, (entiéndase sin grado)-, por lo cual a título de restablecimiento del derecho deberán cancelarse a su favor las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el cargo de Abogado Asesor “grado 23” y el de “Abogado Asesor de Tribunal Judicial”, por el tiempo en que este haya desempeñado el cargo y mientras se desempeñe en el mismo.

9. Prescripción.

A título oficioso advierte la Sala que analizado el fenómeno de prescripción extintiva se observa que, entre la fecha en que el accionante desempeñó por primera vez el cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial -04 de noviembre de 2015- y la fecha de reclamación presentada ante la aquí demandada -23 de julio de 2018-, no trascurrieron los 3 años a que hace referencia el artículo 151 del C.S.T., lapso que tampoco se presentó a la data de radicación de la demanda, por lo cual no se observa el acaecimiento de este fenómeno prescriptivo.

10. Costas

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP), se condena en costas a la parte demandada, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al citado CGP.

³² Cuya mención específica se hará en la parte resolutive.

Ahora bien, en aplicación de un criterio objetivo valorativo en vista de que la parte demandante debió concurrir al proceso a través de apoderado judicial y que este actuó en las diferentes etapas procesales, se fijan agencias en derecho por valor de \$ 3.310.000³³.

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

SENTENCIA

Primero: Declarar que se configuró silencio administrativo negativo frente al recurso de apelación presentado el 03 de septiembre de 2018 por Jennifer Zuluaga Zapata, contra la Resolución No. DESAJMAR18-1254 del 14 de agosto de 2018.

Segundo: Inaplicar por inconstitucionalidad la expresión “Grado 23” relacionada al cargo Abogado Asesor contenida en los Acuerdos: PSAA 12-9213 del 2 de febrero de 2012 (artículo 1), PSAA 12-9524 del 21 de junio de 2012, PSAA12 9781 de 2012 (artículo 67), PSAA13-9897 de 2013 (artículo 1), PSAA13-9962 de 2013 (artículo 24), PSAA13-9991 de 2013 (artículo 44), PSAA13-10048 de 2013 (artículo 1), PSAA13-10068 de 2013 (artículo 1), PSAA14-10156 de 2014 (artículo 41), PSAA14-10195 de 2014 (artículo 55), PSAA14-10197 de 2014 (artículo 1), PSAA14-10251 de 2014 (artículo 29), PSAA14-10277 de 2014, aclarado mediante Acuerdo PSAA15-10288 de 2015 (artículo 20), PSAA15-10323 de 2015 (artículo 11), PSAA15-10335 de 2015 (artículo 12), PSAA15-10356 de 2015 (artículo 11), PSAA15-10363 de 2015 (artículo 13), PSAA15-10371 de 2015 (artículo 14), PSAA15-10377 de 2015 (artículo 14) y PSAA15-10385 de 2015 (artículo 14), PSAA15-10402 del 29 de octubre de 2015 (artículo 88) expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Tercero: Declarar la nulidad de: **i)** la Resolución No. DESAJMAR18-1254 del 14 de agosto de 2018, expedida por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Manizales mediante el cual negó la reliquidación, con efectos retroactivos, de las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el cargo de Abogado Asesor “grado 23” y el de “Abogado Asesor de Tribunal Judicial”; y **ii)** el Acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo con ocasión de la falta de respuesta al recurso de apelación interpuesto el 03 de septiembre de 2018 por Jennifer Zuluaga Zapata, contra la referida resolución.

Cuarto: Condenar a la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, a reconocer y pagar a favor de **Jennifer Zuluaga Zapata**, por el tiempo en que haya desempeñado y mientras desempeñe el cargo, las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el cargo de **Abogada Asesor “grado 23”**, que se le venía cancelando, y el cargo de **“Abogada Asesora de Tribunal Judicial”**.

Sumas que deberán ser pagadas debidamente indexadas a la fecha de esta sentencia en los términos del inciso último del artículo 187 del CPACA. La condena devengará intereses en

³³ Correspondiente al 4% de las pretensiones según cuantía determinada en el escrito de demanda, ello de conformidad con los criterios de tasación fijados en el artículo 5° del Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

los términos del inciso 3º del artículo 192 en concordancia con el numeral 4º del artículo 195 del CPACA.

Quinto: Condenar en costas a la parte demandada. **Fijar** agencias en derecho por valor de \$ 3.310.000.

Sexto: Ejecutoriada la presente providencia, **liquidar** los gastos ordinarios del proceso, **devolver** los remanentes, si los hubiere, a la parte interesada y **archivar** el expediente, previas las anotaciones en el sistema Justicia Siglo XXI.

Séptimo: Expedir a costa de la parte interesada las copias auténticas que sean solicitadas, con las constancias secretariales requeridas, con observancia de los parámetros legales (Artículo 114 del Código General del Proceso).

Proyecto discutido y aprobado en Sala Especial de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 063 de 2022.

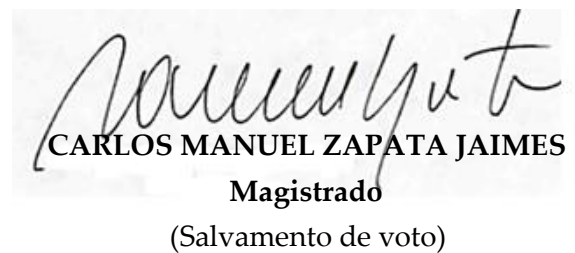
NOTIFÍQUESE



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado
(Salvamento de voto)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 236

Manizales, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso: 17-001-33-33-002-2020-00029-02
Clase: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho
Accionante: Ensueño Linares Moreno
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 demandante contra el fallo que negó las pretensiones.

I. Antecedentes

1. Demanda.

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad de la Resolución 6907-6 del 29 de octubre 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 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 vinculada por primera vez a la docencia oficial, en fecha posterior al 1 de enero de 1981, a partir del 19 de agosto de 2017 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 1 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 1921-6 del 17 de febrero de 2018 expedida por la Secretaría de Educación del ente territorial, 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 año 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 toda vez que, carecen de sustento fáctico y jurídico necesario para que las mismas prosperen, en cuanto a los hechos aceptó como cierto el referente al reconocimiento de la pensión.

Propuso las excepciones de *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO”*: considerando que, la entidad no ha actuado con el fin de atentar en contra los derechos laborales de la demandante, por el contrario, los mismos se encuentran debidamente satisfechos y así como tampoco se han

violado las disposiciones incoadas por la parte actora, no puede alegarse error o inaplicación de la ley, por lo que no resulta viable el reconocimiento y pago de una prima de junio y/o mesada adicional sin el cumplimiento de los requisitos previstos en la ley. “GENÉRICA”.

3. Fallo de primera instancia

El *a quo* declaró probada la excepción denominada “*Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido*”, negó las pretensiones de la parte demandante y condenó en costas después de plantearse como problema jurídico principal, si a la demandante en calidad de docente oficial le asistía el derecho al reconocimiento de la mesada 14 al ser beneficiaria de una pensión de jubilación.

Tras hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional consagrada en la Ley 91 de 1989, Ley 100 de 1993, Ley 218 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005, concluye que, debe verificarse si la parte demandante causó su pensión antes del 31 de julio 2011 y de ser así, determinarse si la prestación es igual o inferior a los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época del reconocimiento.

Concluyó que la actora le fue reconocida su pensión posterior al 31 de julio de 2011, lo que determina que no le asiste derecho a la mesada adicional según lo dispone el párrafo sexto transitorio del artículo 48 de la Constitución Política.

4. Recurso de apelación

La parte accionante solicitó revocar en su totalidad la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones; para ello, después de hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional de mitad de año, señaló que cumple con los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento a la prima de mitad de año, equivalente a una mesada pensional, pues se vinculó al magisterio el 20 de agosto de 1997, por lo tanto cumple con el primer requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y que indica a que tiene derecho a la prima de mitad de año, aquellos docentes que se hayan vinculado a partir del 01 de enero de 1981.

Que la prima de mitad de año, fue prevista por el legislador como un beneficio adicional a la pensión de jubilación, para aquellos docentes que por su fecha de vinculación no tenían derecho a la pensión gracia. De ahí que por el hecho de que se pague en junio y que equivalga a una mesada pensional, no desnaturaliza su calidad de prima de beneficio solo para los docentes que cumplen los requisitos establecidos en el numeral 2, literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y tampoco la convierte en la mesada adicional creada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, pues la naturaleza de ambas es diferente.

En cuanto a la condena en costas señaló que, acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en busca de protección judicial para sus derechos salariales, con la firme convicción de que existe una vulneración de sus garantías constitucionales y legales. Por otro lado, señaló que, si bien es cierto con las reformas introducidas a través de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) como la ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 se adicionó *“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”*.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos.

¿Tiene derecho la demandante a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del tribunal

A la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada o prima adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues, adquirió su estatus pensional con posterioridad al 25 de Julio de 2005, fecha a partir de la cual entró a regir el Acto legislativo 01 de 2005, y con posterioridad al 31 de julio de 2011.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) los hechos acreditados; ii) el régimen aplicable a los docentes; iii) la mesada 14; para descender al análisis del iv) caso concreto.

2.2. Hechos probados

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

➤ Mediante Resolución 1921-6 del 17 de febrero de 2018 expedida por la Secretaría de Educación de Manizales, se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor la accionante, efectiva a partir del 20 de agosto de 2017, por un valor mensual de \$2.305.367¹.

➤ Mediante Resolución 6907-6 del 29 de octubre de 2019 expedida por la Secretaría de Educación de Manizales, se negó solicitud de reconocimiento de la mesada pensional (prima de mitad de año) a la accionante².

¹ Fls. 20-21 exp. digital, archivo “02DemandaAnexos”

² Fls. 18-19 exp. digital, archivo “02DemandaAnexos”

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 vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.
- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en el, 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.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

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

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

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes

aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:[...]

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

2.4. La mesada adicional de medio año o mesada catorce prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

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 2007³, 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 18. 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 de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexequibles 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

³ 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

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:

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

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, aun cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento."

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

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

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 2005, las personas que adquirieran 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.

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 (párrafo transitorio segundo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005). [...] (Negrillas 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 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 la 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.

De acuerdo a lo anterior, es claro concluir que, la mesada catorce consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985 solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes 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 a lo probado en el expediente, mediante Resolución 1921-6 del 17 de febrero de 2018 expedida por la Secretaría de Educación de Manizales, se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor la accionante, efectiva a partir del 20 de agosto de 2017, por un valor mensual de \$2.305.367⁴.

Conforme a lo anterior evidencia la Sala que, la actora adquirió su status pensional con posterioridad al 25 de Julio de 2005, fecha a partir de la cual entró a regir el Acto legislativo 01 de 2005, y con posterioridad al 31 de julio de 2011.

2.6. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados se concluye que, a la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia mediante la cual se niegan las pretensiones del demandante.

3. Segundo Problema Jurídico *¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?*

Tesis del Tribunal: Fue adecuada la imposición de condena en primera instancia a cargo de la parte demandante por cuanto 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 acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en busca de protección judicial para sus derechos salariales, con la firme convicción de que existe una vulneración de sus garantías constitucionales y legales; que si bien es cierto con las reformas introducidas a través de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) como la ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 se adicionó

⁴ Fls. 20-21 exp. digital, archivo "02DemandaAnexos"

“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”, por lo que considera que la demanda cuenta con todo el fundamento legal y jurídico.

Al respecto, en la sentencia apelada se indicó que, con fundamento en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se condena en costas a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General de Proceso, por cuanto se evidenció la actividad del abogado de la parte accionada realizada dentro del proceso, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General 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 \$195.024.

Así las cosas, la Corte Constitucional⁵ ha explicado que las costas, esto es, *“aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial”*, están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados, así, de conformidad con el Capítulo II del Título I -Costas- del CGP, las expensas están conformadas por aranceles judiciales, honorarios de auxiliares de la justicia, entre otros, es decir, en términos generales a todos los gastos surgidos para dar el curso procesal ordinario requerido por el proceso judicial.

Por su parte, prosigue el citado pronunciamiento jurisprudencial constitucional advirtiéndole que *“las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho”*.

El artículo 188 del CPACA dispone que: *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

En atención a la remisión expresa del artículo referido, se tiene entonces que el Código General del Proceso en su artículo 365 establece:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

⁵ C-539 de 1999. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º, numeral 198 (parcial) del Decreto 2282 de 1989, "Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil" Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz Expediente D-2313

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción."

En este punto se considera necesario destacar que, el H. Consejo de Estado mediante providencia de 7 de abril de 2016, 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 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 H. 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 comprueba para su imposición que *“en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*. En efecto, la aludida corporación⁶ 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).

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.

⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia 12 de abril de 2018. C. P. William Hernández Gómez Radicado: 05001233300020120043902 (01782017).

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."

Cabe resaltar además que, la reforma introducida por la Ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 adicionó una regla o criterio para la imposición de condena en costas, consistente en que, en aquellos casos en que se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas; sin que se pueda afirmar que hace inaplicable las demás reglas señaladas en Ley 1437 de 2011 y el 365 del CGP (Código General del Proceso).

Por lo tanto, en el presente asunto, si bien no puede afirmarse que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, era procedente el análisis de las demás reglas de imposición de condena en costas.

Así, 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 tuvo en cuenta que, la parte demandada actuó a través de apoderado judicial.

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 impuestas a la parte demandante 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.

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,

FALLA

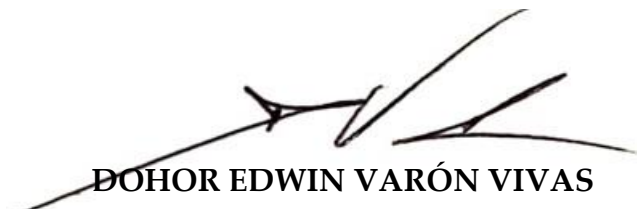
PRIMERO: Confirmar la sentencia del 23 de mayo de 2022 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Ensueño Linares Moreno contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales 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 Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 064 de 2022.

NOTIFÍQUESE



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 DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 234

Manizales, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso: 17-001-33-33-002-2020-00270-02
Clase: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho
Accionante: Sócrates Correa Medellín
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 demandante contra el fallo que negó las pretensiones.

I. Antecedentes

1. Demanda.

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto surgido con ocasión a la petición presentada el 02 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 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 vinculada por primera vez a la docencia oficial, en fecha posterior al 1 de enero de 1981, a partir del 14 de octubre de 2017 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, el accionante fue vinculado por primera vez como docente oficial en fecha posterior al 1 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 10141-6 del 21 de diciembre de 2017 expedida por la Secretaría de Educación del ente territorial, 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 año 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 toda vez que, el acto administrativo demandado se ajusta totalmente a derecho y por tanto se presume su legalidad, en cuanto a los hechos aceptó como parcialmente cierto el referente al reconocimiento de la pensión.

Propuso las excepciones de *“PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD”* expresando que, el acto administrativos demandado, se profirió en estricto cumplimiento de las normas legales vigentes y aplicables al caso de la demanda, sin que se encuentren viciados de nulidad alguna; *“COBRO DE LO NO DEBIDO”* basada en que, el reconocimiento de la mesada 14 que alega el actor, carece de fundamento toda vez que bajo el análisis de las normas aplicables, no se encuentra configurado el derecho en los términos que señala, razón por la cual no le asiste el derecho invocado y la entidad no ostenta la

obligación de pagar las pretensiones de la demanda; “*PRESCRIPCIÓN*” señala que, la misma consiste en la formalización de una situación de hecho por el paso del tiempo, lo que produce la adquisición o la extinción de una obligación; “*GENÉRICA*”.

3. Fallo de primera instancia

El *a quo* declaró probada las excepciones denominadas “*Presunción de legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad*” y “*Cobro de lo no debido*”, negó las pretensiones de la parte demandante y condenó en costas después de plantearse como problema jurídico principal, si al demandante en calidad de docente oficial le asistía el derecho al reconocimiento de la mesada 14 al ser beneficiario de una pensión de jubilación.

Tras hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional consagrada en la Ley 91 de 1989, la Ley 100 de 1993, la Ley 218 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005, concluye que, debe verificarse si la parte demandante causó su pensión antes del 31 de julio 2011 y de ser así, determinarse si la prestación es igual o inferior a los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época del reconocimiento.

Concluyó que al actor le fue reconocida su pensión posterior al 31 de julio de 2011, lo que determina que no le asiste derecho a la mesada adicional según lo dispone el parágrafo sexto transitorio del artículo 48 de la Constitución Política.

4. Recurso de apelación

La parte accionante solicitó revocar integralmente la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones; para ello, después de hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional de mitad de año, señaló que cumple con los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento a la prima de mitad de año, equivalente a una mesada pensional, pues se vinculó al magisterio el 11 de septiembre de 1989, por lo tanto cumple con el primer requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y que indica a que tiene derecho a la prima de mitad de año, aquellos docentes que se hayan vinculado a partir del 01 de enero de 1981.

Que la prima de mitad de año, fue prevista por el legislador como un beneficio adicional a la pensión de jubilación, para aquellos docentes que por su fecha de vinculación no tenían derecho a la pensión gracia. De ahí que por el hecho de que se pague en junio y que equivalga a una mesada pensional, no desnaturaliza su calidad de prima de beneficio solo para los docentes que cumplen los requisitos establecidos en el numeral 2, literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y tampoco la convierte en la mesada adicional creada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, pues la naturaleza de ambas es diferente.

En cuanto a la condena en costas señaló que, acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en busca de protección judicial para sus derechos salariales, con la firme convicción de que existe una vulneración de sus garantías constitucionales y legales. Por otro lado, señaló que, si bien es cierto con las reformas introducidas a

través de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) como la ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 se adicionó “*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*”.

5. Concepto del Ministerio Público

Consideró que, el acto administrativo acusado no contraviene el ordenamiento jurídico, por cuanto esa decisión administrativa se sujetó a la normatividad en la que debía fundarse y, por lo tanto, es ajustada a derecho la decisión del Juzgado de desestimar los cargos de nulidad sustancial formulados en la demanda y negar las pretensiones.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos.

¿Tiene derecho el demandante a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del tribunal

A la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada o prima adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues, adquirió su estatus pensional con posterioridad al 25 de Julio de 2005, fecha a partir de la cual entró a regir el Acto legislativo 01 de 2005, y con posterioridad al 31 de julio de 2011.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) los hechos acreditados; ii) el régimen aplicable a los docentes; iii) la mesada 14; para descender al análisis del iv) caso concreto.

2.2. Hechos probados

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

➤ Mediante Resolución 10141-6 del 21 de diciembre de 2017 expedida por la Secretaría de Educación de Manizales, se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor del accionante, efectiva a partir del 15 de octubre de 2017, por un valor mensual de \$3.881.013¹.

¹ Fls. 22-23 exp. digital, archivo “02PoderDemandayAnexos”

➤ A través de petición radicada el 20 de junio de 2019 el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985².

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 vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.
- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en el, 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 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.*

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.*

² Fls. 18-19 exp. digital, archivo “02PoderDemandayAnexos”

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

2. Pensiones:[...]

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

2.4. La mesada adicional de medio año o mesada catorce prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

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 2007³, 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 18. 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 de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexequibles 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

³ 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

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:

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

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, aun cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento."

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

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

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 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.

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 parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

"2. De acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 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). [...] (Negrillas 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 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 la 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.

De acuerdo a lo anterior, es claro concluir que, la mesada catorce consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985 solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes 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 a lo probado en el expediente, mediante Resolución 10141-6 del 21 de diciembre de 2017 expedida por la Secretaría de Educación de Manizales, se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor del accionante, efectiva a partir del 15 de octubre de 2017, por un valor mensual de \$3.881.013⁴.

Conforme a lo anterior evidencia la Sala que, el actor adquirió su estatus pensional con posterioridad al 25 de Julio de 2005, fecha a partir de la cual entró a regir el Acto legislativo 01 de 2005, y con posterioridad al 31 de julio de 2011.

⁴ Fls. 22-23 exp. digital, archivo “02PoderDemandayAnexos”

2.6. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados se concluye que, a la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia mediante la cual se niegan las pretensiones del demandante.

3. Segundo Problema Jurídico *¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?*

3.1 Tesis del Tribunal

No fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia, toda vez que el *a quo* no atendió y acogió el criterio objetivo valorativo que impone al operador judicial el deber de precisar los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas.

3.2 Costas en primera instancia

La Corte Constitucional⁵ ha explicado que las costas, esto es, *"aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial"*, están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados, así, de conformidad con el Capítulo II del Título I -Costas- del CGP, las expensas están conformadas por aranceles judiciales, honorarios de auxiliares de la justicia, entre otros, es decir, en términos generales a todos los gastos surgidos para dar el curso procesal ordinario requerido por el proceso judicial.

Por su parte, prosigue el citado pronunciamiento jurisprudencial constitucional advirtiéndole que *"las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho"*.

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

En atención a la remisión expresa del artículo referido, se tiene entonces que el Código General del Proceso en su artículo 365 establece:

⁵ C-539 de 1999. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º, numeral 198 (parcial) del Decreto 2282 de 1989, "Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil" Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz Expediente D-2313

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”

En este punto se considera necesario destacar que, el H. Consejo de Estado mediante providencia de 7 de abril de 2016, 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 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 H. 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 comprueba para su imposición que *“en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*. En efecto, la aludida corporación⁶ 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).

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.

⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia 12 de abril de 2018. C. P. William Hernández Gómez Radicado: 05001233300020120043902 (01782017).

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.”

Cabe resaltar además que, 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.

Por lo tanto, la imposición de la condena en costas tiene lugar en contra de la parte vencida en juicio mientras se compruebe su causación en el expediente, por lo que en consideración de esta Colegiatura la condena en costas impuesta por el Juez de primera instancia no resulta ajustada a derecho, pues el funcionario judicial se limitó a señalar la imposición de dicha carga, sin efectuar ningún tipo de apreciación acerca de la efectiva causación de los gastos procesales o las agencias en derecho.

En tal sentido, para esta instancia no puede ser de recibo la imposición de una condena en costas en forma casi que automática sin que se determine las razones de esta.

Corolario, se revocará el ordinal tercero⁷ de la sentencia apelada.

4. 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 (CGP) y en aplicación del criterio objetivo valorativo previamente analizado, no se impondrá condena en costas en esta instancia al haberse revocado la sentencia analizada solo en forma parcial.

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: REVOCAR el ordinal tercero de la sentencia proferida el 08 de abril de 2022 por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, en tanto impuso condena en costas., En su lugar, No imponer condena en costas en primera instancia.

PRIMERO: CONFIRMAR en lo demás de la sentencia proferida el 08 de abril de 2022 por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **Sócrates Correa Medellín**

⁷ Cuyo contenido señaló:

“CONDÉNASE EN COSTAS a la parte demandante, de conformidad con lo sostenido en la parte motiva de esta providencia”

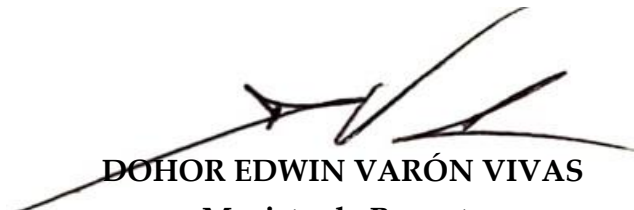
contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

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 Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 064 de 2022.

NOTIFÍQUESE



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 DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 235

Manizales, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso: 17-001-33-33-002-2020-00271-02
Clase: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho
Accionante: Flor Marina Ramírez Duque
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 demandante contra el fallo que negó las pretensiones.

I. Antecedentes

1. Demanda.

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto surgido con ocasión a la petición presentada el 28 de junio 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 vinculada por primera vez a la docencia oficial, en fecha posterior al 1 de enero de 1981, a partir del 19 de noviembre de 2016 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 1 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 la Resolución 0286 del 17 de abril de 2017 expedida por la Secretaría de Educación del ente territorial, 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 año 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 toda vez que, carecen de sustento fáctico y jurídico necesario para que las mismas prosperen, en cuanto a los hechos aceptó como cierto el primero y el segundo, referente a la vinculación de la docente por primera vez con fecha posterior al 1 de enero de 1981 y al reconocimiento de la pensión.

Propuso las excepciones de *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO"*: considerando que, la entidad no ha actuado con el fin de

atentar en contra los derechos laborales de la demandante, por el contrario, los mismos se encuentran debidamente satisfechos y así como tampoco se han violado las disposiciones incoadas por la parte actora, no puede alegarse error o inaplicación de la ley, por lo que no resulta viable el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación sin haber cumplido el lleno de los requisitos. “GENÉRICA”.

4. Fallo de primera instancia

El *a quo* declaró probada la excepción denominada “*Inexistencia de la obligación o Cobro de lo no debido*”, negó las pretensiones de la parte demandante y condenó en costas después de plantearse como problema jurídico principal, si a la demandante en calidad de docente oficial le asistía el derecho al reconocimiento de la mesada 14 al ser beneficiaria de una pensión de jubilación.

Tras hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional consagrada en la Ley 91 de 1989, Ley 100 de 1993, Ley 218 de 2003 y el Acto Legislativo 01 de 2005, concluye que, debe verificarse si la parte demandante causó su pensión antes del 31 de julio 2011 y de ser así, determinarse si la prestación es igual o inferior a los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época del reconocimiento.

Concluyó que a la demandante le fue reconocida su pensión posterior al 31 de julio de 2011, lo que determina que no le asiste derecho a la mesada adicional según lo dispone el parágrafo sexto transitorio del artículo 48 de la Constitución Política.

5. Recurso de apelación

La parte accionante solicitó revocar en su totalidad la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones; para ello, después de hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional de mitad de año, señaló que cumple con los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento a la prima de mitad de año, equivalente a una mesada pensional, pues se vinculó al magisterio el 08 de febrero de 1982, por lo tanto cumple con el primer requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y que indica a que tiene derecho a la prima de mitad de año, aquellos docentes que se hayan vinculado a partir del 01 de enero de 1981.

Que la prima de mitad de año, fue prevista por el legislador como un beneficio adicional a la pensión de jubilación, para aquellos docentes que por su fecha de vinculación no tenían derecho a la pensión gracia. De ahí que por el hecho de que se pague en junio y que equivalga a una mesada pensional, no desnaturaliza su calidad de prima de beneficio solo para los docentes que cumplen los requisitos establecidos en el numeral 2, literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y

tampoco la convierte en la mesada adicional creada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, pues la naturaleza de ambas es diferente.

En cuanto a la condena en costas señaló que, acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en busca de protección judicial para sus derechos salariales, con la firme convicción de que existe una vulneración de sus garantías constitucionales y legales. Por otro lado, señaló que, si bien es cierto con las reformas introducidas a través de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) como la ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 se adicionó *“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”*.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos.

¿Tiene derecho la demandante a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del tribunal

A la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada o prima adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues, adquirió su estatus pensional con posterioridad al 25 de Julio de 2005, fecha a partir de la cual entró a regir el Acto legislativo 01 de 2005, y con posterioridad al 31 de julio de 2011.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) los hechos acreditados; ii) el régimen aplicable a los docentes; iii) la mesada 14; para descender al análisis del iv) caso concreto.

2.2. Hechos probados

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

➤ Mediante Resolución 0286 del 17 de abril de 2017 expedida por la Secretaría de Educación de Manizales, se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor la accionante, efectiva a partir del 20 de noviembre de 2016, por un valor mensual de \$2.415.287¹.

¹ Fls. 24-25 exp. digital, archivo “02PoderDemandayAnexos”

➤ A través de petición radicada el 28 de junio 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 1985².

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 vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.
- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en el, 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 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.*

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:*

² Fls. 20-21 exp. digital, archivo “02PoderDemandayAnexos”

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

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

2. Pensiones:[...]

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

2.4. La mesada adicional de medio año o mesada catorce prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

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 2007³, 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 18. 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 de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexequibles 19, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:

³ 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

"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 199320, 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:

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

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, aun cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento."

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

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

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 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.

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 parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

"2. De acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 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). [...] (Negrillas 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 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 la 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.

De acuerdo a lo anterior, es claro concluir que, la mesada catorce consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985 solo puede ser reconocida a aquellos docentes nacionales o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes 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 a lo probado en el expediente, mediante Resolución 0286 del 17 de abril de 2017 expedida por la Secretaría de Educación de Manizales, se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor la accionante, efectiva a partir del 20 de noviembre de 2016, por un valor mensual de \$2.415.287⁴.

Conforme a lo anterior evidencia la Sala que, la actora adquirió su status pensional con posterioridad al 25 de Julio de 2005, fecha a partir de la cual entró a regir el Acto legislativo 01 de 2005, y con posterioridad al 31 de julio de 2011.

2.6. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados se concluye que, a la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia mediante la cual se niegan las pretensiones del demandante.

3. Segundo Problema Jurídico *¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?*

3.1 Tesis del Tribunal

No fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia, toda vez que el *a quo* no atendió y acogió el criterio objetivo valorativo que impone al operador judicial el deber de precisar los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas.

⁴ Fls. 24-25 exp. digital, archivo "02PoderDemandayAnexos"

3.2 Costas en primera instancia

La Corte Constitucional⁵ ha explicado que las costas, esto es, *"aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial"*, están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados, así, de conformidad con el Capítulo II del Título I -Costas- del CGP, las expensas están conformadas por aranceles judiciales, honorarios de auxiliares de la justicia, entre otros, es decir, en términos generales a todos los gastos surgidos para dar el curso procesal ordinario requerido por el proceso judicial.

Por su parte, prosigue el citado pronunciamiento jurisprudencial constitucional advirtiéndole que *"las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho"*.

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

En atención a la remisión expresa del artículo referido, se tiene entonces que el Código General del Proceso en su artículo 365 establece:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

⁵ C-539 de 1999. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º, numeral 198 (parcial) del Decreto 2282 de 1989, "Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil" Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz Expediente D-2313

3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*
4. *Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*
5. *En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*
6. *Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*
7. *Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*
8. *Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*
9. *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”*

En este punto se considera necesario destacar que, el H. Consejo de Estado mediante providencia de 7 de abril de 2016, 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 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 H. 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 comprueba para su imposición que “*en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*”. En efecto, la aludida corporación⁶ ha señalado:

⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia 12 de abril de 2018. C. P. William Hernández Gómez Radicado: 05001233300020120043902 (01782017).

“[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).

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.”

Cabe resaltar además que, 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.

Por lo tanto, la imposición de la condena en costas tiene lugar en contra de la parte vencida en juicio mientras se compruebe su causación en el expediente, por lo que en consideración de esta Colegiatura la condena en costas impuesta por el Juez de primera instancia no resulta ajustada a derecho, pues el funcionario judicial se limitó a señalar la imposición de dicha carga, sin efectuar ningún tipo de apreciación acerca de la efectiva causación de los gastos procesales o las agencias en derecho.

En tal sentido, para esta instancia no puede ser de recibo la imposición de una condena en costas en forma casi que automática sin que se determine las razones de esta.

Corolario, se revocará el ordinal tercero⁷ de la sentencia apelada.

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.

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: REVOCAR el ordinal tercero de la sentencia proferida el 25 de abril de 2022 por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, en tanto impuso condena en costas. **En su lugar:** No imponer condena encostas en primera instancia.

PRIMERO: CONFIRMAR en lo demás de la sentencia proferida el 25 de abril de 2022 por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **Flor Marina Ramírez Duque** contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

SEGUNDO: SIN CONDENA EN COSTAS en esta instancia.

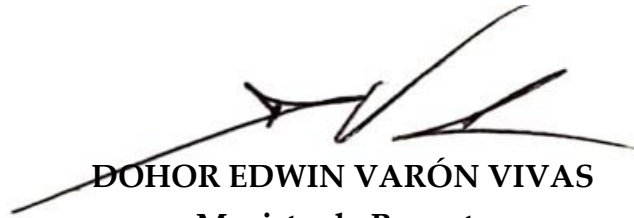
⁷ Cuyo contenido señaló:

“CONDÉNASE EN COSTAS a la parte demandante, de conformidad con lo sostenido en la parte motiva de esta providencia”

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 Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 064 de 2022.

NOTIFÍQUESE



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 238

Manizales, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-33-39-008-2017-00206-02
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: Jhon Edison Patiño Zuluaga y Otros
Demandados: Nación - Rama Judicial
Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional
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 Edison Patiño Zuluaga -en adelante JEPZ- y a su núcleo familiar¹, a raíz de la privación injusta de la libertad que aquel soportó entre el 28 de abril de 2015 y el 7 de septiembre de 2015. Que por lo anterior, se ordene a las demandadas pagar las indemnizaciones pertinentes con el fin de resarcir los perjuicios morales² y materiales en la modalidad de lucro cesante³.

1.2. Hechos

Se indica en síntesis que, el 12 de enero de 2015, la señora Yeni Fernanda Quintero y otras personas, fueron asaltados por siete individuos, quienes los despojaron de sus pertenencias en el sector del “*Morro Sancancio*” de la ciudad de Manizales, por lo cual dicha víctima se dirigió al C.A.I. del Barrio Palermo, donde le indicaron que se debía acercar al C.A.I. del barrio Fátima ya que allí contaban con información que le permitiría realizar la

¹ Cesar Julio Patiño Hoyos (padre), María Deneires Zuluaga Quintero (madre), Kely Juliana Patiño Zuluaga (hermana), Daniela Patiño Zuluaga (hermana), Antonio María Zuluaga (abuelo), Antonio José Zuluaga Quintero (tío), María Islena Zuluaga Quintero (tía), Ituriel Zuluaga Quintero (tía), Mariem del Socorro Zuluaga Quintero (tía), María Odilia Zuluaga Quintero (tía), José Nodier Zuluaga Quintero (tío), Blanca Libia Zuluaga de Gallego (tía), Manuel Antonio Patiño Hoyos (tío), Jorge Patiño Hoyos (tío), Edier Alberto Patiño Galvis (tío), Orlando Patiño Hoyos (tío).

² Tasados en 50 smlmv para el afectado directo y sus padres, en 25 smlmv frente a sus hermanos y abuelo, y en 17,5 smlmv respecto de sus tíos.

³ Estimados en \$ 5.200.000.

identificación de las personas que hurtaron sus pertenencias, sitio donde finalmente agentes de la Policía Nacional le suministraron una serie de nombres de sujetos identificados en el libro de población y que habían protagonizado altercados recientes, entre ellos el nombre del aquí demandante: JEPZ.

Que posteriormente y tras un reconocimiento fotográfico efectuado por la víctima, la Fiscalía 12 Local delegada ante los Juzgados Penales Municipales de Manizales, solicitó la orden de captura en contra de JEPZ por el delito de Hurto Calificado y Agravado, la cual fue emitida el 22 de abril de 2015 y ejecutada el 28 de abril siguiente.

Así, el 29 de abril del mismo año, el Juzgado Octavo Penal Municipal con Función de Control de Garantías, legalizó la captura y avaló la formulación de imputación de cargos, imponiendo medida de aseguramiento en centro carcelario, contra el señor JEPZ.

El 2 de septiembre de 2015 la Fiscalía Doce Local realizó solicitud de preclusión ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento, con base en un segundo reconocimiento fotográfico llevado a cabo por la denunciante, en el cual informó no reconocer al señor JEPZ como presunto responsable de los hechos ocurridos.

El 07 de septiembre de 2015 el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías accedió a la solicitud de preclusión solicitada y en consecuencia revocó la medida de detención preventiva en establecimiento carcelario en contra del señor JEPZ. Finalmente, el 30 de marzo de 2016 se emitió decisión absolutoria dentro de la causa penal, atendiendo a la imposibilidad del ente acusador para identificar al autor de la conducta investigada.

2. Contestación de la demanda

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

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

- *Cumplimiento de un deber legal*, señala que la Judicatura tenía el deber legal de imponer la medida de aseguramiento deprecada por el ente acusatorio, ello ante el cumplimiento de los requisitos legales para la imposición de la medida, aunado a que el juez de control de garantías no puede en su actividad de injerencia razonable, buscar justificación al sindicado, actividad de elucubración o mayor desgaste probatorio pues este recae sobre el juez de conocimiento.

- *Falta de configuración de los elementos que estructuran responsabilidad extracontractual del estado*, al señalar que la privación de la libertad soportada por el aquí demandante 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.

- *Falta de legitimación en la causa por pasiva*, toda vez que fue la Fiscalía General de la Nación la que en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 250 de la CP, solicitó la captura del demandante y aportó los elementos que llevaron al Juez de Control de Garantías al convencimiento de su participación en el punible.

- *Existencia de una excepción frente a la responsabilidad objetiva del estado en cabeza de la Nación – Rama Judicial*, pues no solo la detención era una carga que el demandante se encontraba en el deber jurídico de soportar por lo considerado en precedencia, sino que además la falencia en el despliegue probatorio y acusación por parte del ente investigador exonera de responsabilidad a la Nación - Rama Judicial, de conformidad con lo señalado en la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado (agosto 10 de 2015).

- *Hecho de un tercero*, basada en la denuncia interpuesta por la víctima del delito investigado, quien expresamente en la etapa inicial de la investigación advirtió haber reconocido al aquí demandante como coautor del hurto a ella perpetrado.

2.2. Fiscalía General de la Nación.

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante, para lo cual afirmó que, su actuación se adelantó de conformidad con la Constitución, la Ley y las normas procedimentales, 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:

- *Falta de legitimación en la causa por pasiva* aduciendo que, de conformidad con lo previsto en el actual sistema penal acusatorio, Ley 906 del 2004, la Fiscalía es quien asume el papel acusador frente a conductas punibles, más no es quien determina las medidas restrictivas de la libertad de los imputados, siendo el Juez quien determine la legalidad de dichas medidas.

- *Inexistencia de nexos causal*, no se configura la causalidad entre la actuación de la Fiscalía General de la Nación y el presunto e improbadamente daño aducido por la parte actora, reiterando que las funciones de la entidad no incluyen la competencia para imponer o no la medida de aseguramiento.

2.3. Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

Se resistió a las pretensiones formuladas al advertir que, la Policía Nacional no desarrolla ningún tipo de funciones jurisdiccional, pues su único rol en los hechos que dan base a la presente actuación, fue su labor de poner a disposición de las autoridades judiciales al señor JEPZ -en cumplimiento de la orden de captura emitida para tal fin-, procedimiento de captura dentro del cual se cumplieron los postulados que la Constitución y la Ley ordenan.

Formuló la excepción que denominó: *“Culpa exclusiva y determinante de la víctima”* aduciendo que, se tiene noticia de que la diligencia de reconocimiento en fila de personas, donde la víctima Jenny Fernanda Quintero Gutiérrez se negó a reconocer a sus victimarios,

contó con un contexto oculto, como es el hecho de que la familia del aquí demandante hizo presencia en la casa de habitación de aquella para solicitarle que no fueran a perjudicar a -JEPZ-, lo que generó zozobra en la joven y temor en los demás familiares quienes prefirieron dejar impune la conducta desplegada por los victimarios.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probadas las excepciones de “*Inexistencia de nexo causal*”, “*Cumplimiento de un deber legal*”, “*Falta de configuración de los elementos que estructuran responsabilidad extracontractual del estado*”, propuestas por las entidades demandadas, **denegando las pretensiones** de la parte actora.

Para dar base a la decisión, realizó un análisis fáctico y jurisprudencial del caso, para luego afirmar que, la investigación penal adelantada en contra de -JEPZ- tuvo fundamento en la denuncia interpuesta por la señora Jenny Fernanda Quintero quien expresamente manifestó reconocer al aquí demandante como uno de los asaltantes, según álbum fotográfico; víctima que en declaración surtida en el presente asunto relató que con posterioridad a la captura del señor -JEPZ- se presentaron los familiares de aquel a su vivienda hecho ante el cual señala que se sintió asustada al igual que todos sus familiares.

De otro lado, advirtió que no se probó la falla en el servicio, pues las entidades demandadas cumplieron con los requisitos que para el efecto les exigía el Código de Procedimiento Penal al momento de ordenar la medida de aseguramiento y que además, tampoco se evidenció un ejercicio arbitrario del poder por parte de las entidades demandadas que permitieran inferir una actuación irregular dentro de la investigación realizada.

Por lo anterior concluyó que, ante la ausencia de una falla en el servicio no era dable acceder a las pretensiones de la parte demandante.

4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones; para ello formulo tres cargos, así:

- **Cargo Primero** – La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado en forma categórica que el análisis de la existencia de una falla del servicio debe ser un análisis inicial, pero no único, es decir que, al no hallarse los elementos de este título jurídico de imputación, debe procederse a renglón siguiente a analizar la posible existencia de otros títulos como el daño especial, análisis que fue completamente omitido por el *a quo*.

- **Cargo Segundo** – Con base en el cargo anterior, advierte que sí existe responsabilidad de las entidades accionadas a partir del título jurídico de imputación de daño especial, pues las pruebas que fueron soporte y sustento de la detención, fueron erróneas y no se obró con la diligencia debida ante las pruebas recaudadas, sin que se valorara adecuadamente el material probatorio sometiendo a los accionantes a una situación que los perjudicó irremediablemente, ya que siempre el Señor -JEPZ- y su familia cargarán con el lastre de haber sido sometidos a un proceso penal y a la privación injusta de la libertad en un

establecimiento penitenciario.

Destaca que, el principal elemento de prueba utilizado por las autoridades para dar sustento a su investigación no fue otra que una declaración de una “fuente humana” que dio razón del señor JEPZ como uno de los autores de este tipo de hurtos en la zona del “Morro Sancancio” fuente humana anónima que nunca fue identificada, siendo esta prueba de referencia anónima un tipo de prueba que ha sido vedada por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Igualmente advierte que, no existió ningún tipo de conducta desplegada por el señor JEPZ que le obligara a soportar la investigación penal, pues la propia víctima en sus declaraciones advirtió que en el reconocimiento fotográfico inicial ella nunca identificó al aquí demandante, destacando que incluso a las dos únicas personas que si fueron reconocidas a través de fotografías nunca las vio en las actuaciones penales.

5. Pronunciamiento no recurrentes

La Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial solicitó confirmar la sentencia, para lo cual, reitero los argumentos expuestos en la contestación a la demanda y refirió que, atendiendo a la forma en la que se desarrollaron los hechos, al informe de policía, y a las evidencias probatorias que tenían las entidades demandadas para adoptar las decisiones de imputación y medida de aseguramiento, no hay lugar a declarar su responsabilidad pues, se surtieron las etapas necesarias que permitieron demostrar la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, lo que en ninguna manera, implica que la medida fue desproporcionada, y más cuando la misma está relacionada con un hurto y donde la Policía actuó en debida forma.

III. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación propuestos por la parte demandante, 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 JEPZ 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, ello por cuanto: el daño consistente en la afectación al derecho a la libertad personal del señor JEPZ y el adelantamiento de un proceso penal en su contra, no es antijurídico, pues emergieron 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/o proporcionada, por cuanto: i) al momento de la captura e imposición de la medida de aseguramiento existían elementos materiales probatorios que permitían inferir razonablemente que el señor JEPZ podía ser coautor del delito de “*Hurto Calificado y Agravado*”; además que se señaló como necesaria teniendo en cuenta el peligro para la sociedad; ii) se acreditó la existencia del delito investigado y iii) si bien se dictó sentencia absolutoria, ello se dio debido a que las víctimas se retractaron sobre la identificación del señor JEPZ como coautor del delito.

Para fundamentar lo anterior, a continuación se hará mención a: i) los elementos de la responsabilidad; 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 conjetura⁴.

2.2.2. Antijuridicidad e imputación

Establecida la existencia del daño es necesario verificar si este tiene el carácter de antijurídico, esto es, aquél que la víctima no está en el deber jurídico de soportar, pues no existe causa que justifique la producción del mismo, 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 1996⁵, 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

⁴ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 29 de febrero de 2012; Exp. 21536.

⁵ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

‘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 Estado⁶, en concordancia con la sentencia SU-072 de 2018⁷, 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 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

⁶ 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)

⁷ Corte Constitucional, sentencia SU 072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

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, e igualmente si el término de duración de la medida

de restricción fue excesivo, así como si la medida era necesaria, razonable y proporcional⁸, de donde, si la detención se realizó de conformidad con el ordenamiento jurídico, se entenderá que el daño carece de antijuridicidad y por lo tanto quien lo sufrió no tendrá derecho a que se le indemnicen los perjuicios por su padecimiento⁹. Así, cuando el operador jurídico o el ente acusador levanta la medida restrictiva de la libertad que pesaba sobre una persona, independientemente de la causa de dicha decisión, debe realizarse el análisis pertinente bajo la óptica del artículo 90 Superior, con el fin de identificar la antijuridicidad del daño que se discute.

En el anterior sentido, el primer examen debe hacerse sobre la medida de aseguramiento misma, pues su apego a la normatividad implica la juridicidad de la afectación, que tiene un efecto definitorio de la solución jurídica que se otorgue a la demanda en la medida en que en el régimen colombiano de responsabilidad del Estado, este responde únicamente por los daños antijurídicos que cause en desarrollo del principio *alterum non laedere*, pero no de aquellos que hallan amparo en el ordenamiento. Deberá establecerse si el detenido causalmente contribuyó y determinó con su actuar doloso o gravemente culposo 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.

Al respecto, el Consejo de Estado¹⁰ en sentencia del 19 de febrero de 2021, precisó:

*De manera que, si se limita la libertad de un ciudadano en cumplimiento de una orden de captura debidamente dispuesta o dentro de los eventos de la flagrancia y en acatamiento de los términos legales previstos para tal fin, **la detención emerge 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.*

Por tanto, y a pesar de la existencia de un daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico y, en consecuencia, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo¹¹.

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

⁸ *Ibidem*.

⁹ Sobre el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, la sentencia C-037 de 1996, indica: “Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6º, 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.”

¹⁰ 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)

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera. sentencia del 24 de mayo de 2017, expediente 41.533,

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.

Sobre el daño especial, el Consejo de Estado¹² en sentencia del 22 de noviembre de 2021 precisó que, este ocurre:

*“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 arrojio.***

***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**¹³.*

2.3. Lo probado en el proceso.

- La señora Yeni Fernanda Quintero, presentó denuncia el 12 de enero de 2015, en la que expuso que, ella y otros 5 familiares cercanos fueron víctimas de un hurto ocurrido en dicha data a las 02:30 p.m., en el sector conocido como el Morro de Sancancio de la ciudad de Manizales. En la denuncia se relata que el hurto fue cometido por siete sujetos del sexo masculino, armados con cuchillos y machetes y que vestían prendas negras, igualmente se da cuenta de los elementos hurtados¹⁴.

- En diligencia de reconocimiento fotográfico con acompañamiento del Ministerio Público, realizada el 16 de febrero siguiente, las víctimas Yeni Fernanda Quintero Gutiérrez, Luz Eneidy Gutiérrez Correa, José Efraín Ramírez Ruiz, manifestaron expresamente **reconocer** al señor JEPZ como uno de los partícipes del hurto que sufrieron el 12 de enero de 2022¹⁵.

- La Fiscalía 12 Local de Manizales inició los trámites correspondientes a la solicitud de orden captura ante los Juzgados de control de garantías de Manizales, emitiéndose orden

¹² 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)

¹³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-072 de 2018. FJ. 105 a 107 y 120 a 127.

¹⁴ Expediente digital, archivo “04AnexosDemanda” fls. 50 y s.s.

¹⁵ Expediente digital, archivo “04AnexosDemanda” fls. 58-59.

de captura el 22 de abril de 2015 la cual fue ejecutada el 28 de abril siguiente¹⁶.

- El 29 de abril de 2015, se llevó a cabo ante el Juzgado Octavo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Manizales la audiencia de legalización de captura, formulación de imputación por el delito de “*Hurto Calificado y Agravado*” e imposición de medida de aseguramiento en contra del señor JEPZ y otros¹⁷.

- El 2 de septiembre de 2015 la Fiscalía Doce Local solicitó la preclusión de la investigación ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento, con base en que, el segundo reconocimiento en fila de personas llevado a cabo por la denunciante, el 27 de agosto anterior, manifestó no reconocer al señor JEPZ¹⁸.

- El 7 de septiembre de 2015 el Juzgado Segundo Penal Municipal de Manizales dispuso la libertad del señor JEPZ, en razón de la solicitud de preclusión formulada por el ente acusador¹⁹.

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; 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 JEPZ, entre el 28 de abril de 2015 y el 7 de septiembre de 2015 en virtud de la captura y la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta. 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 JEPZ, carecía de validez dado que, las pruebas aportadas al proceso no permitían inferir razonablemente la autoría o participación del aquí demandante 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 imponga el deber de soportar la privación de la libertad a la cual fue sometido.

Al respecto, como se refirió en el acápite anterior, la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado²⁰, en concordancia con la sentencia SU-072 de 2018²¹ de la Corte Constitucional, 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

¹⁶ Expediente digital, archivo “04AnexosDemanda” fl. 48.

¹⁷ Expediente digital, archivo “04AnexosDemanda” fls. 69-70.

¹⁸ Expediente digital, archivo “04AnexosDemanda” fl. 79 y s.s.

¹⁹ Expediente digital, archivo “04AnexosDemanda” fls. 89-91.

²⁰ 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)

²¹ Corte Constitucional, sentencia SU 072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

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 906 de 2004²², 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, para establecer si la privación de la libertad fue *apropiada, razonable y/o proporcionada*, a continuación, se analizará el marco normativo y aplicación en el caso concreto de: i) la captura y ii) la imposición de medidas de aseguramiento y iii) la duración de la privación de la libertad.

2.4.2.1. Sobre la captura: 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 297 de la Ley 906 de 2004 señaló que, *“Para la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivos razonablemente fundados, de acuerdo con el artículo 221, para inferir que aquel contra quien se pide librarla es autor o partícipe del delito que se investiga, según petición hecha por el respectivo fiscal”*. En su parágrafo precisó que, salvo los casos de captura en flagrancia, o de la captura excepcional dispuesta por la Fiscalía General de la Nación, con arreglo a lo establecido en este código, *“el indiciado, imputado o acusado no podrá ser privado de su libertad ni restringido en ella, sin previa orden emanada del juez de control de garantías”*.

En el caso concreto se tiene que, el 12 de enero de 2015 se formuló denuncia señalado que, en dicha fecha se registró un hurto en sector del *“Morro Sancancio”* de la ciudad de Manizales, así:

“seis personas entre ellas dos menores de edad, que se encontraban en el sector por su importancia turística, fueron abordados por siete sujetos los cuales vestían de negro y botas de caucho, manifestando las víctimas que fueron intimidados con armas cortopunzantes y corto contundentes, además de informar que los menores de edad igualmente fueron intimidados por estos sujetos provocándole a una de ellas lesiones tales como laceraciones, es de anotar que este menor cuenta con siete años de edad, después fueron despojados de sus pertenencias.

Igualmente relató una de las víctimas:

²² Artículo 533 Ley 906 de 2004. Derogatoria y vigencia. El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero del año 2005. Los casos de que trata el numeral 3 del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.

“...nos decían que no los miraran que los asustaban y nos preguntaban que de donde éramos y nosotros les dijimos que de Bogotá, nosotros escuchamos que uno le decía al otro “CABALLO, CABALLO YA LO REQUISE”, también escuche que decían “KUMIS” y “PINGÜINO”, ellos nos tuvieron ahí retenidos como 5 minutos y después nos dijeron que nos abriéramos...”²³

Por su parte el formato de investigación de Policía Judicial relata las gestiones investigativas adelantadas así:

“fuimos designados como apoyo de policía judicial en el sector del barrio Palermo, en donde desde nuestra llegada nos aborda un ciudadano quien por razones de seguridad no aporta sus datos, nos manifiesta la problemática que se viene presentando en el sector del morro sancancio, aduciendo que en el sector de las tres cruces se han presentado varios casos de hurto, en los que de los matorrales salen un grupo de personas de aproximadamente siete, con armas cortopunzantes y corto contundentes, los cuales visten de negro y la mayoría con botas de caucho, igualmente nos informa que estas personas permanecen constantemente el sector del aguacate en el barrio Fátima, aportando algunos alias y nombres de cinco de estas personas tales como “KUMIS, PINGÜINO, CABALLO, CRISTIAN Y JERSON” sin tener información sobre las otras dos personas...”

Ya conociendo la noticia sobre estos hechos y la información obtenida por el informante antes mencionado, nos trasladarnos hasta el CAI FATIMA, en la que se solicitó información de forma verbal sobre los alias y nombres que se nos había aportado, teniendo como resultado que estas personas ya habían sido conducidos hasta esta instalación policial con anterioridad, por lo que sus datos generales de ley se encontraban en el libro de población de esta unidad siendo individualizados como JERSON ANDRÉS OSPINA OTALVARO, identificado con número de cédula Nro. 1.053.826.345, EDWIN DAVID PATINO ZULUAGA identificado con número de cédula Nro. 1.053.825.930, JHON EDISON PATINO ZULUAGA, identificado con número de cédula Nro. 1.053.844.310, DANIEL ALEJANDRO BECERRA CASTILLO, identificado con número de cédula Nro. 1.053.825.382 y el adolescente CRISTIAN CAMILO TREJOS TAPIAS, identificado con Tarjeta de Identidad Nro. 97032622384.

Seguidamente se solicitó a la registraduría nacional con sede en Manizales, para que aportaran las fotocedulas correspondientes a estas personas. Igualmente se solicitó al responsable de los antecedentes penales de la SIJIN MEMAZ, para que se aportaran los antecedentes que existan en las bases de datos en contra de estas personas, de lo cual se obtuvo como respuesta que todas estas personas presentan anotaciones por haber sido capturados por delitos tales como Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, lesiones personales, Fabricación, Trafico, Porte o Tenencia de armas de fuego y Hurto a personas, incluso al señor JHON EDISON PATINO ZULUAGA, le registra una sentencia condenatoria expedida por el Juzgado 3 Penal del circuito de Manizales, el cual lo condenó a 17 meses y 10 días de prisión, incluida el 09/09/2014, por el delito de Tentativa de Homicidio, la respuesta de estos antecedentes se anexan al presente informe.”²⁴

²³ Expediente digital, archivo “04AnexosDemanda” fls. 50 y s.s.

²⁴ Expediente digital, archivo “04AnexosDemanda” fls. 50 y s.s.

Ahora bien, en formato de investigador de campo datado 17 de febrero de 2015, funcionarios de la Policía Judicial, advierten que el 16 de febrero anterior, realizaron diligencia de reconocimiento fotográfico así:

“El día 16 de febrero de los corrientes, se reúnen en la carrera Seccional de Investigación Criminal/ Grupo de Patrimonio Económico - Unidad Investigativa de Contra Atracos, Carrera 25 No. 32-50 Instalaciones Teléfono 8982909 Manizales, los señores YENI FERNANDO QUINTERO GUTIERREZ Identificada con CC 13° 1.060.649.195 “denunciante”, LUZ ENEDY GUTIERREZ CORREA Identificada con CC N° 24.869.651 “victima” y JOSE EFRAIN RAMIREZ RUIZ Identificado con CC N° 75.081.305 “victima” en compañía de la representante del ministerio público, personera Dra. PAULA MILENA MOTATO Identificada con CC N° 30.394.140 quien es garante de la diligencia de reconocimiento fotográfico y video gráfico que allí se realizó.

Álbumes fotográficos N° 2015 078, 2015-079, 2015-080, 2015-081, 2015-082, 2015-083, 2015-084, 2015- 085, 2015-086, 2015-087, 2015-088 Y 2015-089 respectivamente Procediéndose a realizar la diligencia judicial así:

- *Victima YENI FERNANDA QUINTERO GUTIERREZ Identificada con CC N° 1.060.649.195 “denunciante” y en presencia del ministerio público, doctora PAULA MILENA MOTATO.*

Siendo las 09:25:00 horas del día 16-02-2015, en el álbum N° 2015-085; “reconoce la foto N° 002 JHON EDISON PATINO ZULUAGA CC. Nro. 1.053.844.310, “Fue la persona que intimidó a los niños para que entregáramos las pertenencias”.

Siendo las 09:30:00 horas del día 16-02-2015, en el álbum N° 2015-088; “reconoce la foto N° 002 DANIEL ALEJANDRO BECERRA CASTILLO CC. Nro. 1.053.825.382, “Fue la persona que me encuello y me quito mis pertenencias”.

Siendo las 09:45:00 horas del día 16-02-2015, en el álbum N° 2015-083; “reconoce la foto N° 007 9 EDWIN DAVID PATINO ZULUAGA CC. Nro 1.053.825.930, “Fue la persona que intimidó a mi esposo para quitarle las pertenencias”.

Siendo las 10:10:00 horas del día 16-02-2015, en el álbum N° 2015-080;1 “reconoce la foto N° 006 JERSON ANDRES OSPINA OTALVARO CC. Nro. 1.053.826.345, “Fue la persona que nos requiso a todos”.

- *Victima LUZ ENEDY GUTIERREZ CORREA Identificada con CC N° 24.869.651 “victima” y en presencia del ministerio público, doctora PAULA MILENA MOTATO.*

Siendo las 08:50:00 horas del día 16-02-2015, en el álbum N° 2015-079; “reconoce la foto N° 001 JERSON ANDRES OSPINA OTALVARO CC. Nro. 1.053.826.345, “Manifiesta que esta persona los intimidaba con machete y los requisaba”.

Siendo las 08:55:00 horas del día 16-02-2015, en el álbum N° 2015-087; “reconoce la foto N° 003 DANIEL ALEJANDRO BECERRA CASTILLO CC. Nro. 1.053.825.382,” “Manifiesta

que esta persona fue la que encuello a su hija hurtándole sus pertenencias”.

Siendo las 09:00:00 horas del día 16-02-2015, en el álbum N° 2015-084; “reconoce la foto N° 004 JHON EDISON PATINO ZULUAGA CC. Nro. 1.053.844.3.10, “Manifiesta que esta persona fue Ja que intimidó a los niños con machete”.

Siendo las 09:10:00 horas del día 16-02-2015, en el álbum N° 2015-082; “reconoce la foto N° 003 EDWIN DAVID PATINO ZULUAGA CC. Nro. 1.053.825.930, “Manifiesta que esta persona los intimidaba con machete y los requisaba”

• *Victima JOSE EFRAIN RAMIREZ RUIZ Identificado con CC N° 75.081.305 “victima” y en presencia del ministerio público, doctora PAULA MILENA MOTATO.*

Siendo las 10:05:00 horas del día 16-02-2015, en el álbum N° 2015-078; “reconoce la foto N° 005 JERSON ANDRES OSWNA OTALVARO CC. Nro. 1.053.826.345, “Manifiesta que esta persona fue la que los requiso a todos”.

Siendo las 10:10:00 horas del día 16-02-2015, en el álbum N° 2015-089; “reconoce la foto N° 005 DANIEL ALEJANDRO BECERRA CASTILLO CC. Nro. 1.053.825.382, “Manifiesta que esta persona fue cogió a su esposo y lo intimidó para hurtarle sus pertenencias”.

Siendo las 10:00:00 horas del día 16-02-2015, en el álbum N° 2015-086; “reconoce la foto N° 006 JHON EDISON PATINO ZULUAGA CC. Nro: 1.053.844.310, “Manifiesta que esta persona fue la que intimidó a la niña con machete”.

Siendo las 09:50:00 horas del día 16-02-2015, en el álbum N° 2015-081; “reconoce la foto N° 002 EDWIN DAVID PATINO ZULUAGA CC. Nro. 1.053.825.930, “Manifiesta que esta persona los intimidaba para quitarle sus pertenencias”.²⁵ (Subrayado y negrillas de esta Corporación, errores escriturales corresponden al texto en cita).

Con fundamento en ello, la Fiscalía 12 Local de Manizales inició los trámites correspondientes a la solicitud de orden captura ante los Juzgados de control de garantías de Manizales, emitiéndose orden de captura el 22 de abril de 2015, la cual fue ejecutada el 28 de abril siguiente²⁶.

De lo anterior la Sala encuentra que, la captura se ajustó a los postulados y directrices señalados en el artículo 297 de la Ley 906 de 2004, pues, para el momento en que se ordenó la captura, existían “*motivos razonablemente fundados*” para inferir que el ahora demandante, participó 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, para ese momento la Fiscalía conociera de otros elementos probatorios que pudieran desvirtuar esos motivos

²⁵ Expediente digital, archivo “04AnexosDemanda” fls. 58-59.

²⁶ Expediente digital, archivo “04AnexosDemanda” fls. 58-59.

razonables que permitían inferir que JEPZ era autor o partícipe del delito que se investigaba.

De manera que, si se limita la libertad de un ciudadano y en acatamiento de los términos legales previstos para tal fin, la detención emerge 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.

Por tanto, a pesar de la existencia del daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico, pues la captura cumplió los criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad y en consecuencia, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo²⁷.

2.4.2.2. Sobre la medida de aseguramiento: El artículo 306 de la Ley 906 de 2004 dispuso que, el ente investigador solicitará al juez de control de garantías su imposición con indicación de *“la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia”*.

A su vez, el artículo 308 de la referida normativa estableció que, el juez de control de garantías decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla con alguno de los siguientes requisitos:

1. *Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.*
2. *Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.*
3. *Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.*

El artículo 313 *ibidem* indicó que, satisfechos los requisitos del artículo 308, la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario procederá en los siguientes casos:

1. *En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.*
2. *En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.*
3. *En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

Por su parte, el artículo 240 del Código Penal señaló frente al hurto calificado -delito investigado en el proceso iniciado frente a JEPZ- que, *“La pena será de prisión de seis (6) a catorce (14) años...”*.

²⁷ 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.

En ese orden de ideas, la medida de aseguramiento de detención preventiva no equivale a sentencia condenatoria y los requisitos establecidos por la Ley Penal para su procedencia difieren en uno y otro caso, pues en la primera sólo se requiere un convencimiento de probabilidad de la responsabilidad del imputado en el hecho punible investigado, mientras que para emitir fallo condenatorio, es necesario que exista certeza la responsabilidad penal endilgada, situación que en momento alguno vuelve injusta la detención preventiva adoptada.

En el caso concreto, continuando con el análisis del desarrollo del proceso penal, se tiene que, el día 29 de abril de 2015, se llevó a cabo ante el Juzgado Octavo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Manizales la audiencia de legalización de captura, formulación de imputación por el delito de “Hurto Calificado y Agravado” e imposición de medida de aseguramiento en contra del señor JEPZ y otros²⁸.

La medida de aseguramiento fue fundamentada en que, se cumplían los requisitos objetivos contemplado en los artículos 308, numeral 2, 310 y 313 Numeral 2 del Código de Procedimiento Penal. Que además se cumplían los requisitos subjetivos teniendo en cuenta que, como lo formuló el ente acusador y fue avalado por el Juzgado Octavo Penal Municipal de Manizales el aquí accionante podía representar un peligro para la sociedad, al señalar:

“si bien es cierto, no se trata de esa peligrosidad de la persona misma por su condición de persona sino por la actitud o por la conducta realizada en contra de la sociedad y que no solo se limita estas personas como turistas que han llegado al Morro Sancancio a hacer esa visitas su señoría, sino que de acuerdo a lo que igualmente obra en el paginario se tiene también las anotaciones en el libro de población que se tiene en esta estación de policía de El Barrio Fátima en dónde Igualmente se ha mencionado el ataque de que son víctimas los policiales que han pretendido en un momento dado actuar en defensa del orden de la sociedad para de esta misma forma ser entonces agredidas por los mencionados además de aprovechando su condición de ebriedad y al parecer también bajo los efectos de sustancias enervantes, intimidarlos y retarlos precisamente a un enfrentamiento de riña pero de otra manera La amenaza de que esta situación que ellos viven por la actuación del policiales se las van a cobrar cuando vean a los policiales de civil...

Su señoría habla del artículo 310 del Código de procedimiento penal el peligro para la comunidad ya lo estamos diciendo, el número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos la continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales, su señoría como ya se ha mencionado no es una sola conducta la que se está perpetrando, la que se ha perpetrado, la que se ha dado a conocer allí teniendo en cuenta que igualmente obra ya la asistencia a inspecciones de policía y demás de este sector en este paginario como muestra que efectivamente estas personas crean un gran daño y malestar para toda la sociedad de este sector además volvemos a lo mismo es una cantidad de gente que al parecer está reunida para cometer estos ilícitos con la suficiente frecuencia en el Morro Sancancio...”²⁹.

²⁸ Expediente digital, archivo “04AnexosDemanda” fls. 69-70 y s.s.

²⁹ Audiencia de legalización de captura, imputación e imposición de medida, exp. Digital, archivos “72Videoaudiencia”, “73Videoaudiencia”, “74Videoaudiencia”.

Ahora, toda vez que el carácter injusto de la privación de la libertad debe analizarse a la luz de los criterios de *legalidad, razonabilidad y proporcionalidad*, se torna imperiosa la ponderación de las circunstancias que rodearon la imposición de la medida de aseguramiento, a efectos de establecer si existía o no mérito para proferir decisión en tal sentido.

Al respecto la Sala considera que, la medida de aseguramiento de detención preventiva en contra del aquí demandante, fue dictada conforme a los parámetros previstos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, dado que, la Fiscalía en la solicitud de medida de aseguramiento indicó y fundamentó que, se presentaba una de las causales señaladas en el dicho canon normativo, ya que el imputado constituía un peligro para la seguridad de la sociedad, y el Juez de Control de Garantías al momento de imponer la medida de aseguramiento consideró que, era el medio más adecuado dado la gravedad, la modalidad de la conducta y las condiciones de la víctima.

Se reitera que, la parte demandante no alega, ni la Sala encuentra que, para ese momento la Fiscalía conociera de otros elementos probatorios que pudieran desvirtuar esos motivos razonables que permitían inferir que JEPZ pudiera ser autor o partícipe del delito que se investigaba y que pudieran desvirtuar las razones que sustentaban la necesidad y urgencia de la medida de aseguramiento.

Por tanto, a pesar de la existencia del daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico, pues la imposición de la medida de aseguramiento cumplió los criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad y en consecuencia, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo.

2.4.2.3. Duración de la privación de la libertad: Continuando con el análisis del desarrollo del proceso penal, se tiene que, el 2 de septiembre de 2015 la Fiscalía Doce Local solicitó preclusión ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento, con base en el segundo reconocimiento en fila de personas llevado a cabo por la denunciante, en el cual informó no reconocer al señor Patiño Zuluaga como presunto responsable de los hechos ocurridos, en tal sentido se expuso:

*“Concedida la palabra al defensor Mario Lozano, éste manifiesta que tiene una petición especial, puesto que una vez realizó la audiencia de formulación de acusación, asistieron varias víctimas, incluyendo Yeni Fernanda Quintero, quien, al terminar la audiencia, tuvo la sinceridad de decir que los imputados no tenían nada que ver en el asunto, que no participaron en el atraco del que fuimos víctimas. Agregó que **el 27 de agosto de este año, se realizó diligencia en la cárcel de reconocimiento en fila a los dos acusados, diligencia a la que asistieron tres víctimas, y el reconocimiento resultó negativo, o sea, que ellos no participaron en esta delincuencia.***

La defensa considera que en vista de lo que se presenta, es un error judicial que no se le puede atribuir ni al despacho ni al fiscal, pero ahora ellos están siendo procesados con el conocimiento pleno de que no participaron en el asunto. Solicita al fiscal solicitar la preclusión porque los acusados no pueden ser víctimas de este error judicial.

Se concede el uso de la palabra al fiscal para que se pronuncie al respecto: Expresa que solicitara la preclusión de la acción penal, pues se tiene informe de campo de la policía de fecha de hoy, en la que se ratifica el resultado negativo del reconocimiento en fila realizado a los acusados, por lo que la Fiscalía queda sin oportunidad de probar su teoría del caso.

Se suspende la diligencia por el término de una hora para que el fiscal prepare su argumentación, toda vez que se tenía programada audiencia preparatoria.

Se reanuda la audiencia y se deja constancia que se encuentran las mismas partes.

*Se concede el uso de la palabra al fiscal para que sustente su solicitud de preclusión. Inicia haciendo un recuento de los hechos acaecidos, e indica que en reconocimiento fotográfico llevado a cabo, **la señora Yeny Fernanda Quintero -víctima-, reconoció a Jhon Edison Patiño y a Daniel Alejandro Becerra como los presuntos partícipes de esas conductas delictuales. No obstante ello, la denunciante manifiesta que a las personas a quienes se les estaba legalizando la captura, en la audiencia respectiva nunca las había visto y nunca habían estado en el morro Sancancio.***

De allí que la Fiscalía solicitara a los investigadores que insistiera en el reconocimiento en fila de las personas que se nombraban vinculadas. Según informe de investigador del 02 de septiembre de 2015, documento que da cuenta de las personas que intervienen en el reconocimiento, incluyendo Yeny Fernanda, informan que los resultados fueron negativos pues los victimarios no fueron reconocidos por sus víctimas, dejando sin probabilidad para que la Fiscalía pueda llegar más allá de cualquier duda a establecer la responsabilidad de la conducta. La Fiscalía quedará sin teoría del caso para sustentar por lo que solicita se decrete la preclusión conforme el artículo 332 numeral 6, es decir, la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia..."³⁰.

De lo expuesto se evidencia que, al momento de imponerse la medida de aseguramiento, existían los elementos de conocimiento necesarios para sustentar su imposición; sin embargo, fue debido a que las víctimas, el 27 de agosto de 2015 se retractaron sobre la identificación del señor JEPZ como coautor del delito, que el ente acusador solicitó la preclusión de la investigación el 2 de septiembre siguiente.

De allí que, el término en que JEPZ estuvo privado de la libertad, en virtud de la medida de aseguramiento impuesta, no resulta ilegal, irrazonable o desproporcionado, teniendo en cuenta la gravedad del delito investigado, que no solo permitía sino que aconsejaban la medida restrictiva de la libertad, además de la existencia de varios elementos de prueba que permitían inferir razonablemente que era coautor del delito que le era imputado.

Además, entre la fecha en que las víctimas se retractaron sobre la identificación del señor JEPZ como coautor del delito y la fecha en que se ordenó la libertad de aquel, transcurrió un término razonable, teniendo en cuenta, las gestiones necesarias para concretar esta situación en una decisión de revocatoria de la medida de aseguramiento (realización y entrega del informe de investigación policial, formulación del escrito de preclusión,

³⁰ Expediente digital, archivo "04AnexosDemanda" fls. 79 y s.s.

celebración de la audiencia y adopción de la respectiva decisión).

Así, no es posible afirmar, como lo señala el apelante que, las aquí demandadas dejaron transcurrir un tiempo irrazonable para hacer un análisis cuidadoso de las pruebas, pues aquellas que demostraron la imposibilidad de identificar al señor JEPZ como coautor de la conducta únicamente se manifestaron el 27 de agosto de 2015, esto es, 11 días antes de que se adoptara la decisión de revocar la medida de aseguramiento.

Por la misma razón, tampoco es posible afirmar que, el daño antijurídico se encuentra acreditado por el mero hecho de que el señor JEPZ recobró su libertad, pues las pruebas por las cuales se le privó eran suficientes en términos de razonabilidad para la imposición de la medida, mientras que las que desvirtuaron aquellas, se presentaron con posterioridad.

Por tanto, a pesar de la existencia del daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico pues la duración de la privación de la libertad en virtud de la medida de aseguramiento impuesta, cumplió los criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad, y en consecuencia, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo.

Además, si bien en favor del ahora demandante se profirió sentencia absolutoria, lo cierto es que dicha decisión no obedeció a la existencia de una irregularidad o arbitrariedad de las autoridades judiciales que conocieron del proceso, sino que se dio al sobrevenir una circunstancia que afectó la credibilidad de la declaración de la víctima.

Ahora, en los cargos específicos de la apelación la parte demandante señaló que, se debe estudiar la existencia de un **daño especial** como consecuencia de la actuación de la administración; basado en que, la decisión de absolución se sustentó en la inexistencia de pruebas que lo comprometieran con los punibles por los cuales se le investigó y más aún que determinaran la ocurrencia del mismo, pues las declaraciones de las víctimas conllevaron a la imposibilidad de identificar a JEPZ como autor del delito imputado.

Sobre el daño especial, el Consejo de Estado³¹ en sentencia del 22 de noviembre de 2021 precisó que, este ocurre:

*“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 arrojio.*

***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*

³¹ 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)

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 servicio³².

En el presente asunto, la sentencia absolutoria no obedeció a que el hecho factico investigado no existió o la conducta era objetivamente atípica, sino que se dio tras la imposibilidad de identificar **al sindicado como coautor de la conducta investigada**, escenario para el cual el estudio de la responsabilidad estatal como lo señala expresamente la sentencia en cita, se traslada de un escenario de análisis objetivo como es el daño especial a un escenario de análisis subjetivo de falla en el servicio.

En este orden de ideas, no son de recibo los argumentos planteados por la parte actora en su apelación, respecto a la obligación de aplicar el régimen de daño especial para el caso de marras, pues como se ha advertido por el Consejo de Estado, el uso de dicho título jurídico de imputación halla cabida en asuntos de privación de la libertad en que se demuestre que el hecho que pretendía imputarse no existió o la conducta era objetivamente atípica, no siendo este el caso.

Ahora, en cuanto a la conducta de la víctima directa, si bien no se evidencia una actuación dolosa o gravemente culposa, desde la óptica del derecho civil, con la cual hubiese dado lugar a la captura y a la imposición de la medida de aseguramiento, ello no es suficiente para afirmar que el daño es antijurídico, pues se reitera, la privación de la libertad cumplió con los criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad.

2.5. Conclusión

Por lo anterior se concluye que, el daño, consistente en la afectación al derecho a la libertad personal del señor JEPZ y al adelantamiento de un proceso penal en su contra, no es antijurídico, pues emergieron 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/o proporcionada, por cuanto: i) al momento de la captura e imposición de la medida de aseguramiento existían elementos materiales probatorios que permitían inferir razonablemente que el señor JEPZ podía ser coautor del delito de “Hurto Calificado y Agravado”; además que se señaló como necesaria teniendo en cuenta el peligro para la sociedad; ii) se acreditó la existencia del delito investigado y iii) si bien se dictó sentencia absolutoria, ello se dio debido a que las víctimas se retractaron sobre la identificación del señor JEPZ como coautor del delito.

Teniendo en cuenta que la respuesta al primer problema jurídico planteado fue negativa, resulta innecesario resolver el referente al reconocimiento de los perjuicios deprecados.

³² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-072 de 2018. FJ. 105 a 107 y 120 a 127.

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:

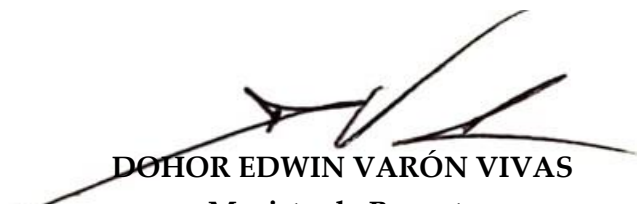
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 02 de junio de 2022 por el Juzgado Octavo Administrativo de Manizales, dentro del medio de control de reparación directa formulado por Jhon Edison Patiño Zuluaga y otros contra la Nación - Rama Judicial, la Fiscalía General de la Nación y la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

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 Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 064 de 2022.

NOTIFÍQUESE



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 DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 237

Manizales, septiembre dieciséis (16) de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17-001-23-33-000-2021-00279-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Carlos Eduardo Cárdenas y Luisa Fernanda Cárdenas
Demandado: Assbasalud E.S.E.

La Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, procede a emitir fallo de primera instancia.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita se declare la nulidad del acto ficto configurado frente a la petición del 19 de mayo de 2021, mediante el cual se negó el reconocimiento de la existencia de una relación laboral entre Assbasalud y la señora Nora Lucía Mejía Loaiza (Q.E.P.D) y en consecuencia se ordene el pago a favor de sus sucesores, de las acreencias laborales dejadas de percibir entre el 1º de noviembre de 2005 y 31 de julio de 2018, así como al pago de las horas extras, la indemnización por terminación unilateral del contrato a término indefinido sin justa causa y estabilidad laboral reforzada, indemnización moratoria por la no consignación de las prestaciones debidas y su indexación.

1.2. Hechos

Se señaló en síntesis que, la señora Nora Lucía Mejía Loaiza celebró varios contratos de prestación de servicios como auxiliar de enfermería con Assbasalud desde el 1º de noviembre de 2005 y hasta el 31 de julio de 2018, donde cumplió horario, prestó sus servicios personalmente, recibió remuneración y tenía un jefe a cargo.

Que el 19 de mayo de 2021 se solicitó a Assbasalud el reconocimiento de la existencia de una relación laboral y el correspondiente pago de los créditos laborales y prestacionales adeudados, sin que se obtuviera respuesta.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

Señaló como vulneradas -entre otras- la Ley 1045 de 1978 y citó la sentencia del Consejo de Estado, proferida el 17 de mayo de 2018 radicado interno 2003-14.

Argumentó que, a pesar de la celebración de contratos de prestación de servicios, la causante realizó labores inherentes al objeto misional de la entidad, funciones y labores que fueron señaladas en los sucesivos contratos, cumplió un horario, realizaba y cumplía sus funciones personalmente durante el tiempo laborado, con ello llevaba una continua dependencia con la entidad, y adicionalmente recibía una remuneración por las labores desempeñadas.

Que además, de acuerdo con el Decreto Reglamentario 1335 de 1990, en el que se establece el manual de funciones del sector salud, las labores desempeñadas por la causante eran iguales a las del cargo de auxiliar de enfermería.

2. Contestación de la demanda

La ESE Assbasalud se opuso a las pretensiones del extremo demandante, en cuanto a los hechos señaló que no son ciertos aquellos relacionados con que entre la señora Mejía Loaiza y Assbasalud hubo en realidad una relación laboral sin solución de continuidad o que recibió un salario, en lo demás sostuvo que se acogía a lo demostrado en el proceso. Afirmó que no existió una relación laboral con la señora Mejía Loaiza, que la relación que sostuvo fue a través de contratos de prestación de servicios, los cuales ya fueron liquidados y declarados a paz y salvo por todo concepto y los mismos fueron regidos por la Ley 80 de 1993. Planteó las excepciones:

.- Inexistencia de la obligación laboral (prestaciones sociales) en favor del excontratista Nora Lucía Mejía Loaiza: Señaló que no existe acto administrativo que reconozca y liquide la prestación laboral reclamada, toda vez que lo reclamado no contiene obligación clara, expresa y exigible. Contrario a ello, indicó que los contratos de prestación de servicios fueron debidamente liquidados y declarados a paz y salvo por todo concepto y, los mismo fueron regidos por la Ley 80 de 1993. Formuló las excepciones:

.- Cobro de lo no debido: Indicó que no obra acto administrativo expedido por el ordenador del gasto de Assbasalud en donde se reconoce que se adeudan las prestaciones sociales y demás emolumentos laborales que se reclaman. Tampoco obra prueba del acto de nombramiento o acta de posesión en un cargo público.

.- Falta de agotamiento del requisito de procedibilidad: Sostuvo que no se agotó el requisito de procedibilidad.

.- Falta de legitimación por activa para demandar en el presente asunto: Señaló que no se trata de un derecho laboral cierto y que esté pendiente de pago, para que las personas interesadas con derecho a hacerlos, en este caso los sucesores intestato o herederos; pues en ningún momento la entidad fijó aviso convocando a quienes se consideran con derecho a reclamar el pago de las prestaciones sociales que presuntamente se debiera a la fallecida.

.- Falta de legitimación por pasiva: Indicó que Assbasalud no es la llamada responder como demandada de los presuntos derechos laborales de la señora Mejía Loaiza, por cuanto no es cierto que fuera empleada pública.

.- Inexistencia del derecho reclamado como tributo en favor de herederos: Indicó que la jurisdicción contenciosa no le compete declarar órdenes hereditarios; que lo reclamado es la expectativa de un presunto derecho inexistente, cuyo titular ha fallecido.

.- Caducidad de la acción y prescripción de los derechos en materia laboral: Argumentó que no se cumplen los preceptos o términos establecidos en la Ley 1437 de 2011. Solicitó además que, de encontrarse probados los presuntos derechos laborales, se aplique la prescripción trienal.

.- Presunción de legalidad de los contratos suscritos entre Assbasalud y Nora Lucía Mejía Loaiza aportados como prueba al debate: Señaló que los contratos celebrados entre la entidad y la señora Mejía Loaiza gozan de presunción de legalidad por haberse suscrito conforme a la Ley 80 de 1993.

.- Presunción de legalidad de la liquidación de los contratos suscritos entre Assbasalud y Nora Lucía Mejía Loaiza aportados como prueba al debate: Indicó que todos los contratos suscritos entre las partes, fueron debidamente liquidados, por lo tanto gozan de presunción de legalidad.

3. Alegatos de Conclusión

La **parte actora** reiteró los argumentos expuestos en su escrito de demanda, aduciendo que de acuerdo fue demostrado que se desnaturalizó el contrato de prestación de servicios y que por el contrario, se acreditó la existencia de la relación laboral entre las partes.

El **Assbasalud** y el **Ministerio Público** no se pronunciaron en esta etapa.

II. Consideraciones

1. Cuestiones previas.

1.1. Legitimación en la causa

La jurisprudencia¹ ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa. La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión resulta legitimado de hecho y por pasiva después de la notificación del auto admisorio de la demanda. La segunda alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas.

En el caso materia de análisis, lo pretendido por el extremo demandante es la declaración de nulidad del acto ficto presunto negativo, a través del cual la entidad demandada negó el reconocimiento de una relación laboral sostenida entre Assbasalud y la señora Nora Lucía Mejía Loaiza, en aplicación de la primacía de la realidad sobre las formas.

En cuanto a la legitimación material en la causa por activa, teniendo en cuenta que la señora Mejía Loaiza falleció el 12 de julio de 2021², es decir, antes de acudir -primero ante la administración y segundo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo-, para discutir la presunta relación laboral, se encuentra que las personas legitimadas para realizar dicha reclamación son el cónyuge o compañero supérstite de la causante y los herederos que aquella tuviere.

En tal sentido, el señor Carlos Eduardo Cárdenas Herrera acudió al presente asunto en calidad de compañero supérstite de la causante, condición que acreditó según declaración extra proceso del 11 de febrero de 2020 rendida ante la Notaria Quinta del Círculo de Manizales, en la cual se indicó bajo la gravedad del juramento que el señor Cárdenas Herrera y la señora Mejía Loaiza: “...conviven en unión marital de hecho desde hacer dieciséis (16) años, compartiendo techo, lecho y mesa, de manera ininterrumpida”³; de otra parte, se acreditó que la menor de edad Luisa Fernanda Cárdenas Mejía, es la hija del señor Cárdenas y la señora Mejía, quien nació el 29 de septiembre de 2004 según Registro Civil de Nacimiento aportado⁴. Aunado a lo anterior, se solicitó el

¹ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 9 de agosto de 2012. Rad. 73001-23-31-000-2010-00472-01(AP).

² Pág. 33 AD “02DemandayAnexos”

³ Pág. 31-32 Ídem.

⁴ Pág. 28 Ídem.

reconocimiento y pago de las acreencias económicas a los sucesores en el derecho de la señora Nora Lucia Mejía Loaiza.

En este punto, tratándose de la legitimidad por activa de los herederos para demandar el reconocimiento y pago de prestaciones sociales y emolumentos laborales de un ex trabajador, el Consejo de Estado ha señalado que: “...la regla general es que todos los activos, derechos y acciones de carácter patrimonial forman parte de la masa herencial...”⁵. Así mismo, ha indicado respecto de la de transmisión de créditos a sucesores que:

*“(...) el derecho a la indemnización por el perjuicio moral — supuesto que también resulta aplicable a otra tipología de daños inmateriales como en el presente asunto — se transmite porque se trata de un crédito que puede ser reclamado, bien por su titular o por sus sucesores mortis causa, en cuanto continuadores de su personalidad, que ocupan la posición jurídica que ostentaba el causante frente a la totalidad de los derechos y acciones de contenido patrimonial transmitidas por el fallecimiento (...)”*⁶ (se destaca)

Adicionalmente, cabe señalar que de conformidad con el artículo 1045 del Código Civil, en la sucesión intestada los hijos integran el primer orden hereditario y, por tanto, excluyen a otros herederos, sin perjuicio de la porción conyugal.

Así las cosas, de acuerdo con lo expuesto, se encuentra que el señor Carlos Eduardo Cárdenas y la menor de edad Luisa Fernanda Cárdenas Mejía, se encuentran legitimados en la causa por activa, para reclamar para la sucesión, el reconocimiento y pago de prestaciones sociales y emolumentos laborales que consideran tenía derecho a devengar en vida la señora Mejía Loaiza, ello, en tanto el primero demostró ser el compañero permanente supérstite y la segunda demostró ser la heredera en primera grado de la causante.

En cuanto a la legitimación material en la causa por pasiva, al revisar todos los contratos de prestación de servicios objeto de debate, se evidencia que, todos fueron suscritos por la señora Mejía Loaiza con Assbasalud⁷, entidad a la cual también se atribuye la emisión del acto demandado que negó el reconocimiento de una relación laboral en aplicación de la primacía de la realidad sobre las formas; por tanto, esta se encuentra legitimada materialmente en la causa por pasiva.

En consecuencia se declarara no probadas las excepciones tituladas “Falta de legitimación por activa para demandar en el presente asunto”, “Inexistencia del derecho reclamado como tributo en favor de herederos” y “Falta de legitimación por pasiva” formuladas por la entidad demandada.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 3 de agosto de 2017. Radicación número: 54001-23-31-000-2010-00190-01(47627)

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2013, Exp. 34.205

⁷ Ver: “Cuadro General”

1.2.Falta de agotamiento del requisito de procedibilidad

Señaló la demandada que, la parte actora no agotó el requisito de procedibilidad para accionar, señalado en el artículo 34 de la Ley 2080 de 2021.

Al respecto el referido artículo, que modificó el numeral 1º del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, dispone que, cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales. Sin embargo, también precisa que, este requisito de procedibilidad *“será facultativo en los asuntos laborales”*.

En el caso concreto, en la demanda se reclama el reconocimiento de la relación laboral y el pago de las prestaciones derivadas de ella, los cuales son claramente crédito de índole laboral, por tanto, no era necesario agotar conciliación ante la Procuraduría delegada para asuntos Administrativos previo a incoar el presente medio de control.

En consecuencia se declarara no probada la excepción de *“Falta de agotamiento del requisito de procedibilidad”*.

1.3.Caducidad de la acción

La parte demandante argumentó que, no se cumpla con los preceptos o términos establecidos en la Ley 1437 de 2011 sin hacer un análisis concreto de la configuración de dicha excepción.

Al respecto basta indicar que el artículo 164 del CPACA, numeral 1, literal d señala que, la demanda deberá ser presentada: *“...1. En cualquier tiempo, cuando: (...) d) Se dirija contra actos producto del silencio administrativo ...”*.

En el presente asunto, la parte actora solicita que se declare la nulidad del acto ficto presunto negativo originado en la petición del 19 de abril de 2021, por lo tanto, claramente dicha pretensión se enmarca en supuesto normativo antes referido, por lo que es dable concluir que, la demanda podía presentarse en cualquier tiempo sin atender a el término de caducidad. En consecuencia se declarara no probada la excepción de *“Caducidad de la acción”*.

2. Problemas jurídicos

Teniendo en cuenta lo anterior y de conformidad con la posición asumida por las partes, se debe establecer: *¿Se presentaron los elementos necesarios para considerar que entre la señora Nora Lucía Mejía Loaiza y la entidad demandada se sostuvo una relación de índole laboral?*

En caso afirmativo, *¿Hay lugar a decretar la prescripción extintiva de los créditos laborales reclamados?* De no darse lo anterior, o darse de forma parcial *¿Qué valores deben ser liquidados y reconocidos a favor de la demandante con ocasión de la mentada relación laboral?*

3. Primer Problema Jurídico.

3.1. Tesis del Tribunal

Se acreditaron los elementos configurativos de una relación laboral entre Assbasalud y la señora Nora Lucía Mejía Loaiza, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración, y la subordinación laboral, este último teniendo en cuenta que: i) el objeto de los contratos de prestación de servicios – auxiliar de enfermería-, ii) las obligaciones de la contratista, iii) la sujeción a un horario laboral, iv) que las actividades desarrolladas por aquella son inherentes a la misión y función permanente de Assbasalud, v) que tales actividades se realizaron con sujeción a las órdenes y directrices impartidas por las jefes de enfermería o los galenos encargados de la atención médica, que sobrepasaron lo que lógicamente podría catalogarse como una simple coordinación entre contratante y contratista; vi) las condiciones de permanencia y continuidad de las labores por cerca de trece años, aunado a que, vii) las actividades desarrolladas correspondían a las que tienen asignadas los servidores de planta; son indicativos de la existencia de subordinación y dependencia de la señora Mejía Loaiza respecto de la entidad demandada.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia: i) al marco normativo y jurisprudencial sobre el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades y el contrato de prestación de servicios; para luego descender al análisis del ii) caso concreto.

3.2. Marco normativo y jurisprudencial⁸

3.2.1. La primacía de la realidad sobre las formalidades

La Constitución Política, en su preámbulo, asegura a sus integrantes *“la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que asegure un orden político, económico y social justo”*.

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

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

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

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

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

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

3.2.2. El contrato de prestación de servicios

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 regula el contrato de prestación de servicios en los siguientes términos:

“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

[...]

3. Contrato de Prestación de Servicios. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”

⁹ Aprobada en 1919

¹⁰ Aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967

Las expresiones “no puedan realizarse con personal de planta o” y “en ningún caso... generan relación laboral ni prestaciones sociales”, fueron revisadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997, en la que precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, de la siguiente forma:

“3. Características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo.

“El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

“a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

“El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”.

“b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

“Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

“c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

“Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

“Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

“Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

“En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.”

De conformidad con lo expuesto, se concluye que: i) a trabajo igual salario igual, ii) la relación laboral se estructura ante la presencia de los elementos legalmente establecidos en la regulación laboral -C.S.T.-; iii) es válido suscribir contratos de prestación de servicios, porque así lo autoriza el artículo 32, numeral 3º de la Ley 80 de 1993⁸ y, iv) a pesar de lo expuesto, estos contratos deben celebrarse dentro del término estrictamente necesario, dada su naturaleza temporal, pues si la administración desborda tales presupuestos se estructura el denominado “contrato realidad”.

3.2.3. Elementos propios de la relación laboral

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

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

Sobre el elemento de la prestación personal del servicio señaló que, el mismo puede ser identificado, en tanto *“Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este¹²; pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas”*.¹³

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

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

105. ii) El horario de labores. Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para

¹¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

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

¹³ **Cita de cita:** Al respecto, véase, entre otras sentencias, la del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; de 1 de marzo de 2018; radicado 2013-00117-01 (3730-2014); C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.

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

107. iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral. El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo”.

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

De conformidad con lo expuesto, se concluye que la denominada figura del contrato realidad en aplicación del principio de realidad sobre las formas debe ser aplicada en aquellos asuntos en que se presenten los tres elementos esenciales de la relación laboral (prestación personal, remuneración y subordinación o dependencia).

3.3. Análisis caso concreto

A continuación se analizará si conforme a las pruebas aportadas al proceso los referidos elementos esenciales de la relación laboral se encuentra acreditados.

3.3.1. Prestación personal y remuneración

En el escrito de la demanda, se relata que la señora Nora Lucía Mejía Loaiza trabajó para la entidad demandada desde el 1º de noviembre de 2005 hasta el 31 de julio de 2018.

De conformidad con la prueba documental aportada se encuentra acreditado que, la señora Mejía Loaiza estuvo vinculada con Assbasalud bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, en los siguientes periodos:

“Cuadro General”¹⁴

Contrato	Fecha Inicial	Fecha Final	Duración
No. 254 de 2005 ¹⁵	01/11/2005	15/01/2006	2 meses, 15 días
Interrupción – 15 días			
No. 018 de 2006 ¹⁶	01/02/2006	15/06/2006	4 meses, 15 días
Interrupción – 0 días			
No. 039 de 2006 ¹⁷	16/06/2006	15/08/2006	2 meses
Interrupción – 0 días			
No. 135 de 2006 ¹⁸	16/08/2006	15/10/2006	2 meses
Interrupción – 0 días			
No. 218 de 2006 ¹⁹	16/10/2006	15/11/2006	1 mes
Interrupción – 15 días			
No. 341 de 2006 ²⁰	01/12/2006	31/01/2007	2 meses
Interrupción – 0 días			
No. 031 de 2007 ²¹	01/02/2007	30/04/2007	3 meses
Interrupción – 0 días			
No. 101 de 2007 ²²	01/05/2007	31/08/2007	3 meses
Interrupción – 0 días			
No. 273 de 2007 ²³	01/09/2007	31/10/2007	2 meses
Interrupción – 0 días			
No. 506 de 2007 ²⁴	01/11/2007	15/01/2008	2 meses, 15 días
Interrupción – 0 días			
No. 043 de 2008 ²⁵	16/01/2008	30/04/2008	3 meses, 15 días

¹⁴ Este cuadro relaciona los contratos, con fecha de inicio, finalización, duración y además se indica el lapso de interrupción entre cada contrato, el cual será utilizado para los demás puntos de análisis de la providencia, sin que sea necesario reproducirlo nuevamente.

¹⁵ AD. “27AnexoContratos”; “CONTRATOS2005”.

¹⁶ AD. “27AnexoContratos”; “CONTRATOS2006”.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Idem.

²⁰ Idem.

²¹ AD. “27AnexoContratos”; “CONTRATOS2007”.

²² Idem.

²³ Idem.

²⁴ Idem.

²⁵ AD. “27AnexoContratos”; “CONTRATOS2008”.

Interrupción – 0 días			
No. 274 de 2008 ²⁶	01/05/2008	31/05/2008	1 mes
Interrupción – 0 días			
No. 526 de 2008 ²⁷	01/06/2008	31/06/2008	1 mes
Interrupción – 0 días			
No. 703 de 2008 ²⁸	01/07/2008	31/07/2008	1 mes
Interrupción – 0 días			
No. 838 de 2008 ²⁹	01/08/2008	30/09/2008	2 meses
Interrupción – 0 días			
No. 965 de 2008 ³⁰	01/10/2008	30/11/2008	2 meses
Interrupción – 0 días			
No. 1170 de 2008 ³¹	01/12/2008	15/01/2009	1 mes, 15 días
Interrupción – 0 días			
No. 089 de 2009 ³²	16/01/2009	31/01/2009	15 días
Interrupción – 0 días			
No. 157 de 2009 ³³	01/02/2009	28/02/2009	1 mes
Interrupción – 0 días			
No. 306 de 2009 ³⁴	01/03/2009	31/07/2009	5 meses
Interrupción – 0 días			
No. 493 de 2009 ³⁵	01/08/2009	31/01/2010	6 meses
Interrupción – 0 días			
No. 184 de 2010 ³⁶	01/02/2010	30/06/2010	6 meses
Interrupción – 0 días			
No. 305 de 2010 ³⁷	01/07/2010	30/09/2010	3 meses
Interrupción – 0 días			
No. 592 de 2010 ³⁸	01/10/2010	15/01/2011	3 meses, 15 días
Interrupción – 0 días			
No. 140 de 2011 ³⁹	16/01/2011	30/06/2011	5 meses, 15 días
Interrupción – 0 días			
No. 342 de 2011 ⁴⁰	01/07/2011	30/09/2011	3 meses
Interrupción – 30 días			
No. 526 de 2011 ⁴¹	01/11/2011	01/01/2012	2 meses, 1 día

²⁶ Idem.
²⁷ Idem.
²⁸ Idem.
²⁹ Idem.
³⁰ Idem.
³¹ Idem.
³² AD. “27AnexoContratos”; “CONTRATOS2009”.
³³ Idem.
³⁴ Idem.
³⁵ Idem.
³⁶ AD. “27AnexoContratos”; “CONTRATOS2010”.
³⁷ Idem.
³⁸ Idem.
³⁹ AD. “27AnexoContratos”; “CONTRATOS2011”.
⁴⁰ Idem
⁴¹ Idem.

Interrupción – 0 días			
No. 136 de 2012 ⁴²	02/01/2012	31/01/2012	30 días
Interrupción – 0 días			
No. 285 de 2012 ⁴³	01/02/2012	29/02/2012	1 mes
Interrupción – 0 días			
No. 417 de 2012 ⁴⁴	01/03/2012	31/03/2012	1 mes
Interrupción – 0 días			
No. 478 de 2012 ⁴⁵	01/04/2012	30/04/2012	1 mes
Interrupción – 0 días			
No. 526 de 2012 ⁴⁶	01/05/2012	31/07/2012	3 mes
Interrupción – 0 días			
No. 576 de 2012 ⁴⁷	01/08/2012	15/01/2013	5 mes, 15 días
Interrupción – 0 días			
No. 127 de 2013 ⁴⁸	16/01/2013	30/06/2013	5 mes, 15 días
Interrupción – 0 días			
No. 609 de 2013 ⁴⁹	01/07/2013	30/09/2013	3 meses
Interrupción – 0 días			
No. 936 de 2013 ⁵⁰	01/10/2013	10/01/2014	3 meses, 10 días
Interrupción – 0 días			
No. 214 de 2014 ⁵¹	11/01/2014	30/04/2014	3 meses, 20 días
Interrupción – 0 días			
No. 370 de 2014 ⁵²	01/05/2014	31/08/2014	4 meses
Interrupción – 0 días			
No. 612 de 2014 ⁵³	01/09/2014	31/10/2014	2 meses
Interrupción – 0 días			
No. 961 de 2014 ⁵⁴	01/11/2014	30/11/2014	1 mes
Interrupción – 0 días			
No. 1226 de 2014 ⁵⁵	1/12/2014	09/01/2014	1 mes
Interrupción – 0 días			
No. 133 de 2015 ⁵⁶	10/01/2015	31/01/2015	21 días
Interrupción – 0 días			
No. 267 de 2015 ⁵⁷	01/02/2015	31/07/2015	6 meses

⁴² AD. “27AnexoContratos”; “CONTRATOS2012”.

⁴³ Idem.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ AD. “27AnexoContratos”; “CONTRATOS2014”.

⁵² Idem.

⁵³ Idem.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ AD. “27AnexoContratos”; “CONTRATOS2015”.

⁵⁷ Idem.

Interrupción – 0 días			
No. 575 de 2015 ⁵⁸	01/08/2015	30/09/2015	2 meses
Interrupción – 0 días			
No. 793 de 2015 ⁵⁹	01/10/2015	31/10/2015	1 mes
Interrupción – 0 días			
No. 933 de 2015 ⁶⁰	01/10/2015	30/11/2015	1 mes
Interrupción – 0 días			
No. 1112 de 2015 ⁶¹	01/12/2015	08/01/2016	1 mes, 8 días
Interrupción – 0 días			
No. 091 de 2016 ⁶²	09/01/2016	31/01/2016	22 días
Interrupción – 0 días			
No. 203 de 2016 ⁶³	01/02/2016	29/02/2016	1 mes
Interrupción – 0 días			
No. 332 de 2016 ⁶⁴	01/03/2016	31/03/2016	1 mes
Interrupción – 0 días			
No. 461 de 2016 ⁶⁵	01/04/2016	30/04/2016	1 mes
Interrupción – 0 días			
No. 563 de 2016 ⁶⁶	01/05/2016	31/05/2016	1 mes
Interrupción – 0 días			
No. 692 de 2016 ⁶⁷	01/06/2016	30/06/2016	1 mes
Interrupción – 0 días			
No. 837 de 2016 ⁶⁸	01/07/2016	31/07/2016	1 mes
Interrupción – 0 días			
No. 967 de 2016 ⁶⁹	01/08/2016	31/08/2016	1 mes
Interrupción – 0 días			
No. 1112 de 2016 ⁷⁰	01/09/2016	30/09/2016	1 mes
Interrupción – 0 días			
No. 1299 de 2016 ⁷¹	01/10/2016	15/10/2016	15 días
Interrupción – 0 días			
No. 1374 de 2016 ⁷²	16/10/2016	31/10/2016	15 días
Interrupción – 0 días			
No. 1505 de 2016 ⁷³	01/11/2016	08/11/2016	8 días

⁵⁸ Idem.
⁵⁹ Idem.
⁶⁰ Idem.
⁶¹ Idem.
⁶² AD. “27AnexoContratos”; “CONTRATOS2016”.
⁶³ Idem.
⁶⁴ Idem.
⁶⁵ Idem.
⁶⁶ Idem.
⁶⁷ Idem.
⁶⁸ Idem.
⁶⁹ Idem.
⁷⁰ Idem.
⁷¹ Idem.
⁷² Idem.
⁷³ Idem.

Interrupción – 0 días			
No. 1702 de 2016 ⁷⁴	09/11/2016	30/11/2016	22 días
Interrupción – 0 días			
No. 1934 de 2016 ⁷⁵	01/12/2016	15/01/2017	1 mes, 15 días
Interrupción – 0 días			
No. 064 de 2017 ⁷⁶	16/01/2017	28/02/2017	1 mes, 15 días
Interrupción – 0 días			
No. 199 de 2017 ⁷⁷	01/03/2017	31/03/2017	1 mes
Interrupción – 0 días			
No. 297 de 2017 ⁷⁸	01/04/2017	30/04/2017	1 mes
Interrupción – 0 días			
No. 465 de 2017 ⁷⁹	01/05/2017	31/07/2017	3 meses
Interrupción – 0 días			
No. 683 de 2017 ⁸⁰	01/08/2017	30/09/2017	2 meses
Interrupción – 0 días			
No. 793 de 2017 ⁸¹	01/10/2017	31/11/2017	2 meses
Interrupción – 0 días			
No. 1174 de 2017 ⁸²	01/12/2017	31/01/2018	2 meses
Interrupción – 30 días			
No. 276 de 2018 ⁸³	01/04/2018	31/05/2018	2 meses
Interrupción – 0 días			
No. 471 de 2018 ⁸⁴	01/06/2018	30/06/2018	1 mes
Interrupción – 0 días			
No. 643 de 2018 ⁸⁵	01/07/2018	31/07/2018	1 mes

El objeto pactado en los referidos contratos consistía en la prestación de servicios como *auxiliar de enfermería*; y atendían a la idoneidad, experiencia y capacidad acreditada por la contratista, ello, toda vez que así quedó plasmado en los contratos suscritos por la señora Mejía Loaiza, *verbi gratia*, en el: “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS SFP No. 219 (...)” se indica: 5) *Que LA CONTRATISTA esta (sic) capacitada, tiene los conocimientos y experiencia y es la persona idónea para desarrollar el objeto del presente contrato*”.⁸⁶

⁷⁴ Idem.
⁷⁵ Idem.
⁷⁶ AD. “27AnexoContratos”; “CONTRATOS2017”.
⁷⁷ Idem.
⁷⁸ Idem.
⁷⁹ Idem.
⁸⁰ Idem.
⁸¹ Idem.
⁸² Idem.
⁸³ AD. “27AnexoContratos”; “CONTRATOS2017”.
⁸⁴ Idem.
⁸⁵ Idem.
⁸⁶ Pág. 1 AD “c-219”; “27AnexoContratos”; “CONTRATOS2005”.

Además se pactó una remuneración mensual a título de honorarios, por la ejecución de las actividades contratadas, lo cual igualmente se encuentra corroborado con las actas de liquidación de los contratos o recibos de pago aportados⁸⁷.

Aunado a lo anterior, los testigos Julián Marín Botero, Jerónimo Tangarife Granada, Manfredy Armando Solano, Paula Andrea Morales Castaño, Jaime Gómez López y María Eugenia Arias Soto fueron consistentes en la descripción de las actividades realizadas por la señora Mejía Loaiza al servicio de Assbasalud, en su calidad de auxiliar de enfermería; todos ellos, manifestaron que la conocieron directamente toda vez que, prestaron en diferentes tiempos los servicios a la misma entidad, ya fuera como contratistas o por vinculación legal y reglamentaria como la ostentaron el señor Jaime Gómez López y la señora María Eugenia Soto.

Al respecto el testigo Julián Marín Botero⁸⁸ precisó que, conoció a la señora Mejía Loaiza trabajando en Assbasalud, laborando como auxiliar de enfermería aproximadamente entre 2015 a 2017, que ello le constaba por cuanto el testigo laboró prestando servicios de conductor de ambulancia a la entidad.

El Testigo Jerónimo Tangarife Granda⁸⁹ manifestó que, conoció a la señora Mejía Loaiza debido a que prestó sus servicios a Assbasalud desde 2016, que le constaba que aquella se desempeñaba como auxiliar de enfermería al servicio de Assbasalud.

El testigo Manfredy Armando Solano⁹⁰ declaró que, conoció a la señora Mejía Loaiza, debido a que laboró como conductor de ambulancia desde 2013 hasta el 2020 al servicio de Assbasalud, que le consta que aquella se desempeñó como auxiliar de enfermería prestando sus servicios para la referida entidad.

Así mismo, la testigo Paula Andrea Morales Castaño⁹¹ declaró que, conoció a la señora Mejía Loaiza, quien prestó sus servicios como auxiliar de enfermería para Assbasalud, que lo anterior le consta debido a que prestó sus servicios a la entidad como enfermera superior desde 2016 hasta 2020.

Por otro lado, el testigo Jaime Gómez López⁹² declaró que, conoció a la señora Mejía Loaiza, quien prestó servicio como auxiliar de enfermera en las diferentes sedes de Assbasalud; que le consta que ella laboró desde 2008 hasta 2018, toda vez que durante la prestación de los servicios por la causante, él laboró como Médico Coordinador de hospitales y clínicas de Assbasalud.

⁸⁷ V.gr. AD “AT-306” - “CONTRATOS2009”; AD “AT-184” - “CONTRATOS2010”; AD “AT-140” - “CONTRATOS2011”, etc.

⁸⁸ AD. “45.ActaAudienciaPrueba” minuto 20 en adelante.

⁸⁹ Idem. Minuto 62 en adelante

⁹⁰ AD. “51ActaAudienciaTrasladoAlegatos” minuto12 en adelante.

⁹¹ AD. “51ActaAudienciaTrasladoAlegatos” minuto 32 en adelante

⁹² AD. “45.ActaAudienciaPrueba” minuto 103 en adelante.

La testigo María Eugenia Arias Soto⁹³ señaló que la señora Mejía Loaiza, se desempeñó como auxiliar de enfermería en la entidad bajo contrato de prestación de servicios, concretamente en urgencias; lo anterior le consta toda vez que laboró al servicio de la entidad en calidad de enfermera jefe en el servicio de urgencias, desde 1997 hasta 2022.

De acuerdo con lo anterior es claro que, existió una relación contractual entre Assbasalud y la señora Mejía Loaiza, desde el 1º de noviembre de 2005 hasta el 31 de julio de 2018, con algunas interrupciones que no superaron los treinta días, que imponía la prestación personal del servicio por parte de esta, como auxiliar de enfermería, frente a lo cual recibía una remuneración mensual a título de honorarios.

3.3.2. De la subordinación o dependencia en el desarrollo de las labores contratadas

Superado lo referente a los extremos temporales de la relación, la efectiva prestación personal del servicio y la consecuente remuneración del mismo, la Sala descenderá al análisis del elemento de la relación laboral en la cual se ha centrado la discusión entre las partes, esto es, la existencia de subordinación en el desarrollo de las funciones de la señora Mejía Loaiza al servicio de Assbasalud.

Para ello se tendrán en cuenta, los criterios esbozadas en la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021, líneas atrás citada, sobre las situaciones indiciarias de la existencia de la subordinación y que además, dada la naturaleza de las actividades que desempeñan los profesionales de la salud, tales como galenos, enfermeras o auxiliares de enfermería, existe una suerte de subordinación intrínseca que es propia a este tipo de oficios, por lo que, la carga probatoria frente a este elemento de la relación laboral es menos exigente.

Al respecto, el Consejo de Estado hapreciado que: *“es ínsita al objeto misional de una entidad prestadora de servicios de salud que, además, constituye una función pública a cargo y/o bajo la vigilancia del Estado, genera que sea menos exigente la demostración del elemento subordinación, tal y como acontece con el servicio docente, más aún cuando el servicio no ha sido contratado de manera transitoria o excepcional”*.⁹⁴

3.3.2.1. Indicios con respecto a la existencia de un horario de trabajo y al lugar de desarrollo de las actividades

Al respecto el Consejo de Estado⁹⁵ ha precisado que, normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista, o un sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades no implican necesariamente, que exista subordinación laboral, pero pueden ser indicio de la

⁹³ Idem. Minuto 122 en adelante.

⁹⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 24 de junio de 2015, Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00067-01 (3038-13).

⁹⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021.

existencia de una subordinación subyacente, lo cual deberá ser valorado en función del objeto contractual convenido.

En el caso concreto, uno de los aspectos comunes a los contratos celebrados entre Assbasalud y la señora Mejía Loaiza es que se pactó la prestación de los servicios en turnos, en determinadas área de atención de Assbasalud, como urgencias, hospitalización y partos; así por ejemplo, en el Contrato 306 de 2009 se pactó: *“CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO: Realización de turnos como Auxiliar de Enfermería actividades que serán coordinadas con el enfermero asignado al centro de atención en el cual desarrolle los turnos”*⁹⁶; en el Contrato 64 de 2017 se pactó: *“CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO Realización de turnos como Auxiliar Área Salud Enfermería apoyando procesos de urgencias y hospitalización de Assbasalud ESE...”*⁹⁷

Adicionalmente el señor Julián Marín Botero⁹⁸ frente al lugar de prestación del servicio por parte de la señora Mejía Loaiza, señaló: *“...yo la conocí como auxiliar de enfermería trabajando en Assbasalud...”* que *“... ella laboraba para los diferentes puestos de salud de Assbasalud...”*, que lo anterior le constaba porque él prestó sus servicios como conductor de ambulancia *“...entre el año 2015 a 2019 (...) hacían traslados en ambulancia entre los diferentes puestos de Assbasalud...”*. Frente a los turnos señaló que: *“...se manejaban de 12 horas día, 12 horas noche, de 7:00 am a 7:00 pm y 7:00 pm a 7:00 am...”*; frente a quién asignaba los turnos refirió: *“...la jefe (enfermera) era quien asignaba los cuadros de turnos de los auxiliares...”*

El testigo Jerónimo Tangarife Granda⁹⁹ manifestó que, conocía a la señora Mejía Loaiza y que: *“... ella trabaja en Assbasalud...era auxiliar de enfermería...laboraba en atención y cuidado del paciente...”*; que: *“(...) trabajaba conmigo en la misma unidad hospitalaria”*; lo anterior le consta, toda vez que, laboró al servicio de la entidad demandada durante 10 años como tecnólogo y después como enfermero profesional. Frente a los horarios que debía cumplir la señora Mejía Loaiza señaló: *“...siempre se cumplían horarios de 7 a 7, ya sea de 7: 00 am a 7:00 pm y de 7:00 pm a 7:00 am...”*, que los turnos los fijaba: *“...por lo general era Beatriz escobar y María Eugenia Cárdenas, que era coordinadora...”*; *“...que uno debía cumplir el horario, a menos que hubiera una causa justificada para no hacerlo, pero siempre se cumplía el horario de 7 a 7...”*.

El testigo Manfredy Armando Solano¹⁰⁰, sostuvo que: *“...conoció a Nora Lucía en Assbasalud, ella trabajaba como auxiliar de enfermería en Assbasalud, en el puesto que le tocara en “San Cayetano” o en la “Enea” o en su defecto en el “Centro Piloto”, donde le tocara...”*; que le consta que la señora Mejía Loaiza cumplía turnos de 12 horas de 7:00 a.m a 7:00 pm o 7:00 pm a 7:00 am. en la referida entidad.

⁹⁶ AD. “27AnexoContratos”; “CONTRATOS2009”.

⁹⁷ AD. “27AnexoContratos”; “CONTRATOS2017”.

⁹⁸ AD. “45.ActaAudienciaPrueba” minuto 20 en adelante.

⁹⁹ Idem. Minuto 62 en adelante

¹⁰⁰ AD. “51ActaAudienciaTrasladoAlegatos” minuto12 en adelante.

La testigo Paula Andrea Morales Castaño¹⁰¹ señaló que ingresó a laborar en Assbasalud en 2016, por lo que le consta que la señora Mejía Loaiza cumplía horario de trabajo de 12 horas, en turnos de 7:00 am a 7:00 pm y de 7:00 pm a 7:00 am.

El testigo Jaime Gómez López¹⁰², frente al lugar en el que la señora NLML se desempeñó, señaló: *“...prestó lo servicios como auxiliar de enfermería en los servicios de salud del centro piloto y la enea de Assbasalud, durante los años 2008 a 2018...”*; frente a la pregunta de si los turnos eran obligatorios, señaló que: *“...de ninguna manera, había modalidad de oferta, modalidad de disponibilidad de turnos, si algún contratista no quería o no podía, simplemente informaba al coordinador para que cambiara el turno...y no se le pagaba el turno;... era libre del albedrío del contratista hacer 5 o 6 turnos o bien podían hacer 20 turnos...”*. En cuanto al cumplimiento de horario por la señora Mejía Loaiza indicó: *“... que los turnos era una oferta, que se les solicitaba a los contratistas la disponibilidad de tiempo para el mes siguiente...”*.

La testigo María Eugenia Arias Soto¹⁰³ señaló que, la señora Mejía Loaiza prestó sus servicios como auxiliar de enfermería en el servicio de urgencias de Assbasalud; indicó que los turnos eran concertados y que no eran obligatorios.

De conformidad con lo expuesto, se encuentra acreditado que la señora Mejía Loaiza cumplió las funciones del objeto contractual, en las instalaciones de la contratante y en el lugar y horario indicado por la entidad contratante, lo cual era necesario atendiendo la naturaleza de las funciones realizadas por la contratista, como auxiliar de enfermería, lo cual si bien no implica necesariamente que exista subordinación, puede constituir un indicio de la existencia de la subordinación laboral, por lo cual se hace necesario analizar las demás circunstancias que rodearon la ejecución de los referidos contratos.

Además, si bien los testigos Jaime Gómez López y María Eugenia Arias Soto señalaron que lo que existía era una concertación de turno, que podían ser cambiados por los contratistas, ello no es indicativo de que la señora Mejía Loaiza fuera totalmente libre en establecer el horario en que prestaría sus servicios.

3.3.2.2. Indicios de dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar más allá de la simple coordinación entre contratante y contratista

Al respecto el Consejo de Estado¹⁰⁴ ha precisado que, la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar, bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del ius variandi, la

¹⁰¹ AD. “51ActaAudienciaTrasladoAlegatos” minuto 32 en adelante

¹⁰² AD. “45.ActaAudienciaPrueba” minuto 103 en adelante.

¹⁰³ Idem. Minuto 122 en adelante.

¹⁰⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021.

dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia del elemento de la subordinación, en la medida en que se demuestre que, la contratante ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que se llevó a cabo el cumplimiento del objeto contractual.

En el caso concreto, el testigo Julián Marín Botero, quien se desempeñó como conductor de ambulancia al servicio de Assbasalud relató que, la señora Mejía Loaiza tenía como jefe a María Eugenia Arias, de quien recibía órdenes, además de los médicos quienes también daban órdenes; precisó: *“...pues ella desde empezar el turno recibía órdenes, la jefe son las que supervisan como está urgencias o el puesto de salud y dan las ordenes de lo que se va a realizar el día...”*; *“...cuando entra un paciente a un puesto de salud entra por triage, de ahí seguía el médico, quien recetaba los medicamentos, si se le iba realizar un examen, ellas (las auxiliares) son las que tienen que pedir los medicamentos, inyectar los medicamentos, mirar en qué cama va a quedar, o se va a realizar una remisión es quien va e informa a la enfermera jefe...”*.

Por su parte Jerónimo Tangarife Granda, quien laboró al servicio de la entidad demandada como tecnólogo y después como enfermero profesional en la misma entidad, declaró que la señora Mejía recibía órdenes de la enfermera jefe María Eugenia Arias, las cuales consistían en verificar que se hicieran las actividades de enfermería correctamente, que se cumplieran con las labores que se asignaban durante el horario laboral, que se cumplieran con los protocolos de la institución.

El testigo Manfredy Armando Solano, quien laboró como conductor de ambulancia desde 2013 hasta el 2020 al servicio de Assbasalud, manifestó que le consta que, María Eugenia Arias era quien impartía órdenes a la señora Mejía Loaiza, organizaba los horarios y concedía permisos; que el personal médico impartía la orden de lo que se debía administrar a los pacientes.

La testigo Paula Andrea Morales Castaño manifestó que, en su condición de enfermera jefe de Assbasalud, impartió órdenes a las auxiliares de enfermería, dentro de ellas a la señora Mejía Loaiza. El testigo Jaime Gómez López, en su calidad de médico Coordinador de Hospitales de Assbasalud, señaló que ordenaba a las auxiliares de enfermería -como lo fue la señora Mejía Loaiza -, que debían estar pendientes del cuidado de cada paciente, ejecutando las órdenes o la conducta que direccionaba el médico tratante. Adujo por otro lado que, la asistencia a capacitaciones no era obligatoria.

De acuerdo a lo anterior, se tiene que, las declaraciones son claras y coincidentes en señalar que, la señora Mejía Loaiza desarrolló sus funciones como auxiliar de enfermería al servicio de Assbasalud, bajo la dirección y control efectivo de las enfermeras jefe y de los médicos de esa entidad.

Adicionalmente, en los referidos contratos se establecieron unas obligaciones a cargo de la contratista, que constituyen indicios de dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar por parte de la entidad contratante, que van más allá de la simple

coordinación de actividades, como por ejemplo: - *“Realizar los turnos que le sean asignados”*, - *“En la prestación de los servicios propender por el manejo adecuado del sistemas de información de la empresa, el diligenciamiento de la historia clínica, y el cuidado de los equipos e instrumentos con los que cuenta la institución para la prestación de los servicios de salud”*; - *“Cumplir con los planes de mejoramiento que sean necesarios de acuerdo a las interventorías o supervisión que se le realicen en la ejecución del contrato de prestación de servicios”*.¹⁰⁵

Si bien el testigo Jaime Gómez López indicó que, no era una obligación asistir a las capacitaciones, ello no se corresponde con lo señalado por otros testigos y lo estipulado en los contratos suscritos entre Assbasalud y la señora Mejía Loaiza, en tanto en ellos se señala como una de las obligaciones de la contratista, la de asistir a las capacitaciones; así por ejemplo, en el Contrato 465 de 2017 se pactó: *“...CLÁUSULA SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: EL CONTRATISTA se obliga para con ASSBASALUD ESE: (...) C) **Asistir** a los procesos de inducción, reinducción, y **capacitaciones** que requiera la entidad, con el objeto de generar el **entrenamiento** adecuada en la prestación de los servicios con calidad...”*.¹⁰⁶ (Se resalta)

Como puede verse, existen bastantes elementos indicativos de que la entidad contratante realizaba constantes y permanentes actividades de control, vigilancia, imposición o seguimiento a las actividades desarrolladas por la contratista, las cuales sobrepasan lo que podría catalogarse como una simple coordinación de actividades entre contratante y contratista.

3.3.2.3. Indicios referentes al desarrollo de actividades misionales de la entidad Contratante y vocación de continuidad

Al respecto el Consejo de Estado¹⁰⁷ ha señalado que, si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios, pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración y si la tarea acordada no corresponde a actividades nuevas, que no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, se desdibuja la relación contractual.

De acuerdo con la certificación ALC. 869-2021 del 16 de diciembre de 2021¹⁰⁸, expedida por el alcalde de Manizales, Assbasalud es *“...una entidad pública descentralizada, de categoría especial del orden municipal con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, para prestación directa de los servicios de **salud**, en el primer nivel de*

¹⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁶ AD. “27AnexoContratos”; “CONTRATOS2017”.

¹⁰⁷ Entre otras: Consejo de Estado, sentencia de 3 de marzo de 2011. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Rad 15001-23-31-000-1999-02528-01(0693-10). Consejo de Estado. Sección Segunda Subsección "A" M.P.: Alfonso Vargas Rincón Rad.: 68001231500020020210401 (0233-08)

¹⁰⁸ AD. “13Anexo2Certificado”

atención...". Así mismo, la misión de la entidad consiste en "...prestar servicios primarios de salud en forma integral...".¹⁰⁹ (Se destaca).

En los contratos suscritos entre Assbasalud y la señora Mejía Loaiza arriba referenciados, el objeto pactado consistía en prestar los servicios como auxiliar de enfermería, y en cuanto a las actividades desarrolladas por la contratista, el testigo Julián Marín Botero, relató que, entre ellas estaban: *"...preparar medicamentos, dar medicamentos, ir a la farmacia por los medicamentos, aplicar medicamentos a los pacientes, dar las diferentes dietas de alimentación a los pacientes, hacer aseo a las camas, estar pendiente del monitoreo, estar pendiente de los pacientes, estar pendientes de las órdenes de los médicos y de los jefes"*.

Por su parte, Jerónimo Tangarife Granda declaró que las actividades desempeñadas por la señora Mejía Loaiza consistían en: *"...todo lo que tiene que ver con el cuidado del paciente...cuidados personales, los horarios de administración de medicamentos, curaciones, todo lo que el cuidado de enfermería conlleva..."*.

La testigo María Eugenia Arias Soto señaló que, le consta que las auxiliares de enfermería cumplían funciones tales como administración de tratamientos, inyectología, gestión del cuidado del paciente, estar pendientes de los signos vitales de los pacientes en el servicio de urgencias, bañar los pacientes y organizar las camas de las unidades. Indicó además que las enfermeras profesionales asistenciales, debían revisar las historias clínicas, ordenar los medicamentos, quienes a su vez, son los que formulan los procedimientos de enfermería y que eran ejecutados por los auxiliares de enfermería.

La testigo Paula Andrea Morales Castaño manifestó que, la señora Mejía Loaiza debía cumplir funciones como auxiliar de enfermería tales como recibir turno, cumplir horario, cuidado básico del paciente, verificar que la unidad del paciente estuviera en buen estado, revisar signos vitales, asistencia en la alimentación del paciente.

El testigo Jaime Gómez López, en su calidad de médico Coordinador de Hospitales de Assbasalud, señaló que las auxiliares de enfermería -como lo fue la señora Mejía Loaiza -, debían estar pendientes del cuidado de cada paciente, aplicar medicamentos o cambiar sondas, entre otras.

De acuerdo a lo anterior, se tiene que, las declaraciones son claras y coincidentes en señalar que, la señora Mejía Loaiza fungió como auxiliar de enfermería al servicio de Assbasalud, desempeñando labores tales como, cuidado del paciente, aplicación de medicamentos, verificación de signos vitales; las cuales corresponden al desarrollo de actividades misionales y permanentes de la entidad contratante -Assbasalud- consistentes en la prestación de servicios de salud.

¹⁰⁹ <https://www.assbasalud.gov.co/mision-y-vision>

Aunado a lo anterior, no se presenta justificación alguna para que Assbasalud vinculara a la señora Mejía Loaiza para la ejecución de esas actividades misionales y permanentes, mediante contratos de prestación de servicios, en forma continua entre 2005 y 2018; contratos que, como se advirtió líneas arriba, deben apuntar es al desarrollo de labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional.

Así, se tiene que, la contratación de señora Mejía Loaiza a través de continuos contratos de prestación de servicios para la ejecución de actividades misionales y permanentes de la contratante, que se extendieron por cerca de trece años, desvirtúa esta vocación transitoria o accidental que debe caracterizar al contrato de prestación de servicios.

3.3.2.4. Indicios referentes a que las actividades o tareas desarrolladas correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta.

Sobre este punto, el Consejo de Estado¹¹⁰ ha precisado que, el hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente.

Al respecto como se ha señalado anteriormente, de acuerdo con los contratos suscritos por la señora Mejía Loaiza, el objeto pactado consistía en prestar los servicios como auxiliar de enfermería¹¹¹ desempeñando labores tales como, cuidado del paciente, aplicación de medicamentos, verificación de signos vitales; las cuales corresponden al desarrollo de actividades misionales y permanentes de la entidad contratante - Assbasalud- consistentes en la prestación de servicios de salud.

La testigo Paula Andrea Morales Castaño manifestó que, no había diferencia entre las funciones que desarrollaban las auxiliares de enfermería de planta y las auxiliares contratistas. En igual sentido el testigo Jaime Gómez López, al preguntársele si en la atención de un paciente de acuerdo con las guías y protocolos existe diferencia entre la prestación y atención por parte de una auxiliar de enfermería de planta y una contratista, respondió que: *“...en la prestación del servicio es igual...en sus actividades profesionales como auxiliar de enfermería...la prestación del servicio de acuerdo a la lex artis y de acuerdo a las guías y protocolos del Ministerio de Salud, de la Dirección Territorial de Salud o la Secretaría de Salud son iguales, igualitica es la prestación del servicio, ahí no hay diferencia, la diferencia radica es en la contratación, unos son por prestación de servicios como el caso de la señora Nora Lucía y otros es por carrera administrativa...”*.

¹¹⁰ Consejo de Estado sentencia de 3 de marzo de 2011. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Rad 15001-23-31-000-1999-02528-01(0693-10).

¹¹¹ AD. “27AnexoContratos”; “CONTRATOS2017”.

De acuerdo con lo anterior es claro que, el servicio personal contratado y desarrollado por la señora Mejía Loaiza, consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, lo cual también es indicativo de la existencia de la existencia de subordinación y dependencia de la señora Mejía Loaiza respecto de la entidad demandada en la ejecución de sus funciones.

3.3.2.5. Conclusión

Las situaciones descritas, esto es: i) el objeto de los contratos de prestación de servicios, ii) las obligaciones de la contratista, iii) la sujeción a un horario laboral, iv) que las actividades desarrolladas por aquella son inherentes a la misión y función permanente de Assbasalud, v) que tales actividades se realizaron con sujeción a las órdenes y directrices impartidas por las jefes de enfermería o los galenos encargados de la atención médica, que sobrepasaron lo que lógicamente podría catalogarse como una simple coordinación entre contratante y contratista; vi) las condiciones de permanencia y continuidad de las labores por cerca de trece años, aunado a que, vii) las actividades desarrolladas correspondían a las que tienen asignadas los servidores de planta; son indicativas de la existencia de subordinación y dependencia de la señora Mejía Loaiza respecto de la entidad demandada.

Por lo tanto, no son de recibo los argumentos propuestos por la entidad accionada al señalar que, el simple cumplimiento de un horario o la coordinación de funciones no son indicativos de la existencia de la subordinación, pues confluyen otros elementos que analizados en conjunto, permiten aseverar la existencia de dicho elemento constitutivo de la relación laboral.

En consecuencia, al estar acreditada la prestación personal del servicio, la remuneración, y la subordinación, se concluye que, existió una verdadera relación laboral entre Assbasalud y la señora Nora Lucía Mejía Loaiza, que fue enmascarada mediante la celebración de sucesivos contratos de prestación de servicios.

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

4.1. Tesis del Tribunal: No hay lugar a decretar la prescripción extintiva de los créditos laborales reclamados teniendo en cuenta que, entre la fecha de finalización de los contratos de prestación de servicios señalados y la fecha de reclamación (19 de abril de 2021), y así mismo, entre esta fecha y la de presentación de la demanda (28 de julio de 2021) no transcurrieron más de 3 años.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia al: i) marco normativo y jurisprudencial; para luego descender al ii) análisis del caso concreto.

4.2. Marco normativo y jurisprudencial

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

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

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

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

El Consejo de Estado en sentencia del 25 de agosto de 2016¹¹² unificó la posición sobre la prescripción en el contrato realidad de la siguiente manera:

“i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual; ii) sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad; iii) lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional; iv) las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA)...”.

¹¹² Consejo de Estado. Sección segunda. Sentencia de 25 de agosto de 2016. MP. Carmelo Perdomo Cueter. expediente 0088-15, CESUJ2

Aunado a lo anterior, el plazo de prescripción abarca la relación laboral ininterrumpida sin solución de continuidad. Al respecto, el Consejo de Estado¹¹³, señaló:

3.2.2. Unificación del término de interrupción o solución de continuidad

150. Como se indicó en el apartado anterior, aunque en la actualidad la Sección Segunda aplica el criterio pacífico sobre el término y el momento a partir del cual debe computarse la prescripción extintiva, la existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario el examen de sus interrupciones, con el fin de establecer si se presentó o no la solución de continuidad en la relación laboral declarada. **En ese sentido, la Sala considera adecuado establecer un periodo de treinta (30) días hábiles** como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios, sin que este, se itera, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral.

151. Adicionalmente, como complemento de la anterior regla, deberán atenderse las siguientes recomendaciones:

152. Primera: cuando las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebren contratos de prestación de servicios en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurran todos los elementos constitutivos de una auténtica relación laboral, **se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles**, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades.

153. Segunda: en cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual. En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse.” (se destaca)

4.3. Prescripción extintiva en el caso concreto

Atendiendo lo expuesto y conforme a la relación de duración de los contratos y las interrupciones, señaladas en el “**Cuadro General**” se evidencia que, no hubo solución de continuidad entre ellos, pues no trascurrieron más de 30 días, además que, no hubo variación de los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos.

¹¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de unificación por importancia jurídica, del 9 de septiembre de 2021. Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

Por lo tanto, para contabilizar el término de 3 años de prescripción deberá tomarse la fecha de finalización del último contrato, este es el 643 de 2018¹¹⁴, el cual concluyó el 31 de julio de 2018, por lo que, la parte interesada tenía hasta el 31 de julio de 2021 para presentar la reclamación de los réditos derivados de la relación laboral.

Así, teniendo en cuenta que la reclamación fue presentada el 19 de abril de 2021¹¹⁵, no se presentó el fenómeno de la prescripción. Además, la demanda del presente medio de control, fue instaurada el 28 de julio de 2021¹¹⁶.

4.4. Conclusión

Así las cosas, teniendo en cuenta que, no existió solución de continuidad entre los contratos celebrados por la señora Mejía Loaiza y que la parte interesada reclamó antes de fenecer los tres años, se negará el medio exceptivo de *“prescripción de los derechos en materia laboral”* formulado por la entidad demandada.

5. Tercer Problema Jurídico: *¿Qué valores deben ser liquidados y reconocidos a favor de la parte demandante con ocasión de la mentada relación laboral?*

5.1. Tesis del Tribunal: Al haberse demostrado la existencia de una relación laboral, se ordenará a Assbasalud a: liquidar y pagar a favor de los sucesores de la señora Nora Lucía Mejía Loaiza, las prestaciones sociales de orden legal que percibía un servidor de la misma categoría [auxiliar de enfermería] vinculado laboralmente a la planta de la entidad; liquidadas sobre el salario de estos, o sobre los honorarios pactados en los contratos, en caso de inexistencia del cargo en la planta de personal, en proporción a los periodos efectivamente laborados. Además se ordenará a Assbasalud, cotizar las diferencias entre los aportes pensionales realizados, si los hubiere. Se negaran las demás pretensiones de la parte demandante.

Lo anterior, conforme al siguiente análisis:

5.2. Pago de prestaciones sociales y salariales

Tratándose del reconocimiento de prestaciones sociales en virtud a la declaratoria del contrato realidad, el Consejo de Estado¹¹⁷ ha señalado:

“Frente al reconocimiento de las primas de vacaciones, navidad y riesgo; y las cesantías, cabe destacar que esta Sala, en sentencia de 4 de febrero de 2016¹¹⁸, precisó que «con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de reparación integral del daño al declararse una relación de carácter laboral, [...] acude a la

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ Pág. 35-53 AD. “02DemandayAnexos

¹¹⁶ AD “01ActaReparto”

¹¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 6 de mayo de 2021. Radicado No. 25000-23-25-000-2012-00298-01(4249-17)

¹¹⁸ Expediente 810012333000201200020-01 (316-2014).

clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas.

En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral. Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son entre otras las primas, las cesantías; y las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización».

*Asimismo, en providencia de 6 de octubre siguiente¹¹⁹, aclaró que «el reconocimiento de la primacía de la realidad sobre la formalidades que conlleva a la declaración de existencia de una relación laboral subyacente de un contrato de prestación de servicio, **no puede otorgar al accionante la calidad de empleado público**, por lo que no es posible reconocer prestaciones sociales de carácter extralegal que devenguen otros funcionarios de la planta de personal del ente territorial demandado, máxime cuando la accionante no acreditó dentro del proceso cuales son las prestaciones a las que considera tener derecho ni el origen de las mismas».*

En virtud del derrotero jurisprudencial expuesto, al actor le asiste el derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales de carácter legal..., mas no podrán reconocérsele aquellas extralegales, por cuanto comportan un beneficio para los empleados públicos, condición de la que él carece.

En ese sentido, le corresponderá a la entidad accionada al momento de cumplir la condena impuesta en este fallo, determinar las prestaciones sociales que serán objeto de liquidación a favor del acto”.

De acuerdo a lo anterior, se ordenará a Assbasalud liquidar y pagar a favor de los sucesores de la señora Nora Lucía Mejía Loaiza, las prestaciones sociales de orden legal que percibía un servidor de la misma categoría [auxiliar de enfermería] vinculado laboralmente a la planta de la entidad; liquidadas sobre el salario de estos, o sobre los honorarios pactados en los contratos, en caso de inexistencia del cargo en la planta de personal, en proporción a los periodos efectivamente laborados relacionados en el **“Cuadro General”**.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada se actualizarán de acuerdo con la siguiente fórmula: $R = Rh \times \text{índice final} / \text{índice inicial}$, donde el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el Dane (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación).

¹¹⁹ Expediente 660012333000201300091 01 (237-2014).

5.3. Horas Extras y trabajo suplementario

Solicitó la parte actora el reconocimiento y pago de horas extras y trabajo suplementario por el periodo laborado desde el 1 de noviembre de 2005 hasta el 31 de julio de 2018.

Al respecto, dentro del expediente no existe prueba de su causación, por lo que no es posible determinar si se trató de trabajo extra, diurno o nocturno, si existió compensación o no y si se le autorizó para tal efecto. Por tanto, esta pretensión será negada.

5.4. Indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa y estabilidad laboral reforzada

Deprecó la parte actora el pago de indemnización por terminación unilateral del contrato a término indefinido sin justa causa y además indemnización por estabilidad laboral reforzada.

Al respecto, aunado a que, del material probatorio arrimado al proceso, no fue acreditado que la señora Mejía Loaiza se encontrara en situación que la hiciera merecedora de una estabilidad laboral reforzada; además conforme lo dispone la Ley 789 de 2002¹²⁰ la indemnización deriva de la finalización injustificada del contrato de trabajo, y en el presente asunto la señora Mejía Loaiza no fue vinculada a través de dicha figura ni existió una relación legal y reglamentaria. Por lo anterior, estas pretensiones serán negadas.

5.3. Aportes pensionales

Al respecto, si bien la parte demandante no reclamó el pago de los aportes al fondo de pensiones durante el tiempo que duró la vinculación contractual, la Sala procederá de oficio al análisis de la obligación de efectuar dichos aportes, teniendo en cuenta el carácter irrenunciable del derecho pensional, con fundamento en lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia del 25 de agosto de 2016¹²¹ en la que indicó:

“En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde

¹²⁰ “Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo.”

¹²¹ Consejo de Estado. Sección segunda. Sentencia de 25 de agosto de 2016. MP. Carmelo Perdomo Cueter. expediente 0088-15, CESUJ2

con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.” (Se resalta)

Por lo tanto, en relación con las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, se ordenará a Assbasalud, calcular el ingreso base de cotización con fundamento el salario legalmente sufragado a quienes desempeñaban el empleo de auxiliar de enfermería o los honorarios pactados, conforme lo anotado en precedencia, en cada uno de los periodos contratados y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que efectivamente debió cumplir, cotizar al respectivo fondo de pensiones el valor faltante de aportes a pensión en el porcentaje que le incumbía como empleador..

Para efectos de lo anterior, la parte demandante deberá acreditar las cotizaciones que la señora Mejía Loaiza realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

En todo caso, el pago de las sumas que deberán cancelarse por concepto de aportes para pensión se actualizarán de acuerdo a los cálculos actuariales que exija el correspondiente fondo de pensiones, toda vez que dichos aportes deberán ser recibidos con efectos pensionales, como si su cotización y pago se hubiese realizado en la fecha efectiva de prestación del servicio.

5.4. Sanción moratoria por el no pago de las prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo y por la no consignación del auxilio de cesantía en el fondo

El Consejo de Estado¹²² sobre este particular, ha señalado:

“Ha sido pacífica la postura que por parte de esta Corporación ha definido frente al reconocimiento de la sanción moratoria cuando se declara la existencia de una relación laboral que subyace de la relación contractual estatal bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, en cuanto que, el reconocimiento y pago de las cesantías, surge sólo con ocasión de la declaratoria de la relación laboral, por lo que, no podría reclamarse la sanción moratoria como quiera que apenas con ocasión de la sentencia que declara la primacía de la realidad sobre las formalidades surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio.

En otras palabras, la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sólo es viable en tanto las cesantías hayan sido reconocidas, y no cuando está en litigio la declaración del derecho a percibirlas, es decir, cuando está en discusión el derecho al

¹²² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Sentencia del 6 de octubre de 2016, Radicado No. 41001-23-33-000-2012-00041-00 (3308-13).

reconocimiento y pago del aludido auxilio de cesantías no podría configurarse la sanción por mora en el pago de aquellas”.

Así las cosas, se negarán las pretensiones relacionadas con el reconocimiento y pago el pago tardío de las prestaciones sociales, toda vez que, el derecho a percibir la prestaciones ordinarias, surge únicamente con la sentencia que así las reconoce; por lo tanto es posible predicarse una mora en el pago de aquellas.

En consecuencia de lo anterior, se declarará parcialmente probada la excepción de “Cobro de lo no debido” propuesta por la entidad demandada.

5.5. Conclusión

De conformidad con lo expuesto, se condenará a Assbasalud a: liquidar y pagar a favor de los sucesores de la señora Nora Lucía Mejía Loaiza, las prestaciones sociales de orden legal que percibía un servidor de la misma categoría [auxiliar de enfermería] vinculado laboralmente a la planta de la entidad; liquidadas sobre el salario de estos, o sobre los honorarios pactados en los contratos, en caso de inexistencia del cargo en la planta de personal, en proporción a los periodos efectivamente laborados relacionados en el **“Cuadro General”**. Además se ordenará a Assbasalud, cotizar las diferencias entre los aportes realizados, si los hubiere y en los términos indicados previamente. Se negarán las demás pretensiones de la parte demandante.

6. Condena en costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, el cual dispuso lo siguiente: *“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”*; y el artículo 365 del CGP, no se condenará en costas en esta instancia teniendo en cuenta que las pretensiones de la parte demandante prosperaron solo de forma parcial.

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

SENTENCIA

Primero: Declarar no probadas las excepciones de *“Inexistencia de la obligación laboral (prestaciones sociales) en favor del excontratista Nora Lucía Mejía Loaiza”, “Falta de agotamiento del requisito de procedibilidad”, “Falta de legitimación por activa para demandar en el presente asunto”, “Falta de legitimación por pasiva”, “Inexistencia del derecho reclamado como tributo en favor de herederos”; “Caducidad de la acción y prescripción de los derechos en*

*materia laboral”; “Presunción de legalidad de los contratos suscritos entre Assbasalud y Nora Lucía Mejía Loaiza aportados como prueba al debate”; y “Presunción de legalidad de la liquidación de los contratos suscritos entre Assbasalud y Nora Lucía Mejía Loaiza aportados como prueba al debate” y **parcialmente probada** la excepción de “Cobro de lo no debido”, propuestas por la ESE Assbasalud.*

Segundo: Declarar la nulidad del acto ficto negativo proveniente de la petición del 19 de abril de 2021, mediante la cual Assbasalud negó la existencia de una relación laboral con la señora Nora Lucía Mejía Loaiza durante el tiempo en que esta se desempeñó en calidad de auxiliar de enfermería vinculada bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios.

Tercero: Condenar a la ESE Assbasalud a liquidar y pagar a favor de los sucesores de la señora Nora Lucía Mejía Loaiza, las prestaciones sociales de orden legal que percibía un servidor de la misma categoría [auxiliar de enfermería] vinculado laboralmente a la planta de la entidad; liquidadas sobre el salario de estos, o sobre los honorarios pactados en los contratos, en caso de inexistencia del cargo en la planta de personal, en proporción a los periodos efectivamente laborados relacionados en el “**Cuadro General”**.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada se actualizarán de acuerdo con la siguiente fórmula: $R = Rh \times \text{índice final} / \text{índice inicial}$, donde el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el Dane (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación).

Cuarto: Condenar a la ESE Assbasalud a calcular el ingreso base de cotización con fundamento el salario legalmente sufragado a quienes desempeñaban el empleo de auxiliar de enfermería o los honorarios pactados, conforme lo anotado en precedencia, en cada uno de los periodos contratados y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que efectivamente debió cumplir, cotizar al respectivo fondo de pensiones el valor faltante de aportes a pensión en el porcentaje que le incumbía como empleador. Para ello, la parte demandante deberá acreditar las cotizaciones que la señora Mejía Loaiza realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

En todo caso, el pago de las sumas que deberán cancelarse por concepto de aportes para pensión se actualizarán de acuerdo a los cálculos actuariales que exija el correspondiente fondo de pensiones, toda vez que dichos aportes deberán ser recibidos con efectos pensionales, como si su cotización y pago se hubiese realizado en la fecha efectiva de prestación del servicio.

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

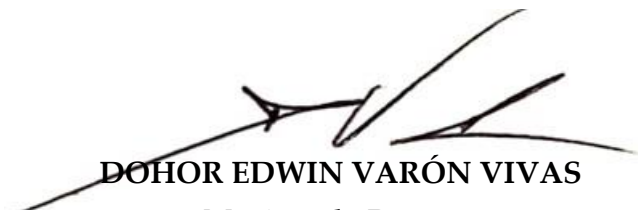
Sexto: Sin condena en costas.

Séptimo: La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia conforme a los artículos 188, 189 y 192 del CPACA. Las cantidades líquidas reconocidas en la sentencia devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia según lo previsto en el CPACA.

Octavo: 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 Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 064 de 2022.

NOTIFÍQUESE



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. 232

Manizales, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-23-33-000-2019-00389-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Valentina Jaramillo Marín
Demandado: Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Se procede a emitir fallo de primera instancia dentro del asunto de la referencia.

I. Antecedentes

1. Demanda.

1.1. Pretensiones.

Se solicita, inaplicar *“el artículo 17 del Acuerdo PSAA15-10402 de La Sala Administrativa del Consejo Superior de La Judicatura, en cuanto a la denominación “GRADO 23” asignada al cargo de ABOGADO ASESOR creado mediante dicho Acuerdo, por no existir razón alguna que indique que los ABOGADOS ASESORES de Tribunal Judicial tengan un tratamiento salarial y prestacional diferente al asignado por el Gobierno Nacional”*.

Que además, se declare la nulidad de: i) la Resolución DESAJMAR18-1258 del 14 de agosto de 2018, mediante el cual se negó la reliquidación con efectos retroactivos de las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el *“grado 23”* y el salario del cargo nominado de abogado asesor; y ii) el acto ficto derivado del silencio administrativo negativo, proveniente del recurso de apelación interpuesto el 03 de septiembre de 2018.

Que en consecuencia, se ordene a la demandada reconocer que el cargo de Abogado Asesor que ha desempeñado o desempeñó la demandante, durante su tiempo de vinculación al servicio de la Rama Judicial, y hasta la fecha, no ostenta ninguna denominación o grado adicional o diferencial al de *“Abogado Asesor de Tribunal Judicial”*, conforme con lo reglamentado por el Gobierno Nacional a través de los Decretos 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018 y 991 de 2019, así como los que los modifiquen, sustituyan o adicionen. Que la remuneración salarial del cargo de *“Abogado Asesor”* debe liquidarse según lo preceptuado por el Gobierno Nacional a través del artículo 4 de los citados Decretos.

Que se condene a la Rama Judicial a reconocer, liquidar y pagar con efectos retroactivos, las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el “grado 23”, que se han venido cancelando erróneamente y el cargo de “*Abogado Asesor de Tribunal Judicial*”, de acuerdo con lo dispuesto en los señalados decretos de asignación salarial y prestacional, durante el tiempo de vinculación en el Tribunal Superior de Manizales – Sala Civil Familia, en el cargo de Abogado Asesor.

Que las sumas que resulten a favor de la demandante sean indexadas según el IPC, conforme a lo establecido en el artículo 187 del CPACA, desde la fecha de vinculación al cargo de asesor hasta el pago efectivo de la obligación y condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada. Finalmente solicitó que se ordene al pago de intereses que se generen a partir de la fecha de la sentencia.

1.2. Sustento fáctico relevante

Señaló que, la demandante ocupó el cargo de “*Abogado Asesor*” a partir del 3 de noviembre de 2015 y hasta el 12 de septiembre de 2016; posteriormente entre el 07 de octubre y el 04 de diciembre de 2016; adicionalmente entre el 06 de diciembre de 2016 y el 30 de octubre de 2018; y finalmente entre el 06 de diciembre de 2018 y la fecha de interposición de la demanda, por lo que para efectos salariales le eran aplicables los Decretos 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018 y 991 de 2019 expedidos por el Gobierno Nacional en desarrollo de lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992.

Su vinculación como *Abogado Asesor grado 23* surgió con ocasión a los Acuerdos expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que crearon dicho cargo, por lo que el 23 de julio de 2018, solicitó a la demandada inaplicar por excepción de inconstitucionalidad la expresión “*grado 23*” contenida en tales Acuerdos, en tanto le asignaron al cargo de Abogado Asesor de los despachos de este Tribunal una remuneración diferente a los empleados que ocupan el cargo de Abogado Asesor de Tribunal a nivel nacional, asimismo solicitó la reliquidación con efectos retroactivos de las diferencias salariales y prestacionales existentes entre dichos cargos.

La demandada mediante Resolución DESAJMAR18-1258 del 14 de agosto de 2018, negó la petición anterior; contra esta decisión se presentó recurso de apelación; no obstante, la demandada no se pronunció, configurándose así el silencio administrativo negativo.

1.3. Normas violadas y concepto de violación.

Se considera que, con los actos demandados se han vulnerado los artículos 4, 13 53, 150 y 257 de la Constitución; Leyes 4 de 1992, 270 de 1996 y los Decretos 194 de 2014, 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018 y 991 de 2019.

Como fundamento de lo anterior indicó que, los actos administrativos censurados están viciados de nulidad relativa por la violación de la Ley, por cuanto en cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 19 del artículo 150 C.P., el Congreso de la República expidió la Ley 4 de 1992, por medio de la cual se fijó el régimen salarial y prestacional de los empleados

públicos; dentro de los criterios y objetivos allí determinados para el efecto, los cuales estaban, el establecimiento de rangos de remuneración para los cargos de los niveles profesional y asesor.

Que el Gobierno Nacional en desarrollo de dicha normativa expidió los Decretos Salariales 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014 en los cuales estableció la remuneración mensual para el *Abogado Asesor de Tribunal Judicial* y señaló expresamente que *“la remuneración mensual para los empleos de la Rama Judicial y la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores (4 y 5) se regirá por la siguiente escala...”* lo cual supuso una remuneración subsidiaria aplicable según el grado asignado, solo para aquellos cargos que no estuvieran contemplados en forma expresa en dichos decretos, lo cual no es el caso del cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial, pues este corresponde a una denominación expresamente allí efectuada, con su respectiva remuneración.

Dichos decretos reglamentarios expresamente refieren que *“Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente Decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4 de 1992”* y que *“Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos”*.

Posteriormente se expidieron los Decretos 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018 y 991 de 2018, los cuales determinaron el reajuste de las escalas salariales que regulan la remuneración mensual y asignaciones básicas mensuales de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial en ese mismo sentido.

Que en virtud de lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 270 de 1996, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura goza de la facultad constitucional y legal para “crear” los cargos que estime necesarios para la Administración de Justicia, determinar sus funciones y señalar los requisitos para su desempeño, solo cuando aquellos no hayan sido fijados por la Ley, pero que en el caso bajo juzgamiento, ese órgano hizo uso extralimitado de dicha potestad a efectos de expedir los Acuerdos de medidas de descongestión para los Tribunal Superiores y Administrativos entre los años 2011 y 2015, al señalar un grado 23 en el cargo de Abogado Asesor con un efecto salarial diverso frente al fijado, por competencia constitucional y legal por el Gobierno Nacional a través de los Decretos señalados para el Abogado Asesor de Tribunal Judicial.

Que la diferencia salarial entre dichos cargos afecta la liquidación de sus bonificaciones, vacaciones, primas de vacaciones, prima de navidad y cesantías. Que a efectos de su liquidación salarial y prestacional en el llamado cargo de Abogado Asesor “Grado 23”, la entidad demandada debió tomar el valor de la escala salarial establecido para el cargo de Abogado Asesor de Tribunal, y que la situación descrita permite predicar que los actos administrativos enjuiciados incurrieron en una flagrante vulneración a los cánones constitucionales, legales y reglamentarios invocados.

2. Contestación de la demanda

La **demandada** se opuso a las pretensiones de la parte actora y en cuanto a los hechos aceptó la expedición del acuerdo PSAA15-10402 de 2015 que creó el cargo de Abogado Asesor Grado 23 y sostuvo estarse a lo probado sobre el desempeño o no de la demandante en dicho cargo; agregó que, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y en la Ley 4ª de 1992, la facultad para fijar las remuneraciones de los servidores públicos radica única y exclusivamente en el Gobierno Nacional, tal como se dispuso en el Decreto 57 de 1993, en el cual estableció el nuevo régimen salarial y prestacional de los servidores de la Rama Judicial.

Que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura tiene potestades para crear cargos con el fin de descongestionar los despachos judiciales, conforme lo establece el artículo 63 de la Ley 270 de 1996.

Recalcó que, los cargos creados para Tribunales Administrativos y Superiores, corresponde a “*Abogado grado 23*” y no “*Abogado Asesor*”. Expuso que la competencia que tiene el Consejo Superior de la Judicatura es la de crear, fusionar, suprimir los cargos de la Rama Judicial, facultad que se encuentra en la Constitución y la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones que denominó: “*Falta de causa para demandar*”, “*Legalidad de los actos administrativos*” y “*La innominada*”.

3. Alegatos de conclusión.

La **parte accionante** no se pronunció en esta etapa.

La **entidad accionada** reiteró símiles argumentos a los esbozados en la contestación a la demanda insistiendo en que la Ley Estatutaria de Administración de Justicia -Ley 270 de 1996- otorgó plenas facultades al Consejo Superior de la Judicatura para que dentro de la autonomía administrativa procediera con el plan de descongestión, determinara el tipo de cargos que se requerían crear de manera transitoria, realizara el seguimiento de las medidas, el control y la revisión de metas, marco de facultades con base en el cual se decidió crear un cargo de “*Abogado Asesor – Grado 23*” en los diferentes tribunales del país.

II. Consideraciones

1. Cuestión previa.

Solicita la parte demandante que se declare la nulidad del acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo proveniente de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora el 03 de septiembre de 2018, contra la Resolución No. DESAJMAR18-1258 del 14 de agosto de 2018.

Respecto al silencio Administrativo, el Consejo de Estado¹, precisó:

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A” en auto proferido el 11 de abril de 2019. C.P. Doctor William Hernández Gómez, en el proceso con radicación número: 08001-23-33-000-2015-00350-01(2025-17).

“...El silencio administrativo negativo involucra la potestad para el administrado de invocar esa omisión de las autoridades administrativas como una respuesta contraria a sus peticiones, por lo que se entiende como una especie de castigo ante la desidia de las entidades y una garantía procesal para el solicitante, pues le permite demandar la nulidad de ese acto ante los jueces y así mismo pretender el restablecimiento de su derecho subjetivo, presuntamente conculcado por la autoridad administrativa ante la negativa de sus pretensiones.

De este modo, se puede sostener que el silencio administrativo negativo que origina el acto ficto o presunto, es una garantía para el administrado en la medida en que no se deja al arbitrio de las entidades el contestar, o no, la petición, o que se emita un pronunciamiento que no constituya una clara declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos, pues se faculta al solicitante para que pretenda la nulidad del acto y el consecuente restablecimiento del derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, con el objetivo de evitar que la administración se beneficie de su conducta negligente.

Esta subsección referente a la ficción legal en estudio indicó lo siguiente:

«[...] Ahora bien, la expresión “decisión que la resuelva” citada en el artículo precedente, debe entenderse como toda decisión administrativa motivada que expida la administración a efecto de resolver de fondo ya sea en forma directa o indirecta, todas las solicitudes que hayan sido oportunamente planteadas por el peticionario y/o haga imposible continuar con la actuación. En segundo lugar, la ficción legal denominada “acto administrativo presunto” nace en nuestro ordenamiento jurídico como una presunción que “opera o se activa ante la pasividad del órgano llamado a proferir un específico acto administrativo⁹” y que se produce en virtud de los siguientes supuestos:

- a. El deber de un órgano de resolver, a instancia de parte interesada o de oficio, determinado asunto mediante un acto administrativo;*
- b. Vencimiento de un plazo o término señalado en la ley o en el reglamento, y*
- c. Falta de notificación al interesado de cualquier decisión sobre tal asunto, antes de ese vencimiento” [...]*

De lo anterior, puede inferirse que el acto presunto se configura en los siguientes eventos: i) cuando la administración no contesta una petición, ii) cuando no se resuelve el recurso de un administrado, iii) cuando la respuesta no es una clara declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos u obedece a un acto preparatorio o de trámite, y iv) cuando no se notifica la decisión.

Así las cosas, se tiene que la demandante, el 03 de septiembre de 2018 presentó recurso de apelación (fls. 29-32, cdo. 1) contra la Resolución DESAJMAR18-1258 del 14 de agosto de 2018 que negó el reconocimiento, liquidación y pago de las acreencias laborales aquí discutidas, recurso que fue concedido por la entidad mediante Resolución DESAJMAR18-1664 del 1º de octubre de 2018 (fls. 33-36, cdo. 1).

Ahora bien, la parte demandada, no allegó documento alguno que pruebe respuesta al recurso presentado y desde entonces a la presentación de la demanda, transcurrieron más

de los dos (2) meses de que trata el artículo 86 del CPACA para que se configure el silencio administrativo negativo, razón por la cual el mismo será declarado.

2. Problema Jurídico

Visto el escrito de demanda, la oposición planteada por la accionada y el recurso de apelación formulado, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar: *¿Procede la solicitud de inaplicación por inconstitucionalidad de la expresión “Grado 23” para nominar el cargo de Abogado Asesor, contenida en los Acuerdos expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que crearon dicho cargo?*

3. Tesis del Tribunal

Es procedente inaplicar por inconstitucional la expresión “Grado 23” para nominar el cargo de *Abogado Asesor*, contenida en los Acuerdos que crearon y prorrogaron dicho cargo para el Tribunal Superior de Manizales, por cuanto la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura no tenía competencia para crear o variar la remuneración aplicable para ese cargo, toda vez que, este y su remuneración se encontraban expresamente señalados en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993 y los decretos anuales que fijaban el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial. No podía acudir a la norma supletoria señalada en el artículo 4º ibidem para ubicar la remuneración en el grado 23, la cual resulta inferior, pues dicha tabla aplica únicamente para los cargos que no estuviesen denominados expresamente en el artículo 3o.

Para desarrollar lo anterior, la Sala hará referencia al: i) marco normativo y jurisprudencial aplicable, para descender al análisis del ii) caso concreto.

4. Marco normativo y jurisprudencia

4.1. Concepto y alcance de la excepción de inconstitucionalidad

La “*excepción de inconstitucionalidad*” tiene su fundamento en el artículo 4º de la Constitución Política de 1991, según el cual, cuando existen normas contrarias a la Constitución, se preferirán las contenidas en la Carta Política debido a su superioridad jerárquica y aplicación inmediata.

La Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que, se trata de una facultad, así como de un deber que tienen las autoridades, tanto judiciales como administrativas, para inaplicar una norma y en su lugar hacer efectiva la Constitución, consolidándose como una suerte de control de constitucionalidad difuso: “*En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política*”.²

² Sentencia SU-132 de 2013.

Así las cosas, la primera nota esencial de la excepción de inconstitucionalidad es que puede ser ejercida de manera oficiosa³ o a solicitud de parte, y procede cuando se está frente a alguna de las siguientes circunstancias:⁴

- 1) La norma es contraria a los cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, toda vez que *«de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acomodarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado»*;⁵
- 2) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexequibilidad por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso;⁶ o
- 3) En virtud de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento *«iusfundamental»*⁷. En otras palabras, *«puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales»*.⁸

La segunda característica esencial de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, es que su alcance es inter-partes y, por ende, la norma inaplicada al prosperar la excepción de inconstitucionalidad, no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida.⁹ Con lo que se conserva la competencia funcional atribuida por el Constituyente Primario de 1991 en el artículo 241 a la Corte Constitucional para pronunciarse de fondo sobre la materia, siendo esta la instancia última de control de constitucionalidad de las leyes, conforme al referido artículo 241 superior.

³ Sentencia T-808 de 2007.

⁴ Sistematizadas en la sentencia T-681 de 2016, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio.

⁵ Sentencia T-103 de 2010.

⁶ En sentencia T-669 de 1996 se desarrolló esta hipótesis, fijando que *«en tales eventos, el funcionario judicial está obligado a aplicar la excepción de inconstitucionalidad, pues la Constitución es norma de normas (CP art. 4º) o, en caso de que no lo considere pertinente, debe mostrar de manera suficiente que la disposición que, dada la situación del caso concreto, pretende aplicar tiene en realidad un contenido normativo en parte diferente a la norma declarada inexequible, por lo cual puede seguirse considerando constitucional. Si el funcionario aplica la norma y no justifica su distanciamiento frente al pronunciamiento previo de la Corte Constitucional sobre el mismo tema, estaríamos en presencia de una vía de hecho, pues el funcionario judicial decide aplicar caprichosamente de preferencia las disposiciones legales a las normas constitucionales, en contravía de expresos pronunciamientos sobre el punto del tribunal constitucional, máximo intérprete y guardián de la Carta (CP arts. 4º, 241 y 243).»*

⁷ Sentencia T-103 de 2010.

⁸ Sentencia T-331 de 2014. En este mismo sentido, ver sentencia C-803 de 2006.

⁹ Sentencias SU-132 de 2013 y C-122 de 2011.

Así, el Consejo de Estado en la sentencia de 27 de enero de 2000, radicación número 911-1801-99, sobre la aplicación de esta figura frente a un Acuerdo expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, señaló:

“...no podía el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, fijarle grados, porque la norma señaló una sola denominación y remuneración. La facultad de señalar grados a diferentes cargos la tenía únicamente para aquellos no ubicados dentro de la denominación de que trata el artículo 3º del Decreto 57 de 1.993.

Así las cosas, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa - al señalar grados para el cargo de escribiente y como consecuencia de ello, disminuir la remuneración de la actora con ocasión de la fijación de los requisitos para el desempeño del cargo, es inconstitucional, ya que no podía fijar grados y modificar la escala salarial establecida en el artículo 3º del Decreto 57 de 1.993.

En estas condiciones, como la parte actora en los hechos de la demanda y el concepto de violación invocó la inconstitucionalidad del Acuerdo No. 05 de 15 de febrero de 1.993, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, la Sala, de manera oficiosa, procede a inaplicarlo por inconstitucional...”

4.2. Competencia del Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores de la Rama Judicial.

La Constitución dispuso en su artículo 150 como una de las atribuciones del Congreso:

“19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

(...)

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública. (...)”

En ejercicio de tal atribución, el Congreso de la República expidió la Ley 4 de 1992 *“Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, (...), de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.”*, a través de la cual estableció que, el Gobierno Nacional fijaría el régimen salarial y prestacional, entre otros, de los empleados públicos de la Rama Judicial.

Esa ley dispuso que, para la fijación del régimen salarial y prestacional de dichos servidores el Gobierno tendría en cuenta, además, los siguientes criterios (artículo 2):

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

(...)

El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;

j) El establecimiento de rangos de remuneración para los cargos de los niveles profesional, asesor, ejecutivo y directivo de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva y de la Organización Electoral; (...)" (Se destaca)

Por su parte, el artículo 3 previó que, el sistema salarial de los servidores públicos está integrado por los siguientes elementos: ***“la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos.”*** (Se destaca)

En torno al alcance de las escalas salariales, la Corte Constitucional en Sentencia C-416 de 1992, señaló que *“no son otra cosa que los grados o niveles dentro de los cuales se ubican los salarios que el Estado reconoce a sus servidores”*.

4.3. Competencia del Consejo Superior de la Judicatura para crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la Rama Judicial

De conformidad con el artículo 116 de la Carta Política, el Consejo Superior de la Judicatura hace parte de la Rama Judicial; los artículos 254, 255, 256 y 257 ibidem regularon, en su texto original y en su orden: i) su integración y el período de sus magistrados, ii) los requisitos para ser miembro de este Consejo Superior, iii) sus atribuciones y iv) funciones. Específicamente, el artículo 257 Constitucional, fijó como funciones, las siguientes:

2. Crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la administración de justicia. En ejercicio de esta atribución, el Consejo Superior de la Judicatura no podrá establecer a cargo del Tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales.

3. Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador. (...)

Acerca del alcance de dichas funciones, la Corte Constitucional en sentencia SU-539 de 2012, destacó su carácter administrativo, al señalar que:

“La interpretación adecuada de los artículos 256 y 257 del Texto Superior, es aquella según la cual la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ejerce y está sujeta a las funciones administrativas determinadas por la Constitución y la ley, comoquiera que los dos artículos referidos expresamente señalan que le corresponde al Consejo Superior de la Judicatura el cumplimiento de sus atribuciones y funciones “de acuerdo con la ley” y “con sujeción a la ley”.

Y concluyó que “(i) el Consejo Superior de la Judicatura tiene la facultad de reglamentar materias administrativas y funcionales de la administración de justicia; y (ii) en ejercicio de esa facultad (...) no puede ocuparse de asuntos de competencia exclusiva del legislador, en los términos previstos en los artículos 125 y 150-23 de la Constitución, como lo es la clasificación de los cargos de la rama judicial”. Criterio pacífico desde la sentencia C-265 de 1993¹⁰ que destacó que, las funciones asignadas a la Sala Administrativa, son de índole netamente administrativa y su ejercicio está atado a la Constitución y la ley.

En torno a su función constitucional de creación y modificación de cargos, la Corte Constitucional también indicó que, es una atribución *in genere* que ofrece una herramienta práctica para atender de manera satisfactoria la demanda del servicio de administración de justicia y que, dentro de ese marco constitucional y legal, podrá crear cargos de duración indefinida o de vigencia precisa¹¹.

Ahora bien, el desarrollo legislativo de las funciones del Consejo Superior de la Judicatura se vio reflejado en la Ley 270 de 1996 que reiteró en su artículo 75 el mandato superior atinente a que “Al Consejo Superior de la Judicatura le corresponde la administración de la Rama Judicial y ejercer la función disciplinaria, de conformidad con la Constitución Política y lo dispuesto en esta ley”.

Dentro de las funciones administrativas asignadas al Consejo Superior, el numeral 9 del artículo 85 de la norma citada, previó su competencia para “9. Determinar la estructura y las plantas de personal de las Corporaciones y Juzgados. Para tal efecto podrá crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la Rama Judicial, determinar sus funciones y señalar los requisitos para su desempeño que no hayan sido fijados por la Ley”.

Para la Sala, no hay duda entonces que, las normas constitucionales y legales antes transcritas, le otorgan al Consejo Superior de la Judicatura facultades de reglamentación, lo que demuestra una autorización constitucional y legal para que pueda dictar los reglamentos necesarios para hacer eficaz el funcionamiento de la Administración de Justicia, limitándose en lo dispuesto en mandatos superiores.

Ello también la habilita para determinar la estructura de las plantas de personal de las Corporaciones y de los Juzgados, facultándosele en consecuencia, para crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos al interior de la Rama Judicial, con el consecuente señalamiento de requisitos y funciones para su desempeño, siempre que no hayan sido fijados por la ley¹².

Precisamente en atención a dichos límites, el Consejo de Estado en sentencia del 16 de abril de 2009¹³ concluyó que, el Consejo Superior de la Judicatura incurrió en una transgresión a normas superiores cuando fijaba una remuneración a un cargo cuya denominación se

¹⁰ Véase también la sentencia T-176 de 2016

¹¹ T-633 de 2007

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia del 19 de abril de 2012. Rad.: 11001-03-25-000-2006-0013000(2018-06).

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, 16 de abril de dos 2009. Rad.: 11001-0325-000-2006-00055-00(1130-06)

encuentra expresamente establecida en los Decretos Nacionales que regulan el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial. Ello en un asunto en el cual declaró la nulidad parcial de un Acuerdo en el cual varió la remuneración de un Oficial Mayor nominado de Tribunal Nacional, Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Tribunales Administrativos y Consejos Seccionales de la Judicatura, que estaba establecida taxativamente en los decretos nacionales, al respecto precisó:

“Sostiene la parte actora que la actuación del Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa, de señalar grados para el cargo de Oficial Mayor con ocasión de la fijación de los requisitos para el desempeño del cargo y, como consecuencia de ello, variar la remuneración contemplada en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993, resulta ilegal e inconstitucional.

La Sección Segunda ya ha tenido oportunidad de estudiar el mismo cargo frente a otros empleos de la rama jurisdiccional¹⁴, dentro de los procesos instaurados contra el Consejo Superior de Judicatura, en los cuales igualmente se ha solicitado la nulidad parcial del mismo Acuerdo 05 de 1993. En aquellas oportunidades la Sala ha llegado a la convicción de que el Consejo Superior de la Judicatura no puede variar la remuneración contemplada en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993.

Y como en esta ocasión no encuentra ninguna argumentación adicional contundente, por parte de la entidad demanda, para desvirtuar lo decidido en los precedentes que se citan, se permite exponer nuevamente la ratio decidendi, determinante para acceder a las súplicas de la demanda. (...)

Así entonces, como el cargo de Oficial Mayor se encontraba contemplado en el artículo 3º del decreto 57 de 1993, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, carecía de la facultad para determinarle grados y, además, no era competente para fijar su remuneración, pues tal potestad, como se dijo, correspondía al Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992.

En esas condiciones, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, al señalar la remuneración con ocasión de la fijación de los requisitos para el desempeño del cargo, resulta inconstitucional”. (Se destaca)

También en sentencia del 20 de octubre de 2014¹⁵, al examinar un asunto en el cual se debatía la legalidad de la remuneración mensual de los escribientes de Juzgados del Circuito, por cuanto se circunscribía a un Acuerdo expedido por el Consejo Superior de la Judicatura que modificó sus grados y denominación, sostuvo que incurría en un exceso de su facultad reglamentaria al desconocer los decretos salariales y procedía *motu proprio*, a fijar remuneraciones mensuales:

“Así entonces, como el cargo de Escribiente se encontraba contemplado en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, carecía de facultad para determinarle grados y, además, no era competente para fijar

¹⁴ Ver expedientes 110/99 – 1846/99 – 1801/99 – 7375/05 – 2630/05

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia del 20 de octubre de 2014, Rad.: 0500123-31-000-2001-02343-01(0054-13).

su remuneración, pues ello, como se dijo, correspondía al Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la ley 4ª de 1992.

En esas condiciones, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa - al señalar grados para el cargo de escribiente y, como consecuencia, variar la remuneración con ocasión de la fijación de los requisitos para el desempeño del cargo, resulta inconstitucional. En sentido similar se ha pronunciado esta Sección en varias ocasiones inaplicando la disposición que mediante esta sentencia de anula”¹⁶.

(...)

Lo anterior permite concluir que es evidente la diferencia salarial existente entre el valor que debía reconocerse al actor, en aplicación de los decretos anuales que consagraron el salario correspondiente al escribiente de Juzgado de Circuito y el que determinó aplicar la Dirección de Administración Judicial, en virtud de lo dispuesto en el referido Acuerdo 05 de 1993.”

En este mismo sentido se ha pronunciado la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencias del 9 de febrero de 2012¹⁷, 26 de septiembre de 2012¹⁸, 2 de mayo de 2013¹⁹, 12 de mayo de 2014²⁰, entre otras providencias. Sin duda, el criterio expuesto es pacífico y reiterado.

En conclusión, si bien el Consejo Superior de la Judicatura tiene la potestad de crear, fusionar, trasladar y suprimir cargos necesarios para el funcionamiento de la Administración de Justicia, no tiene competencia para fijar o variar la remuneración a un cargo cuya denominación se encuentra expresamente establecida por los decretos expedidos por el Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992 y que regulan el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial.

4.4. Régimen Salarial de la Rama Judicial

En desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4 de 1992, el Presidente de la República expidió el Decreto 57 de 1993, a través del cual “*dictó normas sobre el Régimen Salarial y Prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones*” y estableció que sería aplicable a los servidores judiciales vinculados y que antes del 28 de febrero de 1993 optaran por el régimen salarial y prestacional establecido en este Decreto, y a quienes se vinculen al servicio con posterioridad a su vigencia.

¹⁶ Consejero Ponente Alberto Arango Mantilla, Rad. 11001-03-25-000-1998-0130-000 (1711/98)

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad.: 05001-23-31-000-2003-02448-01(2135-10)

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad.: 05001-23-31-000-2001-02457-01 (1584-11)

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, 2 de mayo de 2013. Rad.: 05001-23-31000-2001-04365-01(0081-10).

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad.: 05001-23-31-000-2003-04078-01(0137-13)

En el artículo 3º, se establece la remuneración mensual de los empleos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, a partir del 1º de enero de 1993, indicando la denominación de los cargos, sin fijarles un grado.

En el artículo 4º se establece la remuneración mensual para los empleos “*cuya denominación del cargo no esté señalada en el artículo anterior*”, para lo cual contempla una escala o tabla de grados del 01 al 33.

Tal sistema de fijación salarial se consolidó con los Decretos 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995, 36 de 1996, 76 de 1997, 64 de 1998, 43 de 1999, 2740 de 2000, Decreto 2777 de 2001, 673 de 2002, 3569 de 2003, 4172 de 2004, 936 de 2005, 389 de 2006, 618 de 2007, 658 de 2008, 723 de 2009, 1388 de 2010, 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014, 1257 de 2015²¹, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018, 991 de 2019 y subsiguientes, expedidos por el Presidente de la República, a través de los cuales, año a año ha fijado la remuneración mensual o el reajuste porcentual anual de las escalas salariales de los empleos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar.

4.5. Cargo y Remuneración Abogado Asesor de Tribunal Judicial y grado 23

El referido Decreto 57 de 1993²², en el artículo 3º numeral 2º contempló como cargo nominado para “*Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura*” el cargo de “**Abogado Asesor**” y señaló su remuneración, así:

2. Para los siguientes empleos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura:

DENOMINACIÓN DEL CARGO	REMUNERACIÓN MENSUAL
Magistrado de Tribunal Nacional de Orden Público	1.937.500
Magistrado de Tribunal y Consejo Seccional	1.812.500
Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar	1.812.500
Abogado Asesor	1.125.000
Secretario de Tribunal y Consejo Seccional	750.000
Relator	750.000
Secretario de Tribunal Militar	625.000
Sustanciador	468.750
Oficial Mayor	468.750
Auxiliar Judicial	468.750

²¹ Artículo 1: “Reajústase, a partir del 1º de enero de 2015, en un cuatro punto sesenta y seis por ciento (4.66%) las escalas salariales que regulan la remuneración mensual y asignaciones básicas mensuales de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo señaladas en los decretos 186, 194, 196 y 1239 de 2014”

²² Por el cual se dictan normas sobre el Régimen Salarial y Prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones. Derogado Artículo 20 Decreto 106 de 1994 <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1900228>

Escribiente

325.000

En el artículo 4º ibidem, se señaló la remuneración subsidiaria y excluyente para los empleos **que no estaban consagrados en el citado artículo 3**, igualmente estableció una escala salarial del grado 01 a 33, así:

***ARTICULO 4o.** La remuneración mensual para los empleos de la Rama Judicial y la Justicia Penal Militar **cuya denominación del cargo no esté señalada en el artículo anterior**, se regirá por la siguiente escala:*

GRADO	REMUNERACIÓN
...	...
23	820.238
...	...

A continuación, el Gobierno Nacional ha expedido anualmente decretos de igual naturaleza y objeto, señalado el valor de la remuneración y asignación mensual o el reajuste porcentual respectivo, entre otros, para el cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial y los empleos del grado 23.

4.6. Requisitos del cargo de abogado asesor de Tribunal o abogado asesor grado 23

En el Acuerdo 25 de 1997 “*Por medio del cual se da aplicación al artículo 161 de la Ley 270 de 1996*”²³, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se clasifican los cargos de Carrera de la Rama Judicial en niveles ocupacionales, pero no se señalan los requisitos para estos cargos.

En el Acuerdo PSAA06-3560 de 2006 “*Por el cual se adecuan y modifican los requisitos para los cargos de empleados de Tribunales, Juzgados y Centros de Servicios*”²⁴, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, tampoco se señalan los requisitos para el cargo de abogado asesor de Tribunal Judicial o abogado asesor grado 23.

En el Acuerdo PSAA13-10038 de 2013 “*Por el cual se adecuan y modifican los requisitos para los cargos de empleados de Tribunales, Juzgados y Centros de Servicios*”²⁵, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se señalan los requisitos para el cargo Abogado Asesor grado 23, así:

“ARTÍCULO 1º.- Establecer y adecuar los requisitos de los siguientes cargos de empleados de Tribunales, Juzgados y Centros de Servicios, así:

²³http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:835evv1Qz3YJ:actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx%3Furl%3D%257E%252FApp_Data%252FUpload%252F025-97.doc+&cd=1&hl=it&ct=clnk&gl=co
²⁴<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10635/2058718/Acuerdo+3560+de+2006.pdf/4161e9be-0bed-42ce-86ea-0dcda75f7c4b>
²⁵https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FPSAA13-10038.pdf

DENOMINACION DE CARGO	GRADO	REQUISITOS
...	...	...
Abogado Asesor	23	Título de formación profesional en derecho, título de postgrado y un (1) año de experiencia profesional".

5. Lo probado.

-. Mediante los Acuerdos PSAA12-9214 del 02 de febrero de 2012²⁶, Acuerdo PSAA12-9524 del 21 de junio de 2012, PSAA12-9781 de 2012, PSAA13-9897 de 2013, PSAA13-9962 de 2013, PSAA13-9991 de 2013, PSAA13-10048 de 2013, PSAA13-10068 de 2013, PSAA13-10072 de 2013, PSAA14-10156 de 2014, PSAA14-10195 de 2014, PSAA14-10197 de 2014, PSAA14-10251 de 2014, PSAA14-10277 de 2014, PSAA14-10282 de 2014, PSAA15-10288 de 2015, PSAA15-10323 de 2015, PSAA15-10335 de 2015, PSAA15-10356 de 2015, PSAA15-10363 de 2015, PSAA15-10371 de 2015, PSAA15-10377 de 2015 y PSAA15-10385 de 2015, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura creó, entre otros, transitoriamente para el Tribunal Superior de Manizales – Sala Civil Familia un cargo de *Abogado Asesor grado 23*.

En ellos se especifica que, el régimen salarial y prestacional sería el establecido para la Rama Judicial y se indica que su función consiste en proyectar para fallo un número de sentencias promedio mensuales. El artículo 17 del Acuerdo PSAA1510402 del 29 de octubre de 2015, creó con carácter permanente “*Un (1) cargo de Abogado Asesor grado 23*” en múltiples despachos de los tribunales del país, entre ellos para los despachos de magistrado del Tribunal Superior de Manizales.

-. Según la Constancia No. 0326 suscrita por el jefe del Área de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Manizales (fl. 46, cdo. 1), la servidora Valentina Jaramillo Marín, se desempeñó en el cargo de *Abogado Asesor grado 23*, en los siguientes periodos:

Fecha inicio	Fecha Fin
03 de noviembre de 2015	12 de septiembre de 2016
07 de octubre de 2016	04 de diciembre de 2016
06 de diciembre de 2016	30 de octubre de 2018
01 de noviembre de 2018	01 de abril de 2019 ²⁷

-. La demandante, el 23 de julio de 2018 solicitó al Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Manizales, la nivelación y demás acreencias laborales deprecadas en esta sede judicial (fls. 14-20, cdo. 1).

²⁶https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FGA_CETA28-12.pdf

²⁷ Data de expedición de la constancia, a la cual se hallaba desempeñando dicho cargo.

-. La Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Manizales, negó la petición antes mencionada, por medio de la Resolución DESAJMAR18-1258 del 14 de agosto de 2018 (fls. 21-28, cdo. 1).

-. La demandante interpuso el 03 de septiembre de 2018 recurso de apelación contra la anterior decisión, el cual fue concedido por la Resolución DESAJMAR18-1664 del 1° de octubre de 2018 (fls. 29-36, cdo. 1), el cual a la fecha no ha sido resuelto por la entidad accionada.

6. Análisis sustancial del caso.

De acuerdo con lo expuesto se tiene que, mediante Decreto 57 de 1993²⁸ en el **artículo 3°** numeral 2° se contempló como cargo nominado para “*Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura*” el cargo de **Abogado Asesor** y se señaló su remuneración; adicionalmente se señaló en el artículo 4° la remuneración subsidiaria y excluyente para los empleos **que no estaban consagrados en el citado artículo 3**, e igualmente estableció una escala salarial, del grado 01 a 33.

A continuación, el Gobierno Nacional ha expedido anualmente decretos de igual naturaleza y objeto, señalado el valor de la remuneración y asignación mensual o el reajuste porcentual respectivo, entre otros, para el cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial y los empleos del grado 23.

Por su parte, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de los acuerdos previamente reseñados, creó inicialmente en forma transitoria y finalmente con carácter permanente para el Tribunal Superior de Manizales – Sala Civil Familia el cargo de **Abogado Asesor**, pero indicó como grado de remuneración el 23, a pesar que, tanto en el Decreto 57 de 1993 como en los decretos anuales se señalaba expresamente la remuneración mensual para dicho cargo.

Por lo tanto, no queda duda que, al estar expresamente señalada por el Gobierno Nacional, la remuneración del empleo de *Abogado Asesor* de Tribunal Judicial, el Consejo Superior de la Judicatura carecía de competencia para acudir a la norma supletoria señalada en el artículo 4° del Decreto 57 de 1993 para variar la remuneración y así ubicarla en el grado 23.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia proferida el 16 de julio de 2009²⁹ precisó:

“La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura no podía crear escalas de remuneración, pues apenas estaba facultada para realizar la incorporación del personal a los cargos, pues así se menciona explícitamente en el propio preámbulo del acto acusado, es decir del Acuerdo No. 05 de 15 de febrero de 1993 hoy atacado. Entonces, cuando el Consejo se fija como objetivo del acto “la correcta aplicación del Decreto 57 de 1993, en lo relativo a la remuneración adecuada para cargos nominados, existentes en las Corporaciones y Despachos

²⁸ <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1900228>

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Rad.: 68001-23-15-000-2003-02985-01(1895-08)

*Judiciales de la Rama Judicial”; y con ese pretexto **modifica la escala de remuneración desborda los límites de su competencia, pues se hallaba desprovisto de atribuciones para determinar grados y, por tanto, carecía de competencia para modificar la escala de remuneración, por ser esta facultad exclusiva del ejecutivo.** Al cambiar la escala salarial de los servidores de la administración de justicia, en ejercicio de una competencia de la que estaba desprovisto, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura **resulta abiertamente reñida con la Constitución y la ley;** y por lo mismo, debe recibir la sanción de nulidad, pues una cosa es incorporar las personas a unos cargos **y otra muy distinta crear escalas de remuneración intermedias no previstas por el legislador, para consagrar diferencias salariales entre quienes cumplen la misma función.** Y tal proceder no se valida, con el pretexto de brindar “... a la correcta aplicación del Decreto 57 de 1993...” que no le dispensaba esa prerrogativa al Consejo Superior de la Judicatura. (...)” (Se resalta)*

Adicionalmente cabe resaltar que, la facultad que ha sido otorgada al Consejo Superior de la Judicatura de crear, fusionar, trasladar y suprimir cargos necesarios para el funcionamiento de la Administración de Justicia, no puede ser ejercida en forma meramente discrecional, sin que medie justificación alguna para su adopción.

En tal sentido, para esta Sala no obra prueba o tan siquiera argumentación alguna mediante la cual el Consejo Superior de la Judicatura haya justificado la **necesidad** de crear el cargo de “*abogado asesor grado 23*” en condiciones diferentes (requisitos, funciones y grado) al cargo de “*abogado asesor*” que en forma nominada ya existía.

Al respecto cabe destacar que, en providencia del 19 de abril de 2021³⁰, esta corporación ya había destacado como la Unidad de Carrera Judicial a través del oficio CJO21-1026 del 19 de marzo de 2021 fue requerida para que informase “i) los requisitos y funciones para el empleo de *Abogado Asesor de Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura*; ii) si en la actualidad, se encuentran implementados los empleos de *Abogado Asesor de Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura*; y finalmente iii) debía señalar las razones por la cuales no ha sido implementado el mencionado cargo.”

Petición frente a la cual se destacó por esta Colegiatura que:

“En la respuesta ofrecida por la mencionada Directora, simplemente se limitó a mencionar que el cargo de Abogado Asesor grado 23 –que se encuentra en la actualidad implementado- no es igual al Abogado Asesor de Tribunales Judiciales; frente a los demás requerimientos, guardó silencio y expresó las generalidades respecto del cargo de Abogado Asesor grado 23 que ya ampliamente fueron expuestas en la contestación de la demanda y han sido analizadas en esta providencia. Siendo diáfano concluir que, el órgano de gobierno y administración de la Rama Judicial, arbitrariamente se negó a implementar el cargo objeto de controversia [Abogado asesor de Tribunal Judicial] y paralelo a ello, se atribuyó la función de crear el cargo de Abogado Asesor grado 23 sin tener la facultad legal y constitucional para hacerlo.” (Se resalta)

³⁰ Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Tercera de Decisión, M.P. Dohor Edwin Varón vivas, radicado 17-001-23-33-000-2019-00418-00.

Aunado a lo anterior, se encuentra acreditado que, el Consejo Superior de la Judicatura al fijar el grado de remuneración 23 para el cargo de *Abogado Asesor* creado por los Acuerdos antes señalados, para el Tribunal Superior de Manizales, disminuyó la remuneración del cargo de Abogado Asesor nominado que ya existía, sin efectuar ningún tipo de disquisición sobre las razones o necesidades que conllevaban a crear cargos de abogado asesor, empero con grado salarial 23.

En efecto, al encontrarse el Tribunal Superior de Manizales, en la categoría de “*Tribunales Judiciales*”, los decretos expedidos por el Gobierno Nacional que fijaron el salario para el empleo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial comparados con el salario asignado al empleo sin nominación Grado 23, resulta lo siguiente:

Decreto	Abogado Asesor de Tribunal Judicial	Grado 23
194 de 2014	\$5.746.978	\$4.299.956 ³¹
1257 de 2015	\$6.014.797 (4.66%)	\$4.500.333 (4.66%)
245 de 2016	\$6.482.146 (7.77%)	\$4.850.008 (7.77%)
1013 de 2017	\$6.919.690 (6.75%)	\$5.177.383 (6.75%)
337 de 2018	\$7.271.902 (5.09%)	\$5.440.912 (5.09%)
991 de 2019	\$7.599.137 (4.5%)	\$5.685.753 (4.5%)

Así las cosas, encuentra la Sala que el Consejo Superior de la Judicatura no podía crear o variar la remuneración aplicable para el cargo de “*Abogado Asesor*” de “*Tribunal Judicial*” por cuanto es un cargo nominado al que expresamente se le había determinado la remuneración en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993 y reiterado en los demás decretos salariales subsiguientes en los que año a año el Gobierno Nacional fijó la remuneración de los cargos de los empleados de la Rama Judicial.

7. Conclusión

De acuerdo con lo anterior encuentra la Sala que, es procedente inaplicar por inconstitucional la expresión “*Grado 23*” para nominar el cargo de *Abogado Asesor*, contenida en los Acuerdos que crearon y prorrogaron dicho cargo para el Tribunal Superior de Manizales, por cuanto la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura no tenía competencia para crear o variar la remuneración aplicable para ese cargo, toda vez que, este y su remuneración se encontraban expresamente señalados en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993 y los decretos anuales que fijaban el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial. No podía acudir a la norma supletoria señalada en el artículo 4º ibidem para ubicar la remuneración en el grado 23, la cual resulta inferior, pues dicha tabla aplica únicamente para los cargos que no estuviesen denominados expresamente en el artículo 3o.

³¹ El decreto salarial de 2014, pues fue el último en fijar un valor base, a partir de allí los años siguientes solo se menciona un porcentaje de aumento.

Por lo tanto, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura resultó abiertamente reñida con los artículos 125, 150-23 y 257 de la Constitución, pues no era competente para fijar la remuneración del cargo de *Abogado Asesor* de Tribunal Judicial, pues tal potestad corresponde al Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992.

Corolario de lo expuesto, no prosperan los argumentos expuestos por la entidad demandada, por lo que se accederá a las pretensiones de la demanda, en consecuencia, se **declarará** la nulidad de: **i)** la Resolución DESAJMAR18-1258 del 14 de agosto de 2018, expedida por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Manizales mediante el cual negó la reliquidación, con efectos retroactivos, de las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el cargo de Abogado Asesor “grado 23” y el de “Abogado Asesor de Tribunal Judicial”; y **ii)** el Acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo con ocasión de la falta de respuesta al recurso de apelación interpuesto el 03 de septiembre de 2018 por Valentina Jaramillo Marín, contra la referida resolución.

8. Restablecimiento del derecho

Advirtiéndose entonces que la entidad accionada excedió su órbita de competencias al fijar un grado salarial para el cargo de Abogado Asesor, cuya denominación y retribución salarial ya existían en las disposiciones salariales de la Rama Judicial por creación del Gobierno Nacional en uso de sus competencias constitucionales y legales, se impone inaplicar por inconstitucionalidad la expresión “Grado 23” que fue incorporada por el Consejo Superior de la Judicatura en los acuerdos emitidos entre los años 2012 y 2015³², para fijar la escala salarial y prestacional del cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial, que desempeñó el aquí demandante.

En este orden de ideas, lo anterior conlleva a declarar la nulidad de los actos particulares aquí enjuiciados, en tanto negaron al actor el pago de los derechos salariales y prestacionales correspondientes al cargo de “*Abogado Asesor de Tribunal Judicial*” -nominado, (entiéndase sin grado)-, por lo cual a título de restablecimiento del derecho deberán cancelarse a su favor las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el cargo de Abogado Asesor “grado 23” y el de “Abogado Asesor de Tribunal Judicial”, por el tiempo en que este haya desempeñado el cargo y mientras se desempeñe en el mismo.

9. Prescripción.

A título oficioso advierte la Sala que analizado el fenómeno de prescripción extintiva se observa que, entre la fecha en que el accionante desempeñó por primera vez el cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial -03 de noviembre de 2015- y la fecha de reclamación presentada ante la aquí demandada -23 de julio de 2018-, no trascurrieron los 3 años a que hace referencia el artículo 151 del C.S.T., lapso que tampoco se presentó a la data de

³² Cuya mención específica se hará en la parte resolutive.

radicación de la demanda, por lo cual no se observa el acaecimiento de este fenómeno prescriptivo.

10. Costas

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP), se condena en costas a la parte demandada, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al citado CGP.

Ahora bien, en aplicación de un criterio objetivo valorativo en vista de que la parte demandante debió concurrir al proceso a través de apoderado judicial y que este actuó en las diferentes etapas procesales, se fijan agencias en derecho por valor de \$ 3.440.000³³.

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

SENTENCIA

Primero: Declarar que se configuró silencio administrativo negativo frente al recurso de apelación presentado el 03 de septiembre de 2018 por Valentina Jaramillo Marín, contra la Resolución No. DESAJMAR18-1258 del 14 de agosto de 2018.

Segundo: Inaplicar por inconstitucionalidad la expresión “Grado 23” relacionada al cargo Abogado Asesor contenida en los Acuerdos: PSAA 12-9213 del 2 de febrero de 2012 (artículo 1), PSAA 12-9524 del 21 de junio de 2012, PSAA12 9781 de 2012 (artículo 67), PSAA13-9897 de 2013 (artículo 1), PSAA13-9962 de 2013 (artículo 24), PSAA13-9991 de 2013 (artículo 44), PSAA13-10048 de 2013 (artículo 1), PSAA13-10068 de 2013 (artículo 1), PSAA14-10156 de 2014 (artículo 41), PSAA14-10195 de 2014 (artículo 55), PSAA14-10197 de 2014 (artículo 1), PSAA14-10251 de 2014 (artículo 29), PSAA14-10277 de 2014, aclarado mediante Acuerdo PSAA15-10288 de 2015 (artículo 20), PSAA15-10323 de 2015 (artículo 11), PSAA15-10335 de 2015 (artículo 12), PSAA15-10356 de 2015 (artículo 11), PSAA15-10363 de 2015 (artículo 13), PSAA15-10371 de 2015 (artículo 14), PSAA15-10377 de 2015 (artículo 14) y PSAA15-10385 de 2015 (artículo 14), PSAA15-10402 del 29 de octubre de 2015 (artículo 88) expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Tercero: Declarar la nulidad de: **i)** la Resolución No. DESAJMAR18-1258 del 14 de agosto de 2018, expedida por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Manizales mediante el cual negó la reliquidación, con efectos retroactivos, de las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el cargo de Abogado Asesor “grado 23” y el de “Abogado Asesor de Tribunal Judicial”; y **ii)** el Acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo con ocasión de la falta de respuesta al recurso de apelación interpuesto el 03 de septiembre de 2018 por Valentina Jaramillo Marín, contra la referida resolución.

³³ Correspondiente al 4% de las pretensiones según cuantía determinada en el escrito de demanda, ello de conformidad con los criterios de tasación fijados en el artículo 5° del Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Cuarto: Condenar a la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, a reconocer y pagar a favor de **Valentina Jaramillo Marín**, por el tiempo en que haya desempeñado y mientras desempeñe el cargo, las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el cargo de **Abogada Asesor “grado 23”**, que se le venía cancelando, y el cargo de **“Abogada Asesora de Tribunal Judicial”**.

Sumas que deberán ser pagadas debidamente indexadas a la fecha de esta sentencia en los términos del inciso último del artículo 187 del CPACA. La condena devengará intereses en los términos del inciso 3º del artículo 192 en concordancia con el numeral 4º del artículo 195 del CPACA.

Quinto: Condenar en costas a la parte demandada. **Fijar** agencias en derecho por valor de \$ 3.440.000.

Sexto: Ejecutoriada la presente providencia, **liquidar** los gastos ordinarios del proceso, **devolver** los remanentes, si los hubiere, a la parte interesada y **archivar** el expediente, previas las anotaciones en el sistema Justicia Siglo XXI.

Séptimo: Expedir a costa de la parte interesada las copias auténticas que sean solicitadas, con las constancias secretariales requeridas, con observancia de los parámetros legales (Artículo 114 del Código General del Proceso).

Proyecto discutido y aprobado en Sala Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 064 de 2022.

NOTIFÍQUESE



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. 233

Manizales, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-23-33-000-2019-00395-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Santiago Rendon Tamayo
Demandado: Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Se procede a emitir fallo de primera instancia dentro del asunto de la referencia.

I. Antecedentes

1. Demanda.

1.1. Pretensiones.

Se solicita, inaplicar *“el artículo 17 del Acuerdo PSAA15-10402 de La Sala Administrativa del Consejo Superior de La Judicatura, en cuanto a la denominación “GRADO 23” asignada al cargo de ABOGADO ASESOR creado mediante dicho Acuerdo, por no existir razón alguna que indique que los ABOGADOS ASESORES de Tribunal Judicial tengan un tratamiento salarial y prestacional diferente al asignado por el Gobierno Nacional”*.

Que además, se declare la nulidad de: i) la Resolución DESAJMAR18-1249 del 14 de agosto de 2018, mediante el cual se negó la reliquidación con efectos retroactivos de las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el *“grado 23”* y el salario del cargo nominado de abogado asesor; y ii) el acto ficto derivado del silencio administrativo negativo, proveniente del recurso de apelación interpuesto el 03 de septiembre de 2018.

Que en consecuencia, se ordene a la demandada reconocer que el cargo de Abogado Asesor que ha desempeñado o desempeñó el demandante, durante su tiempo de vinculación al servicio de la Rama Judicial, y hasta la fecha, no ostenta ninguna denominación o grado adicional o diferencial al de *“Abogado Asesor de Tribunal Judicial”*, conforme con lo reglamentado por el Gobierno Nacional a través de los Decretos 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018 y 991 de 2019, así como los que los modifiquen, sustituyan o adicionen. Que la remuneración salarial del cargo de *“Abogado Asesor”* debe liquidarse según lo preceptuado por el Gobierno Nacional a través del artículo 4 de los citados Decretos.

Que se condene a la Rama Judicial a reconocer, liquidar y pagar con efectos retroactivos, las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el “grado 23”, que se han venido cancelando erróneamente y el cargo de “*Abogado Asesor de Tribunal Judicial*”, de acuerdo con lo dispuesto en los señalados decretos de asignación salarial y prestacional, durante el tiempo de vinculación en el Tribunal Superior de Manizales – Sala Laboral, en el cargo de Abogado Asesor.

Que las sumas que resulten a favor del demandante sean indexadas según el IPC, conforme a lo establecido en el artículo 187 del CPACA, desde la fecha de vinculación al cargo de asesor hasta el pago efectivo de la obligación y condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada. Finalmente solicitó que se ordene al pago de intereses que se generen a partir de la fecha de la sentencia.

1.2. Sustento fáctico relevante

Señaló que, el demandante ocupó el cargo de “*Abogado Asesor*” a partir del 7 de septiembre de 2016 y hasta el 02 de abril de 2017; y posteriormente entre el 04 de abril de 2017 y el 31 de marzo de 2019; adicionalmente entre el 06 de diciembre de 2016 y el 30 de octubre de 2018; y finalmente entre el 06 de diciembre de 2018 y la fecha de interposición de la demanda, por lo que para efectos salariales le eran aplicables los Decretos 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018 y 991 de 2019 expedidos por el Gobierno Nacional en desarrollo de lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992.

Su vinculación como *Abogado Asesor grado 23* surgió con ocasión a los Acuerdos expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que crearon dicho cargo, por lo que el 23 de julio de 2018, solicitó a la demandada inaplicar por excepción de inconstitucionalidad la expresión “*grado 23*” contenida en tales Acuerdos, en tanto le asignaron al cargo de Abogado Asesor de los despachos de este Tribunal una remuneración diferente a los empleados que ocupan el cargo de Abogado Asesor de Tribunal a nivel nacional, asimismo solicitó la reliquidación con efectos retroactivos de las diferencias salariales y prestacionales existentes entre dichos cargos.

La demandada mediante Resolución DESAJMAR18-1249 del 14 de agosto de 2018, negó la petición anterior; contra esta decisión se presentó recurso de apelación; no obstante, la demandada no se pronunció, configurándose así el silencio administrativo negativo.

1.3. Normas violadas y concepto de violación.

Se considera que, con los actos demandados se han vulnerado los artículos 4, 13 53, 150 y 257 de la Constitución; Leyes 4 de 1992, 270 de 1996 y los Decretos 194 de 2014, 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018 y 991 de 2019.

Como fundamento de lo anterior indicó que, los actos administrativos censurados están viciados de nulidad relativa por la violación de la Ley, por cuanto en cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 19 del artículo 150 C.P., el Congreso de la República expidió la Ley 4 de 1992, por medio de la cual se fijó el régimen salarial y prestacional de los empleados

públicos; dentro de los criterios y objetivos allí determinados para el efecto, los cuales estaban, el establecimiento de rangos de remuneración para los cargos de los niveles profesional y asesor.

Que el Gobierno Nacional en desarrollo de dicha normativa expidió los Decretos Salariales 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014 en los cuales estableció la remuneración mensual para el *Abogado Asesor de Tribunal Judicial* y señaló expresamente que *“la remuneración mensual para los empleos de la Rama Judicial y la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores (4 y 5) se regirá por la siguiente escala...”* lo cual supuso una remuneración subsidiaria aplicable según el grado asignado, solo para aquellos cargos que no estuvieran contemplados en forma expresa en dichos decretos, lo cual no es el caso del cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial, pues este corresponde a una denominación expresamente allí efectuada, con su respectiva remuneración.

Dichos decretos reglamentarios expresamente refieren que *“Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente Decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4 de 1992”* y que *“Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos”*.

Posteriormente se expidieron los Decretos 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018 y 991 de 2018, los cuales determinaron el reajuste de las escalas salariales que regulan la remuneración mensual y asignaciones básicas mensuales de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial en ese mismo sentido.

Que en virtud de lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 270 de 1996, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura goza de la facultad constitucional y legal para “crear” los cargos que estime necesarios para la Administración de Justicia, determinar sus funciones y señalar los requisitos para su desempeño, solo cuando aquellos no hayan sido fijados por la Ley, pero que en el caso bajo juzgamiento, ese órgano hizo uso extralimitado de dicha potestad a efectos de expedir los Acuerdos de medidas de descongestión para los Tribunal Superiores y Administrativos entre los años 2011 y 2015, al señalar un grado 23 en el cargo de Abogado Asesor con un efecto salarial diverso frente al fijado, por competencia constitucional y legal por el Gobierno Nacional a través de los Decretos señalados para el Abogado Asesor de Tribunal Judicial.

Que la diferencia salarial entre dichos cargos afecta la liquidación de sus bonificaciones, vacaciones, primas de vacaciones, prima de navidad y cesantías. Que a efectos de su liquidación salarial y prestacional en el llamado cargo de Abogado Asesor “Grado 23”, la entidad demandada debió tomar el valor de la escala salarial establecido para el cargo de Abogado Asesor de Tribunal, y que la situación descrita permite predicar que los actos administrativos enjuiciados incurrieron en una flagrante vulneración a los cánones constitucionales, legales y reglamentarios invocados.

2. Contestación de la demanda

La **demandada** se opuso a las pretensiones de la parte actora y en cuanto a los hechos aceptó la expedición del acuerdo PSAA15-10402 de 2015 que creó el cargo de Abogado Asesor Grado 23 y sostuvo estarse a lo probado sobre el desempeño o no del demandante en dicho cargo; agregó que, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y en la Ley 4ª de 1992, la facultad para fijar las remuneraciones de los servidores públicos radica única y exclusivamente en el Gobierno Nacional, tal como se dispuso en el Decreto 57 de 1993, en el cual estableció el nuevo régimen salarial y prestacional de los servidores de la Rama Judicial.

Que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura tiene potestades para crear cargos con el fin de descongestionar los despachos judiciales, conforme lo establece el artículo 63 de la Ley 270 de 1996.

Recalcó que, los cargos creados para Tribunales Administrativos y Superiores, corresponde a “*Abogado grado 23*” y no “*Abogado Asesor*”. Expuso que la competencia que tiene el Consejo Superior de la Judicatura es la de crear, fusionar, suprimir los cargos de la Rama Judicial, facultad que se encuentra en la Constitución y la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones que denominó: “*Falta de causa para demandar*”, “*Legalidad de los actos administrativos*” y “*La innominada*”.

3. Alegatos de conclusión.

La **parte accionante** no se pronunció en esta etapa.

La **entidad accionada** reiteró símiles argumentos a los esbozados en la contestación a la demanda insistiendo en que la Ley Estatutaria de Administración de Justicia -Ley 270 de 1996- otorgó plenas facultades al Consejo Superior de la Judicatura para que dentro de la autonomía administrativa procediera con el plan de descongestión, determinara el tipo de cargos que se requerían crear de manera transitoria, realizara el seguimiento de las medidas, el control y la revisión de metas, marco de facultades con base en el cual se decidió crear un cargo de “*Abogado Asesor – Grado 23*” en los diferentes tribunales del país.

II. Consideraciones

1. Cuestión previa.

Solicita la parte demandante que se declare la nulidad del acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo proveniente de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora el 03 de septiembre de 2018, contra la Resolución No. DESAJMAR18-1249 del 14 de agosto de 2018.

Respecto al silencio Administrativo, el Consejo de Estado¹, precisó:

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A” en auto proferido el 11 de abril de 2019. C.P. Doctor William Hernández Gómez, en el proceso con radicación número: 08001-23-33-000-2015-00350-01(2025-17).

“...El silencio administrativo negativo involucra la potestad para el administrado de invocar esa omisión de las autoridades administrativas como una respuesta contraria a sus peticiones, por lo que se entiende como una especie de castigo ante la desidia de las entidades y una garantía procesal para el solicitante, pues le permite demandar la nulidad de ese acto ante los jueces y así mismo pretender el restablecimiento de su derecho subjetivo, presuntamente conculcado por la autoridad administrativa ante la negativa de sus pretensiones.

De este modo, se puede sostener que el silencio administrativo negativo que origina el acto ficto o presunto, es una garantía para el administrado en la medida en que no se deja al arbitrio de las entidades el contestar, o no, la petición, o que se emita un pronunciamiento que no constituya una clara declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos, pues se faculta al solicitante para que pretenda la nulidad del acto y el consecuente restablecimiento del derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, con el objetivo de evitar que la administración se beneficie de su conducta negligente.

Esta subsección referente a la ficción legal en estudio indicó lo siguiente:

«[...] Ahora bien, la expresión “decisión que la resuelva” citada en el artículo precedente, debe entenderse como toda decisión administrativa motivada que expida la administración a efecto de resolver de fondo ya sea en forma directa o indirecta, todas las solicitudes que hayan sido oportunamente planteadas por el peticionario y/o haga imposible continuar con la actuación. En segundo lugar, la ficción legal denominada “acto administrativo presunto” nace en nuestro ordenamiento jurídico como una presunción que “opera o se activa ante la pasividad del órgano llamado a proferir un específico acto administrativo⁹” y que se produce en virtud de los siguientes supuestos:

- a. El deber de un órgano de resolver, a instancia de parte interesada o de oficio, determinado asunto mediante un acto administrativo;*
- b. Vencimiento de un plazo o término señalado en la ley o en el reglamento, y*
- c. Falta de notificación al interesado de cualquier decisión sobre tal asunto, antes de ese vencimiento” [...]*

De lo anterior, puede inferirse que el acto presunto se configura en los siguientes eventos: i) cuando la administración no contesta una petición, ii) cuando no se resuelve el recurso de un administrado, iii) cuando la respuesta no es una clara declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos u obedece a un acto preparatorio o de trámite, y iv) cuando no se notifica la decisión.

Así las cosas, se tiene que el demandante, el 03 de septiembre de 2018 presentó recurso de apelación (fls. 28-31, cdo. 1) contra la Resolución No. DESAJMAR18-1249 del 14 de agosto de 2018 que negó el reconocimiento, liquidación y pago de las acreencias laborales aquí discutidas, recurso que fue concedido por la entidad mediante Resolución DESAJMAR18-1673 del 1º de octubre de 2018 (fls. 33-36, cdo. 1).

Ahora bien, la parte demandada, no allegó documento alguno que pruebe respuesta al recurso presentado y desde entonces a la presentación de la demanda, transcurrieron más

de los dos (2) meses de que trata el artículo 86 del CPACA para que se configure el silencio administrativo negativo, razón por la cual el mismo será declarado.

2. Problema Jurídico

Visto el escrito de demanda, la oposición planteada por la accionada y el recurso de apelación formulado, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar: *¿Procede la solicitud de inaplicación por inconstitucionalidad de la expresión “Grado 23” para nominar el cargo de Abogado Asesor, contenida en los Acuerdos expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que crearon dicho cargo?*

3. Tesis del Tribunal

Es procedente inaplicar por inconstitucional la expresión “Grado 23” para nominar el cargo de *Abogado Asesor*, contenida en los Acuerdos que crearon y prorrogaron dicho cargo para el Tribunal Superior de Manizales, por cuanto la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura no tenía competencia para crear o variar la remuneración aplicable para ese cargo, toda vez que, este y su remuneración se encontraban expresamente señalados en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993 y los decretos anuales que fijaban el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial. No podía acudir a la norma supletoria señalada en el artículo 4º ibidem para ubicar la remuneración en el grado 23, la cual resulta inferior, pues dicha tabla aplica únicamente para los cargos que no estuviesen denominados expresamente en el artículo 3o.

Para desarrollar lo anterior, la Sala hará referencia al: i) marco normativo y jurisprudencial aplicable, para descender al análisis del ii) caso concreto.

4. Marco normativo y jurisprudencia

4.1. Concepto y alcance de la excepción de inconstitucionalidad

La “*excepción de inconstitucionalidad*” tiene su fundamento en el artículo 4º de la Constitución Política de 1991, según el cual, cuando existen normas contrarias a la Constitución, se preferirán las contenidas en la Carta Política debido a su superioridad jerárquica y aplicación inmediata.

La Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que, se trata de una facultad, así como de un deber que tienen las autoridades, tanto judiciales como administrativas, para inaplicar una norma y en su lugar hacer efectiva la Constitución, consolidándose como una suerte de control de constitucionalidad difuso: “*En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política*”.²

² Sentencia SU-132 de 2013.

Así las cosas, la primera nota esencial de la excepción de inconstitucionalidad es que puede ser ejercida de manera oficiosa³ o a solicitud de parte, y procede cuando se está frente a alguna de las siguientes circunstancias:⁴

- 1) La norma es contraria a los cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, toda vez que *«de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acomodarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado»*;⁵
- 2) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso;⁶ o
- 3) En virtud de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento *«iusfundamental»*⁷. En otras palabras, *«puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales»*.⁸

La segunda característica esencial de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, es que su alcance es inter-partes y, por ende, la norma inaplicada al prosperar la excepción de inconstitucionalidad, no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida.⁹ Con lo que se conserva la competencia funcional atribuida por el Constituyente Primario de 1991 en el artículo 241 a la Corte Constitucional para pronunciarse de fondo sobre la materia, siendo esta la instancia última de control de constitucionalidad de las leyes, conforme al referido artículo 241 superior.

³ Sentencia T-808 de 2007.

⁴ Sistematizadas en la sentencia T-681 de 2016, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio.

⁵ Sentencia T-103 de 2010.

⁶ En sentencia T-669 de 1996 se desarrolló esta hipótesis, fijando que *«en tales eventos, el funcionario judicial está obligado a aplicar la excepción de inconstitucionalidad, pues la Constitución es norma de normas (CP art. 4º) o, en caso de que no lo considere pertinente, debe mostrar de manera suficiente que la disposición que, dada la situación del caso concreto, pretende aplicar tiene en realidad un contenido normativo en parte diferente a la norma declarada inexecutable, por lo cual puede seguirse considerando constitucional. Si el funcionario aplica la norma y no justifica su distanciamiento frente al pronunciamiento previo de la Corte Constitucional sobre el mismo tema, estaríamos en presencia de una vía de hecho, pues el funcionario judicial decide aplicar caprichosamente de preferencia las disposiciones legales a las normas constitucionales, en contravía de expresos pronunciamientos sobre el punto del tribunal constitucional, máximo intérprete y guardián de la Carta (CP arts. 4º, 241 y 243).»*

⁷ Sentencia T-103 de 2010.

⁸ Sentencia T-331 de 2014. En este mismo sentido, ver sentencia C-803 de 2006.

⁹ Sentencias SU-132 de 2013 y C-122 de 2011.

Así, el Consejo de Estado en la sentencia de 27 de enero de 2000, radicación número 911-1801-99, sobre la aplicación de esta figura frente a un Acuerdo expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, señaló:

“...no podía el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, fijarle grados, porque la norma señaló una sola denominación y remuneración. La facultad de señalar grados a diferentes cargos la tenía únicamente para aquellos no ubicados dentro de la denominación de que trata el artículo 3º del Decreto 57 de 1.993.

Así las cosas, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa - al señalar grados para el cargo de escribiente y como consecuencia de ello, disminuir la remuneración de la actora con ocasión de la fijación de los requisitos para el desempeño del cargo, es inconstitucional, ya que no podía fijar grados y modificar la escala salarial establecida en el artículo 3º del Decreto 57 de 1.993.

En estas condiciones, como la parte actora en los hechos de la demanda y el concepto de violación invocó la inconstitucionalidad del Acuerdo No. 05 de 15 de febrero de 1.993, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, la Sala, de manera oficiosa, procede a inaplicarlo por inconstitucional...”

4.2. Competencia del Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores de la Rama Judicial.

La Constitución dispuso en su artículo 150 como una de las atribuciones del Congreso:

“19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

(...)

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública. (...)”

En ejercicio de tal atribución, el Congreso de la República expidió la Ley 4 de 1992 *“Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, (...), de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.”*, a través de la cual estableció que, el Gobierno Nacional fijaría el régimen salarial y prestacional, entre otros, de los empleados públicos de la Rama Judicial.

Esa ley dispuso que, para la fijación del régimen salarial y prestacional de dichos servidores el Gobierno tendría en cuenta, además, los siguientes criterios (artículo 2):

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

(...)

El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;

j) El establecimiento de rangos de remuneración para los cargos de los niveles profesional, asesor, ejecutivo y directivo de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva y de la Organización Electoral; (...)" (Se destaca)

Por su parte, el artículo 3 previó que, el sistema salarial de los servidores públicos está integrado por los siguientes elementos: ***“la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos.”*** (Se destaca)

En torno al alcance de las escalas salariales, la Corte Constitucional en Sentencia C-416 de 1992, señaló que *“no son otra cosa que los grados o niveles dentro de los cuales se ubican los salarios que el Estado reconoce a sus servidores”*.

4.3. Competencia del Consejo Superior de la Judicatura para crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la Rama Judicial

De conformidad con el artículo 116 de la Carta Política, el Consejo Superior de la Judicatura hace parte de la Rama Judicial; los artículos 254, 255, 256 y 257 ibidem regularon, en su texto original y en su orden: i) su integración y el período de sus magistrados, ii) los requisitos para ser miembro de este Consejo Superior, iii) sus atribuciones y iv) funciones. Específicamente, el artículo 257 Constitucional, fijó como funciones, las siguientes:

2. Crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la administración de justicia. En ejercicio de esta atribución, el Consejo Superior de la Judicatura no podrá establecer a cargo del Tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales.

3. Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador. (...)

Acerca del alcance de dichas funciones, la Corte Constitucional en sentencia SU-539 de 2012, destacó su carácter administrativo, al señalar que:

“La interpretación adecuada de los artículos 256 y 257 del Texto Superior, es aquella según la cual la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ejerce y está sujeta a las funciones administrativas determinadas por la Constitución y la ley, comoquiera que los dos artículos referidos expresamente señalan que le corresponde al Consejo Superior de la Judicatura el cumplimiento de sus atribuciones y funciones “de acuerdo con la ley” y “con sujeción a la ley”.

Y concluyó que “(i) el Consejo Superior de la Judicatura tiene la facultad de reglamentar materias administrativas y funcionales de la administración de justicia; y (ii) en ejercicio de esa facultad (...) no puede ocuparse de asuntos de competencia exclusiva del legislador, en los términos previstos en los artículos 125 y 150-23 de la Constitución, como lo es la clasificación de los cargos de la rama judicial”. Criterio pacífico desde la sentencia C-265 de 1993¹⁰ que destacó que, las funciones asignadas a la Sala Administrativa, son de índole netamente administrativa y su ejercicio está atado a la Constitución y la ley.

En torno a su función constitucional de creación y modificación de cargos, la Corte Constitucional también indicó que, es una atribución *in genere* que ofrece una herramienta práctica para atender de manera satisfactoria la demanda del servicio de administración de justicia y que, dentro de ese marco constitucional y legal, podrá crear cargos de duración indefinida o de vigencia precisa¹¹.

Ahora bien, el desarrollo legislativo de las funciones del Consejo Superior de la Judicatura se vio reflejado en la Ley 270 de 1996 que reiteró en su artículo 75 el mandato superior atinente a que “Al Consejo Superior de la Judicatura le corresponde la administración de la Rama Judicial y ejercer la función disciplinaria, de conformidad con la Constitución Política y lo dispuesto en esta ley”.

Dentro de las funciones administrativas asignadas al Consejo Superior, el numeral 9 del artículo 85 de la norma citada, previó su competencia para “9. Determinar la estructura y las plantas de personal de las Corporaciones y Juzgados. Para tal efecto podrá crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la Rama Judicial, determinar sus funciones y señalar los requisitos para su desempeño que no hayan sido fijados por la Ley”.

Para la Sala, no hay duda entonces que, las normas constitucionales y legales antes transcritas, le otorgan al Consejo Superior de la Judicatura facultades de reglamentación, lo que demuestra una autorización constitucional y legal para que pueda dictar los reglamentos necesarios para hacer eficaz el funcionamiento de la Administración de Justicia, limitándose en lo dispuesto en mandatos superiores.

Ello también la habilita para determinar la estructura de las plantas de personal de las Corporaciones y de los Juzgados, facultándosele en consecuencia, para crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos al interior de la Rama Judicial, con el consecuente señalamiento de requisitos y funciones para su desempeño, siempre que no hayan sido fijados por la ley¹².

Precisamente en atención a dichos límites, el Consejo de Estado en sentencia del 16 de abril de 2009¹³ concluyó que, el Consejo Superior de la Judicatura incurrió en una transgresión a normas superiores cuando fijaba una remuneración a un cargo cuya denominación se

¹⁰ Véase también la sentencia T-176 de 2016

¹¹ T-633 de 2007

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia del 19 de abril de 2012. Rad.: 11001-03-25-000-2006-0013000(2018-06).

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, 16 de abril de dos 2009. Rad.: 11001-0325-000-2006-00055-00(1130-06)

encuentra expresamente establecida en los Decretos Nacionales que regulan el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial. Ello en un asunto en el cual declaró la nulidad parcial de un Acuerdo en el cual varió la remuneración de un Oficial Mayor nominado de Tribunal Nacional, Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Tribunales Administrativos y Consejos Seccionales de la Judicatura, que estaba establecida taxativamente en los decretos nacionales, al respecto precisó:

“Sostiene la parte actora que la actuación del Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa, de señalar grados para el cargo de Oficial Mayor con ocasión de la fijación de los requisitos para el desempeño del cargo y, como consecuencia de ello, variar la remuneración contemplada en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993, resulta ilegal e inconstitucional.

La Sección Segunda ya ha tenido oportunidad de estudiar el mismo cargo frente a otros empleos de la rama jurisdiccional¹⁴, dentro de los procesos instaurados contra el Consejo Superior de Judicatura, en los cuales igualmente se ha solicitado la nulidad parcial del mismo Acuerdo 05 de 1993. En aquellas oportunidades la Sala ha llegado a la convicción de que el Consejo Superior de la Judicatura no puede variar la remuneración contemplada en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993.

Y como en esta ocasión no encuentra ninguna argumentación adicional contundente, por parte de la entidad demanda, para desvirtuar lo decidido en los precedentes que se citan, se permite exponer nuevamente la ratio decidendi, determinante para acceder a las súplicas de la demanda. (...)

Así entonces, como el cargo de Oficial Mayor se encontraba contemplado en el artículo 3º del decreto 57 de 1993, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, carecía de la facultad para determinarle grados y, además, no era competente para fijar su remuneración, pues tal potestad, como se dijo, correspondía al Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992.

En esas condiciones, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, al señalar la remuneración con ocasión de la fijación de los requisitos para el desempeño del cargo, resulta inconstitucional”. (Se destaca)

También en sentencia del 20 de octubre de 2014¹⁵, al examinar un asunto en el cual se debatía la legalidad de la remuneración mensual de los escribientes de Juzgados del Circuito, por cuanto se circunscribía a un Acuerdo expedido por el Consejo Superior de la Judicatura que modificó sus grados y denominación, sostuvo que incurría en un exceso de su facultad reglamentaria al desconocer los decretos salariales y procedía *motu proprio*, a fijar remuneraciones mensuales:

“Así entonces, como el cargo de Escribiente se encontraba contemplado en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, carecía de facultad para determinarle grados y, además, no era competente para fijar

¹⁴ Ver expedientes 110/99 – 1846/99 – 1801/99 – 7375/05 – 2630/05

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia del 20 de octubre de 2014, Rad.: 0500123-31-000-2001-02343-01(0054-13).

su remuneración, pues ello, como se dijo, correspondía al Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la ley 4ª de 1992.

En esas condiciones, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa - al señalar grados para el cargo de escribiente y, como consecuencia, variar la remuneración con ocasión de la fijación de los requisitos para el desempeño del cargo, resulta inconstitucional. En sentido similar se ha pronunciado esta Sección en varias ocasiones inaplicando la disposición que mediante esta sentencia de anula”¹⁶.

(...)

Lo anterior permite concluir que es evidente la diferencia salarial existente entre el valor que debía reconocerse al actor, en aplicación de los decretos anuales que consagraron el salario correspondiente al escribiente de Juzgado de Circuito y el que determinó aplicar la Dirección de Administración Judicial, en virtud de lo dispuesto en el referido Acuerdo 05 de 1993.”

En este mismo sentido se ha pronunciado la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencias del 9 de febrero de 2012¹⁷, 26 de septiembre de 2012¹⁸, 2 de mayo de 2013¹⁹, 12 de mayo de 2014²⁰, entre otras providencias. Sin duda, el criterio expuesto es pacífico y reiterado.

En conclusión, si bien el Consejo Superior de la Judicatura tiene la potestad de crear, fusionar, trasladar y suprimir cargos necesarios para el funcionamiento de la Administración de Justicia, no tiene competencia para fijar o variar la remuneración a un cargo cuya denominación se encuentra expresamente establecida por los decretos expedidos por el Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992 y que regulan el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial.

4.4. Régimen Salarial de la Rama Judicial

En desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4 de 1992, el Presidente de la República expidió el Decreto 57 de 1993, a través del cual “*dictó normas sobre el Régimen Salarial y Prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones*” y estableció que sería aplicable a los servidores judiciales vinculados y que antes del 28 de febrero de 1993 optaran por el régimen salarial y prestacional establecido en este Decreto, y a quienes se vinculen al servicio con posterioridad a su vigencia.

¹⁶ Consejero Ponente Alberto Arango Mantilla, Rad. 11001-03-25-000-1998-0130-000 (1711/98)

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad.: 05001-23-31-000-2003-02448-01(2135-10)

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad.: 05001-23-31-000-2001-02457-01 (1584-11)

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, 2 de mayo de 2013. Rad.: 05001-23-31000-2001-04365-01(0081-10).

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad.: 05001-23-31-000-2003-04078-01(0137-13)

En el artículo 3º, se establece la remuneración mensual de los empleos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, a partir del 1º de enero de 1993, indicando la denominación de los cargos, sin fijarles un grado.

En el artículo 4º se establece la remuneración mensual para los empleos “*cuya denominación del cargo no esté señalada en el artículo anterior*”, para lo cual contempla una escala o tabla de grados del 01 al 33.

Tal sistema de fijación salarial se consolidó con los Decretos 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995, 36 de 1996, 76 de 1997, 64 de 1998, 43 de 1999, 2740 de 2000, Decreto 2777 de 2001, 673 de 2002, 3569 de 2003, 4172 de 2004, 936 de 2005, 389 de 2006, 618 de 2007, 658 de 2008, 723 de 2009, 1388 de 2010, 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014, 1257 de 2015²¹, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018, 991 de 2019 y subsiguientes, expedidos por el Presidente de la República, a través de los cuales, año a año ha fijado la remuneración mensual o el reajuste porcentual anual de las escalas salariales de los empleos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar.

4.5. Cargo y Remuneración Abogado Asesor de Tribunal Judicial y grado 23

El referido Decreto 57 de 1993²², en el artículo 3º numeral 2º contempló como cargo nominado para “*Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura*” el cargo de “**Abogado Asesor**” y señaló su remuneración, así:

2. Para los siguientes empleos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura:

DENOMINACIÓN DEL CARGO	REMUNERACIÓN MENSUAL
Magistrado de Tribunal Nacional de Orden Público	1.937.500
Magistrado de Tribunal y Consejo Seccional	1.812.500
Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar	1.812.500
Abogado Asesor	1.125.000
Secretario de Tribunal y Consejo Seccional	750.000
Relator	750.000
Secretario de Tribunal Militar	625.000
Sustanciador	468.750
Oficial Mayor	468.750
Auxiliar Judicial	468.750

²¹ Artículo 1: “Reajústase, a partir del 1º de enero de 2015, en un cuatro punto sesenta y seis por ciento (4.66%) las escalas salariales que regulan la remuneración mensual y asignaciones básicas mensuales de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo señaladas en los decretos 186, 194, 196 y 1239 de 2014”

²² Por el cual se dictan normas sobre el Régimen Salarial y Prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones. Derogado Artículo 20 Decreto 106 de 1994 <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1900228>

Escribiente

325.000

En el artículo 4º ibidem, se señaló la remuneración subsidiaria y excluyente para los empleos **que no estaban consagrados en el citado artículo 3**, igualmente estableció una escala salarial del grado 01 a 33, así:

***ARTICULO 4o.** La remuneración mensual para los empleos de la Rama Judicial y la Justicia Penal Militar **cuya denominación del cargo no esté señalada en el artículo anterior**, se regirá por la siguiente escala:*

GRADO	REMUNERACIÓN
...	...
23	820.238
...	...

A continuación, el Gobierno Nacional ha expedido anualmente decretos de igual naturaleza y objeto, señalado el valor de la remuneración y asignación mensual o el reajuste porcentual respectivo, entre otros, para el cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial y los empleos del grado 23.

4.6. Requisitos del cargo de abogado asesor de Tribunal o abogado asesor grado 23

En el Acuerdo 25 de 1997 “*Por medio del cual se da aplicación al artículo 161 de la Ley 270 de 1996*”²³, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se clasifican los cargos de Carrera de la Rama Judicial en niveles ocupacionales, pero no se señalan los requisitos para estos cargos.

En el Acuerdo PSAA06-3560 de 2006 “*Por el cual se adecuan y modifican los requisitos para los cargos de empleados de Tribunales, Juzgados y Centros de Servicios*”²⁴, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, tampoco se señalan los requisitos para el cargo de abogado asesor de Tribunal Judicial o abogado asesor grado 23.

En el Acuerdo PSAA13-10038 de 2013 “*Por el cual se adecuan y modifican los requisitos para los cargos de empleados de Tribunales, Juzgados y Centros de Servicios*”²⁵, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se señalan los requisitos para el cargo Abogado Asesor grado 23, así:

“ARTÍCULO 1º.- Establecer y adecuar los requisitos de los siguientes cargos de empleados de Tribunales, Juzgados y Centros de Servicios, así:

²³http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:835evv1Qz3YJ:actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx%3Furl%3D%257E%252FApp_Data%252FUpload%252F025-97.doc+&cd=1&hl=it&ct=clnk&gl=co

²⁴<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10635/2058718/Acuerdo+3560+de+2006.pdf/4161e9be-0bed-42ce-86ea-0dcda75f7c4b>

²⁵https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FPSAA13-10038.pdf

DENOMINACION DE CARGO	GRADO	REQUISITOS
...	...	...
Abogado Asesor	23	Título de formación profesional en derecho, título de postgrado y un (1) año de experiencia profesional".

5. Lo probado.

-. Mediante los Acuerdos PSAA12-9214 del 02 de febrero de 2012²⁶, Acuerdo PSAA12-9524 del 21 de junio de 2012, PSAA12-9781 de 2012, PSAA13-9897 de 2013, PSAA13-9962 de 2013, PSAA13-9991 de 2013, PSAA13-10048 de 2013, PSAA13-10068 de 2013, PSAA13-10072 de 2013, PSAA14-10156 de 2014, PSAA14-10195 de 2014, PSAA14-10197 de 2014, PSAA14-10251 de 2014, PSAA14-10277 de 2014, PSAA14-10282 de 2014, PSAA15-10288 de 2015, PSAA15-10323 de 2015, PSAA15-10335 de 2015, PSAA15-10356 de 2015, PSAA15-10363 de 2015, PSAA15-10371 de 2015, PSAA15-10377 de 2015 y PSAA15-10385 de 2015, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura creó, entre otros, transitoriamente para el Tribunal Superior de Manizales – Sala Laboral un cargo de *Abogado Asesor grado 23*.

En ellos se especifica que, el régimen salarial y prestacional sería el establecido para la Rama Judicial y se indica que su función consiste en proyectar para fallo un número de sentencias promedio mensuales. El artículo 17 del Acuerdo PSAA1510402 del 29 de octubre de 2015, creó con carácter permanente “Un (1) cargo de *Abogado Asesor grado 23*” en múltiples despachos de los tribunales del país, entre ellos para los despachos de magistrado del Tribunal Superior de Manizales.

-. Según la Constancia No. 0327 suscrita por el jefe del Área de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Manizales (fl. 46, cdo. 1), la servidora Santiago Rendon Tamayo, se desempeñó en el cargo de *Abogado Asesor grado 23*, en los siguientes periodos:

Fecha inicio	Fecha Fin
07 de septiembre de 2016	02 de abril de 2017
04 de abril de 2017	22 de noviembre de 2018
26 de noviembre de 2018	01 de abril de 2019 ²⁷

-. El demandante, el 23 de julio de 2018 solicitó al Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Manizales, la nivelación y demás acreencias laborales deprecadas en esta sede judicial (fls. 13-18, cdo. 1).

²⁶https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FGA_CETA28-12.pdf

²⁷ Data de expedición de la constancia, a la cual se hallaba desempeñando dicho cargo.

-. La Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Manizales, negó la petición antes mencionada, por medio de la Resolución DESAJMAR18-1249 del 14 de agosto de 2018 (fls. 19-27, cdo. 1).

-. El demandante interpuso el 03 de septiembre de 2018 recurso de apelación contra la anterior decisión, el cual fue concedido por la Resolución DESAJMAR18-1673 del 1° de octubre de 2018 (fls. 28-35, cdo. 1), el cual a la fecha no ha sido resuelto por la entidad accionada.

6. Análisis sustancial del caso.

De acuerdo con lo expuesto se tiene que, mediante Decreto 57 de 1993²⁸ en el **artículo 3°** numeral 2° se contempló como cargo nominado para “*Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura*” el cargo de **Abogado Asesor** y se señaló su remuneración; adicionalmente se señaló en el artículo 4° la remuneración subsidiaria y excluyente para los empleos **que no estaban consagrados en el citado artículo 3**, e igualmente estableció una escala salarial, del grado 01 a 33.

A continuación, el Gobierno Nacional ha expedido anualmente decretos de igual naturaleza y objeto, señalado el valor de la remuneración y asignación mensual o el reajuste porcentual respectivo, entre otros, para el cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial y los empleos del grado 23.

Por su parte, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de los acuerdos previamente reseñados, creó inicialmente en forma transitoria y finalmente con carácter permanente para el Tribunal Superior de Manizales – Sala Laboral el cargo de **Abogado Asesor**, pero indicó como grado de remuneración el 23, a pesar que, tanto en el Decreto 57 de 1993 como en los decretos anuales se señalaba expresamente la remuneración mensual para dicho cargo.

Por lo tanto, no queda duda que, al estar expresamente señalada por el Gobierno Nacional, la remuneración del empleo de *Abogado Asesor* de Tribunal Judicial, el Consejo Superior de la Judicatura carecía de competencia para acudir a la norma supletoria señalada en el artículo 4° del Decreto 57 de 1993 para variar la remuneración y así ubicarla en el grado 23.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia proferida el 16 de julio de 2009²⁹ precisó:

*“La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura **no podía crear escalas de remuneración**, pues apenas estaba facultada para realizar la incorporación del personal a los cargos, pues así se menciona explícitamente en el propio preámbulo del acto acusado, es decir del Acuerdo No. 05 de 15 de febrero de 1993 hoy atacado. Entonces, cuando el Consejo se fija como objetivo del acto “la correcta aplicación del Decreto 57 de 1993, en lo relativo a la remuneración adecuada para cargos nominados, existentes en las Corporaciones y Despachos*

²⁸ <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1900228>

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Rad.: 68001-23-15-000-2003-02985-01(1895-08)

*Judiciales de la Rama Judicial”; y con ese pretexto **modifica la escala de remuneración desborda los límites de su competencia, pues se hallaba desprovisto de atribuciones para determinar grados y, por tanto, carecía de competencia para modificar la escala de remuneración, por ser esta facultad exclusiva del ejecutivo.** Al cambiar la escala salarial de los servidores de la administración de justicia, en ejercicio de una competencia de la que estaba desprovisto, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura **resulta abiertamente reñida con la Constitución y la ley;** y por lo mismo, debe recibir la sanción de nulidad, pues una cosa es incorporar las personas a unos cargos **y otra muy distinta crear escalas de remuneración intermedias no previstas por el legislador, para consagrar diferencias salariales entre quienes cumplen la misma función.** Y tal proceder no se valida, con el pretexto de brindar “... a la correcta aplicación del Decreto 57 de 1993...” que no le dispensaba esa prerrogativa al Consejo Superior de la Judicatura. (...)” (Se resalta)*

Adicionalmente cabe resaltar que, la facultad que ha sido otorgada al Consejo Superior de la Judicatura de crear, fusionar, trasladar y suprimir cargos necesarios para el funcionamiento de la Administración de Justicia, no puede ser ejercida en forma meramente discrecional, sin que medie justificación alguna para su adopción.

En tal sentido, para esta Sala no obra prueba o tan siquiera argumentación alguna mediante la cual el Consejo Superior de la Judicatura haya justificado la **necesidad** de crear el cargo de “*abogado asesor grado 23*” en condiciones diferentes (requisitos, funciones y grado) al cargo de “*abogado asesor*” que en forma nominada ya existía.

Al respecto cabe destacar que, en providencia del 19 de abril de 2021³⁰, esta corporación ya había destacado como la Unidad de Carrera Judicial a través del oficio CJO21-1026 del 19 de marzo de 2021 fue requerida para que informase “i) los requisitos y funciones para el empleo de Abogado Asesor de Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura; ii) si en la actualidad, se encuentran implementados los empleos de Abogado Asesor de Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura; y finalmente iii) debía señalar las razones por la cuales no ha sido implementado el mencionado cargo.”

Petición frente a la cual se destacó por esta Colegiatura que:

“En la respuesta ofrecida por la mencionada Directora, simplemente se limitó a mencionar que el cargo de Abogado Asesor grado 23 –que se encuentra en la actualidad implementado- no es igual al Abogado Asesor de Tribunales Judiciales; frente a los demás requerimientos, guardó silencio y expresó las generalidades respecto del cargo de Abogado Asesor grado 23 que ya ampliamente fueron expuestas en la contestación de la demanda y han sido analizadas en esta providencia. Siendo diáfano concluir que, el órgano de gobierno y administración de la Rama Judicial, arbitrariamente se negó a implementar el cargo objeto de controversia [Abogado asesor de Tribunal Judicial] y paralelo a ello, se atribuyó la función de crear el cargo de Abogado Asesor grado 23 sin tener la facultad legal y constitucional para hacerlo.” (Se resalta)

³⁰ Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Tercera de Decisión, M.P. Dohor Edwin Varón vivas, radicado 17-001-23-33-000-2019-00418-00.

Aunado a lo anterior, se encuentra acreditado que, el Consejo Superior de la Judicatura al fijar el grado de remuneración 23 para el cargo de *Abogado Asesor* creado por los Acuerdos antes señalados, para el Tribunal Superior de Manizales, disminuyó la remuneración del cargo de Abogado Asesor nominado que ya existía, sin efectuar ningún tipo de disquisición sobre las razones o necesidades que conllevaban a crear cargos de abogado asesor, empero con grado salarial 23.

En efecto, al encontrarse el Tribunal Superior de Manizales, en la categoría de “*Tribunales Judiciales*”, los decretos expedidos por el Gobierno Nacional que fijaron el salario para el empleo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial comparados con el salario asignado al empleo sin nominación Grado 23, resulta lo siguiente:

Decreto	Abogado Asesor de Tribunal Judicial	Grado 23
194 de 2014	\$5.746.978	\$4.299.956 ³¹
1257 de 2015	\$6.014.797 (4.66%)	\$4.500.333 (4.66%)
245 de 2016	\$6.482.146 (7.77%)	\$4.850.008 (7.77%)
1013 de 2017	\$6.919.690 (6.75%)	\$5.177.383 (6.75%)
337 de 2018	\$7.271.902 (5.09%)	\$5.440.912 (5.09%)
991 de 2019	\$7.599.137 (4.5%)	\$5.685.753 (4.5%)

Así las cosas, encuentra la Sala que el Consejo Superior de la Judicatura no podía crear o variar la remuneración aplicable para el cargo de “*Abogado Asesor*” de “*Tribunal Judicial*” por cuanto es un cargo nominado al que expresamente se le había determinado la remuneración en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993 y reiterado en los demás decretos salariales subsiguientes en los que año a año el Gobierno Nacional fijó la remuneración de los cargos de los empleados de la Rama Judicial.

7. Conclusión

De acuerdo con lo anterior encuentra la Sala que, es procedente inaplicar por inconstitucional la expresión “*Grado 23*” para nominar el cargo de *Abogado Asesor*, contenida en los Acuerdos que crearon y prorrogaron dicho cargo para el Tribunal Superior de Manizales, por cuanto la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura no tenía competencia para crear o variar la remuneración aplicable para ese cargo, toda vez que, este y su remuneración se encontraban expresamente señalados en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993 y los decretos anuales que fijaban el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial. No podía acudir a la norma supletoria señalada en el artículo 4º ibidem para ubicar la remuneración en el grado 23, la cual resulta inferior, pues dicha tabla aplica únicamente para los cargos que no estuviesen denominados expresamente en el artículo 3o.

³¹ El decreto salarial de 2014, pues fue el último en fijar un valor base, a partir de allí los años siguientes solo se menciona un porcentaje de aumento.

Por lo tanto, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura resultó abiertamente reñida con los artículos 125, 150-23 y 257 de la Constitución, pues no era competente para fijar la remuneración del cargo de *Abogado Asesor* de Tribunal Judicial, pues tal potestad corresponde al Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992.

Corolario de lo expuesto, no prosperan los argumentos expuestos por la entidad demandada, por lo que se accederá a las pretensiones de la demanda, en consecuencia, se **declarará** la nulidad de: **i)** la Resolución DESAJMAR18-1249 del 14 de agosto de 2018, expedida por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Manizales mediante el cual negó la reliquidación, con efectos retroactivos, de las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el cargo de Abogado Asesor “grado 23” y el de “Abogado Asesor de Tribunal Judicial”; y **ii)** el Acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo con ocasión de la falta de respuesta al recurso de apelación interpuesto el 03 de septiembre de 2018 por Santiago Rendon Tamayo, contra la referida resolución.

8. Restablecimiento del derecho

Advirtiéndose entonces que la entidad accionada excedió su órbita de competencias al fijar un grado salarial para el cargo de Abogado Asesor, cuya denominación y retribución salarial ya existían en las disposiciones salariales de la Rama Judicial por creación del Gobierno Nacional en uso de sus competencias constitucionales y legales, se impone inaplicar por inconstitucionalidad la expresión “Grado 23” que fue incorporada por el Consejo Superior de la Judicatura en los acuerdos emitidos entre los años 2012 y 2015³², para fijar la escala salarial y prestacional del cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial, que desempeñó el aquí demandante.

En este orden de ideas, lo anterior conlleva a declarar la nulidad de los actos particulares aquí enjuiciados, en tanto negaron al actor el pago de los derechos salariales y prestacionales correspondientes al cargo de “*Abogado Asesor de Tribunal Judicial*” -nominado, (entiéndase sin grado)-, por lo cual a título de restablecimiento del derecho deberán cancelarse a su favor las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el cargo de Abogado Asesor “grado 23” y el de “Abogado Asesor de Tribunal Judicial”, por el tiempo en que este haya desempeñado el cargo y mientras se desempeñe en el mismo.

9. Prescripción.

A título oficioso advierte la Sala que analizado el fenómeno de prescripción extintiva se observa que, entre la fecha en que el accionante desempeñó por primera vez el cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial -07 de septiembre de 2016- y la fecha de reclamación presentada ante la aquí demandada -23 de julio de 2018-, no transcurrieron los 3 años a que hace referencia el artículo 151 del C.S.T., lapso que tampoco se presentó a la data de

³² Cuya mención específica se hará en la parte resolutive.

radicación de la demanda, por lo cual no se observa el acaecimiento de este fenómeno prescriptivo.

10. Costas

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP), se condena en costas a la parte demandada, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al citado CGP.

Ahora bien, en aplicación de un criterio objetivo valorativo en vista de que la parte demandante debió concurrir al proceso a través de apoderado judicial y que este actuó en las diferentes etapas procesales, se fijan agencias en derecho por valor de \$ 2.430.000³³.

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

SENTENCIA

Primero: Declarar que se configuró silencio administrativo negativo frente al recurso de apelación presentado el 03 de septiembre de 2018 por Santiago Rendon Tamayo, contra la Resolución No. DESAJMAR18-1249 del 14 de agosto de 2018.

Segundo: Inaplicar por inconstitucionalidad la expresión “Grado 23” relacionada al cargo Abogado Asesor contenida en los Acuerdos: PSAA 12-9213 del 2 de febrero de 2012 (artículo 1), PSAA 12-9524 del 21 de junio de 2012, PSAA12 9781 de 2012 (artículo 67), PSAA13-9897 de 2013 (artículo 1), PSAA13-9962 de 2013 (artículo 24), PSAA13-9991 de 2013 (artículo 44), PSAA13-10048 de 2013 (artículo 1), PSAA13-10068 de 2013 (artículo 1), PSAA14-10156 de 2014 (artículo 41), PSAA14-10195 de 2014 (artículo 55), PSAA14-10197 de 2014 (artículo 1), PSAA14-10251 de 2014 (artículo 29), PSAA14-10277 de 2014, aclarado mediante Acuerdo PSAA15-10288 de 2015 (artículo 20), PSAA15-10323 de 2015 (artículo 11), PSAA15-10335 de 2015 (artículo 12), PSAA15-10356 de 2015 (artículo 11), PSAA15-10363 de 2015 (artículo 13), PSAA15-10371 de 2015 (artículo 14), PSAA15-10377 de 2015 (artículo 14) y PSAA15-10385 de 2015 (artículo 14), PSAA15-10402 del 29 de octubre de 2015 (artículo 88) expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Tercero: Declarar la nulidad de: **i)** la Resolución DESAJMAR18-1249 del 14 de agosto de 2018, expedida por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Manizales mediante el cual negó la reliquidación, con efectos retroactivos, de las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el cargo de Abogado Asesor “grado 23” y el de “Abogado Asesor de Tribunal Judicial”; y **ii)** el Acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo con ocasión de la falta de respuesta al recurso de apelación interpuesto el 03 de septiembre de 2018 por Santiago Rendon Tamayo, contra la referida resolución.

³³ Correspondiente al 4% de las pretensiones según cuantía determinada en el escrito de demanda, ello de conformidad con los criterios de tasación fijados en el artículo 5° del Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Cuarto: Condenar a la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, a reconocer y pagar a favor de **Santiago Rendon Tamayo**, por el tiempo en que haya desempeñado y mientras desempeñe el cargo, las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el cargo de **Abogada Asesor “grado 23”**, que se le venía cancelando, y el cargo de **“Abogada Asesora de Tribunal Judicial”**.

Sumas que deberán ser pagadas debidamente indexadas a la fecha de esta sentencia en los términos del inciso último del artículo 187 del CPACA. La condena devengará intereses en los términos del inciso 3º del artículo 192 en concordancia con el numeral 4º del artículo 195 del CPACA.

Quinto: Condenar en costas a la parte demandada. **Fijar** agencias en derecho por valor de \$ 2.430.000.

Sexto: Ejecutoriada la presente providencia, **liquidar** los gastos ordinarios del proceso, **devolver** los remanentes, si los hubiere, a la parte interesada y **archivar** el expediente, previas las anotaciones en el sistema Justicia Siglo XXI.

Séptimo: Expedir a costa de la parte interesada las copias auténticas que sean solicitadas, con las constancias secretariales requeridas, con observancia de los parámetros legales (Artículo 114 del Código General del Proceso).

Proyecto discutido y aprobado en Sala Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 064 de 2022.

NOTIFÍQUESE



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 ESPECIAL DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 229

Manizales, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-33-39-006-2019-00438-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Daniel Ortega Jiménez
Demandado: Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada frente a la sentencia emitida el 25 de marzo de 2021 por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales.

Para la adopción de la presente decisión se advierte que según acta No. 048 de la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo, ante el impedimento aceptado al Magistrado Fernando Alberto Álvarez Beltrán se conformó Sala especial de decisión por los Magistrados Carlos Manuel Zapata Jaimes, Dohor Edwin Varón Vivas y Augusto Morales Valencia.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita, inaplicar *“el artículo 17 del Acuerdo PSAA15-10402 de La Sala Administrativa del Consejo Superior de La Judicatura, en cuanto a la denominación “GRADO 23” asignada al cargo de ABOGADO ASESOR creado mediante dicho Acuerdo, por no existir razón alguna que indique que los ABOGADOS ASESORES de Tribunal Judicial tengan un tratamiento salarial y prestacional diferente al asignado por el Gobierno Nacional”*.

Que además, se declare la nulidad de: i) la Resolución DESAJMAR18-1253 del 14 de agosto de 2018, mediante el cual se negó la reliquidación con efectos retroactivos de las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el *“grado 23”* y el salario del cargo nominado de abogado asesor; y ii) el acto ficto derivado del silencio administrativo negativo, proveniente del recurso de apelación interpuesto el 03 de septiembre de 2018.

Que en consecuencia, se ordene a la demandada reconocer que el cargo de Abogado Asesor que ha desempeñado o desempeñó el demandante, durante su tiempo de vinculación al servicio de la Rama Judicial, y hasta la fecha, no ostenta ninguna denominación o grado adicional o diferencial al de *“Abogado Asesor de Tribunal Judicial”*, conforme con lo reglamentado por el Gobierno Nacional a través de los Decretos 1013 de 2017 y 337 de 2018,

así como los que los modifiquen, sustituyan o adicionen. Que la remuneración salarial del cargo de “*Abogado Asesor*” debe liquidarse según lo preceptuado por el Gobierno Nacional a través del artículo 4 de los citados Decretos.

Que se condene a la Rama Judicial a reconocer, liquidar y pagar con efectos retroactivos, las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el “*grado 23*”, que se le han venido cancelando erróneamente y el cargo de “*Abogado Asesor de Tribunal Judicial*”, de acuerdo con lo dispuesto en los señalados decretos de asignación salarial y prestacional, durante el tiempo de vinculación en el Tribunal Superior de Manizales – Sala Penal, en el cargo de Abogado Asesor.

Que las sumas que resulten a favor del demandante sean indexadas según el IPC, conforme a lo establecido en el artículo 187 del CPACA, desde la fecha de vinculación al cargo de asesor hasta el pago efectivo de la obligación y condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada. Finalmente solicitó que se ordene al pago de intereses que se generen a partir de la fecha de la sentencia.

1.2. Sustento fáctico relevante

Señaló que, el demandante ocupó el cargo de “*Abogado Asesor*” entre el 5 de septiembre de 2016 y el 26 de abril de 2017, posteriormente entre el 28 de abril de 2017 y el 9 de mayo siguiente y finalmente desde el 1 de junio de 2017 a julio de 2018, por lo que para efectos salariales le eran aplicables los Decretos 245 de 2016, 1013 de 2017 y 337 de 2018 expedidos por el Gobierno Nacional en desarrollo de lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992.

Su vinculación como *Abogado Asesor grado 23* surgió con ocasión a los Acuerdos expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que crearon dicho cargo, por lo que el 23 de julio de 2018, solicitó a la demandada inaplicar por excepción de inconstitucionalidad la expresión “*grado 23*” contenida en tales Acuerdos, en tanto le asignaron al cargo de Abogado Asesor de los despachos de este Tribunal una remuneración diferente a los empleados que ocupan el cargo de Abogado Asesor de Tribunal a nivel nacional, asimismo solicitó la reliquidación con efectos retroactivos de las diferencias salariales y prestacionales existentes entre dichos cargos.

La demandada mediante Resolución DESAJMAR18-1253 del 14 de agosto de 2018, negó la petición anterior; contra esta decisión se presentó recurso de apelación; no obstante, la demandada no se pronunció, configurándose así el silencio administrativo negativo.

1.3. Normas violadas y concepto de violación.

Se considera que, con los actos demandados se han vulnerado los artículos 4, 13 53, 150 y 257 de la Constitución; Leyes 4 de 1992, 270 de 1996 y los Decretos 194 de 2014, 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017 y 337 de 2018.

Como fundamento de lo anterior indicó que, los actos administrativos censurados están viciados de nulidad relativa por la violación de la Ley, por cuanto en cumplimiento a lo

dispuesto en el numeral 19 del artículo 150 C.P., el Congreso de la República expidió la Ley 4 de 1992, por medio de la cual se fijó el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos; dentro de los criterios y objetivos allí determinados para el efecto, los cuales estaban, el establecimiento de rangos de remuneración para los cargos de los niveles profesional y asesor.

Que el Gobierno Nacional en desarrollo de dicha normativa expidió los Decretos Salariales 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014 en los cuales estableció la remuneración mensual para el *Abogado Asesor de Tribunal Judicial* y señaló expresamente que *“la remuneración mensual para los empleos de la Rama Judicial y la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores (4 y 5) se regirá por la siguiente escala...”* lo cual supuso una remuneración subsidiaria aplicable según el grado asignado, solo para aquellos cargos que no estuvieran contemplados en forma expresa en dichos decretos, lo cual no es el caso del cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial, pues este corresponde a una denominación expresamente allí efectuada, con su respectiva remuneración.

Dichos decretos reglamentarios expresamente refieren que *“Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente Decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4 de 1992”* y que *“Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos”*.

Posteriormente se expidieron los Decretos 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017 y 337 de 2018, los cuales determinaron el reajuste de las escalas salariales que regulan la remuneración mensual y asignaciones básicas mensuales de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial en ese mismo sentido.

Que en virtud de lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 270 de 1996, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura goza de la facultad constitucional y legal para “crear” los cargos que estime necesarios para la Administración de Justicia, determinar sus funciones y señalar los requisitos para su desempeño, solo cuando aquellos no hayan sido fijados por la Ley, pero que en el caso bajo juzgamiento, ese órgano hizo uso extralimitado de dicha potestad a efectos de expedir los Acuerdos de medidas de descongestión para los Tribunales Superiores y Administrativos entre los años 2011 y 2015, al señalar un grado 23 en el cargo de Abogado Asesor con un efecto salarial diverso frente al fijado, por competencia constitucional y legal por el Gobierno Nacional a través de los Decretos señalados para el Abogado Asesor de Tribunal Judicial.

Que la diferencia salarial entre dichos cargos afecta la liquidación de sus bonificaciones, vacaciones, primas de vacaciones, prima de navidad y cesantías. Que a efectos de su liquidación salarial y prestacional en el llamado cargo de Abogado Asesor “Grado 23”, la entidad demandada debió tomar el valor de la escala salarial establecido para el cargo de Abogado Asesor de Tribunal, y que la situación descrita permite predicar que los actos administrativos enjuiciados incurrieron en una flagrante vulneración a los cánones constitucionales, legales y reglamentarios invocados.

2. Contestación de la demanda

La **demandada** se opuso a las pretensiones del actor y en cuanto a los hechos aceptó la expedición del acuerdo PSAA15-10402 de 2015 que creó el cargo de Abogado Asesor Grado 23 y sostuvo estarse a lo probado sobre el desempeño o no del demandante en dicho cargo; agregó que, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y en la Ley 4ª de 1992, la facultad para fijar las remuneraciones de los servidores públicos radica única y exclusivamente en el Gobierno Nacional, tal como se dispuso en el Decreto 57 de 1993, en el cual estableció el nuevo régimen salarial y prestacional de los servidores de la Rama Judicial.

Que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura tiene potestades para crear cargos con el fin de descongestionar los despachos judiciales, conforme lo establece el artículo 63 de la Ley 270 de 1996.

Recalcó que, los cargos creados para Tribunales Administrativos y Superiores, corresponde a “*Abogado grado 23*” y no “*Abogado Asesor*”. Expuso que la competencia que tiene el Consejo Superior de la Judicatura es la de crear, fusionar, suprimir los cargos de la Rama Judicial, facultad que se encuentra en la Constitución y la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

Con fundamento en lo anterior propuso las excepciones que denominó: “*Falta de causa para demandar*”, “*Legalidad de los actos administrativos*” e “*Innominada*”.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* **accedió a las pretensiones** del demandante, dispuso inaplicar por inconstitucionalidad la expresión “*Grado 23*” relacionada al cargo Abogado Asesor contenida en el literal a del artículo 17 del Acuerdo No. PSAA15-10402 del 29 de octubre de 2015, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y en consecuencia la nulidad de la Resolución DESAJMAR18-1253 expedida el 14 de agosto de 2018 y del acto ficto originado en el silencio administrativo derivado del recurso de apelación interpuesto el 3 de septiembre de 2018.

A título de restablecimiento del derecho ordenó a la accionada reconocer y pagar a favor del accionante, la diferencia existente entre los salarios y prestaciones sociales devengados durante el tiempo laborado en el cargo de Abogado Asesor Grado 23 de la Sala Penal del Tribunal Superior; y la asignación salarial y demás prestaciones dispuestas mediante decreto, por el Gobierno Nacional para el cargo de “*Abogado Asesor de Tribunal judicial*”.

Como fundamento de su decisión señaló que, si bien al Consejo Superior de la Judicatura en su Sala Administrativa, le fue otorgada de manera expresa la facultad de intervenir en la administración de justicia, mediante creación, modificación o supresión de los cargos, le asiste razón a la parte demandante al denunciar la extralimitación en que incurrió el Consejo Superior de la Judicatura en dichas facultades, al crear y asignar grados salariales a cargos ya nominados por el Ejecutivo de manera específica; pues tal facultad sólo podía darse sobre empleos no creados mediante los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, para los

cuales sí podía fijar su remuneración asignándoles grados salariales, no siendo este el caso del cargo de abogado asesor.

Igualmente sustentó su posición en sentencia del Consejo de Estado, radicado: 11001-03- 25-000-2006-00055-00(1130-06) en la cual se discutió un asunto similar en que, el Consejo Superior de la Judicatura asignó un grado salarial al cargo de “*Oficial Mayor*”, providencia en la cual dicha corporación concluyó que tal atribución no era competencia del Consejo Superior de la Judicatura, pues el ejecutivo con anterioridad había determinado de manera precisa los grados y la escala salarial para el cargo de Oficial Mayor.

Finalmente, impuso condena en costas a cargo de la entidad accionada al advertir que las mismas quedaron acreditadas en el proceso, al denotarse el pago de la parte actora por concepto de gastos procesales y la postulación de aquella a través del apoderado judicial designado para el efecto, quien actuó en las etapas procesales pertinentes.

4. Recurso de apelación

La **parte accionada** solicitó revocar la sentencia argumentando que, el cargo de abogado asesor grado 23 de ninguna manera puede ser homologado al cargo de abogado asesor nominado, es decir, sin grado, cuya remuneración se encontraba contemplada en el numeral 2º del artículo 4º de la misma norma, pues su creación se dio como un abogado asesor grado 23, destacando que los apartes del acuerdo de los cuales se solicita su inaplicación fueron expedidos en cumplimiento a las funciones del Consejo Superior de la Judicatura.

Resaltó que la Ley Estatutaria de Administración de Justicia – Ley 270 de 1996 - otorgó plenas facultades al Consejo Superior de la Judicatura para que dentro de la autonomía administrativa procediera con el plan de descongestión, determinara el tipo de cargos que se requerían crear de manera transitoria, realizara el seguimiento de las medidas, el control y la revisión de metas.

Finalmente arguyó que el Consejo de Estado ha vedado la posibilidad de nivelar salarialmente cargos al interior de la Rama Judicial, ello en sentencia emitida en un caso análogo con radicado 25000-23-25-000-2005-09472-01(0021-11).

II. Consideraciones

1. Problema Jurídico

Visto el escrito de demanda, la oposición planteada por la accionada y el recurso de apelación formulado, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar: *¿Procede la solicitud de inaplicación por inconstitucionalidad de la expresión “Grado 23” para nominar el cargo de Abogado Asesor, contenida en los Acuerdos expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que crearon dicho cargo?*

2. Tesis del Tribunal

Es procedente inaplicar por inconstitucional la expresión “Grado 23” para nominar el cargo de *Abogado Asesor*, contenida en los Acuerdos que crearon y prorrogaron dicho cargo para el Tribunal Superior de Manizales, por cuanto la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura no tenía competencia para crear o variar la remuneración aplicable para ese cargo, toda vez que, este y su remuneración se encontraban expresamente señalados en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993 y los decretos anuales que fijaban el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial. No podía acudir a la norma supletoria señalada en el artículo 4º ibidem para ubicar la remuneración en el grado 23, la cual resulta inferior, pues dicha tabla aplica únicamente para los cargos que no estuviesen denominados expresamente en el artículo 3o.

Para desarrollar lo anterior, la Sala hará referencia al: i) marco normativo y jurisprudencial aplicable, para descender al análisis del ii) caso concreto.

3. Marco normativo y jurisprudencia

3.1. Concepto y alcance de la excepción de inconstitucionalidad

La “*excepción de inconstitucionalidad*” tiene su fundamento en el artículo 4º de la Constitución Política de 1991, según el cual, cuando existen normas contrarias a la Constitución, se preferirán las contenidas en la Carta Política debido a su superioridad jerárquica y aplicación inmediata.

La Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que, se trata de una facultad, así como de un deber que tienen las autoridades, tanto judiciales como administrativas, para inaplicar una norma y en su lugar hacer efectiva la Constitución, consolidándose como una suerte de control de constitucionalidad difuso: *“En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política”*.¹

Así las cosas, la primera nota esencial de la excepción de inconstitucionalidad es que puede ser ejercida de manera oficiosa² o a solicitud de parte, y procede cuando se está frente a alguna de las siguientes circunstancias:³

- 1) La norma es contraria a las cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, toda vez que *«de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán*

¹ Sentencia SU-132 de 2013.

² Sentencia T-808 de 2007.

³ Sistematizadas en la sentencia T-681 de 2016, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio.

*acompañarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado»;*⁴

- 2) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso;⁵ o
- 3) En virtud de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento *«iusfundamental»*⁶. En otras palabras, *«puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales»*.⁷

La segunda característica esencial de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, es que su alcance es inter-partes y, por ende, la norma inaplicada al prosperar la excepción de inconstitucionalidad, no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida.⁸ Con lo que se conserva la competencia funcional atribuida por el Constituyente Primario de 1991 en el artículo 241 a la Corte Constitucional para pronunciarse de fondo sobre la materia, siendo esta la instancia última de control de constitucionalidad de las leyes, conforme al referido artículo 241 superior.

Así, el Consejo de Estado en la sentencia de 27 de enero de 2000, radicación número 911-1801-99, sobre la aplicación de esta figura frente a un Acuerdo expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, señaló:

“...no podía el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, fijarle grados, porque la norma señaló una sola denominación y remuneración. La facultad de señalar grados a diferentes cargos la tenía únicamente para aquellos no ubicados dentro de la denominación de que trata el artículo 3º del Decreto 57 de 1.993.

Así las cosas, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa - al señalar grados para el cargo de escribiente y como consecuencia de ello, disminuir la remuneración de la actora con ocasión de la fijación de los requisitos para el desempeño del

⁴ Sentencia T-103 de 2010.

⁵ En sentencia T-669 de 1996 se desarrolló esta hipótesis, fijando que *«en tales eventos, el funcionario judicial está obligado a aplicar la excepción de inconstitucionalidad, pues la Constitución es norma de normas (CP art. 4º) o, en caso de que no lo considere pertinente, debe mostrar de manera suficiente que la disposición que, dada la situación del caso concreto, pretende aplicar tiene en realidad un contenido normativo en parte diferente a la norma declarada inexecutable, por lo cual puede seguirse considerando constitucional. Si el funcionario aplica la norma y no justifica su distanciamiento frente al pronunciamiento previo de la Corte Constitucional sobre el mismo tema, estaríamos en presencia de una vía de hecho, pues el funcionario judicial decide aplicar caprichosamente de preferencia las disposiciones legales a las normas constitucionales, en contravía de expresos pronunciamientos sobre el punto del tribunal constitucional, máximo intérprete y guardián de la Carta (CP arts. 4º, 241 y 243).»*

⁶ Sentencia T-103 de 2010.

⁷ Sentencia T-331 de 2014. En este mismo sentido, ver sentencia C-803 de 2006.

⁸ Sentencias SU-132 de 2013 y C-122 de 2011.

cargo, es inconstitucional, ya que no podía fijar grados y modificar la escala salarial establecida en el artículo 3º del Decreto 57 de 1.993.

En estas condiciones, como la parte actora en los hechos de la demanda y el concepto de violación invocó la inconstitucionalidad del Acuerdo No. 05 de 15 de febrero de 1.993, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, la Sala, de manera oficiosa, procede a inaplicarlo por inconstitucional...”

3.2. Competencia del Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores de la Rama Judicial.

La Constitución dispuso en su artículo 150 como una de las atribuciones del Congreso:

“19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

(...)

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública. (...)”

En ejercicio de tal atribución, el Congreso de la República expidió la Ley 4 de 1992 *“Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, (...), de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.”*, a través de la cual estableció que, el Gobierno Nacional fijaría el régimen salarial y prestacional, entre otros, de los empleados públicos de la Rama Judicial.

Esa ley dispuso que, para la fijación del régimen salarial y prestacional de dichos servidores el Gobierno tendría en cuenta, además, los siguientes criterios (artículo 2):

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

(...)

El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;

j) El establecimiento de rangos de remuneración para los cargos de los niveles profesional, asesor, ejecutivo y directivo de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva y de la Organización Electoral; (...)” (Se destaca)

Por su parte, el artículo 3 previó que, el sistema salarial de los servidores públicos está integrado por los siguientes elementos: *“la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos.”* (Se destaca)

En torno al alcance de las escalas salariales, la Corte Constitucional en Sentencia C-416 de 1992, señaló que *“no son otra cosa que los grados o niveles dentro de los cuales se ubican los salarios que el Estado reconoce a sus servidores”*.

3.3. Competencia del Consejo Superior de la Judicatura para crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la Rama Judicial

De conformidad con el artículo 116 de la Carta Política, el Consejo Superior de la Judicatura hace parte de la Rama Judicial; los artículos 254, 255, 256 y 257 ibidem regularon, en su texto original y en su orden: i) su integración y el período de sus magistrados, ii) los requisitos para ser miembro de este Consejo Superior, iii) sus atribuciones y iv) funciones. Específicamente, el artículo 257 Constitucional, fijó como funciones, las siguientes:

2. Crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la administración de justicia. En ejercicio de esta atribución, el Consejo Superior de la Judicatura no podrá establecer a cargo del Tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales.

3. Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador. (...)

Acerca del alcance de dichas funciones, la Corte Constitucional en sentencia SU-539 de 2012, destacó su carácter administrativo, al señalar que:

“La interpretación adecuada de los artículos 256 y 257 del Texto Superior, es aquella según la cual la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ejerce y está sujeta a las funciones administrativas determinadas por la Constitución y la ley, comoquiera que los dos artículos referidos expresamente señalan que le corresponde al Consejo Superior de la Judicatura el cumplimiento de sus atribuciones y funciones “de acuerdo con la ley” y “con sujeción a la ley”.

Y concluyó que *“(i) el Consejo Superior de la Judicatura tiene la facultad de reglamentar materias administrativas y funcionales de la administración de justicia; y (ii) en ejercicio de esa facultad (...) no puede ocuparse de asuntos de competencia exclusiva del legislador, en los términos previstos en los artículos 125 y 150-23 de la Constitución, como lo es la clasificación de los cargos de la rama judicial”*. Criterio pacífico desde la sentencia C-265 de 1993⁹ que destacó que, las funciones asignadas a la Sala Administrativa, son de índole netamente administrativa y su ejercicio está atado a la Constitución y la ley.

En torno a su función constitucional de creación y modificación de cargos, la Corte Constitucional también indicó que, es una atribución *in genere* que ofrece una herramienta práctica para atender de manera satisfactoria la demanda del servicio de administración de

⁹ Véase también la sentencia T-176 de 2016

justicia y que, dentro de ese marco constitucional y legal, podrá crear cargos de duración indefinida o de vigencia precisa¹⁰.

Ahora bien, el desarrollo legislativo de las funciones del Consejo Superior de la Judicatura se vio reflejado en la Ley 270 de 1996 que reiteró en su artículo 75 el mandato superior atinente a que *“Al Consejo Superior de la Judicatura le corresponde la administración de la Rama Judicial y ejercer la función disciplinaria, de conformidad con la Constitución Política y lo dispuesto en esta ley”*.

Dentro de las funciones administrativas asignadas al Consejo Superior, el numeral 9 del artículo 85 de la norma citada, previó su competencia para *“9. Determinar la estructura y las plantas de personal de las Corporaciones y Juzgados. Para tal efecto podrá crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la Rama Judicial, determinar sus funciones y señalar los requisitos para su desempeño que no hayan sido fijados por la Ley”*.

Para la Sala, no hay duda entonces que, las normas constitucionales y legales antes transcritas, le otorgan al Consejo Superior de la Judicatura facultades de reglamentación, lo que demuestra una autorización constitucional y legal para que pueda dictar los reglamentos necesarios para hacer eficaz el funcionamiento de la Administración de Justicia, limitándose en lo dispuesto en mandatos superiores.

Ello también la habilita para determinar la estructura de las plantas de personal de las Corporaciones y de los Juzgados, facultándosele en consecuencia, para crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos al interior de la Rama Judicial, con el consecuente señalamiento de requisitos y funciones para su desempeño, siempre que no hayan sido fijados por la ley¹¹.

Precisamente en atención a dichos límites, el Consejo de Estado en sentencia del 16 de abril de 2009¹² concluyó que, el Consejo Superior de la Judicatura incurrió en una transgresión a normas superiores cuando fijaba una remuneración a un cargo cuya denominación se encuentra expresamente establecida en los Decretos Nacionales que regulan el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial. Ello en un asunto en el cual declaró la nulidad parcial de un Acuerdo en el cual varió la remuneración de un Oficial Mayor nominado de Tribunal Nacional, Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Tribunales Administrativos y Consejos Seccionales de la Judicatura, que estaba establecida taxativamente en los decretos nacionales, al respecto precisó:

“Sostiene la parte actora que la actuación del Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa, de señalar grados para el cargo de Oficial Mayor con ocasión de la fijación de los requisitos para el desempeño del cargo y, como consecuencia de ello, variar la remuneración contemplada en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993, resulta ilegal e inconstitucional.

¹⁰ T-633 de 2007

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia del 19 de abril de 2012. Rad.: 11001-03-25-000-2006-0013000(2018-06).

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, 16 de abril de 2009. Rad.: 11001-0325-000-2006-00055-00(1130-06)

La Sección Segunda ya ha tenido oportunidad de estudiar el mismo cargo frente a otros empleos de la rama jurisdiccional¹³, dentro de los procesos instaurados contra el Consejo Superior de Judicatura, en los cuales igualmente se ha solicitado la nulidad parcial del mismo Acuerdo 05 de 1993. En aquellas oportunidades la Sala ha llegado a la convicción de que el Consejo Superior de la Judicatura no puede variar la remuneración contemplada en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993.

Y como en esta ocasión no encuentra ninguna argumentación adicional contundente, por parte de la entidad demanda, para desvirtuar lo decidido en los precedentes que se citan, se permite exponer nuevamente la ratio decidendi, determinante para acceder a las súplicas de la demanda. (...)

Así entonces, como el cargo de Oficial Mayor se encontraba contemplado en el artículo 3º del decreto 57 de 1993, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, carecía de la facultad para determinarle grados y, además, no era competente para fijar su remuneración, pues tal potestad, como se dijo, correspondía al Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992.

En esas condiciones, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, al señalar la remuneración con ocasión de la fijación de los requisitos para el desempeño del cargo, resulta inconstitucional”. (Se destaca)

También en sentencia del 20 de octubre de 2014¹⁴, al examinar un asunto en el cual se debatía la legalidad de la remuneración mensual de los escribientes de Juzgados del Circuito, por cuanto se circunscribía a un Acuerdo expedido por el Consejo Superior de la Judicatura que modificó sus grados y denominación, sostuvo que incurría en un exceso de su facultad reglamentaria al desconocer los decretos salariales y procedía *motu proprio*, a fijar remuneraciones mensuales:

“Así entonces, como el cargo de Escribiente se encontraba contemplado en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, carecía de facultad para determinarle grados y, además, no era competente para fijar su remuneración, pues ello, como se dijo, correspondía al Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la ley 4ª de 1992.

En esas condiciones, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa - al señalar grados para el cargo de escribiente y, como consecuencia, variar la remuneración con ocasión de la fijación de los requisitos para el desempeño del cargo, resulta inconstitucional. En sentido similar se ha pronunciado esta Sección en varias ocasiones inaplicando la disposición que mediante esta sentencia de anula”¹⁵.

(...)

Lo anterior permite concluir que es evidente la diferencia salarial existente entre el valor que debía reconocerse al actor, en aplicación de los decretos anuales que consagraron el salario

¹³ Ver expedientes 110/99 – 1846/99 – 1801/99 – 7375/05 – 2630/05

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia del 20 de octubre de 2014, Rad.: 0500123-31-000-2001-02343-01(0054-13).

¹⁵ Consejero Ponente Alberto Arango Mantilla, Rad. 11001-03-25-000-1998-0130-000 (1711/98)

correspondiente al escribiente de Juzgado de Circuito y el que determinó aplicar la Dirección de Administración Judicial, en virtud de lo dispuesto en el referido Acuerdo 05 de 1993.”

En este mismo sentido se ha pronunciado la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencias del 9 de febrero de 2012¹⁶, 26 de septiembre de 2012¹⁷, 2 de mayo de 2013¹⁸, 12 de mayo de 2014¹⁹, entre otras providencias. Sin duda, el criterio expuesto es pacífico y reiterado.

En conclusión, si bien el Consejo Superior de la Judicatura tiene la potestad de crear, fusionar, trasladar y suprimir cargos necesarios para el funcionamiento de la Administración de Justicia, no tiene competencia para fijar o variar la remuneración a un cargo cuya denominación se encuentra expresamente establecida por los decretos expedidos por el Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992 y que regulan el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial.

3.4. Régimen Salarial de la Rama Judicial

En desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4 de 1992, el Presidente de la República expidió el Decreto 57 de 1993, a través del cual *“dictó normas sobre el Régimen Salarial y Prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones”* y estableció que sería aplicable a los servidores judiciales vinculados y que antes del 28 de febrero de 1993 optaran por el régimen salarial y prestacional establecido en este Decreto, y a quienes se vinculen al servicio con posterioridad a su vigencia.

En el artículo 3º, se establece la remuneración mensual de los empleos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, a partir del 1º de enero de 1993, indicando la denominación de los cargos, sin fijarles un grado.

En el artículo 4º se establece la remuneración mensual para los empleos *“cuya denominación del cargo no esté señalada en el artículo anterior”*, para lo cual contempla una escala o tabla de grados del 01 al 33.

Tal sistema de fijación salarial se consolidó con los Decretos 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995, 36 de 1996, 76 de 1997, 64 de 1998, 43 de 1999, 2740 de 2000, Decreto 2777 de 2001, 673 de 2002, 3569 de 2003, 4172 de 2004, 936 de 2005, 389 de 2006, 618 de 2007, 658 de 2008, 723 de 2009, 1388 de 2010, 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014, 1257 de 2015²⁰,

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad.: 05001-23-31-000-2003-02448-01(2135-10)

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad.: 05001-23-31-000-2001-02457-01 (1584-11)

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, 2 de mayo de 2013. Rad.: 05001-23-31000-2001-04365-01(0081-10).

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad.: 05001-23-31-000-2003-04078-01(0137-13)

²⁰ Artículo 1: *“Reajústase, a partir del 1º de enero de 2015, en un cuatro punto sesenta y seis por ciento (4.66%) las escalas salariales que regulan la remuneración mensual y asignaciones básicas mensuales de los*

245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018, 991 de 2019 y subsiguientes, expedidos por el Presidente de la República, a través de los cuales, año a año ha fijado la remuneración mensual o el reajuste porcentual anual de las escalas salariales de los empleos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar.

3.5. Cargo y Remuneración Abogado Asesor de Tribunal Judicial y grado 23

El referido Decreto 57 de 1993²¹, en el artículo 3º numeral 2º contempló como cargo nominado para “*Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura*” el cargo de “**Abogado Asesor**” y señaló su remuneración, así:

2. Para los siguientes empleos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura:

DENOMINACIÓN DEL CARGO	REMUNERACIÓN MENSUAL
Magistrado de Tribunal Nacional de Orden Público	1.937.500
Magistrado de Tribunal y Consejo Seccional	1.812.500
Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar	1.812.500
Abogado Asesor	1.125.000
Secretario de Tribunal y Consejo Seccional	750.000
Relator	750.000
Secretario de Tribunal Militar	625.000
Sustanciador	468.750
Oficial Mayor	468.750
Auxiliar Judicial	468.750
Escribiente	325.000

En el artículo 4º ibidem, se señaló la remuneración subsidiaria y excluyente para los empleos **que no estaban consagrados en el citado artículo 3**, igualmente estableció una escala salarial del grado 01 a 33, así:

ARTICULO 4o. La remuneración mensual para los empleos de la Rama Judicial y la Justicia Penal Militar *cuya denominación del cargo no esté señalada en el artículo anterior, se regirá por la siguiente escala:*

GRADO	REMUNERACIÓN
...	...
23	820.238
...	...

funcionarios y empleados de la Rama Judicial, de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo señaladas en los decretos 186, 194, 196 y 1239 de 2014”

²¹ Por el cual se dictan normas sobre el Régimen Salarial y Prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones. Derogado Artículo 20 Decreto 106 de 1994 <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1900228>

A continuación, el Gobierno Nacional ha expedido anualmente decretos de igual naturaleza y objeto, señalado el valor de la remuneración y asignación mensual o el reajuste porcentual respectivo, entre otros, para el cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial y los empleos del grado 23.

3.6. Requisitos del cargo de abogado asesor de Tribunal o abogado asesor grado 23

En el Acuerdo 25 de 1997 “Por medio del cual se da aplicación al artículo 161 de la Ley 270 de 1996”²², proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se clasifican los cargos de Carrera de la Rama Judicial en niveles ocupacionales, pero no se señalan los requisitos para estos cargos.

En el Acuerdo PSAA06-3560 de 2006 “Por el cual se adecuan y modifican los requisitos para los cargos de empleados de Tribunales, Juzgados y Centros de Servicios”²³, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, tampoco se señalan los requisitos para el cargo de abogado asesor de Tribunal Judicial o abogado asesor grado 23.

En el Acuerdo PSAA13-10038 de 2013 “Por el cual se adecuan y modifican los requisitos para los cargos de empleados de Tribunales, Juzgados y Centros de Servicios”²⁴, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se señalan los requisitos para el cargo Abogado Asesor grado 23, así:

“ARTÍCULO 1º.- Establecer y adecuar los requisitos de los siguientes cargos de empleados de Tribunales, Juzgados y Centros de Servicios, así:

DENOMINACION DE CARGO	GRADO	REQUISITOS
...	...	...
Abogado Asesor	23	Título de formación profesional en derecho, título de postgrado y un (1) año de experiencia profesional”.

4. Lo probado.

-. Mediante los Acuerdos PSAA12-9214 del 02 de febrero de 2012²⁵, Acuerdo PSAA12-9524 del 21 de junio de 2012, PSAA12-9781 de 2012, PSAA13-9897 de 2013, PSAA13-9962 de 2013, PSAA13-9991 de 2013, PSAA13-10048 de 2013, PSAA13-10068 de 2013, PSAA13-10072 de 2013, PSAA14-10156 de 2014, PSAA14-10195 de 2014, PSAA14-10197 de 2014, PSAA14-

²²http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:835evv1Qz3YJ:actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx%3Furl%3D%257E%252FApp_Data%252FUpload%252F025-97.doc+&cd=1&hl=it&ct=clnk&gl=co

²³<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10635/2058718/Acuerdo+3560+de+2006.pdf/4161e9be-0bed-42ce-86ea-0dcda75f7c4b>

²⁴https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FPSAA13-10038.pdf

²⁵https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FGA-CETA28-12.pdf

10251 de 2014, PSAA14-10277 de 2014, PSAA14-10282 de 2014, PSAA15-10288 de 2015, PSAA15-10323 de 2015, PSAA15-10335 de 2015, PSAA15-10356 de 2015, PSAA15-10363 de 2015, PSAA15-10371 de 2015, PSAA15-10377 de 2015 y PSAA15-10385 de 2015, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura creó, entre otros, transitoriamente para el Tribunal Superior de Manizales – Sala Penal un cargo de *Abogado Asesor grado 23*.

En ellos se especifica que, el régimen salarial y prestacional sería el establecido para la Rama Judicial y se indica que su función consiste en proyectar para fallo un número de sentencias promedio mensuales. El artículo 17 del Acuerdo PSAA1510402 del 29 de octubre de 2015, creó con carácter permanente “*Un (1) cargo de Abogado Asesor grado 23*” en múltiples despachos de los tribunales del país, entre ellos para los despachos de magistrado del Tribunal Superior de Manizales.

-. Según la Constancia No. 0315 suscrita por el jefe del Área de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Manizales (fl. 51, cdo. 1), el servidor Daniel Ortega Jiménez, se desempeñó en el cargo de *Abogado Asesor grado 23*, en los siguientes periodos:

Fecha inicio	Fecha Fin
05 de septiembre de 2016	26 de abril de 2017
28 de abril de 2017	09 de mayo de 2017
01 de junio de 2017	07 de agosto de 2018

-. El demandante, el 23 de julio de 2018 solicitó al Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Manizales, la nivelación y demás acreencias laborales deprecadas en esta sede judicial (fls. 13-18, cdo. 1).

-. La Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Manizales, negó la petición antes mencionada, por medio de la Resolución DESAJMAR18-1253 del 14 de agosto de 2018 (fls. 20-26, cdo. 1).

-. El demandante interpuso el 03 de septiembre de 2018 recurso de apelación contra la anterior decisión, el cual fue concedido por la Resolución DESAJMAR18-1669 del 1° de octubre de 2018 (fls. 28-35, cdo. 1), el cual a la fecha no ha sido resuelto por la entidad accionada.

5. Análisis sustancial del caso.

De acuerdo con lo expuesto se tiene que, mediante Decreto 57 de 1993²⁶ en el **artículo 3º** numeral 2º se contempló como cargo nominado para “*Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura*” el cargo de **Abogado Asesor** y se señaló su remuneración; adicionalmente se señaló en el artículo 4º la remuneración subsidiaria y excluyente para los empleos **que no estaban consagrados en el citado artículo 3**, e igualmente estableció una escala salarial, del grado 01 a 33.

²⁶ <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1900228>

A continuación, el Gobierno Nacional ha expedido anualmente decretos de igual naturaleza y objeto, señalado el valor de la remuneración y asignación mensual o el reajuste porcentual respectivo, entre otros, para el cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial y los empleos del grado 23.

Por su parte, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de los acuerdos previamente reseñados, creó inicialmente en forma transitoria y finalmente con carácter permanente para el Tribunal Superior de Manizales – Sala Penal el cargo de **Abogado Asesor**, pero indicó como grado de remuneración el 23, a pesar que, tanto en el Decreto 57 de 1993 como en los decretos anuales se señalaba expresamente la remuneración mensual para dicho cargo.

Por lo tanto, no queda duda que, al estar expresamente señalada por el Gobierno Nacional, la remuneración del empleo de *Abogado Asesor* de Tribunal Judicial, el Consejo Superior de la Judicatura carecía de competencia para acudir a la norma supletoria señalada en el artículo 4º del Decreto 57 de 1993 para variar la remuneración y así ubicarla en el grado 23.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia proferida el 16 de julio de 2009²⁷ precisó:

*“La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura **no podía crear escalas de remuneración**, pues apenas estaba facultada para realizar la incorporación del personal a los cargos, pues así se menciona explícitamente en el propio preámbulo del acto acusado, es decir del Acuerdo No. 05 de 15 de febrero de 1993 hoy atacado. Entonces, cuando el Consejo se fija como objetivo del acto “la correcta aplicación del Decreto 57 de 1993, en lo relativo a la remuneración adecuada para cargos nominados, existentes en las Corporaciones y Despachos Judiciales de la Rama Judicial”; y con ese pretexto **modifica la escala de remuneración desborda los límites de su competencia, pues se hallaba desprovisto de atribuciones para determinar grados y, por tanto, carecía de competencia para modificar la escala de remuneración, por ser esta facultad exclusiva del ejecutivo. Al cambiar la escala salarial de los servidores de la administración de justicia, en ejercicio de una competencia de la que estaba desprovisto, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura resulta abiertamente reñida con la Constitución y la ley; y por lo mismo, debe recibir la sanción de nulidad, pues una cosa es incorporar las personas a unos cargos y otra muy distinta crear escalas de remuneración intermedias no previstas por el legislador, para consagrar diferencias salariales entre quienes cumplen la misma función. Y tal proceder no se valida, con el pretexto de brindar “... a la correcta aplicación del Decreto 57 de 1993...” que no le dispensaba esa prerrogativa al Consejo Superior de la Judicatura. (...)**” (Se resalta)*

Adicionalmente cabe resaltar que, la facultad que ha sido otorgada al Consejo Superior de la Judicatura de crear, fusionar, trasladar y suprimir cargos necesarios para el funcionamiento de la Administración de Justicia, no puede ser ejercida en forma meramente discrecional, sin que medie justificación alguna para su adopción.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Rad.: 68001-23-15-000-2003-02985-01(1895-08)

En tal sentido, para esta Sala no obra prueba o tan siquiera argumentación alguna mediante la cual el Consejo Superior de la Judicatura haya justificado la **necesidad** de crear el cargo de “*abogado asesor grado 23*” en condiciones diferentes (requisitos, funciones y grado) al cargo de “*abogado asesor*” que en forma nominada ya existía.

Al respecto cabe destacar que, en providencia del 19 de abril de 2021²⁸, esta corporación ya había destacado como la Unidad de Carrera Judicial a través del oficio CJO21-1026 del 19 de marzo de 2021 fue requerida para que informase “i) los requisitos y funciones para el empleo de Abogado Asesor de Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura; ii) si en la actualidad, se encuentran implementados los empleos de Abogado Asesor de Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura; y finalmente iii) debía señalar las razones por las cuales no ha sido implementado el mencionado cargo.”

Petición frente a la cual se destacó por esta Colegiatura que:

“En la respuesta ofrecida por la mencionada Directora, simplemente se limitó a mencionar que el cargo de Abogado Asesor grado 23 –que se encuentra en la actualidad implementado– no es igual al Abogado Asesor de Tribunales Judiciales; frente a los demás requerimientos, guardó silencio y expresó las generalidades respecto del cargo de Abogado Asesor grado 23 que ya ampliamente fueron expuestas en la contestación de la demanda y han sido analizadas en esta providencia. Siendo diáfano concluir que, el órgano de gobierno y administración de la Rama Judicial, arbitrariamente se negó a implementar el cargo objeto de controversia [Abogado asesor de Tribunal Judicial] y paralelo a ello, se atribuyó la función de crear el cargo de Abogado Asesor grado 23 sin tener la facultad legal y constitucional para hacerlo.” (Se resalta)

Aunado a lo anterior, se encuentra acreditado que, el Consejo Superior de la Judicatura al fijar el grado de remuneración 23 para el cargo de *Abogado Asesor* creado por los Acuerdos antes señalados, para el Tribunal Superior de Manizales, disminuyó la remuneración del cargo de Abogado Asesor nominado que ya existía, sin efectuar ningún tipo de disquisición sobre las razones o necesidades que conllevaban a crear cargos de abogado asesor, empero con grado salarial 23.

En efecto, al encontrarse el Tribunal Superior de Manizales, en la categoría de “*Tribunales Judiciales*”, los decretos expedidos por el Gobierno Nacional que fijaron el salario para el empleo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial comparados con el salario asignado al empleo sin nominación Grado 23, resulta lo siguiente:

²⁸ Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Tercera de Decisión, M.P. Dohor Edwin Varón vivas, radicado 17-001-23-33-000-2019-00418-00.

Decreto	Abogado Asesor de Tribunal Judicial	Grado 23
194 de 2014	\$5.746.978	\$4.299.956 ²⁹
1257 de 2015	\$6.014.797 (4.66%)	\$4.500.333 (4.66%)
245 de 2016	\$6.482.146 (7.77%)	\$4.850.008 (7.77%)
1013 de 2017	\$6.919.690 (6.75%)	\$5.177.383 (6.75%)
337 de 2018	\$7.271.902 (5.09%)	\$5.440.912 (5.09%)

Así las cosas, encuentra la Sala que el Consejo Superior de la Judicatura no podía crear o variar la remuneración aplicable para el cargo de “*Abogado Asesor*” de “*Tribunal Judicial*” por cuanto es un cargo nominado al que expresamente se le había determinado la remuneración en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993 y reiterado en los demás decretos salariales subsiguientes en los que año a año el Gobierno Nacional fijó la remuneración de los cargos de los empleados de la Rama Judicial.

6. Conclusión

De acuerdo con lo anterior encuentra la Sala que, es procedente inaplicar por inconstitucional la expresión “*Grado 23*” para nominar el cargo de *Abogado Asesor*, contenida en los Acuerdos que crearon y prorrogaron dicho cargo para el Tribunal Superior de Manizales, por cuanto la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura no tenía competencia para crear o variar la remuneración aplicable para ese cargo, toda vez que, este y su remuneración se encontraban expresamente señalados en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993 y los decretos anuales que fijaban el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial. No podía acudir a la norma supletoria señalada en el artículo 4º ibidem para ubicar la remuneración en el grado 23, la cual resulta inferior, pues dicha tabla aplica únicamente para los cargos que no estuviesen denominados expresamente en el artículo 3o.

Por lo tanto, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura resultó abiertamente reñida con los artículos 125, 150-23 y 257 de la Constitución, pues no era competente para fijar la remuneración del cargo de *Abogado Asesor* de Tribunal Judicial, pues tal potestad corresponde al Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992.

Corolario de lo expuesto, no prosperan los argumentos expuestos por la entidad demandada, por lo que se confirmará la decisión adoptada por el *a quo*.

7. Costas.

Atendiendo al criterio objetivo valorativo que ha sido desarrollado por el H. Consejo de Estado con respecto a la imposición de costas (gastos procesales y agencias en derecho), no se condenará en costas de segunda instancia advirtiendo que no se encuentran acreditadas,

²⁹ El decreto salarial de 2014, pues fue el último en fijar un valor base, a partir de allí los años siguientes solo se menciona un porcentaje de aumento.

toda vez que las partes recurrentes no incurrieron en gastos procesales, ni desplegaron actuaciones ante este Tribunal que puedan generar agencias en derecho.

Por lo expuesto, la Sala Especial 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 de primera instancia emitida el 25 de marzo de 2022 por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del Derecho con la cual se accedió a las pretensiones formuladas por la parte actora.

Segundo: Sin costas en esta instancia.

Tercero: En firme esta providencia remítase el expediente al Juzgado de Origen, previas las anotaciones pertinentes en el sistema “Justicia Siglo XXI”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Especial de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 063 de 2022.

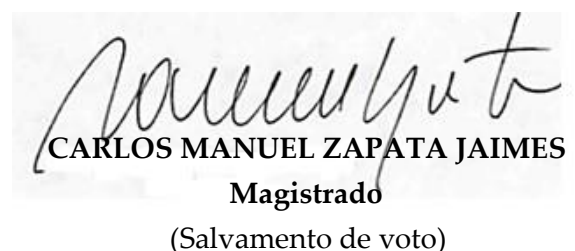
NOTIFÍQUESE



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado
(Salvamento de voto)