

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN
MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, ocho (08) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 089

RADICADO: 17-001-23-33-000-2023-00086-00
NATURALEZA: Protección de Derechos e Intereses Colectivos
DEMANDANTE: Enrique Arbeláez Mutis
DEMANDADOS: Ministerio de Cultura, Alcaldía Mayor de Bogotá

I. Antecedentes.

La parte demandante solicita se ordene:

- “1. Que se proceda a concretar un proyecto para la recuperación y defensa del bien patrimonial denominado CLÍNICA SAN JUAN DE DIOS situado en Bogotá.*
- 2. Que se priorice el proyecto de las obras que deben hacerse para la recuperación del monumento nacional o bien de interés cultural en mención por cuanto debe cumplir un objetivo social, cultural, ambiental, económico u otro.*
- 3. Que las obras sean eficientes y oportunas. Un presupuesto definido y concreto para la ejecución de las mismas.*
- 4. En caso de tenerse un proyecto para recuperar el escenario, no tenga dilaciones de ninguna naturaleza en tratándose de una obligación del Estado en cumplimiento de la constitución y las leyes.”¹*

Lo anterior por cuanto el Hospital San Juan de Dios es un monumento Nacional y tiene la categoría de bien cultural; que tal edificación se encuentra en abandono y no presta función de ninguna naturaleza, se presenta a su vez un deterioro.

II. Consideraciones.

La Ley 472 de 1998, que desarrolló el artículo 88 de la Constitución Política, en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo, asignó el conocimiento de las mismas, en primera instancia, a los Jueces Administrativos y a los Jueces Civiles de Circuito, y en segunda al Tribunal Contencioso Administrativo o Tribunal Superior – Sala Civil del distrito judicial al que pertenezca el juez (artículo 16).

¹Expediente digital: “002DemandaAnexos”, acápite de pretensiones, flo. 02

Por su parte, el artículo 16 de la Ley 472 de 1998, sobre la competencia para conocer de acciones populares dispuso:

“ARTICULO 16. COMPETENCIA. De las Acciones Populares conocerán en primera instancia los jueces administrativos y los jueces civiles de circuito. En segunda instancia la competencia corresponderá a la sección primera del Tribunal Contencioso Administrativo o a la Sala Civil del Tribunal de Distrito Judicial al que pertenezca el Juez de primera instancia.

***Será competente el juez del lugar de ocurrencia de los hechos o el del domicilio del demandado a elección del actor popular.** Cuando por los hechos sean varios los jueces competentes, conocerá a prevención el juez ante el cual se hubiere presentado la demanda.”* (Subrayado y resalto extra texto)

Analizado el escrito de la demanda se observa que la vulneración de derechos colectivos ocurre en Bogotá, toda vez que es allí donde se encuentra el bien cultural sobre el que el accionante solicita su protección, adicionalmente se endilga la transgresión de los derechos invocados a la Alcaldía Mayor de Bogotá y Ministerio de Cultura entidades cuyo domicilio se ubica en la misma ciudad.

En consecuencia, se ordenará la remisión del expediente al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con lo prescrito en inciso segundo del artículo 16 de la Ley 472 de 1998.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

III. Resuelve

Primero: Declarar la falta de competencia, para avocar el conocimiento de la demanda que en ejercicio del medio de control de Protección de Derechos e Intereses Colectivos presenta Enrique Arbeláez Mutis contra el ministerio de Cultura y Alcaldía Mayor de Bogotá.

Segundo: Enviar el expediente al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca.

Notifíquese



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS SALA DE CONJUECES Jorge Iván López Díaz Conjuez Ponente

A.I. 201

Asunto: Asume Conocimiento, Admite Recurso.
Medio Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17-001-33-33-002-2016-00369-03
Demandante: Liliana Meléndez Olaya y otros
Demandados: Fiscalía General de la Nación.

Manizales, cinco (05) de mayo del año dos mil veintitrés (2023).

De acuerdo con el mandato conferido por parte del Tribunal Administrativo de Caldas, contenida en el acta de sorteo de conjueces del día 29 de noviembre de 2022, que me ordena conocer, tramitar y decidir este proceso, por lo tanto, **AVOCO** su conocimiento.

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión del recurso de apelación interpuesto, el Despacho observa que fue presentado dentro del término oportuno (fl. 262-268 C.1.digital) , fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión y se concedió el recurso de apelación mediante providencia del día 27 de junio de 2019 (fl. 271, C.1), según lo dispuesto artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021.

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA, **ADMITASE** el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 29 de mayo de 2019, por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia.

Vencido el término de ejecutoria de la admisión del recurso, y en caso de que no exista solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 numeral 5 del CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, **INGRÉSESE** el expediente al despacho para dictar sentencia.

ADVIERTASE al Ministerio Público que podrá emitir concepto desde la expedición de la presente providencia que admite el recurso de apelación presentado y hasta antes de que se ingrese el proceso al Despacho para dictar sentencia, en los términos del numeral 6 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFIQUESE personalmente al señor Agente del Ministerio Público a través de la dirección electrónica correspondiente, por estado electrónico a las demás partes, en los términos previstos en los artículos 197, 198 y 201 del CPACA.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



JORGE IVÁN LOPEZ DIAZ

Conjuez

17-001-33-39-005-2018-00219-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, cinco (05) de MAYO de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 185

La Sala 4ª de Decisión Oral procede a resolver el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la parte demandante contra el auto proferido por el Juzgado 5º Administrativo de Manizales, con el cual negó la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto administrativo demandado, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (LESIVIDAD)** promovido por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** contra la señora **LUZ STELLA GIRALDO CATAÑO**.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA

Con el libelo que integra el documento digital N°2, impetra COLPENSIONES sea anulada la Resolución GNR 196823 de 1º de julio de 2016, con la cual reconoció una pensión de sobrevivientes a favor de la señora **LUZ STELLA GIRALDO CATAÑO**, al tiempo que pide se ordene a la pensionada devolver las sumas recibidas en virtud de dicho acto administrativo.

Como fundamento de sus pretensiones, expone la entidad pública demandante que a través del acto administrativo demandado, COLPENSIONES reconoció una pensión de sobrevivientes a favor de la señora **GIRALDO CATAÑO**, en calidad de cónyuge supérstite del pensionado **FERNÁN SANTIAGO GÓMEZ SALAZAR**, a pesar de que el deceso de este se produjo a causa de un accidente laboral calificado como tal por la **ARL POSITIVA**, por lo que era esta entidad y no COLPENSIONES la competente para efectuar el reconocimiento pensional.

EL AUTO APELADO

Mediante proveído que milita en el documento digital N° 39, el Juez 5° Administrativo de Manizales negó la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto demandado.

Luego de aludir a los requisitos generales de procedencia de las medidas cautelares en lo contencioso administrativo, indicó de forma sucinta que la petición formulada por COLPENSIONES no cumple la totalidad de requisitos previstos en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, pues una vez efectuado un ejercicio de confrontación, no advierte contradicción entre el contenido del acto demandado y las disposiciones constitucionales y legales invocadas en la demanda, infracción normativa tampoco halló en los documentos anexos al libelo introductor.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO

Con el memorial que obra en el PDF N° 42, COLPENSIONES apeló la decisión del juez de primera instancia, reiterando que la medida cautelar impetrada es necesaria para proteger el patrimonio de la entidad mientras se profiere decisión estimatoria de sus pretensiones dentro de este proceso, que además, seguramente será objeto de recurso de apelación, haciendo más gravosos los perjuicios económicos que serán irremediables, pues actualmente se encuentra pagando una pensión para cuyo reconocimiento carecía de competencia por tratarse de una pensión de sobrevivientes reconocida por la muerte de un pensionado en virtud de un accidente laboral.

Insiste en que de no accederse a la medida cautelar, luego será muy difícil la recuperación de los dineros correspondientes a las mesadas pensionales que ya fueron pagadas, por la dificultad de probar la mala fe de la demandada LUZ STELLA GIRALDO CATAÑO.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende COLPENSIONES se revoque el auto proferido por el Juez 5° Administrativo de Manizales y, en su lugar, se suspendan provisionalmente los efectos jurídicos de la

Resolución GNR 196823 de 1° de julio de 2016, con la cual reconoció una pensión de sobrevivientes a favor de la demandada LUZ STELLA GIRALDO CATAÑO.

(I)
**SUSPENSIÓN PROVISIONAL
DE LOS EFECTOS DE UN ACTO ADMINISTRATIVO**

La fuente constitucional de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos se encuentra en el artículo 238 Superior, que indica que esta jurisdicción especializada *“podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”*.

El canon 231 de la Ley 1437 de 2011 por su parte, indica en su inciso 1° los requisitos esenciales para la viabilidad de la suspensión provisional deprecada:

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

En los demás casos...” /Subrayas y negrillas extra texto/.

En tal sentido, los requisitos sustanciales para que proceda dicha suspensión se restringen a que el acto acusado viole las normas superiores invocadas como vulneradas, y si se pide restablecimiento del derecho e (entiéndase y/o) indemnización de perjuicios, probar la existencia del derecho o del perjuicio.

Es de resaltar que la actual normativa excluyó el elemento de “manifiesta” violación que consagraba el artículo 152 del anterior C.C.A. (Decreto 01/84), de lo que también surge que este tipo de medida provisional resulta siendo más expedito ahora que el tratamiento que a la figura le daba la legislación vigente hasta el 1° de julio de 2012.

(II)

EL CASO CONCRETO

El fundamento de la petición de medida cautelar esgrimido por COLPENSIONES, radica en que el reconocimiento pensional contenido en la resolución atacada es contrario a derecho, pues en su sentir, la entidad competente para efectuarlo era la ARL POSITIVA, toda vez que el fallecimiento del señor FERNÁN SANTIAGO GÓMEZ SALAZAR se produjo en virtud de un accidente laboral.

A su turno, el Juzgado 5° Administrativo despachó desfavorablemente la solicitud al no hallar infracción a las normas indicadas con la demanda, por lo que consideró que, para los efectos de esta etapa procesal, el fundamento de la petición resulta insuficiente.

Revisadas las normas que COLPENSIONES indica como infringidas por el reconocimiento pensional contenido en el acto demandado, se tienen los artículos 93 y 97 de la Ley 1437 de 2011 que atañen a las causales y el procedimiento de revocatoria directa de los actos administrativos de contenido particular y concreto; 121 y 122 constitucionales, en cuanto prohíben el ejercicio de funciones diferentes a las consagradas en el ordenamiento, y prescriben que no habrá empleo sin funciones detalladas en la ley o el reglamento; y el canon 46 de la Ley 100 de 1993 que establece los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, además de hacer una alusión genérica a la Ley 489 de 1998 que determina la competencia como el deber de ejercer exclusivamente las competencias asignadas por las normas constitucionales y legales.

Más allá de la transcripción de los textos normativos aludidos y la mención que la entidad accionante hace en el libelo introductorio sobre su falta de competencia para efectuar el reconocimiento pensional demandado, así como la posible afectación del equilibrio financiero del sistema pensional, lo cierto es que ninguna de las normas invocadas contienen el supuesto jurídico en la que se basa este juicio de anulación, como lo es la supuesta falta de competencia de COLPENSIONES para reconocer la pensión de sobrevivientes de la señora GIRALDO CATAÑO, y menos, que dicha prestación pensional corresponda a la ARL POSITIVA. Debe recordarse que la competencia es reglada en el servicio público, y sin que siquiera se aborde la norma precisa que indique que la hipótesis planteada por el organismo accionante corresponde a la ARL, como se prohíja.

Siendo aún más explícita esta Sala Plural, no basta que COLPENSIONES aluda al concepto de competencia, o que indique que a cada empleo público le corresponde una función, y que el texto constitucional proscriba la extralimitación de estos cometidos funcionales, aspectos que no están en discusión en el sub lite. De acuerdo con lo prescrito en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 al que acaba de referirse el Tribunal, la suspensión de los efectos jurídicos del acto demandado debía justificarse en la infracción de las normas invocadas en el escrito introductor, conclusión que está lejos de validarse porque como se anotó, ninguno de los textos normativos referidos por la demandante contiene la prescripción en la que fundamenta su petición de suspensión.

En ese sentido, resultaba de capital importancia que la entidad accionante estructurara su solicitud sobre la base de las normas que regulan el reconocimiento pensional efectuado, y, sobre todo, en la disposición normativa que de manera concreta y puntual establece que la prestación se halle cargo de la ARL, aspecto que, en últimas, sería el sustentáculo de la petición de suspensión provisional.

Para este juez colegiado, tampoco ha de pasarse por alto que aun cuando en esta fase procesal no es dable surtir el debate probatorio, también es cierto que a voces del mencionado artículo 231 del C/CA, la vulneración del ordenamiento jurídico puede determinarse a partir de las pruebas aportadas con la petición cautelar, lo que tampoco ocurrió en este caso.

Lo anterior, por cuanto el argumento medular de COLPENSIONES radica en que la muerte del señor FERNÁN SANTIAGO GÓMEZ SALAZAR fue calificada como ocurrida a raíz de un accidente laboral por la ARL POSITIVA; sin embargo, más allá de referirse a la existencia de dicho dictamen, este tampoco fue aportado con los documentos anexos al libelo introductor, por lo que no existe en este estado del trámite un elemento de juicio que al menos permita determinar la certeza de este planteamiento.

A partir de lo expuesto, coincide el Tribunal con el razonamiento que tuvo el señor juez de primera instancia para denegar la medida implorada, habida consideración de la precariedad de los fundamentos jurídicos y la carencia de elementos de juicio que avalen la suspensión de los efectos del acto demandado, por lo que habrá de confirmarse la decisión apelada. Lo anterior sin perjuicio de las decisiones que puedan adoptarse al momento de proferir el fallo de mérito.

Es por lo expuesto que,

RESUELVE

CONFÍRMASE el auto proferido por el Juzgado 5° Administrativo de Manizales, con el cual negó la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto administrativo demandado, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (LESIVIDAD)** promovido por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** contra la señora **LUZ STELLA GIRALDO CATAÑO**.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 020 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Manizales, ocho (8) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

RADICADO: 17-001-23-33-000-2018-00521-00

DEMANDANTE: LUZ CENAIDA MUÑOZ CARDONA Y OTROS

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO

Surtido el recaudo de la prueba documental allegada y no habiendo más medios probatorios pendientes de recolectar, los documentos se incorporan al expediente y serán valorados de conformidad con la ley al momento de dictar sentencia.

Al hacerse innecesario en el presente caso realizar audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se ordena a las partes la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguiente, el señor agente del Ministerio Público dentro de la misma oportunidad podrá presentar concepto, si a bien lo tiene.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que deben aportarse todos los memoriales a través de mensaje de datos, enviados al correo electrónico tadmin02cld@notificacionesrj.gov.co, siendo éste el único medio oficial para la recepción de documentos; por lo que, cualquier mensaje enviado a otra dirección no será tenido en cuenta.

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

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: **9fdcd3d9fae340e9a2597a16c659cbe2e8fee7e1933c078764a421940eb59772**

Documento generado en 08/05/2023 09:20:07 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Manizales, ocho (8) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

RADICADO: 17-001-23-33-000-2019-00048-00

DEMANDANTE: MARTHA LUCY VASQUEZ DE PINEDA

**DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES
DEL MAGISTERIO**

Surtido el recaudo de la prueba documental allegada y no habiendo más medios probatorios pendientes de recolectar, los documentos se incorporan al expediente y serán valorados de conformidad con la ley al momento de dictar sentencia.

Al hacerse innecesario en el presente caso realizar audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se ordena a las partes la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguiente, el señor agente del Ministerio Público dentro de la misma oportunidad podrá presentar concepto, si a bien lo tiene.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que deben aportarse todos los memoriales a través de mensaje de datos, enviados al correo electrónico tadmin02cld@notificacionesrj.gov.co, siendo éste el único medio oficial para la recepción de documentos; por lo que, cualquier mensaje enviado a otra dirección no será tenido en cuenta.

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

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: **1e0a3d13f1b4c37d4421ae83c7c1cb5a892c62e64edd439e4c0d1582cc43f7f2**

Documento generado en 08/05/2023 09:18:52 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE CONJUECES
Jorge Iván López Díaz
Conjuez Ponente**

A.I. 202

Asunto: Asume Conocimiento, Admite Recurso.
Medio Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17-001-33-33-003-2019-00113-03
Demandante: Sebastián Acevedo Díaz
Demandados: DESAJ.

Manizales, cinco (5) de mayo del año dos mil veintitrés (2023).

De acuerdo con el mandato conferido por parte del Tribunal Administrativo de Caldas, contenida en el acta de sorteo de conjueces del día 29 de noviembre de 2022, que me ordena conocer, tramitar y decidir este proceso, por lo tanto, **AVOCO** su conocimiento.

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión del recurso de apelación interpuesto, el Despacho observa que fue presentado dentro del término oportuno (01ExpedienteEscaneadoCuadernoPrincipal, fl. 92-98 C.1digital) , fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión y se concedió el recurso de apelación mediante providencia del día 25 de enero de 2021 (fl.12), según lo dispuesto artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021.

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA, **ADMITASE** el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 25 de febrero de 2020, por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia.

Vencido el término de ejecutoria de la admisión del recurso, y en caso de que no exista solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 numeral 5 del CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, **INGRÉSESE** el expediente al despacho para dictar sentencia.

ADVIERTASE al Ministerio Público que podrá emitir concepto desde la expedición de la presente providencia que admite el recurso de apelación presentado y hasta antes de que se ingrese el proceso al Despacho para dictar sentencia, en los términos del numeral 6 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFIQUESE personalmente al señor Agente del Ministerio Público a través de la dirección electrónica correspondiente, por estado electrónico a las demás partes, en los términos previstos en los artículos 197, 198 y 201 del CPACA.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



JORGE IVAN LOPEZ DÍAZ

Conjuez

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Sustanciador: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

A.I. 102

Manizales, ocho (8) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Radicación: 17-001-23-33-000-2019-00343-00

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: UGPP

Demandado: Fernando de Jesús Osorio

Procede el Despacho a resolver sobre el desistimiento parcial de las pretensiones de la demanda, efectuado a través de apoderado por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP mediante escrito del 26 de abril de 2023.

I. Antecedentes

La entidad demandante, actuando a través de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho a fin de que se declarara la nulidad del acto administrativo RDP 051921 del 12 de noviembre de 2013, por medio del cual reconoció una pensión de vejez en favor del señor Fernando de Jesús Osorio al amparo del régimen especial contemplado en la Ley 32 de 1986, con el IBL del último año de servicios y todos los factores salariales devengados en dicho interregno, esto es, asignación Básica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones. Lo anterior, al considerar que el referido señor no acreditó los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, previstos en el inciso 2º del artículo 36 del referido régimen general.

Con memorial allegado el 26 de abril de 2023, la UGPP presentó solicitud de desistimiento parcial de las pretensiones de la demanda y en consecuencia, manifiesta que acepta que el régimen legal aplicable al demandado es el previsto en la Ley 32 de 1986 sin que le sea exigible el cumplimiento de los requisitos previstos en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; no obstante, reitera que el ingreso base de liquidación y los factores salariales a tener en cuenta, son los previstos en el régimen general; es por ello que,

respecto de esto último, mantiene incólume su pretensión de nulidad del acto administrativo de reconocimiento. Al respecto, señaló lo siguiente:

El Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la UGPP, mediante el Acta 2733A del 29 de agosto de 2022, estableció que “[e]sta Unidad considera vinculantes las decisiones de la Comisión Intersectorial del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del Sistema General de Pensiones, como órgano encargado por la ley para unificar criterios normativos entre las entidades que regulan y administran el régimen y, por lo tanto, acatará y aplicará la decisión adoptada sobre la materia en sesión del 12 de agosto de 2022”.

A su turno, la decisión de la Comisión Intersectorial del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del Sistema General de Pensiones, adoptada en la sesión ordinaria del 12 de agosto de 2022, consistió en “Acoger la recomendación efectuada por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en el sentido que, las reclamaciones que en materia de pensión especial de vejez radiquen los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, vinculados antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley 2090 de 2003, deberán ser resueltas de acuerdo con lo establecido en el parágrafo transitorio 5º del Acto Legislativo 01 de 2005, sin que para el efecto sea necesario acreditar las condiciones descritas en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.”

Fue con base en lo anterior, que el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Unidad, en la misma sesión citada el primer inciso de esta comunicación, decidió modificar los Lineamientos establecidos en las Actas 1208 del 10 de agosto de 2016 y 2028 del 13 de noviembre de 2019, en el sentido de “recoger la exigencia del cumplimiento de los requisitos del régimen de transición establecido en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, para las personas que ingresaron al servicio del CCV [Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional] del INPEC antes del 28 de julio de 2003”.

Y para hacer efectiva esta determinación, entre otras directrices, el cuerpo colegiado dispuso que se “gestionará la terminación anticipada de los procesos en curso: i) por pasiva, ii) acciones de lesividad, y iii) recursos de revisión, cuyas características no se ajusten a las reglas señaladas anteriormente.

Tenemos entonces, que Consultado el expediente pensional del señor Fernando de Jesús Osorio, se evidencia que se desempeñó en el cargo de INSPECTOR, fue vinculado al INPEC antes del 28 de julio de 2003 esto es, el 16 de septiembre de 1988, razón por la cual aplicaría la postura acogida por la entidad de ser beneficiario del Artículo 96 de la Ley 32 de 1986.

Lo anterior, teniendo en cuenta que a partir de la fecha, a las personas del INPEC que cumplan sus requisitos con posterioridad a la Ley 100, y le sea aplicable la Ley 32 de 1986, en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, en la defensa de estas reliquidaciones se utilizarán los argumentos establecidos por la Corte Constitucional, respecto a la transición, contenidos en la sentencia SU-230 de 2015 y C-258 de 2013, en el entendido que el IBL, NO hace parte del régimen de transición y que únicamente se respetan los conceptos de edad, tiempo de servicios y tasa reemplazo, respecto a los factores y forma de liquidación se aplicarían lo señalado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 (tiempo que le hiciera falta o últimos 10 años) y factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994 y demás factores de naturaleza pensional, definidos expresamente por el legislador.

Se tiene que, la Resolución No. RDP 051921 del 12 de Noviembre de 2013 esta Unidad reconoció y ordenó el pago a favor del señor FERNANDO DE JESUS OSORIO, una Pensión Mensual Vitalicia de Vejez de conformidad con lo establecido en la Ley 32 de 1986 por haber laborado por más de 20 años al INPEC en cargos de excepción efectuando la liquidación con el 75% sobre un IBL conformado por el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado o aportado el interesado entre el 01 de Septiembre de 2012 al 30 de Agosto de 2013, debiéndose reconocer como ya se indicó con los factores y forma de liquidación aplicando por lo señalado en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 (tiempo que le hiciera falta o últimos 10 años) y factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994 y demás factores de naturaleza pensional, definidos expresamente por el legislador.

Pues, en lo que atañe al reconocimiento de la pensión de vejez en los términos de la Ley 32 de 1986, se dará aplicación al lineamiento 224 de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales UGPP y se autorizará que el Apoderado presente la radicación del desistimiento parcial, en lo demás, se continuará con el medio de control interpuesto, esto es frente a lo pertinente a la liquidación en lo que respecta al IBL y los factores salariales.

[...]" /rft/

II. Consideraciones

A efectos de resolver lo pertinente sea lo primero acudir al artículo 314 del Código General del Proceso que en materia de desistimiento de pretensiones establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 314. El demandante podrá desistir de las pretensiones mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso. Cuando el desistimiento se presente ante el superior por haberse interpuesto por el demandante apelación de la sentencia o casación, se entenderá que comprende el del recurso.

El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habrá producido efectos de cosa juzgada. El auto que acepte el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia.

Si el desistimiento no se refiere a la totalidad de las pretensiones, o si sólo proviene de alguno de los demandantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él.

En los procesos de deslinde y amojonamiento, de división de bienes comunes, de disolución o liquidación de sociedades conyugales o patrimoniales, civiles o comerciales, el desistimiento no producirá efectos sin la anuencia de la parte demandada, cuando esta no se opuso a la demanda, y no impedirá que se promueva posteriormente el mismo proceso.

El desistimiento debe ser incondicional, salvo acuerdo de las partes, y sólo perjudica a la persona que lo hace y a sus causahabientes.

El desistimiento de la demanda principal no impide el trámite de la reconvención, que continuará ante el mismo juez cualquiera que fuere su cuantía.

Cuando el demandante sea la Nación, un departamento o municipio, el desistimiento deberá estar suscrito por el apoderado judicial y por el representante del Gobierno Nacional, el gobernador o el alcalde respectivo”.

El apoderado de la parte actora cuenta con la facultad expresa para desistir otorgada por la demandante (Archivo 047); así mismo, el proceso se encuentra aún en trámite y no se ha proferido decisión que ponga fin a la instancia; razones que permiten aceptar el desistimiento parcial de las pretensiones de la demanda en los términos indicados por la UGPP.

Por lo expuesto, el Despacho,

III. Resuelve

1. Acéptase el desistimiento parcial de las pretensiones de la demanda efectuado por la UGPP. En consecuencia,

2. Continúese con el proceso en relación con las demás pretensiones de la demanda, vale decir, la nulidad y restablecimiento del derecho respecto del acto administrativo RDP 051921 del 12 de noviembre de 2013, en tanto reconoció una pensión de vejez en favor del señor Fernando de Jesús Osorio con el IBL del último año de servicios y todos los factores salariales devengados en dicho interregno, esto es, asignación Básica, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones.

3. Una vez notificado el presente proveído, regrese el expediente al Despacho para dictar sentencia.

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: **d13008721ae4c7bb7cce99872f2e100330eca1c5d15a769bdaeb234023fba5f4**

Documento generado en 08/05/2023 09:49:33 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Manizales, ocho (8) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

RADICADO: 17-001-23-33-000-2020-00257-00

DEMANDANTE: OLGA LUCIA TABARES VARGAS

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES
SOCIALES DEL MAGISTERIO

Surtido el recaudo de la prueba documental allegada y no habiendo más medios probatorios pendientes de recolectar, los documentos se incorporan al expediente y serán valorados de conformidad con la ley al momento de dictar sentencia.

Al hacerse innecesario en el presente caso realizar audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se ordena a las partes la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguiente, el señor agente del Ministerio Público dentro de la misma oportunidad podrá presentar concepto, si a bien lo tiene.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que deben aportarse todos los memoriales a través de mensaje de datos, enviados al correo electrónico tadmin02cld@notificacionesrj.gov.co, siendo éste el único medio oficial para la recepción de documentos; por lo que, cualquier mensaje enviado a otra dirección no será tenido en cuenta.

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

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: **e68d12e4edc241f70ab38a8b2b35c5596c8688dd167b1c5b3a4ebfb0bc4338b7**

Documento generado en 08/05/2023 09:17:44 AM

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

CONSTANCIA SECRETARIAL: A despacho del señor Magistrado el presente Medio de Control, recibido por ventanilla virtual, proveniente del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, dos (02) de mayo de dos mil veintitrés (2023)



VILMA PATRICIA RODRIGUEZ CARDENAS

Secretaria

Proyecto: EYMO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: FERNANDO ALBERTO ALVAREZ BELTRAN

A.I. 101

Manizales, ocho (8) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17001333300220200029902
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HECTOR JAIME - RODRIGUEZ CORREA Y OTROS
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE MANIZALES – SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL

I. CONSIDERACIONES

Se ocupa el Despacho del proceso procedente del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovió a través de apoderado judicial **HECTOR JAIME - RODRIGUEZ CORREA Y OTROS** en contra del **MUNICIPIO DE MANIZALES – SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL** para surtir el recurso de apelación concedido a la parte **DEMANDANTE** (Folio 35 del CuadernoPrimeraInstancia) respecto de la Sentencia N° 105 proferida por ese Despacho el día 17 de noviembre de 2022, visible en el Archivo PDF “31” de la carpeta (01CuadernoPrimeraInstancia) del expediente digital.

Igualmente, el Despacho realiza un examen preliminar conforme lo establece el artículo 325 del Código General del Proceso, encontrando que la providencia motivo de apelación está suscrita electrónicamente por el a quo; así mismo, no falta por

resolver demandas de reconvención o procesos acumulados, como tampoco se observa causal de nulidad alguna que amerite medida de saneamiento o su declaración.

Por lo anterior, al haberse sustentado el recurso de apelación oportunamente y reunir los demás requisitos legales, procede el despacho a admitir en el efecto suspensivo el recurso de alzada, notificándose personalmente al Ministerio Público y por estado a las partes (Artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA).

Por lo expuesto, el Despacho,

II. RESUELVE

PRIMERO: ADMITIR en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte **DEMANDANTE** (Folio 35 del CuadernoPrimeraInstancia) contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, de conformidad con lo previsto en el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 323 y 325 del Código General del Proceso.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al Ministerio Público y por estado a las partes, de acuerdo con el artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA.

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: **d6c6ee31eb3932eebc4ebf1982f386a884cf573f14d5999759e33f9155874353**

Documento generado en 08/05/2023 09:16:42 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Manizales, ocho (8) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

RADICADO: 17-001-23-33-000-2021-00030-00

DEMANDANTE: ALVARO ERNESTO DIAZ BUITRAGO

DEMANDADO: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA.

Surtido el recaudo de la prueba documental allegada y no habiendo más medios probatorios pendientes de recolectar, los documentos se incorporan al expediente y serán valorados de conformidad con la ley al momento de dictar sentencia.

Al hacerse innecesario en el presente caso realizar audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se ordena a las partes la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguiente, el señor agente del Ministerio Público dentro de la misma oportunidad podrá presentar concepto, si a bien lo tiene.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que deben aportarse todos los memoriales a través de mensaje de datos, enviados al correo electrónico tadmin02cld@notificacionesrj.gov.co, siendo éste el único medio oficial para la recepción de documentos; por lo que, cualquier mensaje enviado a otra dirección no será tenido en cuenta.

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

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: **c08a66933e9e75dc177319e386d019ff2013088235aaad6d62859dd56b6c6f4a**

Documento generado en 08/05/2023 09:15:51 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Manizales, ocho (8) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

RADICADO: 17-001-23-33-000-2021-00172-00

DEMANDANTE: MARTIN ALBERTO HERNANDEZ HENAO

DEMANDADO: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA.

Surtido el recaudo de la prueba documental allegada y no habiendo más medios probatorios pendientes de recolectar, los documentos se incorporan al expediente y serán valorados de conformidad con la ley al momento de dictar sentencia.

Al hacerse innecesario en el presente caso realizar audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se ordena a las partes la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguiente, el señor agente del Ministerio Público dentro de la misma oportunidad podrá presentar concepto, si a bien lo tiene.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que deben aportarse todos los memoriales a través de mensaje de datos, enviados al correo electrónico tadmin02cld@notificacionesrj.gov.co, siendo éste el único medio oficial para la recepción de documentos; por lo que, cualquier mensaje enviado a otra dirección no será tenido en cuenta.

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

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: **c6a3d854ebcb8ab31d9b866b9be8b4dc0f3edffc6e87844eb493ffde36a0128a**

Documento generado en 08/05/2023 09:14:31 AM

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

17-001-33-39-007-2021-00296-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: **AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Manizales, cinco (05) de MAYO de dos mil veintitrés (2023)

S. 069

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados **AUGUSTO MORALES VALENCIA**, quien la preside, **AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN** y **PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 7º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **LUZ ADRIANA HERNÁNDEZ VILLEGAS** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por ella promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante **FNPSM**) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

I) La declaratoria de nulidad de la Resolución N° 4458-6 de 10 de septiembre de 2021, con el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora desde los 65 días siguientes a la radicación de la solicitud de auxilio de cesantías, y hasta la fecha del pago total de dicho auxilio.

A título de restablecimiento del derecho, solicita:

i) Se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la referida sanción por mora, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados

desde los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta la fecha del pago total de las cesantías reconocidas.

ii) Condenar en costas a la entidad accionada.

CAUSA PETENDI.

- El 16 de marzo de 2021 solicitó al FNPSM el reconocimiento y pago de sus cesantías en virtud de su servicio como docente estatal.
- Mediante la Resolución N° 1806-6 de 15 de abril de 2021 le fue reconocida la cesantía deprecada.
- Dicha prestación no fue cancelada en tiempo.
- Mediante el acto demandado, el FNPSM negó el reconocimiento de la sanción por mora.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocan: la Ley 91 de 1989, arts. 5° y 15; la Ley 244 de 1995, arts. 1° y 2°; la Ley 1071 de 2006, arts. 4° y 5°; Ley 224 de 1995, arts. 1 y 2; y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

En suma, refiere que las leyes 244/95 y 1071/06 regularon el pago de las cesantías parciales y definitivas a los servidores públicos, determinando un término de quince (15) días para su reconocimiento, contado a partir de la radicación de la solicitud, y cuarenta y cinco (45) días para su pago, una vez se expida el acto administrativo correspondiente. Con todo, rememora, la jurisprudencia ha interpretado que el reconocimiento y pago no debe superar los setenta (70) días hábiles después de haberse radicado la petición, y no obstante, añade, el FNPSM cancela por fuera de ese término, acarreándole con ello una sanción equivalente a un (1) día de salario del docente, contado a partir de aquel lapso hasta el momento en que cancela la prestación deprecada.

Para brindarle sustento a lo argüido, reproduce amplios apartes de múltiples providencias proferidas por el H. Consejo de Estado, insistiendo de este modo se acceda a las súplicas formuladas en el *sub lite*.

Finalmente, menciona que cuando la mora ocurra después del plazo de 45 días con que cuenta la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM para efectuar el pago, es esta entidad la que debe asumir dicha carga, de conformidad con lo previsto en la Ley 1955 de 2019.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** no contestó la demanda, según consta en el documento PDF N° 10.

A su turno, el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** también se opuso a las pretensiones de la parte demandante, planteando las excepciones de ‘CUMPLIMIENTO DE LOS TÉRMINOS POR PARTE DE LA ENTIDAD TERRITORIAL’: pues atendió debidamente los plazos establecidos en la Ley 1955 de 2019, que implica la emisión del acto administrativo de reconocimiento dentro de los 15 días siguientes a la petición; ‘BUENA FE’, aludiendo al cumplimiento de los términos de ley; ‘MALA FE PARTE DEMANDANTE’, basada en que en la demanda se desconoce que el departamento acató los términos de ley en la expedición del acto administrativo; y ‘PRESCRIPCIÓN’, en los términos del Decreto 1848 de 1968 (PDF N° 8).

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 7ª Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia con la cual negó las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 17 del expediente electrónico.

Luego de hacer un esbozo sobre las reglas que rigen el reconocimiento de la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías, expuso la funcionaria judicial que en el caso concreto dicha tardanza no se presentó. Indicó que el acto de reconocimiento de las cesantías fue proferido dentro de los términos de ley, mientras que el término de 55 días como fecha límite de pago vencía el 13 de julio de 2021, y teniendo en cuenta que esta prestación fue cancelada el 6 del mismo mes y año, se reputa dentro de la oportunidad legal.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO

La **parte demandante** apeló la decisión de primera instancia con el escrito obrante en el folio digital N° 20 del expediente, centrando su desacuerdo con el fallo de primera instancia de manera específica en la data que constituía el límite temporal para efectuar el pago de las cesantías, que en su sentir, ocurrió el 30 de junio de 2021, por lo que se generó una mora que debe ser cancelada por las entidades llamadas por pasiva, añadiendo que el ente territorial expidió el acto de reconocimiento por fuera del término. Así mismo, pide se disponga la indexación de la suma reconocida con los respectivos intereses, y cuestiona la condena en costas en primera instancia, toda vez que indica, no acudió a la jurisdicción realizando actos temerarios ni dilatorios.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Persigue por modo la parte demandante, se declare la nulidad del acto con la cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006 a raíz del pago tardío del auxilio de cesantías.

CUESTIÓN PREVIA.

Resulta oportuno rememorar que en asuntos análogos al tratado en el *sub exámine* (relacionados con la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías),

este órgano colegiado¹ ha concluido, en suma, (i) que se aplica, por identidad, el fallo de fecha veintisiete (27) de marzo de 2007 emanado del H. Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo², en el sentido de que esta jurisdicción ha de asumir el conocimiento de controversias como la aquí instaurada (art. 104 C/CA) a través del medio de control efectivamente ejercido; y (ii), que la Ley 1071 de 2006 se aplica íntegramente al régimen especial de los docentes, de suerte que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO ha de acatar el mandato allí contenido, alusivo al reconocimiento y pago oportuno de las cesantías parciales y definitivas.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Con fundamento en lo consignado por modo previo, para esta Sala de Decisión, el fondo del asunto se contrae a la dilucidación de los siguientes problemas jurídicos:

- ***¿Procede la sanción moratoria contemplada en la Ley 1071/06, en casos de pago extemporáneo de las cesantías?***

En caso afirmativo,

- ***¿Qué entidad debe asumir el pago de la sanción?***
- ***¿Desde cuándo se causa la aludida sanción?***

¹ Tribunal Administrativo de Caldas: Sentencia del 7 de marzo de 2013, Rads. 17001-23-33-000-2012-00012-00 y 17001-23-33-000-2012-00080-00; Demandado: Nación – Ministerio de Educación – FNPSM; M.P. William Hernández Gómez. También: Sentencia del 26 de abril de 2013, Rad. 17-001-23-33-000-2012-00011-00; Demandado: Nación – Ministerio de Educación – FNPSM; M.P. William Hernández Gómez; entre otras.

² Rad. 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante.

(I)

**LA SANCIÓN MORATORIA
POR EL PAGO EXTEMPORÁNEO DE CESANTÍAS**

El artículo 4º de la Ley 1071 de 2006, "POR MEDIO DE LA CUAL SE ADICIONA Y MODIFICA LA LEY 244 DE 1995, SE REGULA EL PAGO DE LAS CESANTÍAS DEFINITIVAS O PARCIALES A LOS SERVIDORES PÚBLICOS, SE ESTABLECEN SANCIONES Y SE DAN TÉRMINOS PARA SU CANCELACIÓN", establece a letra:

“...Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios (sic), la entidad empleadora o aquella (sic) tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo”. /Resaltado es del texto. Subrayas son del Tribunal/.

De este modo se infiere que la entidad a cargo, dispone de un plazo máximo de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías, definitivas o parciales, para expedir la resolución correspondiente, claro está, siempre que la petición reúna todos los requisitos determinados en la ley.

Por su parte, el artículo 5º *ibidem* en su primer inciso prevé que la entidad, para efectuar el pago, dispone de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles contados a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que lo ordena. Ese canon es del siguiente tenor:

“...Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro...”.

Los dispositivos normativos reproducidos se encuentran dotados de enunciados propios de las normas deónticas o regulativas, estas son, que mandan, permiten, prohíben o castigan. De ahí que, ha sostenido la Sala, la mentada Ley 1071 es una típica regla o norma jurídica de acción, erigida en aras de soslayar ponderación alguna por parte de la administración, por cuanto una vez reunidas las condiciones de aplicación, los términos empleados en la preceptiva legal son concluyentes y perentorios, tal y como acaece en el asunto de reconocimiento y pago oportuno de las cesantías.

Conforme a lo expuesto, se tiene que la Ley 1071 y en consonancia con el precepto 345 de la Carta, prevé un tiempo prudencial, calculado en sesenta (60) días, para hacer las apropiaciones presupuestales de ley y los trámites correspondientes. Por ende, tal situación no se perfila como excusa válida para el reconocimiento y pago tardío de esas prestaciones sociales.

Aunadamente, resalta el Tribunal, la teleología de la norma se contrae a la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas), y no es para menos, en tanto no puede pasarse por alto que las cesantías son ahorros del servidor público, administrados por el Estado-patrono para entregarle a aquel en el momento que lo necesite, bien si queda cesante definitivamente o bien en los eventos que la ley autoriza para el anticipo parcial de las mismas (en esencia, por vivienda o educación).

Así las cosas, concluye este Juez Plural que los términos perentorios contenidos en la Ley 1071, dentro de los cuales debe reconocerse y pagarse las cesantías, deben cumplirse so pena de la sanción moratoria de que trata el parágrafo de su artículo 5º:

“...En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este...”.

Para efectos de la sanción moratoria, en la pluricitada sentencia emanada del H. Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, el veintisiete (27) de marzo de 2007, se expuso con suficiencia que de reconocerse y pagarse las cesantías tardíamente, se debe computar el término desde la fecha de presentación de la solicitud de liquidación o anticipo. Sumado a ello, el Alto Tribunal sostuvo sobre el particular lo siguiente:

“...Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 (léase Ley 1071), el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria...

...

...

Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudirse a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante...” /Anotación entre paréntesis, líneas y resaltado son de la Sala/.

Cabe anotar que el Decreto 1075 de 2015, Único Reglamentario del Sector Educación, modificado por su similar 1272 de 2018 establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.26. Remisión del acto administrativo notificado y ejecutoriado que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Una vez notificado y ejecutoriado el acto administrativo definitivo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la entidad territorial certificada en educación deberá subir y remitir este acto administrativo inmediatamente a través de la plataforma empleada para tal fin.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.27. Pago de los reconocimientos de cesantías. Dentro de los 45 días hábiles siguientes a la notificación y ejecutoria del acto administrativo que reconoce las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la sociedad fiduciaria deberá efectuar los pagos correspondientes”.

En punto a la notificación del acto administrativo con el cual se reconoce y ordena el pago de cesantías, el H. Consejo de Estado en sentencia datada el 28 de julio de 2018 (Exp. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-2015), señaló:

“97. Debe partirse de la base que se está ante el acto administrativo escrito que reconoció la cesantía expedido dentro de los 15 días que se tienen para resolver el asunto.

Es de considerar, que este acto al ser de naturaleza particular debe ser notificado personalmente en los términos del artículo 67 del CPACA, para lo cual el ente gubernativo tuvo que consultar el contenido de la petición sobre el particular, esto es, sí el peticionario habilitó la notificación por medio de electrónico, en cuyo caso, se surtirá a través de este medio; o si por el contrario deberá acometerse conforme a la norma procesal.

98. En el primer evento, es decir, cuando se produce la notificación por medio electrónico, habrá de considerar el artículo 56 del CPACA, para concluir que el término de ejecutoria se computará a partir del día siguiente en que la entidad certifique el acceso del peticionario al contenido íntegro del acto que reconoció la cesantía, vía e-mail informado para el efecto en la petición, que en todo caso deberá hacerse a más tardar 12 días después de expedido el acto.

99. En el segundo evento, el ente gubernativo debió remitir citación al interesado dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto de reconocimiento de la cesantía con el propósito de notificarlo personalmente conforme al artículo 68 del CPACA, y si éste no concurrió dentro de los 5 días posteriores al recibo de la notificación, correspondía hacerlo por aviso remitido a la misma dirección del requerimiento de comparecencia atendiendo la previsión del canon 69 ibidem; en cuyo caso, el acto se

entendió notificado al día siguiente de su recibo. Para esta situación, la ejecutoria del acto se computará pasado el día siguiente al de entrega del aviso, o de la notificación personal si el interesado concurrió a ella.

100. Como conclusión a lo anterior, ha de indicar la Sala de Sección que los términos que tiene la administración para llevar al conocimiento del interesado el contenido de su acto administrativo, esto es, para notificarlo, no pueden computarse como días de sanción moratoria, pues es evidente y así lo previó el legislador que la notificación por regla general ocurre después de proferida la decisión, y que además es la circunstancia que refleja el deber de la entidad de informarla a su destinatario.

(...)

102. Siendo prácticos, en casos donde existe acto escrito que reconoce las cesantías, **el término de ejecutoria y, por ende, los 45 días hábiles posteriores a ésta para que ocurra su pago efectivo, solo empezarán a correr una vez se verifica la notificación en los estrictos términos señalados**” /Resaltados de la Sala/.

En el presente asunto, encuentra acreditado el Tribunal que la señora LUZ ADRIANA HERNÁNDEZ VILLEGAS solicitó el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía el 16 de marzo de 2021, por lo que el plazo de 15 días para la expedición del acto administrativo de reconocimiento expiraba el 21 de abril de 2021 (teniendo en cuenta la suspensión de términos por semana santa), y habida consideración que la prestación fue reconocida con la Resolución N° 1806-6 de 15 de abril de 2021, la declaración administrativa ha de reputarse oportuna (PDF N° 8, págs. 11-13).

En la sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018 (Exp. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) CE-SUJ2-012-18), el Consejo de Estado determinó las reglas aplicables al cómputo de la sanción moratoria, dependiendo de la expedición del acto de reconocimiento y su notificación, y

en lo que atañe al caso concreto estableció la siguiente hipótesis:

“(…)

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación

(…)”

En ese orden, el acto administrativo de reconocimiento fue notificado por vía electrónica el 21 de abril de 2021, por lo que el tiempo límite para efectuar el pago expiraba el 13 de julio de 2021, y teniendo en cuenta que estas fueron canceladas el 6 de julio de 2021 (PDF N°2, pág. 24), es dable concluir que no se presentó mora, como lo concluyó la jueza de primer grado.

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

Reprocha la parte actora la condena en costas dispuesta en primera instancia, aludiendo básicamente que esta preceptiva no se halla ajustada a derecho, en tanto al acudir ante esta jurisdicción especializada, lo hizo en procura de defensa de sus derechos, por lo que su propósito con la demanda, lejos de congestionar el aparato judicial, fue obtener la protección de sus prerrogativas.

Sobre el particular, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, con la adición introducida por el canon 47 de la Ley 2080 de 2021, reza en su tenor literal:

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

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

En este orden, debe tenerse presente que desde la entrada en vigencia del Código de lo Contencioso Administrativo (C/CA) previsto en la Ley 1437/11, la condena en costas no se halla condicionada a la actividad o conducta desplegada por los sujetos procesales (criterio subjetivo) -como sí acaecía en el otrora vigente Decreto 01/84-, sino que su imposición en sentencia encuentra como cardinal criterio la parte que resulte desfavorecida con la decisión de mérito que se dicte y la causación efectiva de las mismas (criterio objetivo-valorativo).

En este orden de ideas, no encuentra este Juez Plural que la condena en costas ordenada por la Jueza *A quo* amerite ser reconsiderada.

COSTAS

Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 365 numeral 3 del C.G.P., se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Es por lo discurrido que el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 7º Administrativo de Manizales, con la cual negó a las pretensiones formuladas por la señora **LUZ ADRIANA HERNÁNDEZ VILLEGAS** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por ella promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante FNPSM) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora. Sin agencias en derecho en esta instancia.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 020 de 2023



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-33-001-2022-00038-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, cinco (05) de MAYO de dos mil veintitrés (2023)

S. 067

La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía de los recursos de apelación interpuestos por ambos extremos procesales contra la sentencia proferida por el Juzgado 1º Administrativo de Manizales, con la cual accedió a las pretensiones formuladas por la señora **MARIA DEL PILAR PATIÑO VILLADA** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por ella promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante FNPSM) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

I) La declaratoria de nulidad de la Resolución 4966-6 de 5 de octubre de 2021, con el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora desde los 65 días siguientes a la radicación de la solicitud de auxilio de cesantías, y hasta la fecha del pago total de dicho auxilio.

A título de restablecimiento del derecho, solicita:

- i) Se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la referida sanción por mora, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta la fecha del pago total de las cesantías reconocidas.
- ii) Condenar en costas a la entidad accionada.

CAUSA PETENDI.

- El 15 de marzo de 2021 solicitó al FNPSM el reconocimiento y pago de sus cesantías en virtud de su servicio como docente estatal.
- Mediante la Resolución N° 1525-6 de 25 de marzo de 2021 le fue reconocida la cesantía deprecada.
- Dicha prestación no fue cancelada en tiempo.
- Mediante el acto ficto demandado, el FNPSM negó el reconocimiento de la sanción por mora.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocan: la Ley 91 de 1989, arts. 5° y 15; la Ley 244 de 1995, arts. 1° y 2°; la Ley 1071 de 2006, arts. 4° y 5°; y Ley 224 de 1995, arts. 1 y 2.

En suma, refiere que las leyes 244/95 y 1071/06 regularon el pago de las cesantías parciales y definitivas a los servidores públicos, determinando un término de quince (15) días para su reconocimiento, contado a partir de la radicación de la solicitud, y cuarenta y cinco (45) días para su pago, una vez se expida el acto administrativo correspondiente. Con todo, rememora, la jurisprudencia ha interpretado que el reconocimiento y pago no debe superar los setenta (70) días hábiles después de haberse radicado la petición, y no obstante, añade, el FNPSM cancela por fuera de ese término, acarreándole con ello una

sanción equivalente a un (1) día de salario del docente, contado a partir de aquel lapso hasta el momento en que cancela la prestación deprecada.

Para brindarle sustento a lo argüido, reproduce amplios apartes de múltiples providencias proferidas por el H. Consejo de Estado, insistiendo de este modo se acceda a las súplicas formuladas en el *sub lite*.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** contestó la demanda con el documento digital N°6 del expediente, oponiéndose a las pretensiones formuladas por la parte accionante, expuso en síntesis que con la modificación introducida por la Ley 1955 de 2019, el FNPSM no puede asumir con cargo a sus recursos el pago de la sanción moratoria deprecada, por expresa prohibición legal, al tiempo que cuestiona la legitimación en la causa por pasiva, pues a la luz de la nueva norma, debe analizarse la vinculación del ente territorial.

Fundamenta su defensa en las excepciones que denominó ‘PAGO DE LAS CESANTIAS SE ENTIENDE SATISFECHO EN EL MOMENTO EN QUE SE PRODUCE EL ABONO EN LA CUENTA, INDEPENDIENTEMENTE DEL MOMENTO EN QUE ESTA EL VALOR SE RETIRE POR EL TITULAR DEL DERECHO’, que en el caso concreto, ocurrió el 15 de julio de 2019, por lo que no hubo mora; ‘DEBIDO A LA INEXISTENCIA DE MORATORIA, CON CORTE A 31 DE DICIEMBRE DE 2019, DEBE OPERAR LA DESVINCULACIÓN DEL PROCESO DE LAS ENTIDADES QUE REPRESENTO’, aduce que la Ley 1955 de 2019 prohíbe disponer el pago de condenas por sanción moratoria con cargo a los recursos de ese fondo con posterioridad a esa data; ‘INEXISTENCIA ACTUAL DE LA OBLIGACIÓN EN CABEZA DE LAS ENTIDADES QUE REPRESENTO, Y A FAVOR DEL DEMANDANTE. // AUSENCIA ACTUAL DE OBJETO LITIGIOSO, FRENTE A MIS REPRESENTADAS, POR PAGO DE LA OBLIGACION. // COBRO DE LO NO DEBIDO, FRENTE A MIS REPRESENTADAS, PORQUE LA MORATORIA SE GENERÓ EN 2021’, reiterando que según las normas vigentes, la mora ocurrida con posterioridad al 31 de diciembre de 2019 atañe a los entes territoriales; ‘AUSENCIA ACTUAL DE PRESUPUESTOS MATERIALES’, por la falta de presupuestos para condenar a esa entidad, especialmente lo

relacionado con la mora posterior al año 2019; ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LAS ENTIDADES QUE REPRESENTO, PARA ASUMIR DECLARACIONES Y CONDENAS POR SANCION MORA, POSTERIORES AL 31 DE DICIEMBRE DE 2019’, para lo cual insiste en la responsabilidad del ente territorial; ‘LEGITIMACION EXCLUSIVA EN LA CAUSA POR PASIVA DEL ENTE TERRITORIAL, PARA ASUMIR DECLARACIONES Y CONDENAS, DERIVADAS DE SANCION MORATORIA GENERADAS DESDE EL 01 DE ENERO DE 2020’; ‘SANCION MORATORIA CAUSADA EN VIGENCIA DEL AÑO 2020 DEBE SER CANCELADA POR EL ENTE TERRITORIAL’; ‘IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACION DE LA SANCION MORATORIA’, porque la penalidad ya cubre la corrección monetaria; ‘NO PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS’, al no hallar criterios objetivos valorativos que justifiquen su imposición; y la ‘GENÉRICA’.

A su turno, el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** también se opuso a las pretensiones de la parte demandante (PDF N° 10), anotando que en lo que le atañe, cumplió a cabalidad con los términos de ley, por lo que no es causante de la mora que pretende endilgársele.

Como excepciones, planteó las de ‘CUMPLIMIENTO DE LOS TÉRMINOS POR PARTE DE LA ENTIDAD TERRITORIAL’: pues atendió debidamente los plazos establecidos en la Ley 1955 de 2019, que implica la emisión del acto administrativo de reconocimiento dentro de los 15 días siguientes a la petición; ‘BUENA FE’, aludiendo al cumplimiento de los términos de ley; y ‘PRESCRIPCIÓN’, en los términos del Decreto 1848 de 1968.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 1ª Administrativa de Manizales dictó sentencia accediendo a las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 23 del expediente electrónico.

Como razón básica de la decisión, luego de hacer un esbozo sobre las reglas que rigen el reconocimiento de la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías, expuso la funcionaria judicial que en el caso concreto la entidad

demandada superó los términos de ley. Con base en ello, declaró nulo el acto demandado, disponiendo en su lugar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria equivalente a 7 días, de los cuales 4 días asume el FNPSM y 3 días el DEPARTAMENTO DE CALDAS.

LOS RECURSOS DE SEGUNDO GRADO

Ambos extremos procesales apelaron la sentencia de primera instancia:

La **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** con el escrito que se halla en el archivo electrónico N°25, centrando su desacuerdo en la presunta responsabilidad de la entidad territorial, insistiendo en que no fue esa entidad la causante de la mora que se demanda en el sub lite, por tratarse de un periodo de mora posterior a la expedición de la Ley 1755 de 2020. Así mismo, reitera que la entidad territorial es la responsable del pago de la sanción por mora reclamada, por la expedición tardía del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, lo que deriva en su responsabilidad en los términos del artículo 57 parágrafo de la Ley 1955 de 2019, que también prohíbe el uso de los recursos del fondo de prestaciones del magisterio para pagar las sanciones por el pago tardío de prestaciones sociales. Acota que la jueza de primera instancia dio por probado que el ente territorial remitió el acto de reconocimiento al FNPSM de forma oportuna, pese a que esto ocurrió en forma tardía.

Insiste que con base en dicha norma, no hay lugar a dudas en que las sanciones moratorias causadas con posterioridad al 1° de enero de 2020 corresponden a la entidad territorial y no al FNPSM, por lo que considera que el juez de primera instancia incurrió en un error trascendente y manifiesto que legitima revocar la decisión de primera instancia y declarar la falta de legitimación de dicha entidad en el proceso.

La parte demandante (PDF N° 27) expone su desacuerdo con el fallo de primera instancia en punto al conteo de los términos de mora, teniendo en cuenta que a su juicio, como el plazo para cancelar las cesantías vencía el 16 de junio de 2021 y el pago se dio el 8 de julio de la misma anualidad, transcurrieron 23 días

de mora, a cargo de ambas entidades. De otro lado, impetra se acceda a la indexación de la sanción moratoria reconocida, al paso que hace hincapié en la improcedencia de la condena en costas en sede de primera instancia, por cuanto no actuó de forma temeraria ni de mala fe.

Finalmente, el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** refutó la decisión de la jueza de primera instancia en punto a la condena parcial que le fue impuesta. Al respecto, manifiesta que el acto de reconocimiento quedó ejecutoriado el 23 de abril de 2021, fue remitido para pago el 26 de abril de 2021 y recibido por el funcionario de la plataforma “ON BASE” el día 27 de abril de 2021, por lo que la entidad territorial no incurrió en mora, ni en incumplimiento de los términos legales. De otro lado, expone que la legislación no contempla un término específico para que el ente territorial remita los actos de reconocimiento, por lo que debe atenderse lo que estipulaba el Decreto 2831 de 2005, que indicaba que ello debía ocurrir dentro de los 3 días siguientes a la ejecutoria del acto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Persigue por modo la parte demandante, se declare la nulidad del acto con el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006 a raíz del pago tardío del auxilio de cesantías.

CUESTIÓN PREVIA.

Resulta oportuno rememorar que en asuntos análogos al tratado en el *sub examine* (relacionados con la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías), este órgano colegiado¹ ha concluido, en suma, (i) que se aplica, por identidad, el fallo de fecha veintisiete (27) de marzo de 2007 emanado del H. Consejo de

¹ Tribunal Administrativo de Caldas: Sentencia del 7 de marzo de 2013, Rads. 17001-23-33-000-2012-00012-00 y 17001-23-33-000-2012-00080-00; Demandado: Nación – Ministerio de Educación – FNPSM; M.P. William Hernández Gómez. También: Sentencia del 26 de abril de 2013, Rad. 17-001-23-33-000-2012-00011-00; Demandado: Nación – Ministerio de Educación – FNPSM; M.P. William Hernández Gómez; entre otras.

Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo², en el sentido de que esta jurisdicción ha de asumir el conocimiento de controversias como la aquí instaurada (art. 104 C/CA) a través del medio de control efectivamente ejercido; y (ii), que la Ley 1071 de 2006 se aplica íntegramente al régimen especial de los docentes, de suerte que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO ha de acatar el mandato allí contenido, alusivo al reconocimiento y pago oportuno de las cesantías parciales y definitivas.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Con fundamento en lo consignado por modo previo, para esta Sala de Decisión, el fondo del asunto se contrae a la dilucidación de los siguientes problemas jurídicos:

- *¿Procede la sanción moratoria contemplada en la Ley 1071/06, en casos de pago extemporáneo de las cesantías?*

En caso afirmativo,

- *¿Qué entidad debe asumir el pago de la sanción?*
- *¿Procede la indexación de las sumas reconocidas?*
- *¿Desde cuándo se causa la aludida sanción?*

(I)

LA SANCIÓN MORATORIA POR EL PAGO EXTEMPORÁNEO DE CESANTÍAS

El artículo 4º de la Ley 1071 de 2006, "POR MEDIO DE LA CUAL SE ADICIONA Y MODIFICA LA LEY 244 DE 1995, SE REGULA EL PAGO DE LAS CESANTÍAS DEFINITIVAS O PARCIALES A LOS

² Rad. 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante.

SERVIDORES PÚBLICOS, SE ESTABLECEN SANCIONES Y SE DAN TÉRMINOS PARA SU CANCELACIÓN", establece a letra:

"...Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios (sic), la entidad empleadora o aquella (sic) tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo". /Resaltado es del texto. Subrayas son del Tribunal/.

De este modo se infiere que la entidad a cargo, dispone de un plazo máximo de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías, definitivas o parciales, para expedir la resolución correspondiente, claro está, siempre que la petición reúna todos los requisitos determinados en la ley.

Por su parte, el artículo 5º *ibídem* en su primer inciso prevé que la entidad, para efectuar el pago, dispone de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles contados a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que lo ordena. Ese canon es del siguiente tenor:

"...Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo

establecido para el Fondo Nacional de Ahorro...”.

Los dispositivos normativos reproducidos se encuentran dotados de enunciados propios de las normas deónticas o regulativas, estas son, que mandan, permiten, prohíben o castigan. De ahí que, ha sostenido la Sala, la mentada Ley 1071 es una típica regla o norma jurídica de acción, erigida en aras de soslayar ponderación alguna por parte de la administración, por cuanto una vez reunidas las condiciones de aplicación, los términos empleados en la preceptiva legal son concluyentes y perentorios, tal y como acaece en el asunto de reconocimiento y pago oportuno de las cesantías.

Conforme a lo expuesto, se tiene que la Ley 1071 y en consonancia con el precepto 345 de la Carta, prevé un tiempo prudencial, calculado en sesenta (60) días, para hacer las apropiaciones presupuestales de ley y los trámites correspondientes. Por ende, tal situación no se perfila como excusa válida para el reconocimiento y pago tardío de esas prestaciones sociales.

Aunadamente, resalta el Tribunal, la teleología de la norma se contrae a la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas), y no es para menos, en tanto no puede pasarse por alto que las cesantías son ahorros del servidor público, administrados por el Estado-patrono para entregarle a aquel en el momento que lo necesite, bien si queda cesante definitivamente o bien en los eventos que la ley autoriza para el anticipo parcial de las mismas (en esencia, por vivienda o educación).

Así las cosas, concluye este Juez Plural que los términos perentorios contenidos en la Ley 1071, dentro de los cuales debe reconocerse y pagarse las cesantías, deben cumplirse so pena de la sanción moratoria de que trata el parágrafo de su artículo 5º:

“...En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del

término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este...”.

Para efectos de la sanción moratoria, en la pluricitada sentencia emanada del H. Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, el veintisiete (27) de marzo de 2007, se expuso con suficiencia que de reconocerse y pagarse las cesantías tardíamente, se debe computar el término desde la fecha de presentación de la solicitud de liquidación o anticipo. Sumado a ello, el Alto Tribunal sostuvo sobre el particular lo siguiente:

“...Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 (léase Ley 1071), el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria...

...

...

Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista

por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudir a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante...” /Anotación entre paréntesis, líneas y resaltado son de la Sala/.

Cabe anotar que el Decreto 1075 de 2015, Único Reglamentario del Sector Educación, modificado por su similar 1272 de 2018 establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.26. Remisión del acto administrativo notificado y ejecutoriado que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Una vez notificado y ejecutoriado el acto administrativo definitivo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la entidad territorial certificada en educación deberá subir y remitir este acto administrativo inmediatamente a través de la plataforma empleada para tal fin.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.27. Pago de los reconocimientos de cesantías. Dentro de los 45 días hábiles siguientes a la notificación y ejecutoria del acto administrativo que reconoce las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la sociedad fiduciaria deberá efectuar los pagos correspondientes”.

En punto a la notificación del acto administrativo con el cual se reconoce y ordena el pago de cesantías, el H. Consejo de Estado en sentencia datada el 28 de julio de 2018 (Exp. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-2015), señaló:

“97. Debe partirse de la base que se está ante el acto administrativo escrito que reconoció la cesantía expedido dentro de los 15 días que se tienen para resolver el asunto. Es de considerar, que este acto al ser de naturaleza

particular debe ser notificado personalmente en los términos del artículo 67 del CPACA, para lo cual el ente gubernativo tuvo que consultar el contenido de la petición sobre el particular, esto es, sí el peticionario habilitó la notificación por medio de electrónico, en cuyo caso, se surtirá a través de este medio; o si por el contrario deberá acometerse conforme a la norma procesal.

98. En el primer evento, es decir, cuando se produce la notificación por medio electrónico, habrá de considerar el artículo 56 del CPACA, para concluir que el término de ejecutoria se computará a partir del día siguiente en que la entidad certifique el acceso del peticionario al contenido íntegro del acto que reconoció la cesantía, vía e-mail informado para el efecto en la petición, que en todo caso deberá hacerse a más tardar 12 días después de expedido el acto.

99. En el segundo evento, el ente gubernativo debió remitir citación al interesado dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto de reconocimiento de la cesantía con el propósito de notificarlo personalmente conforme al artículo 68 del CPACA, y si éste no concurrió dentro de los 5 días posteriores al recibo de la notificación, correspondía hacerlo por aviso remitido a la misma dirección del requerimiento de comparecencia atendiendo la previsión del canon 69 ibidem; en cuyo caso, el acto se entendió notificado al día siguiente de su recibo. Para esta situación, la ejecutoria del acto se computará pasado el día siguiente al de entrega del aviso, o de la notificación personal si el interesado concurrió a ella.

100. Como conclusión a lo anterior, ha de indicar la Sala de Sección que los términos que tiene la administración para llevar al conocimiento del interesado el contenido de

su acto administrativo, esto es, para notificarlo, no pueden computarse como días de sanción moratoria, pues es evidente y así lo previó el legislador que la notificación por regla general ocurre después de proferida la decisión, y que además es la circunstancia que refleja el deber de la entidad de informarla a su destinatario.

(...)

102. Siendo prácticos, en casos donde existe acto escrito que reconoce las cesantías, el término de ejecutoria y, por ende, los 45 días hábiles posteriores a ésta para que ocurra su pago efectivo, solo empezarán a correr una vez se verifica la notificación en los estrictos términos señalados” /Resaltados de la Sala/.

En el presente asunto, encuentra acreditado el Tribunal que la señora MARIA DEL PILAR PATIÑO VILLADA solicitó el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía el 15 de marzo de 2021, por lo que el plazo de 15 días para la expedición del acto administrativo de reconocimiento expiraba el 8 de abril de 2021, y teniendo en cuenta que la prestación fue reconocida con la Resolución N° 1525-6 el 25 de marzo de 2021, la declaración administrativa ha de reputarse oportuna (PDF N° 10, págs. 11-13).

En la sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018 (Exp. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) CE-SUJ2-012-18), el Consejo de Estado determinó las reglas aplicables al cómputo de la sanción moratoria, dependiendo de la expedición del acto de reconocimiento y su notificación, y en lo que atañe al caso concreto estableció la siguiente hipótesis:

“(…)

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a

		certificación de acceso al acto		la notificación
--	--	------------------------------------	--	--------------------

(...)”

En ese orden, el acto de reconocimiento fue notificado por vía electrónica el 9 de abril de 2021, por lo que el tiempo límite para efectuar el pago expiraba el 30 de junio de 2021, y teniendo en cuenta que estas fueron canceladas el 8 de julio de 2021 (PDF N°2, pág. 22), ello da lugar a la sanción moratoria entre el 1° y el 7 de julio de 2021, por lo que en este punto, habrá de confirmarse la providencia apelada.

(II)
RESPONSABILIDAD DEL ENTE TERRITORIAL

Como lo anticipaba la Sala, la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM, al momento de sustentar la apelación contra el fallo de primera instancia, sostiene que la entidad territorial, en este caso el DEPARTAMENTO DE CALDAS, debe asumir la totalidad de la mora, en los términos del canon 57 de la Ley 1755 de 2019, norma que en su tenor literal establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 57°. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

...
...

PARÁGRAFO . La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega

de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente párrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención”.
/Destaca el Tribunal/

En este sentido, como ya lo anotó la Sala de conformidad con el recuento probatorio, el acto administrativo de reconocimiento fue proferido dentro del término de ley por la Secretaría de Educación del DEPARTAMENTO DE CALDAS, acto que una vez ejecutoriado el 23 de abril de 2021, fue remitido a la FIDUPREVISORA S.A. a través del Oficio PS 0254 el 27 de abril de 2021 (PDF N° 10), es decir, dos días hábiles siguientes a la ejecutoria, por lo que si bien se encuentra ajustada la decisión de distribuir la sanción entre ambas entidades, habrá de modificarse el ordinal 6° de la sentencia, aclarando que de los 7 días de mora, 2 corresponden al DEPARTAMENTO DE CALDAS y 5 a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM.

Ahora bien, dicha penalidad no ha de ser asumida en forma exclusiva por el ente territorial, como lo pretende la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM, pues

también se evidencia en el sub lite una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual resulta imputable a la demandada NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 que señala que, *“Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* /Destacado del Tribunal/.

De otro lado, de la lectura integral del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no se puede inferir que se haya excluido a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM de la obligación del pago de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías, pues lo que contempla el párrafo transitorio es una autorización al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO para emitir títulos de tesorería a efectos de financiar el pago de las sanciones causadas a diciembre de 2019, sin que por ello pueda afirmarse, se insiste, que tácitamente se haya liberado a la demandada de la obligación de pago de las sanciones que se causen a partir de enero de 2020.

INDEXACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA

La parte demandante plateó su desacuerdo con el fallo de primera instancia, en cuanto negó la pretensión tendiente a la indexación de la sanción moratoria.

Se ha considerado de vieja data que el objeto de la sanción moratoria no es otro que castigar la inercia de la administración ante la solicitud del pago de las cesantías, por lo que no ostenta una connotación laboral ni está prevista como mecanismo protector del valor de los ingresos del trabajador.

De otro lado, aplicar una corrección monetaria sobre la sanción, implicaría desconocer que la penalidad se reconoce sobre valores actualizados, precisamente porque para su liquidación se toman los salarios de los años en los que se produce la mora, lo que de por sí ya implica que las sumas han sido traídas a valor presente. En este sentido también se pronunció el máximo tribunal de esta jurisdicción en la misma sentencia de unificación:

“(…) [Por] no tratarse [la sanción moratoria] de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo (…)

Ahora bien, esta situación debe ser mirada desde la óptica de ser una sanción que se causó al constituirse en mora y cesar con el pago de la cesantías, y ese contexto, la sentencia que la reconoce simplemente declara su ocurrencia y la cuantifica, sin que ello implique el incumplimiento de una obligación generada por ministerio de la ley, tratándose de empleados públicos, susceptible de ser ajustada con los índices de precios al consumidor, cuyo propósito es mantener la capacidad adquisitiva y la finalidad que la justifica en el ordenamiento jurídico (…)”

Más recientemente, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo ha pregonado que cuando termina la causación de la sanción moratoria, se consolida una suma fija o total que sí es objeto de ajuste, por lo que sí es procedente reconocer indexar la condena impuesta, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia, regla que se armoniza con el mandato consagrado en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011³.

Sobre este particular, dijo el Consejo de Estado en fallo de 26 de agosto de 2019 (Exp. 68001-23-33-000-2016-00406-01(1728-18)):

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 26 de agosto de 2019. Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00406-01(1728-18).

“ (...) No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que “[...] Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.[...]”, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1) sí hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2) quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3) aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia - art. 187 - y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA” /Destaca la Sala/.

Por ende, con base en dicha postura, ratificada en sentencia del 29 de octubre de 2020⁴, la sanción reconocida deberá indexarse desde la fecha en que cesó la mora hasta la ejecutoria de la sentencia, en los términos del canon 187 de la

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. C.P. William Hernández Gómez. Radicación: 70001-23-31-000-2005-00025-01(0800-18)

Ley 1437 de 2011. En este sentido, se revocará el ordinal 7° de la sentencia apelada, y en su lugar se dispondrá que el monto de la sanción a reconocer a favor de la demandante será objeto de la indexación de que trata el artículo 187 del C/CA, desde que cesó la mora hasta la ejecutoria de este fallo.

Finalmente, no hay lugar a pronunciarse sobre los reproches formulados por la parte demandante frente a las costas en primera instancia, en tanto este extremo procesal no fue condenado.

COSTAS

No habrá condena en costas ni agencias en derecho en esta instancia, por no darse los supuestos consagrados en los numerales 3 y 4 del canon 365 del C.G.P.

Es por lo discurrido que el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

REVÓCASE el ordinal 7° de la sentencia proferida por el Juzgado 1° Administrativo de Manizales, con la cual accedió a las pretensiones formuladas por la señora **MARIA DEL PILAR PATIÑO VILLADA** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por ella promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante FNPSM) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

En su lugar, se dispone que el monto de la sanción a reconocer a favor de la demandante será objeto de la indexación de que trata el artículo 187 del C/CA, desde que cesó la mora hasta la ejecutoria del fallo.

MODIFIÍCASE el ordinal 6° de la sentencia, aclarando que de los 7 días de mora concedidos a favor de la demandante, 2 corresponden al DEPARTAMENTO DE CALDAS y 5 a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM.

CONFÍRMASE en lo demás la sentencia apelada.

SIN COSTAS ni agencias en derecho en esta instancia.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 020 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-33-001-2022-00094-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: **AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Manizales, cinco (05) de MAYO de dos mil veintitrés (2023)

S. 068

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados **AUGUSTO MORALES VALENCIA**, quien la preside, **AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN** y **PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 1º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **ANA PATRICIA CEBALLOS LOAIZA** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por ella promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante **FNPSM**) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

I) La declaratoria de nulidad de la Resolución N° 6484-6 de 14 de septiembre de 2021, con el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora desde los 65 días siguientes a la radicación de la solicitud de auxilio de cesantías, y hasta la fecha del pago total de dicho auxilio.

A título de restablecimiento del derecho, solicita:

i) Se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la referida sanción por mora, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados

desde los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta la fecha del pago total de las cesantías reconocidas.

ii) Condenar en costas a la entidad accionada.

CAUSA PETENDI.

- El 22 de febrero de 2019 solicitó al FNPSM el reconocimiento y pago de sus cesantías en virtud de su servicio como docente estatal.
- Mediante la Resolución N° 1430-6 de 13 de marzo de 2019 le fue reconocida la cesantía deprecada.
- Dicha prestación no fue cancelada en tiempo.
- Mediante el acto demandado, el FNPSM negó el reconocimiento de la sanción por mora.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocan: la Ley 91 de 1989, arts. 5° y 15; la Ley 244 de 1995, arts. 1° y 2°; la Ley 1071 de 2006, arts. 4° y 5°; Ley 224 de 1995, arts. 1 y 2; y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

En suma, refiere que las leyes 244/95 y 1071/06 regularon el pago de las cesantías parciales y definitivas a los servidores públicos, determinando un término de quince (15) días para su reconocimiento, contado a partir de la radicación de la solicitud, y cuarenta y cinco (45) días para su pago, una vez se expida el acto administrativo correspondiente. Con todo, rememora, la jurisprudencia ha interpretado que el reconocimiento y pago no debe superar los setenta (70) días hábiles después de haberse radicado la petición, y no obstante, añade, el FNPSM cancela por fuera de ese término, acarreándole con ello una sanción equivalente a un (1) día de salario del docente, contado a partir de aquel lapso hasta el momento en que cancela la prestación deprecada.

Para brindarle sustento a lo argüido, reproduce amplios apartes de múltiples providencias proferidas por el H. Consejo de Estado, insistiendo de este modo se acceda a las súplicas formuladas en el *sub lite*.

Finalmente, menciona que cuando la mora ocurra después del plazo de 45 días con que cuenta la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM para efectuar el pago, es esta entidad la que debe asumir dicha carga, de conformidad con lo previsto en la Ley 1955 de 2019.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** no contestó la demanda, según consta en el documento PDF N°19, página 7.

A su turno, el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** también se opuso a las pretensiones de la parte demandante, planteando las excepciones de ‘FALTA DE LEGIMITACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, atendiendo a que ese ente territorial únicamente cumple funciones operativas en el reconocimiento de las cesantías docentes; ‘BUENA FE’, aludiendo al cumplimiento de los términos de ley; ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY’, basada en que la obligación del pago de las cesantías corresponde a la entidad fiduciaria administradora del FNPSM (PDF N°6).

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 1ª Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia con la cual negó las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 17 del expediente electrónico.

Luego de hacer un esbozo sobre las reglas que rigen el reconocimiento de la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías, expuso la funcionaria

judicial que en el caso concreto dicha tardanza no se presentó. Indicó que los 45 días que tenía el FNPSM para pagar las cesantías se vencieron el 26 de junio de 2019 y el dinero estaba a disposición de la parte actora desde el 14 del mismo mes pero no fue cobrado, por lo que el pago tuvo que ser reprogramado, sin que dicha situación pueda entenderse como una mora imputable a las entidades accionadas.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO

La **parte demandante** apeló la decisión de primera instancia con el escrito obrante en el folio digital N° 21 del expediente, expresando que en este caso, rigen las normas originales de la Ley 1071 de 2006, en atención es anterior a la Ley 1955 de 2019, por lo que el término para cancelar la cesantías se venció el 7 de junio de 2019, y el pago tardío tuvo lugar el 14 del mismo mes y año, dando lugar a la sanción deprecada. Finalmente, pide revocar la condena en costas que le fue impuesta en primera instancia, para lo cual esgrime que la norma procesal únicamente otorga la facultad de imponerlas, sin que constituya una obligación del fallador, quien además debe valorar la conducta de las partes, que en este caso no estuvo mediada por actos temerarios ni dilatorios.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Persigue por modo la parte demandante, se declare la nulidad del acto con la cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006 a raíz del pago tardío del auxilio de cesantías.

CUESTIÓN PREVIA.

Resulta oportuno rememorar que en asuntos análogos al tratado en el *sub exámine* (relacionados con la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías),

este órgano colegiado¹ ha concluido, en suma, (i) que se aplica, por identidad, el fallo de fecha veintisiete (27) de marzo de 2007 emanado del H. Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo², en el sentido de que esta jurisdicción ha de asumir el conocimiento de controversias como la aquí instaurada (art. 104 C/CA) a través del medio de control efectivamente ejercido; y (ii), que la Ley 1071 de 2006 se aplica íntegramente al régimen especial de los docentes, de suerte que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO ha de acatar el mandato allí contenido, alusivo al reconocimiento y pago oportuno de las cesantías parciales y definitivas.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Con fundamento en lo consignado por modo previo, para esta Sala de Decisión, el fondo del asunto se contrae a la dilucidación de los siguientes problemas jurídicos:

- *¿Procede la sanción moratoria contemplada en la Ley 1071/06, en casos de pago extemporáneo de las cesantías?*

En caso afirmativo,

- *¿Qué entidad debe asumir el pago de la sanción?*
- *¿Desde cuándo se causa la aludida sanción?*

¹ Tribunal Administrativo de Caldas: Sentencia del 7 de marzo de 2013, Rads. 17001-23-33-000-2012-00012-00 y 17001-23-33-000-2012-00080-00; Demandado: Nación – Ministerio de Educación – FNPSM; M.P. William Hernández Gómez. También: Sentencia del 26 de abril de 2013, Rad. 17-001-23-33-000-2012-00011-00; Demandado: Nación – Ministerio de Educación – FNPSM; M.P. William Hernández Gómez; entre otras.

² Rad. 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante.

(I)

**LA SANCIÓN MORATORIA
POR EL PAGO EXTEMPORÁNEO DE CESANTÍAS**

El artículo 4° de la Ley 1071 de 2006, "POR MEDIO DE LA CUAL SE ADICIONA Y MODIFICA LA LEY 244 DE 1995, SE REGULA EL PAGO DE LAS CESANTÍAS DEFINITIVAS O PARCIALES A LOS SERVIDORES PÚBLICOS, SE ESTABLECEN SANCIONES Y SE DAN TÉRMINOS PARA SU CANCELACIÓN", establece a letra:

“...Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios (sic), la entidad empleadora o aquella (sic) tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo”. /Resaltado es del texto. Subrayas son del Tribunal/.

De este modo se infiere que la entidad a cargo, dispone de un plazo máximo de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías, definitivas o parciales, para expedir la resolución correspondiente, claro está, siempre que la petición reúna todos los requisitos determinados en la ley.

Por su parte, el artículo 5° *ibídem* en su primer inciso prevé que la entidad, para efectuar el pago, dispone de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles contados a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que lo ordena. Ese canon es del siguiente tenor:

“...Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro...”.

Los dispositivos normativos reproducidos se encuentran dotados de enunciados propios de las normas deónticas o regulativas, estas son, que mandan, permiten, prohíben o castigan. De ahí que, ha sostenido la Sala, la mentada Ley 1071 es una típica regla o norma jurídica de acción, erigida en aras de soslayar ponderación alguna por parte de la administración, por cuanto una vez reunidas las condiciones de aplicación, los términos empleados en la preceptiva legal son concluyentes y perentorios, tal y como acaece en el asunto de reconocimiento y pago oportuno de las cesantías.

Conforme a lo expuesto, se tiene que la Ley 1071 y en consonancia con el precepto 345 de la Carta, prevé un tiempo prudencial, calculado en sesenta (60) días, para hacer las apropiaciones presupuestales de ley y los trámites correspondientes. Por ende, tal situación no se perfila como excusa válida para el reconocimiento y pago tardío de esas prestaciones sociales.

Aunadamente, resalta el Tribunal, la teleología de la norma se contrae a la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas), y no es para menos, en tanto no puede pasarse por alto que las cesantías son ahorros del servidor público, administrados por el Estado-patrono para entregarle a aquel en el momento que lo necesite, bien si queda cesante definitivamente o bien en los eventos que la ley autoriza para el anticipo parcial de las mismas (en esencia, por vivienda o educación).

Así las cosas, concluye este Juez Plural que los términos perentorios contenidos en la Ley 1071, dentro de los cuales debe reconocerse y pagarse las cesantías, deben cumplirse so pena de la sanción moratoria de que trata el parágrafo de su artículo 5º:

“...En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este...”.

Para efectos de la sanción moratoria, en la pluricitada sentencia emanada del H. Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, el veintisiete (27) de marzo de 2007, se expuso con suficiencia que de reconocerse y pagarse las cesantías tardíamente, se debe computar el término desde la fecha de presentación de la solicitud de liquidación o anticipo. Sumado a ello, el Alto Tribunal sostuvo sobre el particular lo siguiente:

“...Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 (léase Ley 1071), el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria...

...

...

Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudirse a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante...” /Anotación entre paréntesis, líneas y resaltado son de la Sala/.

Cabe anotar que el Decreto 1075 de 2015, Único Reglamentario del Sector Educación, modificado por su similar 1272 de 2018 establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.26. Remisión del acto administrativo notificado y ejecutoriado que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Una vez notificado y ejecutoriado el acto administrativo definitivo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la entidad territorial certificada en educación deberá subir y remitir este acto administrativo inmediatamente a través de la plataforma empleada para tal fin.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.27. Pago de los reconocimientos de cesantías. Dentro de los 45 días hábiles siguientes a la notificación y ejecutoria del acto administrativo que reconoce las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la sociedad fiduciaria deberá efectuar los pagos correspondientes”.

En punto a la notificación del acto administrativo con el cual se reconoce y ordena el pago de cesantías, el H. Consejo de Estado en sentencia datada el 28 de julio de 2018 (Exp. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-2015), señaló:

“97. Debe partirse de la base que se está ante el acto administrativo escrito que reconoció la cesantía expedido dentro de los 15 días que se tienen para resolver el asunto.

Es de considerar, que este acto al ser de naturaleza particular debe ser notificado personalmente en los términos del artículo 67 del CPACA, para lo cual el ente gubernativo tuvo que consultar el contenido de la petición sobre el particular, esto es, sí el peticionario habilitó la notificación por medio de electrónico, en cuyo caso, se surtirá a través de este medio; o si por el contrario deberá acometerse conforme a la norma procesal.

98. En el primer evento, es decir, cuando se produce la notificación por medio electrónico, habrá de considerar el artículo 56 del CPACA, para concluir que el término de ejecutoria se computará a partir del día siguiente en que la entidad certifique el acceso del peticionario al contenido íntegro del acto que reconoció la cesantía, vía e-mail informado para el efecto en la petición, que en todo caso deberá hacerse a más tardar 12 días después de expedido el acto.

99. En el segundo evento, el ente gubernativo debió remitir citación al interesado dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto de reconocimiento de la cesantía con el propósito de notificarlo personalmente conforme al artículo 68 del CPACA, y si éste no concurrió dentro de los 5 días posteriores al recibo de la notificación, correspondía hacerlo por aviso remitido a la misma dirección del requerimiento de comparecencia atendiendo la previsión del canon 69 ibidem; en cuyo caso, el acto se

entendió notificado al día siguiente de su recibo. Para esta situación, la ejecutoria del acto se computará pasado el día siguiente al de entrega del aviso, o de la notificación personal si el interesado concurrió a ella.

100. Como conclusión a lo anterior, ha de indicar la Sala de Sección que los términos que tiene la administración para llevar al conocimiento del interesado el contenido de su acto administrativo, esto es, para notificarlo, no pueden computarse como días de sanción moratoria, pues es evidente y así lo previó el legislador que la notificación por regla general ocurre después de proferida la decisión, y que además es la circunstancia que refleja el deber de la entidad de informarla a su destinatario.

(...)

102. Siendo prácticos, en casos donde existe acto escrito que reconoce las cesantías, **el término de ejecutoria y, por ende, los 45 días hábiles posteriores a ésta para que ocurra su pago efectivo, solo empezarán a correr una vez se verifica la notificación en los estrictos términos señalados**” /Resaltados de la Sala/.

En el presente asunto, encuentra acreditado el Tribunal que la señora ANA PATRICIA CEBALLOS LOAIZA solicitó el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía el 22 de febrero de 2019, por lo que el plazo de 15 días para la expedición del acto administrativo de reconocimiento expiraba el 15 de marzo de 2019, y habida consideración que la prestación fue reconocida con la Resolución N° 1430-6 de 13 de marzo de 2019, la declaración administrativa ha de reputarse oportuna (PDF N°2, págs. 19-20).

En la sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018 (Exp. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) CE-SUJ2-012-18), el Consejo de Estado determinó las reglas aplicables al cómputo de la sanción moratoria, dependiendo de la expedición del acto de reconocimiento y su notificación, y en lo que atañe al caso concreto estableció la siguiente hipótesis:

“(…)

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación

(…)”

En ese orden, el acto administrativo de reconocimiento fue notificado personalmente el 26 de abril de 2019, por lo que el tiempo límite para efectuar el pago expiraba el 18 de julio de 2019, y teniendo en cuenta que los dineros fueron puestos a disposición de la parte demandante el 14 de junio de 2019 (PDF N° 2, pág. 21), es dable concluir que no se presentó mora, como lo concluyó la jueza de primer grado.

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

Reprocha la parte actora la condena en costas dispuesta en primera instancia, aludiendo básicamente que esta preceptiva no se halla ajustada a derecho, en tanto al acudir ante esta jurisdicción especializada, lo hizo en procura de defensa de sus derechos, por lo que su propósito con la demanda, lejos de congestionar el aparato judicial, fue obtener la protección de sus prerrogativas.

Sobre el particular, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, con la adición introducida por el canon 47 de la Ley 2080 de 2021, reza en su tenor literal:

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

En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se

presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal” /Resalta el Tribunal/.

En este orden, debe tenerse presente que desde la entrada en vigencia del Código de lo Contencioso Administrativo (C/CA) previsto en la Ley 1437/11, la condena en costas no se halla condicionada a la actividad o conducta desplegada por los sujetos procesales (criterio subjetivo) -como sí acaecía en el otrora vigente Decreto 01/84-, sino que su imposición en sentencia encuentra como cardinal criterio la parte que resulte desfavorecida con la decisión de mérito que se dicte y la causación efectiva de las mismas (criterio objetivo-valorativo).

En este orden de ideas, no encuentra este Juez Plural que la condena en costas ordenada por la Jueza *A quo* amerite ser reconsiderada, con base en los planteamientos expuestos en sede de apelación.

COSTAS

Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 365 numeral 3 del C.G.P., se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

Es por lo discurrido que el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 1º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **ANA PATRICIA CEBALLOS LOAIZA** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por ella promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante FNPSM) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora. Sin agencias en derecho en esta instancia.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 020 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-33-001-2022-00119-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, cinco (05) de MAYO de dos mil veintitrés (2023)

S. 070

La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 1º Administrativo de Manizales, con la cual accedió a las pretensiones formuladas por el señor JOSE HENRY RAMÍREZ MARÍN dentro del proceso de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por ella promovido contra la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (en adelante FNPSM) y el DEPARTAMENTO DE CALDAS.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

I) La declaratoria de nulidad de la Resolución 5121-6 de 13 de octubre de 2021, con el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora desde los 65 días siguientes a la radicación de la solicitud de auxilio de cesantías, y hasta la fecha del pago total de dicho auxilio.

A título de restablecimiento del derecho, solicita:

i) Se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la referida sanción por mora, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados

desde los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta la fecha del pago total de las cesantías reconocidas.

ii) Condenar en costas a la entidad accionada.

CAUSA PETENDI.

- El 9 de marzo de 2021 solicitó al FNPSM el reconocimiento y pago de sus cesantías en virtud de su servicio como docente estatal.
- Mediante la Resolución N° 1523-6 de 25 de marzo de 2021 le fue reconocida la cesantía deprecada.
- Dicha prestación no fue cancelada en tiempo.
- Mediante el acto ficto demandado, el FNPSM negó el reconocimiento de la sanción por mora.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocan: la Ley 91 de 1989, arts. 5° y 15; la Ley 244 de 1995, arts. 1° y 2°; la Ley 1071 de 2006, arts. 4° y 5°; y Ley 224 de 1995, arts. 1 y 2.

En suma, refiere que las leyes 244/95 y 1071/06 regularon el pago de las cesantías parciales y definitivas a los servidores públicos, determinando un término de quince (15) días para su reconocimiento, contado a partir de la radicación de la solicitud, y cuarenta y cinco (45) días para su pago, una vez se expida el acto administrativo correspondiente. Con todo, rememora, la jurisprudencia ha interpretado que el reconocimiento y pago no debe superar los setenta (70) días hábiles después de haberse radicado la petición, y no obstante, añade, el FNPSM cancela por fuera de ese término, acarreándole con ello una sanción equivalente a un (1) día de salario del docente, contado a partir de aquel lapso hasta el momento en que cancela la prestación deprecada.

Para brindarle sustento a lo argüido, reproduce amplios apartes de múltiples providencias proferidas por el H. Consejo de Estado, insistiendo de este modo se acceda a las súplicas formuladas en el *sub lite*.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** no contestó la demanda, conforme consta en el documento digital N° 17, página 7 del expediente

A su turno, el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** también se opuso a las pretensiones de la parte demandante (PDF N° 6), anotando que en lo que le atañe, cumplió a cabalidad con los términos de ley, por lo que no es causante de la mora que pretende endilgársele.

Como excepciones, planteó las de ‘CUMPLIMIENTO DE LOS TÉRMINOS POR PARTE DE LA ENTIDAD TERRITORIAL’: pues atendió debidamente los plazos establecidos en la Ley 1955 de 2019, que implica la emisión del acto administrativo de reconocimiento dentro de los 15 días siguientes a la petición; ‘BUENA FE’, aludiendo al cumplimiento de los términos de ley; y ‘PRESCRIPCIÓN’, en los términos del Decreto 1848 de 1968.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 1ª Administrativa de Manizales dictó sentencia accediendo a las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 17 del expediente electrónico.

Como razón básica de la decisión, luego de hacer un esbozo sobre las reglas que rigen el reconocimiento de la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías, expuso la funcionaria judicial que en el caso concreto la entidad demandada superó los términos de ley, estimado que el 30 de junio de 2021 venció el término para el pago de las cesantías, y teniendo en cuenta que los

dineros fueron puestos a disposición del actor el 9 de julio de 2021, se generaron 8 días de mora, a cargo del FNPSM.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO

La **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** apeló la sentencia de primera instancia con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 19, centrando su desacuerdo en la presunta responsabilidad de la entidad territorial, insistiendo en que no fue esa entidad la causante de la mora que se demanda en el sub lite, por tratarse de un periodo de mora posterior a la expedición de la Ley 1755 de 2020. Así mismo, reitera que la entidad territorial es la responsable del pago de la sanción por mora reclamada, por la expedición tardía del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, lo que deriva en su responsabilidad en los términos del artículo 57 parágrafo de la Ley 1955 de 2019, que también prohíbe el uso de los recursos del fondo de prestaciones del magisterio para pagar las sanciones por el pago tardío de prestaciones sociales.

Insiste que con base en dicha norma, no hay lugar a dudas en que las sanciones moratorias causadas con posterioridad al 1° de enero de 2020 corresponden a la entidad territorial y no al FNPSM.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Persigue por modo la parte demandante, se declare la nulidad del acto con el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006 a raíz del pago tardío del auxilio de cesantías.

CUESTIÓN PREVIA.

Resulta oportuno rememorar que en asuntos análogos al tratado en el *sub exámine* (relacionados con la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías),

este órgano colegiado¹ ha concluido, en suma, (i) que se aplica, por identidad, el fallo de fecha veintisiete (27) de marzo de 2007 emanado del H. Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo², en el sentido de que esta jurisdicción ha de asumir el conocimiento de controversias como la aquí instaurada (art. 104 C/CA) a través del medio de control efectivamente ejercido; y (ii), que la Ley 1071 de 2006 se aplica íntegramente al régimen especial de los docentes, de suerte que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO ha de acatar el mandato allí contenido, alusivo al reconocimiento y pago oportuno de las cesantías parciales y definitivas.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Con fundamento en lo consignado por modo previo, para esta Sala de Decisión, el fondo del asunto se contrae a la dilucidación de los siguientes problemas jurídicos:

- ***¿Procede la sanción moratoria contemplada en la Ley 1071/06, en casos de pago extemporáneo de las cesantías?***

En caso afirmativo,

- ***¿Qué entidad debe asumir el pago de la sanción?***
- ***¿Desde cuándo se causa la aludida sanción?***

¹ Tribunal Administrativo de Caldas: Sentencia del 7 de marzo de 2013, Rads. 17001-23-33-000-2012-00012-00 y 17001-23-33-000-2012-00080-00; Demandado: Nación – Ministerio de Educación – FNPSM; M.P. William Hernández Gómez. También: Sentencia del 26 de abril de 2013, Rad. 17-001-23-33-000-2012-00011-00; Demandado: Nación – Ministerio de Educación – FNPSM; M.P. William Hernández Gómez; entre otras.

² Rad. 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante.

(I)

**LA SANCIÓN MORATORIA
POR EL PAGO EXTEMPORÁNEO DE CESANTÍAS**

El artículo 4º de la Ley 1071 de 2006, "POR MEDIO DE LA CUAL SE ADICIONA Y MODIFICA LA LEY 244 DE 1995, SE REGULA EL PAGO DE LAS CESANTÍAS DEFINITIVAS O PARCIALES A LOS SERVIDORES PÚBLICOS, SE ESTABLECEN SANCIONES Y SE DAN TÉRMINOS PARA SU CANCELACIÓN", establece a letra:

“...Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios (sic), la entidad empleadora o aquella (sic) tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo”. /Resaltado es del texto. Subrayas son del Tribunal/.

De este modo se infiere que la entidad a cargo, dispone de un plazo máximo de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías, definitivas o parciales, para expedir la resolución correspondiente, claro está, siempre que la petición reúna todos los requisitos determinados en la ley.

Por su parte, el artículo 5º *ibídem* en su primer inciso prevé que la entidad, para efectuar el pago, dispone de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles contados a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que lo ordena. Ese canon es del siguiente tenor:

“...Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro...”.

Los dispositivos normativos reproducidos se encuentran dotados de enunciados propios de las normas deónticas o regulativas, estas son, que mandan, permiten, prohíben o castigan. De ahí que, ha sostenido la Sala, la mentada Ley 1071 es una típica regla o norma jurídica de acción, erigida en aras de soslayar ponderación alguna por parte de la administración, por cuanto una vez reunidas las condiciones de aplicación, los términos empleados en la preceptiva legal son concluyentes y perentorios, tal y como acaece en el asunto de reconocimiento y pago oportuno de las cesantías.

Conforme a lo expuesto, se tiene que la Ley 1071 y en consonancia con el precepto 345 de la Carta, prevé un tiempo prudencial, calculado en sesenta (60) días, para hacer las apropiaciones presupuestales de ley y los trámites correspondientes. Por ende, tal situación no se perfila como excusa válida para el reconocimiento y pago tardío de esas prestaciones sociales.

Aunadamente, resalta el Tribunal, la teleología de la norma se contrae a la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas), y no es para menos, en tanto no puede pasarse por alto que las cesantías son ahorros del servidor público, administrados por el Estado-patrono para entregarle a aquel en el momento que lo necesite, bien si queda cesante definitivamente o bien en los eventos que la ley autoriza para el anticipo parcial de las mismas (en esencia, por vivienda o educación).

Así las cosas, concluye este Juez Plural que los términos perentorios contenidos en la Ley 1071, dentro de los cuales debe reconocerse y pagarse las cesantías, deben cumplirse so pena de la sanción moratoria de que trata el parágrafo de su artículo 5º:

“...En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este...”.

Para efectos de la sanción moratoria, en la pluricitada sentencia emanada del H. Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, el veintisiete (27) de marzo de 2007, se expuso con suficiencia que de reconocerse y pagarse las cesantías tardíamente, se debe computar el término desde la fecha de presentación de la solicitud de liquidación o anticipo. Sumado a ello, el Alto Tribunal sostuvo sobre el particular lo siguiente:

“...Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 (léase Ley 1071), el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria...

...

...

Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudirse a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante...” /Anotación entre paréntesis, líneas y resaltado son de la Sala/.

Cabe anotar que el Decreto 1075 de 2015, Único Reglamentario del Sector Educación, modificado por su similar 1272 de 2018 establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.26. Remisión del acto administrativo notificado y ejecutoriado que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Una vez notificado y ejecutoriado el acto administrativo definitivo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la entidad territorial certificada en educación deberá subir y remitir este acto administrativo inmediatamente a través de la plataforma empleada para tal fin.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.27. Pago de los reconocimientos de cesantías. Dentro de los 45 días hábiles siguientes a la notificación y ejecutoria del acto administrativo que reconoce las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la sociedad fiduciaria deberá efectuar los pagos correspondientes”.

En punto a la notificación del acto administrativo con el cual se reconoce y ordena el pago de cesantías, el H. Consejo de Estado en sentencia datada el 28 de julio de 2018 (Exp. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-2015), señaló:

“97. Debe partirse de la base que se está ante el acto administrativo escrito que reconoció la cesantía expedido dentro de los 15 días que se tienen para resolver el asunto.

Es de considerar, que este acto al ser de naturaleza particular debe ser notificado personalmente en los términos del artículo 67 del CPACA, para lo cual el ente gubernativo tuvo que consultar el contenido de la petición sobre el particular, esto es, sí el peticionario habilitó la notificación por medio de electrónico, en cuyo caso, se surtirá a través de este medio; o si por el contrario deberá acometerse conforme a la norma procesal.

98. En el primer evento, es decir, cuando se produce la notificación por medio electrónico, habrá de considerar el artículo 56 del CPACA, para concluir que el término de ejecutoria se computará a partir del día siguiente en que la entidad certifique el acceso del peticionario al contenido íntegro del acto que reconoció la cesantía, vía e-mail informado para el efecto en la petición, que en todo caso deberá hacerse a más tardar 12 días después de expedido el acto.

99. En el segundo evento, el ente gubernativo debió remitir citación al interesado dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto de reconocimiento de la cesantía con el propósito de notificarlo personalmente conforme al artículo 68 del CPACA, y si éste no concurrió dentro de los 5 días posteriores al recibo de la notificación, correspondía hacerlo por aviso remitido a la misma dirección del requerimiento de comparecencia atendiendo la previsión del canon 69 ibidem; en cuyo caso, el acto se

entendió notificado al día siguiente de su recibo. Para esta situación, la ejecutoria del acto se computará pasado el día siguiente al de entrega del aviso, o de la notificación personal si el interesado concurrió a ella.

100. Como conclusión a lo anterior, ha de indicar la Sala de Sección que los términos que tiene la administración para llevar al conocimiento del interesado el contenido de su acto administrativo, esto es, para notificarlo, no pueden computarse como días de sanción moratoria, pues es evidente y así lo previó el legislador que la notificación por regla general ocurre después de proferida la decisión, y que además es la circunstancia que refleja el deber de la entidad de informarla a su destinatario.

(...)

102. Siendo prácticos, en casos donde existe acto escrito que reconoce las cesantías, **el término de ejecutoria y, por ende, los 45 días hábiles posteriores a ésta para que ocurra su pago efectivo, solo empezarán a correr una vez se verifica la notificación en los estrictos términos señalados**” /Resaltados de la Sala/.

En el presente asunto, encuentra acreditado el Tribunal que el señor JOSÉ HENRY RAMÍREZ MARÍN solicitó el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía el 9 de marzo de 2021, por lo que el plazo de 15 días para la expedición del acto administrativo de reconocimiento expiraba el 31 de marzo de 2021, y teniendo en cuenta que la prestación fue reconocida con la Resolución N° 1523-6 el 25 de marzo de 2021, la declaración administrativa ha de reputarse oportuna (PDF N° 2, págs. 19-21).

En la sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018 (Exp. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) CE-SUJ2-012-18), el Consejo de Estado determinó las reglas aplicables al cómputo de la sanción moratoria, dependiendo de la expedición del acto de reconocimiento y su notificación, y en lo que atañe al caso concreto estableció la siguiente hipótesis:

“(…)

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación

(…)”

En ese orden, el acto de reconocimiento fue notificado por vía electrónica el 9 de abril de 2021, por lo que el tiempo límite para efectuar el pago expiraba el 30 de junio de 2021, y teniendo en cuenta que estas fueron canceladas el 9 de julio de 2021 (PDF N° 2, pág. 22), ello da lugar a la sanción moratoria entre el 1° y el 8 de julio de 2021, por lo que en este punto, habrá de confirmarse la providencia apelada.

(II)
RESPONSABILIDAD DEL ENTE TERRITORIAL

Como lo anticipaba la Sala, la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM, al momento de sustentar la apelación contra el fallo de primera instancia, sostiene que la entidad territorial, en este caso el DEPARTAMENTO DE CALDAS, debe asumir la totalidad de la mora, en los términos del canon 57 de la Ley 1755 de 2019, norma que en su tenor literal establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 57°. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

...
...

PARÁGRAFO . La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente párrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención”.
/Destaca el Tribunal/

En este sentido, como ya lo anotó la Sala de conformidad con el recuento probatorio, el acto administrativo de reconocimiento fue proferido dentro del término de ley por la Secretaría de Educación del DEPARTAMENTO DE CALDAS, acto que una vez ejecutoriado, fue remitido a la FIDUPREVISORA S.A. a través del Oficio PS 0254 el 27 de abril de 2021 (PDF N° 6).

Lo que se evidencia en el sub lite una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual resulta imputable a la demandada

NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 que señala que, *“Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* /Destacado del Tribunal/.

De otro lado, de la lectura integral del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no se puede inferir que se haya excluido a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM de la obligación del pago de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías, pues lo que contempla el parágrafo transitorio es una autorización al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO para emitir títulos de tesorería a efectos de financiar el pago de las sanciones causadas a diciembre de 2019, sin que por ello pueda afirmarse, se insiste, que tácitamente se haya liberado a la demandada de la obligación de pago de las sanciones que se causen a partir de enero de 2020.

COSTAS

Atendiendo lo dispuesto en el canon 365 numeral 3 del C.G.P., se condenará en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM. Sin agencias en derecho por no haberse causado.

Es por lo discurrido que el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 1º Administrativo de Manizales, con la cual accedió a las pretensiones formuladas por el señor **JOSE HENRY RAMÍREZ MARÍN** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por ella promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE**

EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
(en adelante FNPSM) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS.**

COSTAS en esta instancia a cargo de la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM.** Sin agencias en derecho en esta instancia.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 020 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Manizales, ocho (8) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

RADICADO: 17-001-23-33-000-2022-00142-00

DEMANDANTE: UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MANIZALES

**DEMANDADO: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS
NACIONALES DIAN**

Al hacerse innecesario en el presente caso realizar audiencia de alegaciones y juzgamiento, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se ordena a las partes la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguiente, el señor agente del Ministerio Público dentro de la misma oportunidad podrá presentar concepto, si a bien lo tiene.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que deben aportarse todos los memoriales a través de mensaje de datos, enviados al correo electrónico tadmin02cld@notificacionesrj.gov.co, siendo éste el único medio oficial para la recepción de documentos; por lo que, cualquier mensaje enviado a otra dirección no será tenido en cuenta.

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

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: **d9efbfe9b3587adb8739d5fdb1f7b5c90894ad8164c73b025cc65900766ed31a**

Documento generado en 08/05/2023 09:12:44 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Manizales, ocho (8) de Mayo de dos mil veintitrés (2023).

RADICACION	17-001-23-33-000-2022-00271-00
MEDIO	ACCIÓN DE REVISIÓN
DEMANDANTE	FRANCISCO JAVIER OSPINA ORTIZ
DEMANDADO	JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Por su oportunidad y procedencia, conforme a lo establecido en los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **SE CONCEDE** el recurso de apelación interpuesto por la Parte **DEMANDANTE**, en memorial del 23 de febrero de 2023, (documento 016) en contra del Auto Interlocutorio N° 41 de fecha 17 de febrero de 2023, notificado el día 20 de febrero de 2023, (Archivo PDF 015).

Una vez en firme el presente auto, se remitirá de forma inmediata el expediente al H. Consejo de Estado para que allí se desate el respectivo recurso, previas las anotaciones correspondientes en el sistema informático Justicia 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: **45f46735af7e92d1f98a937291b94ba330aa73d372cacdff9c7c664984ab26af**

Documento generado en 08/05/2023 09:11:10 AM

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

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Tomas Felipe Mora Gómez-

Conjuez.

Manizales, ocho (8) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Decide el Despacho el impedimento presentado por el **CONJUEZ** doctor **JORGE IVAN LOPEZ DIAZ**, para conocer este medio de control **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **VALENTINA ARANGO VALENCIA** contra la **NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, por encontrarse incurso en las causales contempladas en los n° 9 y 10 del otrora artículo 150 del Código de Procedimiento Civil hoy, 141 del Código General del Proceso.

I. ASUNTO

Procede este Despacho a resolver el impedimento manifestado por el Conjuez Dr. Jorge Iván López Díaz, a quien le correspondió conocer este proceso, por conducto de sorteo de conjueces realizado el pasado 31 de enero de 2023.

II. ANTECEDENTES

II.I. Hechos, motivo de la demanda y pretensión principal.

La demandante Valentina Arango Valencia viene desempeñándose al servicio de la Rama Judicial, en el cargo de Profesional Universitaria desde el 1 de marzo de 2012. Ahora bien, acudió a este medio de control, pues considera vulnerados sus derechos laborales, toda vez que a su juicio la demandada Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de la Rama Judicial, desconoció el carácter de factor salarial que tiene la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013. En general, solicita el reconocimiento de esta bonificación como factor salarial y la consecuente reliquidación de todas las prestaciones sociales causada y el pago de las diferencias adeudadas.

II.II. Actuaciones procesales surtidas.

- *Primera instancia.*

Instaurada el 19 de abril de 2017 y superadas las etapas de impedimento del Juez y la asignación de Conjuez para conocer y decidir la primera etapa, fue admitida el 12 de junio de 2018 y agotadas las fases procesales que anteceden, el 17 de junio de 2021 se profirió sentencia de 2º instancia. Solo la demandada se opuso a la decisión y por auto de 8 de julio de 2021, el Juez Aquo concedió el recurso de alzada y lo envió a esta instancia.

- ***Segunda instancia.***

Evacuados los impedimentos presentados por la Sala Plana de esta Corporación, por medio de providencia de 28 de julio de 2022 el Consejo de Estado, aceptó el impedimento y ordenó trasladar el conocimiento a la Sala de Conjueces, situación que se da por sorteo de conjueces celebrado el 31 de enero de 2023, en el que fue asignado el Dr. Jorge Iván López Díaz, quien se declaró impedido, conforme se dijo anteriormente.

II.III. Manifestación de impedimento.

El **Dr. JORGE IVAN LOPEZ DIAZ** en calidad de **CONJUEZ DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, declara su impedimento para tramitar y tomar decisiones en este medio de control, pues se considera incurso en las causales contempladas en los numerales 9º y 10º del C.G.P.

III. CONSIDERACIONES.

III.I. Competencia.

Corresponde a este Despacho conforme lo dispone el artículo 131 numeral 1º del CPACA.

III.II. Normas en que se basa la declaración de impedimento.

El Conjuez Dr. Jorge Iván López Díaz fundamenta su declaración de impedimento en los numerales 9º y 10º del C.G.P. que son del siguiente tenor:

“Artículo 141. Causales de recusación.

Son causales de recusación las siguientes:

1., 2., 3., 4., 5., 6., 7., 8.,

9º. Existir enemistad grave o amistad íntima entre el Juez y alguna de las partes, su representante o apoderado.

10°. Ser el Juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o civil, o primero de afinidad, acreedor o deudor de alguna de las partes, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de una persona de derecho público, establecimiento de crédito, sociedad anónima o empresa de servicio público.

11°, 12°, 13°, 14°”

Sobre el particular, informa el Dr. Jorge Iván, lo siguiente;

“De conformidad con la normativa dispuesta tengo amistad íntima y entrañable con la demandante, al tiempo que en mi actividad de abogado litigante funjo como su apoderado especial en el proceso radicado ante el H. Consejo de Estado bajo el número de radicado 11001-03-25-000-2020-00721-00 en el que es demandante Valentina Arango Valencia y accionados la Nación – Rama Judicial – Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura - Unidad de Administración de la Carrera Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y la Universidad Nacional de Colombia.”

III.III. Análisis.

Considera este Conjuez, que la causal de “...**amistad íntima y entrañable con la demandante...**” sumada al hecho de ser “...**apoderado especial en el proceso radicado ante el H. Consejo de Estado bajo el número de radicado 11001-03-25-000-2020-00721-00 en el que es demandante Valentina Arango Valencia...**”, es suficiente para aceptar el impedimento presentado por el Conjuez Dr. Jorge Iván López Díaz.

III.IV. Decisión.

Por lo discurrido, se declara fundado el impedimento presentado por el **CONJUEZ Dr. JORGE IVAN LOPEZ DIAZ** y se **AVOCA** el conocimiento en este proceso, para continuar con su desarrollo procesal correspondiente a la segunda instancia.

En mérito de lo expuesto la Sala de Conjueces del Tribunal Administrativo de Caldas, en cabeza de este Conjuez;

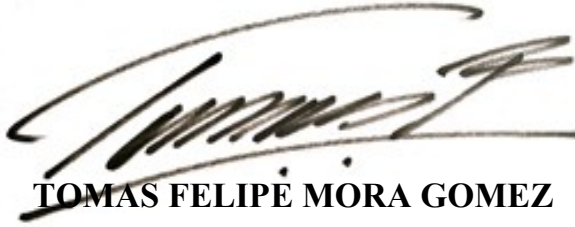
IV. RESUELVE

PRIMERO: DECLARESE fundada la manifestación de impedimento presentada por el **CONJUEZ Dr. JORGE IVAN LOPEZ DIAZ** y, en consecuencia, se le declara separado del conocimiento de este medio de control **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **VALENTINA ARANGO VALENCIA** contra la **NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**.

SEGUNDO: AVOCAR el conocimiento en este medio de control.

g **TERCERO: HAGANSE** las anotaciones correspondientes en la base de datos Sistema Siglo XXI.

Notifíquese y Cúmplase.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Tomas Felipe Mora Gomez', is written over a horizontal line.

TOMAS FELIPE MORA GOMEZ

Conjuez.

17001333900620170016903

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Valentina Arango Valencia Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Admite recurso contra fallo primario

Auto interlocutorio n° 204

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, ocho (8) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Procede el Despacho a estudiar el recurso de apelación, presentado por la parte demandada en contra de la sentencia de 1° instancia emitida el 17 de junio de 2021, por el Juagado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda, después de aceptar el impedimento presentado por el Conjuez Dr. Jorge Iván López Díaz y avocar el conocimiento de este medio de control.

A la luz del artículo 203 del CPACA en concordancia con los artículos 192 inciso 1° y 247 Ibidem, modificado por el artículo 67 n° 5 de la Ley 2080 de 2021. Así las cosas, la sentencia¹ recurrida fue notificada a las partes intervinientes (Demandante, Demandado, Agente del Ministerio Público y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado), por mensaje de datos enviado el 18 de junio de 2021². Los 10 días de la ejecutoria del fallo se cumplieron el 7 de julio de 2021. La parte demandada allegó el recurso en contra de la sentencia, el 25 de junio de 2021³. El recurso se encuentra dentro del término de 10 días, otorgado por el numeral 1° del artículo 247 de la Ley 2080 de 2020.

En consecuencia, se **ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada **Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial** contra la **Sentencia de 17 de junio de 2021** y emitida por el por el **Juagado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales**, dentro del medio de control **nulidad y restablecimiento del derecho**, demandante **Valentina Arango Valencia**.

Notifíquese esta providencia a través de mensaje de datos a los correos electrónicos conocidos en autos y al **Procurador 29 Judicial II Administrativo de Manizales**. Ejecutoriado este auto, por **Secretaría** pásese a **Despacho** para proferir la Sentencia de 2° Instancia.

Notifíquese y cúmplase

TOMAS FELIPE MORA GOMEZ
Conjuez

¹ Archivo -12Sentencia- del Cuaderno 1°.

² Archivo -13NotificacionSentencia- del Cuaderno 1°.

³ Archivo - 14RecibidoApelacionSentencia- del Cuaderno 1°.

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

-Liliana Eugenia García Maya-

Conjuez Ponente

Manizales, ocho (8) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

En ejercicio de la segunda instancia y luego de que el pasado 10 de abril de 2023 pasara a despacho para proferir sentencia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación que contra el fallo primario fue interpuesto por la parte vencida, y en consecuencia, emitirá la sentencia de segunda instancia, después de haberse agotado todas las etapas que la anteceden, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** identificada con el radicado n° **17001333900720180002303** en el que es demandante **BERNARDO GIRALDO RIVERA** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, en Sala de Conjueces, conformada por la **Dra. LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores **Dr. TOMAS FELIPE MORA GOMEZ** y **Dr. JORGE IVAN LOPEZ DIAZ**.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

En resumen, debe la Sala de Conjueces definir si tiene razón el artículo 2° del Decreto 383 del 2013 cuando afirma que la bonificación judicial para los empleados públicos que dispone, constituye factor salarial solo para efectos de los aportes a salud y pensión, o si, por el contrario, lo es para todas las prestaciones sociales, sin distinción de ninguna clase.

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

1. **INAPLICAR** el Decreto 383 de 2013, por medio del cual se creó la bonificación judicial para servidores públicos de la Rama Judicial, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992 y los Decretos 022 de 2014, 1270 de 2015, 247 de 2016 y subsiguientes, por medio de los cuales, se ha venido fijando de manera anual el valor de la bonificación judicial para los servidores judiciales.

2. **DECLARAR** la nulidad de la *Resolución n° DESAJMZR16-665 de 8 de abril de 2016*.
3. **DECLARAR** la nulidad del *acto administrativo ficto presunto negativo*.
4. **RECONOCER** al señor **BERNARDO GIRALDO RIVERA** identificado con la cc 10.264.857, la bonificación judicial establecida a través del decreto 383 de 2013, que se percibe desde el 1 de enero de 2013, la cual constituye factor salarial y por ende debe tenerse en cuenta para liquidar la prima de navidad, prima de servicio, prima de vacaciones cesantías, auxilio de cesantías, y demás emolumentos prestacionales, conforme los cargos que haya desarrollado en la Rama Judicial.
5. **INTEGRAR** y pagar la diferencia entre el valor a reliquidar y lo pagado a título de salario, prima de navidad, prima de servicio, prima de vacaciones, cesantías, auxilio de cesantías, y demás emolumentos prestacionales, conforme los cargos que haya desarrollado en la Rama Judicial. Por tanto, deberá reliquidar teniendo en cuenta como base la totalidad de la asignación básica mensual y todos los factores salariales, incluyendo; además la bonificación judicial.
6. **SEGUIR** cancelando al señor **BERNARDO GIRALDO RIVERA**, el 100% de la asignación básica mensual y los demás factores salariales, incluyendo, la bonificación judicial percibida desde el 1 de enero de 2013.
7. **INDEXAR** las sumas resultantes del reconocimiento y pago de la Bonificación Judicial, conforme al IPC y se paguen los intereses legales.
8. **ACTUALIZAR** conforme al IPC las sumas del saldo insoluto dejadas de cancelar, tanto por salario como por prestaciones sociales, desde cuando debió surtirse el pago efectivo de la obligación y hasta el pago de la misma.
9. **RECONOCER** y pagar los intereses moratorios por las sumas dejadas de cancelar hasta cuando se haga efectivo el pago, de conformidad con lo preceptuado por el inciso 3ª del artículo 192 del CPACA.
10. **CONCDENAR** a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

4. HECHOS

El señor **BERNARDO GIRALDO RIVERA** trabaja al servicio de la Rama Judicial, en los cargos de Citador y Oficial Mayor del Circuito y Municipal, desde el **31**

de marzo de 1993¹ y, a la fecha de presentación de esta demanda, aun continuaba vinculado en este cargo.

5. FALLO PRIMARIO

El 29 de julio de 2021, el Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales, decidió la primera instancia accediendo parcialmente a las pretensiones del demandante. En su parte resolutive ordenó:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción “De la imposibilidad material y presupuestal de reconocer las prestaciones del demandante”. **DECLARAR PROBADA** la excepción de “prescripción”. **DECLARAR PROBADA** parcialmente y de oficio la excepción “carencia del derecho reclamado”.

SEGUNDO: INAPLICAR por inconstitucional la expresión “únicamente” contenida en el artículo 1° de los Decreto 383 de 2013, 1269 de 2015, 246 de 2016, 1014 de 2017, 340 de 2018, 992 de 2019 y 442 de 2020 y demás normas que recojan esa misma expresión, en el entendido que la bonificación judicial si constituye salario para liquidar las prestaciones sociales que devenguen los servidores de la Rama Judicial.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD de la resolución **DESAJMZR16-665 de 8 de abril de 2016** y del **acto ficto derivado del silencio administrativo negativo**, que puso fin a la actuación administrativa, ambas expedidas por la entidad demandada.

CUARTO: ACCEDER a las pretensiones de la demanda únicamente en lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones sociales de la parte actora, teniendo como factor salarial la bonificación judicial de que tratan los Decretos 383 de 2013.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, **SE ORDENA** a la **NACION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-**, reconocer, en favor de **BERNARDO GIRALDO RIVERA** la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, como factor salarial, desde el 14 de marzo de 2013 y hasta la terminación definitiva de su vínculo laboral de la **RAMA JUDICIAL**. Para lo cual se reliquidan las prestaciones sociales (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, etc). Percibidas por la parte actora y sufragara la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar atendiendo a cada uno de los cargos desempeñados y sus lapsos de duración. Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del

¹ Hecho n° 1 de la demanda.

CPACA, debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del CPACA, es decir, actualizarlos mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la formula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer los ajustes. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la formula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales.

SEXTO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA.

SEPTIMO: SE CONDENA EN COSTAS a las Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el CGP, Las agencias en derecho serán canceladas en los términos descritos en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: EJECUTORIADA esta providencia, **LIQUIDENSE** los gastos del proceso, **DEVUELVA** los remanentes si los hubiere. **ARCHIVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI. **NOVENO: NOTIFIQUESE** la presente sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 del CPACA y demás normas complementarias o afines.”.

Como sustento jurídico indicó; “...De conformidad con el análisis constitucional, legal y jurisprudencial que se relaciona con el caso concreto, en criterio de esta dependencia judicial, existe mérito para acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda. Con sujeción a los argumentos que a continuación se desarrollarán, la bonificación creada por el decreto 383 de 2013, ostenta la naturaleza de una verdadera prestación constitutiva de salario, motivo por el cual se puede interpretar como un factor salarial que debe ser tenido en cuenta para calcular las prestaciones sociales que perciba en servidor judicial, con sujeción al tipo de cargo que haya desempeñado o desempeñe en el futuro. Sin embargo, en cuanto a la pretensión ligada a la bonificación por servicios prestados, se negará, entre otras razones, debido a que el Gobierno Nacional en ese específico caso tiene una mayor discrecionalidad en la regulación por tratarse de una prestación ocasional. La tesis que se pretende desatar, se afina en la naturaleza de un ordenamiento jurídico cuyo vértice normativo o norma fundamental es la Constitución de 1991, norma que supone su primacía sobre las restantes del ordenamiento y de la que se deriva una fuerza normativa tal que subordina las demás reglas expedidas en virtud de su autorización. No se puede pasar por alto que, de conformidad con lo expuesto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la Constitución Colombiana no se deriva solo la validez formal de las demás normas del ordenamiento jurídico, sino también, la validez material de las mismas. Esta fuerza directiva implica la subordinación

legislativa y administrativa a las disposiciones fundamentales de la Carta y el sometimiento al Bloque de Constitucionalidad. Adicionalmente, para sustentar esta providencia se tuvo en cuenta los lineamientos argumentativos que, en esencia, han expuesto los Tribunales Administrativos de Caldas y Cundinamarca y algunos Jueces Administrativos del país, acogiéndose así el precedente vertical¹ y horizontal²”, en consecuencia, accedió a la inaplicación de la expresión “únicamente” del artículo 1° del Decreto 383 de 2013, a la declaración de los actos acusados, al reconocimiento de la bonificación reclamada como factor salarial para las prestaciones sociales devengadas por la demandante (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías y sus intereses) y su consecuente reliquidación, y negó las pretensiones relacionadas con el reconocimiento, reliquidación y pago de la bonificación por servicios prestados, prima de productividad y prima de servicios, como factor salarial y el pago de la sanción moratoria en lo que a cesantías, se refiere.

6. RECURSOS DE ALZADA

Parte demandada.

Notificada la sentencia fue recurrida por la parte demandada mediante escrito que presentó el 8 de junio de 2021. En esta ocasión, la demandada resaltó que por conducto del artículo 150, numeral 19, literales e) y f), la potestad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, recae sobre el Congreso de la Republica y de hacerlo su representada, estaría extralimitando sus funciones y de paso, incurriría en la comisión del delito de prevaricato, además de las sanciones disciplinarias. Ahora bien, aseguró que la demandada actúa en cumplimiento de los decretos presidenciales que son producto de la facultad que la Ley 4ª de 1992 le otorgó para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos que allí se mencionan. Solicitó se revoque esta sentencia y en consecuencia se nieguen todas las pretensiones.

Parte demandante.

A su turno, la parte actora realizó un resumen de la sentencia de primera instancia, resaltando que el Aguio dejó por fuera del reconocimiento solicitado la reliquidación de la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios y la prima de productividad, desconociendo pronunciamientos del ente superior Tribunal Administrativo de Caldas, el cual le da una connotación internacional a la naturaleza de los derechos laborales que se lesionan, con el desconocimiento del carácter de factor salarial de la bonificación judicial, frente a todas las prestaciones sociales a las que tiene derecho el demandante, sin hacer distinción de ningún tipo, como si lo hace el

Juez Primario en la sentencia que se ataca. Por lo que solicita se revoque la sentencia en este sentido.

7. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a lo ordenado en el artículo 247 n° 3, 4, 5, 6, y 7 del CPACA y a esta Sala de Conjuces, atendiendo la aceptación que, del impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal, hiciere el superior y a la designación que a esta Conjuetz le correspondió por sorteo de conjuces celebrado el pasado 28 de septiembre de 2022.

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

La Sala de Conjuces, realiza en este momento una revisión de las etapas y actuaciones hasta ahora realizadas en este medio de control, sin encontrar vicios que puedan anular este procedimiento.

c. CASO CONCRETO.

Procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En este sentido, en atención al material probatorio traído a plenario y de conformidad a los hechos constatados por esta Corporación se destaca:

- a) Derecho de petición.
- b) Resolución DESAJMAR16-665 de 8 de abril de 2016 *“por medio de la cual se resuelve un derecho de petición”*.
- c) Recurso de apelación.
- d) Resolución DESAJMAR16-976 de 19 de mayo de 2016 *“por medio de la cual se concede un recurso de apelación”*.
- e) Constancia laboral n° 664 de 4 de mayo de 2017.
- f) Resolución 769 de 16 de mayo de 2017 *“por medio de la cual se admite y se declara fallida una conciliación prejudicial”*.

d. PROBLEMA JURIDICO.

Considera la Sala importante definir en esta segunda instancia, dos aspectos importantes;

- I. Si la bonificación judicial creada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 383 de 2013, siendo un beneficio que se le ha venido cancelando mensualmente al demandante, cumple con las características para ser tenida como factor

salarial sobre todos los factores prestacionales y, en consecuencia, se confirme el fallo emitido por el Juez Aquo, o de no ser así, haya lugar a ordenar su modificación o revocarlo.

e. ANALISIS

I. DECRETO 383 DE 6 DE ENERO DE 2013

***“Artículo 1°:** Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Negrilla, subrayas y cursiva de la Sala).*

***“Artículo 2°, Artículo 3°, Artículo 4°, Artículo 5°:** El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2013.”*

EVOLUCION NORMATIVA DE LA BONIFICACION JUDICIAL

La Ley 4ª de 1992, mediante la cual se fijaron normas, objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos determinó en su artículo 1° y 2° lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;*
- c) Los miembros del Congreso Nacional, y*
- d) Los miembros de la Fuerza Pública”.*

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

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

Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 de la Constitución Nacional, consagra como principios mínimos laborales, la favorabilidad y la remuneración móvil:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)”

Bajo el mandato de la Ley 4ª de 1992 contenido en los artículos 1º y 2º, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 383 de 2013, así:

“ARTÍCULO 1. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el decreto 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1º de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

- 1) Para los cargos del Consejo Superior de la Judicatura, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, relacionados a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 2) Para los cargos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, que se relacionan a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 3) Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será: (...).*
- 4) Para los cargos de los Juzgados Municipales que se relacionan a continuación la bonificación judicial será: (...).*
- 5) Para los cargos de Auxiliar Judicial y Citador, la bonificación judicial será: (...).*

- 6) Para los cargos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, la bonificación judicial será: (...).

PARÁGRAFO. La bonificación judicial creada en el presente artículo se ajustará a partir del año 2014 de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC); en consecuencia, no le aplica el incremento que fije el Gobierno Nacional para las asignaciones básicas en el año 2013 y siguientes.

A partir del año 2014 y hasta el año 2018, los valores señalados en las tablas del presente artículo contienen un ajuste equivalente a una variación proyectada del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del dos por ciento (2%) respecto del valor de la bonificación judicial asignada en el año inmediatamente anterior.

En el evento en que la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para las vigencias fiscales de los años 2014 a 2018 inclusive, sea diferente al dos por ciento (2%) proyectado para el valor de la bonificación judicial para los mismos años, el Gobierno Nacional ajustará las tablas correspondientes para la respectiva vigencia en la diferencia que se presente.

Para el año 2019 y en adelante el valor mensual de la bonificación judicial será equivalente al valor que se perciba en el año inmediatamente anterior reajustado con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

ARTÍCULO 2o. Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar que no optaron por el régimen establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995 y que vienen regidos por el Decreto número 848 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, de percibir en el año 2013 y siguientes, un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la bonificación judicial que se crea en el presente decreto, respecto de quien ejerce el mismo empleo y se encuentra regido por el régimen salarial y prestacional obligatorio señalado en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio.

ARTÍCULO 3o. 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 4ª de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

ARTÍCULO 4o. El Departamento Administrativo de la Función Pública es el órgano competente para conceptuar en materia salarial y prestacional. Ningún otro órgano puede arrogarse esta competencia.

ARTÍCULO 5o. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1o de enero de 2013.” (Subrayas propias de Sala)

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA LABORAL

Para decidir, se hace necesario citar el bloque de constitucional en cuanto al derecho al trabajo; dado que, en el sentir de esta Sala de Conjuces, el problema jurídico planteado en la demanda, es de rango constitucional.

El artículo 53 de la Constitución estableció, en su inciso cuarto, que;

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

Con base en esta norma, la Corte Constitucional ha dicho respecto de estos convenios que son parte del ordenamiento jurídico interno, sin hacer necesariamente referencia a su rango jerárquico.

Así, en la sentencia C-221 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se señaló:

"El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 -aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969-, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dicho Convenio es pues en Colombia 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 Carta Fundamental."

Otro ejemplo de ello, es la sentencia T-418 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez, en la que se anota:

“Según el artículo 53 de la Carta Política, los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. Ello es aplicable al Convenio número 98 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al derecho de sindicalización y de negociación colectiva, aprobado por la Ley 27 de 1976 y ratificado por el Gobierno Nacional el 16 de noviembre de 1976, y el cual contempla las mismas o similares conductas del artículo 354 del C. S. del T.”

La sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se ocupó de definir en qué consistía el mandato del art. 93 de la Constitución, que establece la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales ratificados por el Congreso, que reconocieran los derechos humanos y prohibieran su limitación en los estados de excepción.

Para ello, recurrió a la noción del bloque de constitucionalidad, originaria del derecho francés, en los siguientes términos:

“Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional ha establecido, que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que, éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).”

La noción del bloque de constitucionalidad ha sido objeto de distintas precisiones y diferenciaciones por parte de la jurisprudencia de esa Corporación. De esta forma, en la sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

“Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien sea porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque ‘son normas situadas en el nivel constitucional’, como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos.

“La Corte ha señalado con claridad que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior”. Esto significa que la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta. Es lo que ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la Constitución al bloque de constitucionalidad al señalar que sus normas prevalecen en el orden interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93). Con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al

examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él”.

En la sentencia T-568 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, se planteó por primera vez la integración de los convenios internacionales del trabajo al bloque de constitucionalidad para tratar sobre asuntos estrictamente laborales. En la *ratio decidendi* de la providencia se expresó que, al analizar el caso, las autoridades gubernamentales y judiciales habían desconocido el derecho aplicable, por cuanto no habían atendido lo dispuesto en los convenios internacionales del trabajo y en los tratados de derechos humanos:

“En este orden de ideas, para la revisión de los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, es claro que el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir del Preámbulo de la Carta Política, e incluir los artículos 1, 5, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues en esas normas están consagrados los derechos que reclama el Sindicato actor como violados; también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos...

“(…)

“d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

“Si, como lo ordena la Constitución, los derechos y deberes allí consagrados deben ser interpretados "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"(art. 93), y "Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna" (art. 53 inc 4), las autoridades nacionales de todos los órdenes (el Gerente de las Empresas Varias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los Jueces de la República) cometieron un grave error : ignoraron el derecho aplicable ; en su lugar, escogieron normas desfavorables a los trabajadores, contrarias a la Constitución y a los deberes internacionales que el Estado se comprometió a cumplir.

“Los derechos de asociación, sindicalización y huelga, como se explicó anteriormente, forman parte de la normatividad constitucional por una razón doble: están expresamente consignados en la Carta, y ella integra a su texto los tratados internacionales sobre la materia.

“Colombia ha ratificado más de 50 Convenios de la OIT,[1] entre ellos, los Convenios 87 y 98 y se comprometió a cumplirlos de buena fe; en conjunto con las demás normas enunciadas, son el marco que se debe tener en cuenta al aproximarse a estos derechos”.

En materia laboral, el bloque de constitucional, está integrado así: el preámbulo,

los artículos 1°, 25, 26, 39, 53, 54, 55, 56, 57, 64 y 125 de La Constitución de 1991 y por los núcleos esenciales de los Convenios de la OIT números 87, 98, y, por último, y en virtud de los art. 93 y 94 superior, por cualquier otra norma internacional de ius cogens no codificado, o no ratificado por Colombia, relativa a materias laborales.

Los convenios y tratados internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia son parte del ordenamiento jurídico o prevalecen en él. Dentro de los que prevalecen, es decir los que hacen parte del denominado Bloque de Constitucionalidad por tratarse de derechos humanos y además fundamentales, están los Convenios 87 y 98 de la OIT y 100, 105, 111, 138 y 182 y las normas que en materia laboral se encuentren escritas en los tratados de libre comercio, celebrados por Colombia y debidamente ratificados.

Con estas normas se busca: 1) Que una vez incorporadas al ordenamiento jurídico interno creen directamente derechos subjetivos o comprometan internacionalmente al respectivo Estado a adoptar las medidas necesarias para crearlos; 2) que contribuyan al fomento de la justicia social; 3) que los derechos fundamentales son derechos originarios o inherentes; no son creados por el Estado sino reconocidos por él. Además, son inalienables, por lo que su núcleo esencial no podrá ser limitado ni suspendido ni siquiera en estados de excepción. Aporten a la consolidación de las legislaciones nacionales en materia socioeconómica; y 4) que constituyan una fuente de inspiración de las legislaciones nacionales para construir sus políticas sociales y diseñar una política interna de trabajo².

En conclusión, la interpretación y aplicación de los derechos laborales en Colombia, debe consistir en la integración de las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados sobre la materia.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL

El principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, consiste en la obligación de todo operador jurídico, judicial o administrativo, de optar por la situación más favorable al trabajador, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes de derecho.

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, *“la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite*

² Sentencia Corte Constitucional C 168 de 1995.

*varias interpretaciones... ”.*³

Uno de los referentes acerca del principio de favorabilidad laboral es el fallo SU-1185 de 2001. Las *ratione decidendi* del caso se concretó en la obligación de los jueces de la República de aplicar las garantías constitucionales de la igualdad formal ante la ley y el principio de favorabilidad laboral en caso de duda en la interpretación de las disposiciones de las convenciones colectivas.⁴

En esta sentencia, la Corte Constitucional fijó una importante doctrina en materia de favorabilidad laboral, cuyo contenido es pertinente para el caso, al ofrecer claridad sobre el entendido y alcance de la mencionada garantía. Consideró la Corte:

“En el ámbito de los conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley. En la Sentencia T-001 de 1999 se manifestó sobre el tema lo siguiente:

“Pero, además, la regla general -prohijada por esta Corte-, que rechaza como improcedente la tutela cuando se trata de controvertir interpretaciones judiciales acogidas por el juez en detrimento de otras igualmente válidas, admite, por expreso mandato constitucional, la excepción que surge del artículo 53 de la Constitución.

En la indicada norma el Constituyente consagró derechos mínimos de los trabajadores, es decir, derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse, ni es factible transigir sobre ellos; que se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos.

Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de favorabilidad, que la Constitución entiende como "...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho... ”.

Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez.

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy

³ Sentencia Corte Constitucional T 290 de 2005.

⁴ Sentencia Corte Constitucional T 595 de 2004.

relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica⁵.

Y en decisión posterior, reiteró la Corte:

“...el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos.” (Sentencia T-800/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Desde esta perspectiva, cuando se trata de aplicar una convención colectiva, en atención a su valor normativo y a su carácter de acto solemne, lo que le compete el juez laboral es interpretarla de acuerdo al contenido material de su texto y, en caso de duda, optar por la interpretación que resulte más favorable al trabajador.

Es incuestionable que un proceder contrario a esta exigencia, que no encuentre fundamento en un principio de razón suficiente, configura una vía de hecho en cuanto implica un desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales del trabajador, en especial el del debido proceso (C.P. art. 29, arts. 13 y 53).”

Lo decidido por la Corte Constitucional, en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial referenciada, es contundente: en caso de duda y ante la existencia de dos o más interpretaciones de una disposición jurídica contenida en una fuente formal del derecho (ley, acto administrativo, convención colectiva) debe preferirse aquella interpretación que mejor satisfaga los intereses del trabajador. Este y no otro, es el entendido que le ha otorgado la jurisprudencia al artículo 53 de la Constitución.

En sentencia T - 595 de 2004, la Corte Constitucional se refirió a lo que debía entenderse por los elementos del principio de favorabilidad laboral. Es el caso de la noción de “duda”, ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, y de la propia noción de “interpretaciones concurrentes”, allí se dijo:

“La Corte considera en primer lugar que, la llamada “duda”, debe revestir un carácter de seriedad y de objetividad. No podría admitirse, por ejemplo, que a partir de una eventualidad relativa a la aplicabilidad o no de una interpretación, el juez o la administración deban en consecuencia desechar una interpretación sólida y acoger una interpretación débilmente emergente, que para el caso resulte más favorable para el trabajador.

La seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de

⁵ Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierne sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.

Sobre el punto, la Corte adelantará algunos de los criterios que permiten identificar una interpretación como razonable y objetiva; estos criterios son: (i) la corrección de la fundamentación jurídica, (ii) la aplicación judicial o administrativa reiterada, y (iii) la corrección y suficiencia de la argumentación.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de una correcta fundamentación jurídica, es un desarrollo del artículo 53 de la Constitución, en la medida en que la duda debe surgir a partir de una divergencia interpretativa sobre las fuentes formales del derecho. Esto implica que las opciones hermenéuticas, por un lado, deben encuadrar en el marco semántico de las disposiciones de las fuentes formales, y de otro, deben estar en consonancia con las disposiciones de la Constitución. Sólo serán admisibles como razonables, aquellas interpretaciones de las fuentes formales, que además de encuadrarse en el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico.

Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia.

Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver.

Por último, y este criterio es determinante para definir los criterios de la regla de preferencia de la favorabilidad, entre aquellas interpretaciones concurrentes que sean razonables, que se apliquen al supuesto de hecho del caso y que generen un motivo de duda serio y objetivo, el operador jurídico deberá elegir aquella

interpretación que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador. Lo anterior, bajo el criterio hermenéutico general de la Constitución, según el cual los operadores jurídicos deben escoger siempre aquella interpretación que más se avenga con el principio de eficacia de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 2° de la Constitución Política”.

A su paso, el Consejo de Estado, en Sentencia de la Sección Segunda, CP. Alejandro Ordoñez M, del 16 de febrero de 2006, rad. 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04)⁶:

“Así mismo se observa que en aras de hacer efectivo de este beneficio, se atiende el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es decir se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa a su destinatario. En este sentido se ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional en algunos fallos proferidos en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Ha expresado sobre el particular: De otra parte, considera la Corte que la “condición más beneficiosa” para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro ordenamiento superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”, precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, acoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, la norma así acogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.”

Finalmente, y frente al concepto de salario en el sector público, en el marco del Bloque de Constitucional, fue definido por la Corte Constitucional SU-995 de 9 de diciembre de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz, la cual dijo en esa ocasión;

El concepto de salario es un tema del que la Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad, subrayando no sólo la importancia técnica o instrumental que tiene la ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o servicio prestados⁷, sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derecho fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53),

⁶ Posición que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Como ejemplo se cita la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de fecha 14 de octubre de 2010, CP. Carmen Teresa Ortiz. Rad. 110010315000201000795.

⁷ En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario.

claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República "fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Sobre este principio la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, y ha señalado que:

"El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias"⁸.

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1° señala:

"El término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de

⁸ Corte Constitucional Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Al respecto pueden consultarse, entre otros, los fallos C-225 de 1995, C-423 de 1995, C-578 de 1995 y C-327 de 1997.

Derecho. A partir de la Constitución de 1991, es evidente la relevancia del derecho laboral dentro de la configuración de un orden social y económico justo y más cercano a la realidad, en cuyo desarrollo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha debido intervenir;⁹ en buena parte por la falta del estatuto del trabajo al que se refiere el artículo 53 Superior. Al respecto ha dicho este Tribunal:

"La Constitución es el orden normativo primario protector del derecho al trabajo, bien sea que se preste independientemente o bajo condiciones de subordinación, en las modalidades de contrato de trabajo o bajo una relación laboral, legal, estatutaria o reglamentaria. La variedad normativa que aquella contiene propende el establecimiento de relaciones laborales justas, mediante la eliminación de factores de desequilibrio, que aseguren la vigencia y efectividad del principio de igualdad, la protección a ciertos sectores de trabajadores que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta o carecen de oportunidades para la capacitación laboral, y la consagración de un sistema contentivo de una protección jurídica concreta del trabajo que debe ser desarrollado por el legislador, a partir del señalamiento de unos principios mínimos fundamentales (art. 53)".

En particular, respecto al salario y su naturaleza se ha dicho:

"En virtud de su consagración como un derecho [el derecho al salario], nuestra Constitución compromete al Estado en el deber de protegerlo, creando, estimulando e incentivando las condiciones socioeconómicas propicias que promuevan una oferta de oportunidades laborales para todas aquéllas personas en capacidad de trabajar, expidiendo la normatividad que asegure unas relaciones laborales "dignas y justas", con arreglo a los principios fundamentales básicos y mínimos ideados por el Constituyente y, en ejercicio de su capacidad de intervención, limitando los abusos que pueden engendrarse al amparo de las leyes del mercado y del principio de la autonomía de la voluntad, o regulando las condiciones requeridas para racionalizar la economía con el fin, de asegurar el pleno empleo de los recursos humanos, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, especialmente en lo laboral, y el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores"¹⁰.

- **Prescripción trienal laboral.**

Conforme lo establece el artículo 2535 del Código Civil:

"La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible"

Claramente, no basta con él solo pasó del tiempo para que opere el fenómeno de la prescripción, es necesario además que el derecho o la acción a los que pretende

⁹ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Aunque en aquella oportunidad estas consideraciones fueron utilizadas para avalar una noción restringida del salario, no cabe duda que la orientación de la Carta Política (artículo 93), apunta a la formación de conceptos más amplios que sean concordantes con ordenamientos internacionales vinculantes en el sistema jurídico nacional.

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

aplicarse esta forma extintiva sean ya exigibles o ejercitables pues solo desde ese momento podrá contabilizarse el término prescriptivo.

Así las cosas, el derecho se hizo exigible por medio de derecho de petición radicado el **14 de marzo de 2016**, de ahí que, aplicada la regla anterior, tiene cubierto el periodo comprendido hasta el **14 de marzo de 2013** y dado que el periodo reclamado inicia desde el 1 de enero de 2013, es claro que los periodos anteriores al **14 de marzo de 2013**, fueron afectados con el fenómeno de la prescripción trienal laboral y en conclusión se confirmará lo dispuesto por el Aquo frente a este punto.

8. CONCLUSIÓN

1. Es claro que la bonificación judicial establecida por el Decreto 383 de 2013, acoge los requisitos definidos en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo *-relativo a la protección del salario-*, ratificado por la Ley 54 de 1992, es decir; dicha bonificación constituye una erogación dineraria, que según las pruebas aportadas al proceso, es periódica, toda vez que se ha venido cancelando a la demandante **BERNARDO GIRALDO RIVERA** mes a mes, ininterrumpidamente, desde la misma fecha en que el decreto 383 de 2013, surtió sus efectos fiscales¹¹, de ahí que no pueda descartarse, el carácter de factor salarial, de la bonificación reclamada, respecto de **TODAS** las prestaciones sociales devengadas por él, pues tampoco va en contra de las normas internacionales que como se dijo, entrañan este tema y hacen parte del bloque de constitucionalidad. De ahí que sea necesario modificar el numeral 1° de la sentencia n° 20 de 24 de mayo de 2021 y reconocer el carácter de factor salarial tiene la bonificación judicial, también frente a la bonificación por servicios prestados.

Por otro lado, existe la necesidad que la demandada, continúe reconociendo el carácter de factor salarial de la bonificación judicial reclamada, en adelante y mientras el **Sr. BERNARDO GIRALDO RIVERA**, ocupé algún cargo en la demandada, de los incluidos por el Decreto 383 de 2013, como beneficiario de esta bonificación.

2. Ordenar a la demandada la reliquidación de todas las prestaciones sociales a que ha tenido derecho el demandante **BERNARDO GIRALDO RIVERA** desde el 14 de marzo de 2013 y hasta la ejecutoria de esta sentencia, o en su defecto hasta que deje de ocupar un cargo que no esté incluido por esta norma como beneficiario, lo que ocurra primero y pagar las diferencias adeudadas. Deberá la demandada reliquidar los aportes a pensión generados por la demandante, teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial, y consignar el mayor valor, al fondo de

¹¹ 1 de enero de 2013.

pensiones al cual está afiliado el señor **GIRALDO RIVERA**, dejando claro que se consignan esos dineros en su favor.

Así las cosas, la **SALA** se encuentra parcialmente de acuerdo con la tesis del Juez Aquo y, en consecuencia, modificará los numerales 1° y 5° y se confirmarán los demás.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

9. FALLA

PRIMERO: MODIFICAR los numerales 1° y 5° de la *sentencia de 29 de julio de 2021, preferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales*, los cuales quedarán así;

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción “De la imposibilidad material y presupuestal de reconocer las prestaciones del demandante”. DECLARAR PROBADA parcialmente la excepción de “prescripción” frente a los periodos anteriores al 14 de marzo de 2013.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, SE ORDENA a la NACION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-, reconocer, en favor de BERNARDO GIRALDO RIVERA la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, como factor salarial, desde el 14 de marzo de 2013 y hasta la terminación definitiva de su vínculo laboral de la RAMA JUDICIAL. Para lo cual se reliquidan TODAS las prestaciones sociales (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, etc). Percibidas por la parte actora y sufragara la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar atendiendo a cada uno de los cargos desempeñados y sus lapsos de duración. Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA, debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del CPACA, es decir, actualizarlos mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la formula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer los ajustes. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la formula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales”.

SEGUNDO: CONFIRMAR los demás numerales de la *sentencia n° 20 de 24 de mayo de 2021, preferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales*.

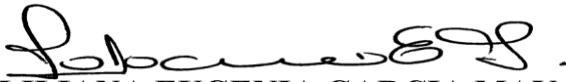
TERCERO: ORDENAR a la secretaria de este Tribunal hacer las anotaciones en la base de datos Siglo XXI.

CUARTO: EJECUTORIADO este fallo, devuélvase el expediente al **DESPACHO** de origen.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** celebrada el 8 de mayo de 2023.

Los Conjueces;


LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA
Ponente


TOMAS FELIPE MORA GOMEZ
Revisor


JORGE IVAN LOPEZ DIAZ
Revisor

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

-Liliana Eugenia García Maya-

Conjuez Ponente

Manizales, ocho (8) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

En ejercicio de la segunda instancia y luego de que el pasado 10 de abril de 2023 pasara a despacho para proferir sentencia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación que contra el fallo primario fue interpuesto por la parte vencida, y en consecuencia, emitirá la sentencia de segunda instancia, después de haberse agotado todas las etapas que la anteceden, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** identificada con el radicado n° **17001333900720180026703** en el que es demandante **MARIA LUCY AGUDELO GOMEZ** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, en Sala de Conjueces, conformada por la **Dra. LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores **Dr. TOMAS FELIPE MORA GOMEZ** y **Dr. JORGE IVAN LOPEZ DIAZ**.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

En resumen, debe la Sala de Conjueces definir si tiene razón el artículo 2° del Decreto 383 del 2013 cuando afirma que la bonificación judicial para los empleados públicos que dispone, constituye factor salarial solo para efectos de los aportes a salud y pensión, o si, por el contrario, lo es para todas las prestaciones sociales, sin distinción de ninguna clase.

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

1. DECLARAR la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- ***Resolución n° DESAJMZR17-1113 de 23 de octubre de 2017 “por medio de la cual se resuelve un derecho de petición”.***

- *Acto administrativo ficto presunto negativo.*

2. **RECONOCER** y pagar a la señora **MARIA LUCY AGUDELO GOMEZ** la bonificación judicial, señalada en el decreto 383 de 2013 como factor salarial y prestacional desde el momento de su creación *-1 de enero de 2013-*, con incidencia en la prima de servicios, prima de productividad, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por servicio prestado y demás emolumentos prestacionales que por Constitución y Ley corresponden a los servidores públicos de la Rama Judicial, por tal motivo, deberá incluirse en nomina y reliquidarse teniendo en cuenta como base de liquidación la bonificación judicial a pagar mensualmente y la bonificación por servicio prestado, por ende, se deberá tener como base la totalidad del salarial sin ningún tipo de deducción desde el momento de su origen.
3. **RELIQUIDAR** la bonificación por servicio prestado, teniendo en cuenta que esta constituye el 35% del sueldo básico mensual, y teniendo en cuenta que el hecho generador del precepto jurídico citado es la nivelación salarial constituyéndose en un mismo factor salarial, es decir, un solo valor conjunto de la asignación básica mensual.
4. **CONTINUAR** liquidando al demandante la bonificación judicial con base en el 100% de la remuneración básica mensual de cada año e incluyendo los demás factores salarial y prestacionales sin deducir o descontar dicha remuneración.
5. **INDEXAR** la mayor diferencia de los anteriores valores prestacionales y salariales reliquidados y dejados de percibir.
6. **INCLUIR** en nómina y segur cancelando la bonificación judicial que se reclama, como factor salarial y prestacional dejado de percibir por el demandante en conjunto con la asignación básica, el cual tendrá efectos directos y circunstanciales en las vacaciones, prestaciones sociales (prima de vacaciones, prima de productividad, prima de servicios, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y demás emolumentos prestaciones que recibe un servidor publico de la Rama Judicial.
7. **RECONOCER** y pagar la indemnización moratoria a favor de la demandante, por la no consignación total de las cesantías al fondo correspondiente.

8. **AJUSTAR** dichas sumas de conformidad con las normas adjetivas y sustancias del CPACA y demás preceptos jurídicos que tratan la materia.

4. HECHOS

La señora **MARIA LUCY AGUCELO GOMEZ** trabaja al servicio de la Rama Judicial, en los cargos de Secretaria Municipal, Escribiente y Oficial Mayor del Circuito, desde el **1 de junio de 2009¹** y, a la fecha de presentación de esta demanda, aun continuaba vinculado en este cargo.

5. FALLO PRIMARIO

El 24 de mayo de 2021, el Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales, decidió la primera instancia accediendo parcialmente a las pretensiones del demandante. En su parte resolutive ordenó:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE, de oficio la excepción “carencia del derecho reclamado”, en lo relacionado a la pretensión de la bonificación por servicios prestados y a la sanción moratoria. En cuanto a la pretensión del reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial, se declaran **NO PROBADO** el medio de defensa denominado: “De la imposibilidad material y presupuestal de reconocer las prestaciones del demandante”. **DECLARAR PROBADA** la excepción formulada por la parte demandada denominada: “prescripción” respecto a las prestaciones sociales generadas antes del 03 de octubre de 2014.

SEGUNDO: INAPLICAR por inconstitucional la expresión “únicamente” contenida en el artículo 1° de los Decreto 383 de 2013, 1271 de 2015, 248 de 2016 y demás normas que recojan esa misma expresión, en el entendido que la bonificación judicial si constituye salario para liquidar las prestaciones sociales que devenguen los servidores de la Rama Judicial.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD de la resolución DESAJMZRI7-1113 de 23 de octubre de 2017 y del acto ficto derivado del silencio administrativo negativo, que puso fin a la actuación administrativa, ambas expedidas por la entidad demandada.

CUARTO: ACCEDER a las pretensiones de la demanda únicamente en lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones sociales de la parte actora, teniendo como factor salarial la bonificación judicial de que tratan los Decretos 383 y 384 de 2013.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, SE ORDENA a la NACIION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-, reconocer, en favor de MARIA LUCY AGUDELO GOMEZ la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, como factor salarial,

¹ Constancia laboral n° 280 de 6 de marzo de 2018 (Paginas 36-45 del archivo -01CuadernoUno-).

desde el 3 DE OCTUBRE DE 2014 y hasta la terminación definitiva de su vínculo laboral de la RAMA JUDICIAL. Para lo cual se reliquidan las prestaciones sociales (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, etc). Percibidas por la parte actora y sufragara la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar atendiendo a cada uno de los cargos desempeñados y sus lapsos de duración. Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA, debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del CPACA, es decir, actualizarlos mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la formula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer los ajustes. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la formula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales.

SEXTO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA.

SEPTIMO: SE CONDENA EN COSTAS a las Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el CGP, Las agencias en derecho serán canceladas en los términos descritos en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: EJECUTORIADA esta providencia, **LIQUIDENSE** los gastos del proceso, **DEVUELVA** los remanentes si los hubiere. **ARCHIVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI.

NOVENO: NOTIFIQUESE la presente sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 del CPACA y demás normas complementarias o afines.”.

Como sustento jurídico indicó; “...De conformidad con el análisis constitucional, legal y jurisprudencial que se relaciona con el caso concreto, en criterio de esta dependencia judicial, existe mérito para acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda. Con sujeción a los argumentos que a continuación se desarrollarán, la bonificación creada por el decreto 383 de 2013, ostenta la naturaleza de una verdadera prestación constitutiva de salario, motivo por el cual se puede interpretar como un factor salarial que debe ser tenido en cuenta para calcular las prestaciones sociales que perciba en servidor judicial, con sujeción al tipo de cargo que haya desempeñado o desempeñe en el futuro. Sin embargo, en cuanto a la pretensión ligada a la bonificación por servicios prestados, se negará, entre otras razones, debido a que el Gobierno Nacional en ese específico caso tiene una mayor discrecionalidad en la regulación por tratarse de una prestación ocasional. La tesis que se pretende desatar, se afina en la naturaleza de un ordenamiento jurídico cuyo vértice normativo o norma fundamental es la Constitución de 1991, norma que supone su primacía sobre las restantes del ordenamiento y de la que se deriva una fuerza normativa tal que subordina las demás reglas expedidas en virtud de su autorización. No se puede pasar por

alto que, de conformidad con lo expuesto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la Constitución Colombiana no se deriva solo la validez formal de las demás normas del ordenamiento jurídico, sino también, la validez material de las mismas. Esta fuerza directiva implica la subordinación legislativa y administrativa a las disposiciones fundamentales de la Carta y el sometimiento al Bloque de Constitucionalidad. Adicionalmente, para sustentar esta providencia se tuvo en cuenta los lineamientos argumentativos que, en esencia, han expuesto los Tribunales Administrativos de Caldas y Cundinamarca y algunos Jueces Administrativos del país, acogiendo así el precedente vertical¹ y horizontal²”, en consecuencia, accedió a la inaplicación de la expresión “únicamente” del artículo 1° del Decreto 383 de 2013, a la declaración de los actos acusados, al reconocimiento de la bonificación reclamada como factor salarial para las prestaciones sociales devengadas por la demandante (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías y sus intereses) y su consecuente reliquidación, y negó las pretensiones relacionadas con el reconocimiento, reliquidación y pago de la bonificación por servicios prestados, prima de productividad y prima de servicios, como factor salarial y el pago de la sanción moratoria en lo que a cesantías, se refiere.

6. RECURSO DE ALZADA

Notificada la sentencia fue recurrida por la parte demandada mediante escrito que presentó el 8 de junio de 2021. En esta ocasión, la demandada resaltó que por conducto del artículo 150, numeral 19, literales e) y f), la potestad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, recae sobre el Congreso de la Republica y de hacerlo su representada, estaría extralimitando sus funciones y de paso, incurriría en la comisión del delito de prevaricato, además de las sanciones disciplinarias. Ahora bien, aseguró que la demandada actúa en cumplimiento de los decretos presidenciales que son producto de la facultad que la Ley 4ª de 1992 le otorgó para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos que allí se mencionan. Solicitó se revoque esta sentencia y en consecuencia se nieguen todas las pretensiones.

7. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a lo ordenado en el artículo 247 n° 3, 4, 5, 6, y 7 del CPACA y a esta Sala de Conjueces, atendiendo la aceptación que, del impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal, hiciere el superior y a la designación que a esta Conjuez le correspondió por sorteo de conjueces celebrado el pasado 28 de septiembre de 2022.

Cabe precisar que esta decisión de segunda instancia respeta la tesis que sobre el *principio de non reformatio in pejus*², propone el artículo 328 del CGP que a su vez es apoyada por la jurisprudencia del Consejo de Estado:

“(…). El marco de competencia funcional de esta Sala, para decidir la controversia en segunda instancia, se circunscribe al análisis de los puntos que fueron materia de apelación, referidos a los aspectos conceptuales y argumentativos esbozados por el recurrente, en la medida en que éste es el único que puede calificar lo que de la decisión de primera instancia fue desfavorable a sus intereses, de suerte que los aspectos que no fueron objeto del recurso de apelación se encuentran excluidos del debate sustancial en esta instancia, tal como lo dispone el inciso primero del artículo 328 del CGP. La jurisprudencia ha sostenido a este respecto que ‘las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: -tantum devolutum quantum appellatum-. La sentencia de primera instancia solo fue apelada por la parte demandante, con el fin de lograr se accediera a la totalidad de las pretensiones económicas incoadas en la demanda, previa nulidad de los actos demandados.”

Pero también, acepta que este principio no es absoluto y contempla excepciones, al respecto la Corte Constitucional ha reiterado:

“El principio de non reformatio in pejus es la garantía del debido proceso consistente en que la autoridad judicial de superior jerarquía está imposibilitada para agravar la pena impuesta del condenado, cuando sea apelante único. El mencionado principio fue fijado en el artículo 31 de la Constitución Política Colombiana.

La anterior garantía ha sido aplicada a otras áreas del derecho distintas a la penal. En ese sentido, el artículo 238 del Código General del Proceso reitera que el juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que debido a la modificación sea indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

Este principio busca evitar que se empeore la situación de una de las partes que recurre la decisión en el caso en que la otra parte no impugne la providencia. Lo anterior permite brindar seguridad jurídica al único apelante y constituye un límite al poder judicial. Así, la competencia funcional del juez que conoce en una instancia superior del recurso debe limitarse a resolver las inconformidades planteadas por la parte que apeló, sin que le sea factible analizar la totalidad del fallo.

No obstante, es importante precisar que no se trata de un principio absoluto, pues en algunos casos admite excepciones. Al respecto, la Corte Constitucional ha reiterado que la aplicación de la non reformatio in pejus puede ceder, para

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, Conjuez Ponente Carmen Anaya de Castellanos, Bogotá DC, 6 de abril de 2022, radicado 76001233300020180041401(0470-2020), Demandante María Elide Acosta Henao, Demandada la Nación-Fiscalía General de la Nación.

atacar errores protuberantes de los jueces y, en esa medida, salvaguardar derechos fundamentales³.”

Igualmente, el Consejo de Estado, ha sostenido distintas providencias que;

“...excepcionalmente el juez de segunda instancia puede estudiar temas del debate jurídico, inclusive sino fueron planteados por el apelante único, cuando se profiera una decisión manifiestamente ilegítima y con el fin de proteger el ordenamiento jurídico⁴. Así, la Sección Cuarta afirmó que “[...] funcionario judicial al advertir que se están consolidando situaciones jurídicas en abierta contradicción del ordenamiento jurídico, no puede rehusarse a efectuar algún tipo de pronunciamiento sólo bajo la consideración de que fue un asunto que no se planteó en el escrito de apelación [...]”⁵

Aunado a lo expuesto, en sentencia de unificación jurisprudencial, la Sección Tercera del Consejo de Estado⁶ expuso que como regla general el juez de segunda instancia tiene competencia para pronunciarse sobre los argumentos en el recurso del apelante único. Sin embargo, dicha regla no es absoluta, puesto que debe admitirse junto con ella las excepciones derivadas de: 1. Las normas o principios previstos en la Constitución Política, 2. Compromisos vinculantes asumidos por el Estado en tratados internacionales relacionados con derechos humanos y derechos internacional humanitario y 3. De las normas legales de carácter imperativo. Sobre estas excepciones, debe aclararse que su finalidad es proteger y garantizar el ordenamiento jurídico. Así como armonizar los principios constitucionales propios del Estado Social de Derecho y los derechos fundamentales de las partes.

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

La Sala de Conjuces, realiza en este momento una revisión de las etapas y actuaciones hasta ahora realizadas en este medio de control, sin encontrar vicios que puedan anular este procedimiento.

c. CASO CONCRETO.

Procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En este sentido, en atención al material probatorio traído a plenario y de conformidad a los hechos constatados por esta Corporación se destaca:

³ Ver entre otras sentencias: T-231 de 1994, SU-132 de 2002, T-291 de 2006 y T-455 de 2016 y el Auto de 7 de diciembre de 2017. Rad. Núm: 2010-00154-01.

⁴ Ver entre otras sentencias: Núm. Rad: 2015-02284-01, 2015-02281-01 y 2011-00820-01.

⁵ Esta posición también se encuentra en las siguientes sentencias de tutela proferidas por la Corporación en las que se decidió que en casos como el aquí analizado no se vulnera el principio de la *non reformatio in pejus* cuando se revoca una decisión ilegal, pese a que el apelante es único. Las sentencias son: Radicado: 03-1511001--000-2017-000057-00. Demandante: Constructora Plermo Ltda. Demandado: Consejo de Estado, Sección Tercera. 4 de mayo de 2017. Radicación: 11001-03-15-000-2017-00421-00. Demandante: Yorjanis Romero Bauwero. Demandado: Tribunal Administrativo del Sucre. 25 de mayo de 2017. Radicado: 41001-23-33-000-2017-00161-01(AC). Demandante: María Nayibe Gutierrez Castro. Demandado: Juzgado Séptimo Administrativo Judicial de Neiva. 4 de octubre de 2017.

⁶ Sentencia del 9 de febrero de 2012. Rad. Núm: 1997-06093-01.

- a) Resolución n° 285 de 16 de marzo de 2018 “por medio de la cual se admitió y se declaró fallida una conciliación” (fl. 16 y vto).
- b) Poder para la solicitud de conciliación prejudicial (fl. 17).
- c) Derecho de petición (fl. 18-23).
- d) Resolución DESAJMAR17-1113 de 23 de octubre de 2017 (fl. 24 y vto).
- e) Recurso de apelación (fl. 25-29).
- f) Resolución DESAJMAR14-1260 de 17 de noviembre de 2017 “por medio de la cual se concede un recurso de apelación” (fl. 30 y vto).
- g) Constancia laboral n° 280 de 6 de marzo de 2018 (fl. 31-).

d. PROBLEMA JURIDICO.

Considera la Sala importante definir en esta segunda instancia, dos aspectos importantes;

- I. Si la bonificación judicial creada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 383 de 2013, siendo un beneficio que se le ha venido cancelando mensualmente al demandante, cumple con las características para ser tenida como factor salarial sobre todos los factores prestacionales y, en consecuencia, se confirme el fallo emitido por el Juez Aquo, o de no ser así, haya lugar a ordenar su modificación o revocarlo.

e. ANALISIS

I. DECRETO 383 DE 6 DE ENERO DE 2013

“Artículo 1°: Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá **únicamente** factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Negrilla, subrayas y cursiva de la Sala).

“Artículo 2°, Artículo 3°, Artículo 4°, Artículo 5°: El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2013.”

EVOLUCION NORMATIVA DE LA BONIFICACION JUDICIAL

La Ley 4ª de 1992, mediante la cual se fijaron normas, objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos determinó en su artículo 1° y 2° lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;*
- c) Los miembros del Congreso Nacional, y*
- d) Los miembros de la Fuerza Pública”.*

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

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

Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 de la Constitución Nacional, consagra como principios mínimos laborales, la favorabilidad y la remuneración móvil:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)”

Bajo el mandato de la Ley 4ª de 1992 contenido en los artículos 1º y 2º, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 383 de 2013, así:

“ARTÍCULO 1. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el decreto 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1º de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

- 1) *Para los cargos del Consejo Superior de la Judicatura, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, relacionados a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 2) *Para los cargos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, que se relacionan a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 3) *Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será: (...).*
- 4) *Para los cargos de los Juzgados Municipales que se relacionan a continuación la bonificación judicial será: (...).*
- 5) *Para los cargos de Auxiliar Judicial y Citador, la bonificación judicial será: (...).*
- 6) *Para los cargos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, la bonificación judicial será: (...).*

PARÁGRAFO. La bonificación judicial creada en el presente artículo se ajustará a partir del año 2014 de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC); en consecuencia, no le aplica el incremento que fije el Gobierno Nacional para las asignaciones básicas en el año 2013 y siguientes.

A partir del año 2014 y hasta el año 2018, los valores señalados en las tablas del presente artículo contienen un ajuste equivalente a una variación proyectada del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del dos por ciento (2%) respecto del valor de la bonificación judicial asignada en el año inmediatamente anterior.

En el evento en que la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para las vigencias fiscales de los años 2014 a 2018 inclusive, sea diferente al dos por ciento (2%) proyectado para el valor de la bonificación judicial para los mismos años, el Gobierno Nacional ajustará las tablas correspondientes para la respectiva vigencia en la diferencia que se presente.

Para el año 2019 y en adelante el valor mensual de la bonificación judicial será equivalente al valor que se perciba en el año inmediatamente anterior reajustado con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

ARTÍCULO 2o. Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar que no optaron por el régimen establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995 y que vienen regidos por el Decreto número 848 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, de percibir en el año 2013 y siguientes, un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la bonificación judicial que se crea en el presente decreto, respecto de quien ejerce el mismo empleo y se encuentra regido por el régimen salarial y prestacional obligatorio señalado en los Decretos números 57 y 110 de

1993, 106 de 1994 y 43 de 1995, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio.

ARTÍCULO 3o. 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 4ª de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

ARTÍCULO 4o. El Departamento Administrativo de la Función Pública es el órgano competente para conceptuar en materia salarial y prestacional. Ningún otro órgano puede arrogarse esta competencia.

ARTÍCULO 5o. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1o de enero de 2013.” (Subrayas propias de Sala)

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA LABORAL

Para decidir, se hace necesario citar el bloque de constitucional en cuanto al derecho al trabajo; dado que, en el sentir de esta Sala de Conjuces, el problema jurídico planteado en la demanda, es de rango constitucional.

El artículo 53 de la Constitución estableció, en su inciso cuarto, que;

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

Con base en esta norma, la Corte Constitucional ha dicho respecto de estos convenios que son parte del ordenamiento jurídico interno, sin hacer necesariamente referencia a su rango jerárquico.

Así, en la sentencia C-221 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se señaló:

"El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 -aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969-, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dicho Convenio es pues en Colombia 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 Carta Fundamental.”

Otro ejemplo de ello, es la sentencia T-418 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez, en la que se anota:

“Según el artículo 53 de la Carta Política, los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. Ello es aplicable al Convenio número 98 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al derecho de sindicalización y de negociación colectiva, aprobado por la Ley 27 de 1976 y ratificado por el Gobierno Nacional el 16 de noviembre de 1976, y el cual contempla las mismas o similares conductas del artículo 354 del C. S. del T.”

La sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se ocupó de definir en qué consistía el mandato del art. 93 de la Constitución, que establece la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales ratificados por el Congreso, que reconocieran los derechos humanos y prohibieran su limitación en los estados de excepción.

Para ello, recurrió a la noción del bloque de constitucionalidad, originaria del derecho francés, en los siguientes términos:

“Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional ha establecido, que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que, éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).”

La noción del bloque de constitucionalidad ha sido objeto de distintas precisiones y diferenciaciones por parte de la jurisprudencia de esa Corporación. De esta forma, en la sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

“Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien sea porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es,

porque ‘son normas situadas en el nivel constitucional’, como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos.

“La Corte ha señalado con claridad que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior”. Esto significa que la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta. Es lo que ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la Constitución al bloque de constitucionalidad al señalar que sus normas prevalecen en el orden interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93). Con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él”.

En la sentencia T-568 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, se planteó por primera vez la integración de los convenios internacionales del trabajo al bloque de constitucionalidad para tratar sobre asuntos estrictamente laborales. En la *ratio decidendi* de la providencia se expresó que, al analizar el caso, las autoridades gubernamentales y judiciales habían desconocido el derecho aplicable, por cuanto no habían atendido lo dispuesto en los convenios internacionales del trabajo y en los tratados de derechos humanos:

“En este orden de ideas, para la revisión de los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, es claro que el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir del Preámbulo de la Carta Política, e incluir los artículos 1, 5, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues en esas normas están consagrados los derechos que reclama el Sindicato actor como violados; también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos...

“(…)

“d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

“Si, como lo ordena la Constitución, los derechos y deberes allí consagrados deben ser interpretados “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”(art. 93), y “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación

interna" (art. 53 inc 4), las autoridades nacionales de todos los órdenes (el Gerente de las Empresas Varias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los Jueces de la República) cometieron un grave error : ignoraron el derecho aplicable ; en su lugar, escogieron normas desfavorables a los trabajadores, contrarias a la Constitución y a los deberes internacionales que el Estado se comprometió a cumplir.

"Los derechos de asociación, sindicalización y huelga, como se explicó anteriormente, forman parte de la normatividad constitucional por una razón doble: están expresamente consignados en la Carta, y ella integra a su texto los tratados internacionales sobre la materia.

"Colombia ha ratificado más de 50 Convenios de la OIT,[1] entre ellos, los Convenios 87 y 98 y se comprometió a cumplirlos de buena fe; en conjunto con las demás normas enunciadas, son el marco que se debe tener en cuenta al aproximarse a estos derechos".

En materia laboral, el bloque de constitucional, está integrado así: el preámbulo, los artículos 1°, 25, 26, 39, 53, 54, 55, 56, 57, 64 y 125 de La Constitución de 1991 y por los núcleos esenciales de los Convenios de la OIT números 87, 98, y, por último, y en virtud de los art. 93 y 94 superior, por cualquier otra norma internacional de ius cogens no codificado, o no ratificado por Colombia, relativa a materias laborales.

Los convenios y tratados internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia son parte del ordenamiento jurídico o prevalecen en él. Dentro de los que prevalecen, es decir los que hacen parte del denominado Bloque de Constitucionalidad por tratarse de derechos humanos y además fundamentales, están los Convenios 87 y 98 de la OIT y 100, 105, 111, 138 y 182 y las normas que en materia laboral se encuentren escritas en los tratados de libre comercio, celebrados por Colombia y debidamente ratificados.

Con estas normas se busca: 1) Que una vez incorporadas al ordenamiento jurídico interno creen directamente derechos subjetivos o comprometan internacionalmente al respectivo Estado a adoptar las medidas necesarias para crearlos; 2) que contribuyan al fomento de la justicia social; 3) que los derechos fundamentales son derechos originarios o inherentes; no son creados por el Estado sino reconocidos por él. Además, son inalienables, por lo que su núcleo esencial no podrá ser limitado ni suspendido ni siquiera en estados de excepción. Aporten a la consolidación de las legislaciones nacionales en materia socioeconómica; y 4) que constituyan una fuente de inspiración de las legislaciones nacionales para construir sus políticas sociales y diseñar una política interna de trabajo⁷.

En conclusión, la interpretación y aplicación de los derechos laborales en Colombia, debe consistir en la integración de las normas constitucionales y los

⁷ Sentencia Corte Constitucional C 168 de 1995.

tratados internacionales ratificados sobre la materia.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL

El principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, consiste en la obligación de todo operador jurídico, judicial o administrativo, de optar por la situación más favorable al trabajador, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes de derecho.

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, *“la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...”*.⁸

Uno de los referentes acerca del principio de favorabilidad laboral es el fallo SU-1185 de 2001. Las *ratione decidendi* del caso se concretó en la obligación de los jueces de la República de aplicar las garantías constitucionales de la igualdad formal ante la ley y el principio de favorabilidad laboral en caso de duda en la interpretación de las disposiciones de las convenciones colectivas.⁹

En esta sentencia, la Corte Constitucional fijó una importante doctrina en materia de favorabilidad laboral, cuyo contenido es pertinente para el caso, al ofrecer claridad sobre el entendido y alcance de la mencionada garantía. Consideró la Corte:

“En el ámbito de los conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley. En la Sentencia T-001 de 1999 se manifestó sobre el tema lo siguiente:

“Pero, además, la regla general -prohijada por esta Corte-, que rechaza como improcedente la tutela cuando se trata de controvertir interpretaciones judiciales acogidas por el juez en detrimento de otras igualmente válidas, admite, por

⁸ Sentencia Corte Constitucional T 290 de 2005.

⁹ Sentencia Corte Constitucional T 595 de 2004.

expreso mandato constitucional, la excepción que surge del artículo 53 de la Constitución.

En la indicada norma el Constituyente consagró derechos mínimos de los trabajadores, es decir, derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse, ni es factible transigir sobre ellos; que se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos.

Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de favorabilidad, que la Constitución entiende como "...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho..."

Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez.

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica¹⁰.

Y en decisión posterior, reiteró la Corte:

"...el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos." (Sentencia T-800/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Desde esta perspectiva, cuando se trata de aplicar una convención colectiva, en atención a su valor normativo y a su carácter de acto solemne, lo que le compete el juez laboral es interpretarla de acuerdo al contenido material de su texto y, en caso de duda, optar por la interpretación que resulte más favorable al trabajador.

Es incuestionable que un proceder contrario a esta exigencia, que no encuentre fundamento en un principio de razón suficiente, configura una vía de hecho en cuanto implica un desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales del trabajador, en especial el del debido proceso (C.P. art. 29, arts. 13 y 53)."

Lo decidido por la Corte Constitucional, en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial referenciada, es contundente: en caso de duda y ante la existencia de dos o más interpretaciones de una disposición jurídica contenida en una fuente formal del derecho (ley, acto administrativo, convención colectiva) debe preferirse aquella

¹⁰ Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

interpretación que mejor satisfaga los intereses del trabajador. Este y no otro, es el entendido que le ha otorgado la jurisprudencia al artículo 53 de la Constitución.

En sentencia T - 595 de 2004, la Corte Constitucional se refirió a lo que debía entenderse por los elementos del principio de favorabilidad laboral. Es el caso de la noción de “duda”, ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, y de la propia noción de “interpretaciones concurrentes”, allí se dijo:

“La Corte considera en primer lugar que, la llamada “duda”, debe revestir un carácter de seriedad y de objetividad. No podría admitirse, por ejemplo, que a partir de una eventualidad relativa a la aplicabilidad o no de una interpretación, el juez o la administración deban en consecuencia desechar una interpretación sólida y acoger una interpretación débilmente emergente, que para el caso resulte más favorable para el trabajador.

La seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierne sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.

Sobre el punto, la Corte adelantará algunos de los criterios que permiten identificar una interpretación como razonable y objetiva; estos criterios son: (i) la corrección de la fundamentación jurídica, (ii) la aplicación judicial o administrativa reiterada, y (iii) la corrección y suficiencia de la argumentación.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de una correcta fundamentación jurídica, es un desarrollo del artículo 53 de la Constitución, en la medida en que la duda debe surgir a partir de una divergencia interpretativa sobre las fuentes formales del derecho. Esto implica que las opciones hermenéuticas, por un lado, deben encuadrar en el marco semántico de las disposiciones de las fuentes formales, y de otro, deben estar en consonancia con las disposiciones de la Constitución. Sólo serán admisibles como razonables, aquellas interpretaciones de las fuentes formales, que además de encuadrarse en el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico.

Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control

racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia.

Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver.

Por último, y este criterio es determinante para definir los criterios de la regla de preferencia de la favorabilidad, entre aquellas interpretaciones concurrentes que sean razonables, que se apliquen al supuesto de hecho del caso y que generen un motivo de duda serio y objetivo, el operador jurídico deberá elegir aquella interpretación que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador. Lo anterior, bajo el criterio hermenéutico general de la Constitución, según el cual los operadores jurídicos deben escoger siempre aquella interpretación que más se avenga con el principio de eficacia de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 2° de la Constitución Política”.

A su paso, el Consejo de Estado, en Sentencia de la Sección Segunda, CP. Alejandro Ordoñez M, del 16 de febrero de 2006, rad. 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04)¹¹:

“Así mismo se observa que en aras de hacer efectivo de este beneficio, se atiende el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es decir se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa a su destinatario. En este sentido se ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional en algunos fallos proferidos en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Ha expresado sobre el particular: De otra parte, considera la Corte que la “condición más beneficiosa” para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro ordenamiento superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”, precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, acoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe

¹¹ Posición que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Como ejemplo se cita la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de fecha 14 de octubre de 2010, CP. Carmen Teresa Ortiz. Rad. 110010315000201000795.

conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, la norma así acogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador."

Finalmente, y frente al concepto de salario en el sector público, en el marco del Bloque de Constitucional, fue definido por la Corte Constitucional SU-995 de 9 de diciembre de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz, la cual dijo en esa ocasión;

El concepto de salario es un tema del que la Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad, subrayando no sólo la importancia técnica o instrumental que tiene la ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o servicio prestados¹², sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derecho fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53), claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República "fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Sobre este principio la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, y ha señalado que:

"El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias"¹³.

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1° señala:

"El término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que

¹² En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario.

¹³ Corte Constitucional Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Al respecto pueden consultarse, entre otros, los fallos C-225 de 1995, C-423 de 1995, C-578 de 1995 y C-327 de 1997.

éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho. A partir de la Constitución de 1991, es evidente la relevancia del derecho laboral dentro de la configuración de un orden social y económico justo y más cercano a la realidad, en cuyo desarrollo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha debido intervenir,¹⁴ en buena parte por la falta del estatuto del trabajo al que se refiere el artículo 53 Superior. Al respecto ha dicho este Tribunal:

"La Constitución es el orden normativo primario protector del derecho al trabajo, bien sea que se preste independientemente o bajo condiciones de subordinación, en las modalidades de contrato de trabajo o bajo una relación laboral, legal, estatutaria o reglamentaria. La variedad normativa que aquella contiene propende el establecimiento de relaciones laborales justas, mediante la eliminación de factores de desequilibrio, que aseguren la vigencia y efectividad del principio de igualdad, la protección a ciertos sectores de trabajadores que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta o carecen de oportunidades para la capacitación laboral, y la consagración de un sistema contentivo de una protección jurídica concreta del trabajo que debe ser desarrollado por el legislador, a partir del señalamiento de unos principios mínimos fundamentales (art. 53)".

En particular, respecto al salario y su naturaleza se ha dicho:

"En virtud de su consagración como un derecho [el derecho al salario], nuestra Constitución compromete al Estado en el deber de protegerlo, creando, estimulando e incentivando las condiciones socioeconómicas propicias que promuevan una oferta de oportunidades laborales para todas aquellas personas en capacidad de trabajar, expidiendo la normatividad que asegure unas relaciones laborales "dignas y justas", con arreglo a los principios fundamentales básicos y mínimos ideados por el Constituyente y, en ejercicio de su capacidad de intervención, limitando los abusos que pueden engendrarse al amparo de las leyes del mercado y del principio de la autonomía de la voluntad, o regulando las

¹⁴ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Aunque en aquella oportunidad estas consideraciones fueron utilizadas para avalar una noción restringida del salario, no cabe duda que la orientación de la Carta Política (artículo 93), apunta a la formación de conceptos más amplios que sean concordantes con ordenamientos internacionales vinculantes en el sistema jurídico nacional.

*condiciones requeridas para racionalizar la economía con el fin, de asegurar el pleno empleo de los recursos humanos, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, especialmente en lo laboral, y el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores"*¹⁵.

- **Prescripción trienal laboral.**

Conforme lo establece el artículo 2535 del Código Civil:

"La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible"

Claramente, no basta con él solo pasó del tiempo para que opere el fenómeno de la prescripción, es necesario además que el derecho o la acción a los que pretende aplicarse esta forma extintiva sean ya exigibles o ejercitables pues solo desde ese momento podrá contabilizarse el término prescriptivo.

Así las cosas, el derecho se hizo exigible por medio de derecho de petición radicado el **3 de octubre de 2017**, de ahí que, aplicada la regla anterior, tiene cubierto el periodo comprendido hasta el **3 de octubre de 2014** y dado que el periodo reclamado inicia desde el 1 de junio de 2009, es claro que los periodos anteriores al 3 de octubre de 2014, fueron afectados con el fenómeno de la prescripción trienal laboral y en conclusión se confirmará lo dispuesto por el Aquo frente a este punto.

8. APLICACIÓN DE LAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LA *NON REFORMATIO IN PEJUS*

El fallo primario accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, al declarar probada de oficio la excepción "carencia del derecho reclamado" solo frente al carácter de factor salarial de la bonificación judicial respecto de la bonificación por servicios prestados, lo que es contrario a todo lo analizado en este fallo respecto de la calidad de factor salarial de la bonificación judicial reclamada.

De ahí que la Sala considere que encaja en una de las excepciones al principio de la **-non reformatio in pejus-** el cual se le conoce como "*compromisos vinculantes asumidos por el Estado en tratados internacionales relacionados con derechos humanos y derecho internacional humanitario*", toda vez que se trata de derechos laborales que están en juego y confirmarlo va en contra del derecho constitucional al trabajo protegido por el derecho internacional como se explica en acápites anteriores de esta decisión. Sumado a esto, la condición de salario de la bonificación por servicios prestados no está en discusión, y por lo anteriormente analizado queda claro

¹⁵ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

que por la naturaleza de la bonificación judicial de que trata el decreto 383 de 2013, constituye factor salarial, condición que se debe aplicar, sin distinción alguna, respecto de todas las demás prestaciones sociales y no sobre algunas, pues se itera, su naturaleza no está en discusión. En consecuencia, es necesario revocar al fallo primario, en este sentido y declarar que la bonificación judicial es factor salarial frente a todas las prestaciones sociales a que tiene derecho la demandante incluida la bonificación por servicios prestados.

En materia laboral, también la Corte Constitucional indica que, acorde con el alcance y contenido de los derechos laborales mínimos, no opera la aplicación de dicha limitante, por su connotación de ser ciertos e indiscutibles, en los términos de la garantía establecida en el artículo 53 superior y la prevalencia de los derechos sustanciales sobre lo procedimental, dado que dicha limitante de forma irrestricta haría nugatorio el contenido de los derechos fundamentales de connotación social. En estos términos se refirió el alto Tribunal en la sentencia C-968 de 21 de octubre de 2003, MP. Clara Inés Vargas Hernández, la cual dijo en esa ocasión;

“En el segmento normativo bajo revisión, el legislador determinó que la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las materias que hayan sido objeto del recurso de apelación. A primera vista tal determinación parecería que no desconoce los principios superiores antes enunciados pues, como ya lo ha precisado esta Corte, la consonancia es un efecto propio y particular de las decisiones que resuelven la apelación, en el sentido que ellas deben ser acordes con las materias que son objeto del recurso dado que éste ha sido instituido para favorecer el interés del recurrente, que tratándose del trabajador, se supone que lo interpone precisamente para propugnar por la vigencia y efectividad de sus derechos y garantías laborales mínimas e irrenunciables que considera conculcadas por el sentenciador de primer grado. En este sentido, también es de suponer que el trámite procesal que se le imprime al recurso está orientado a hacer efectivos esos derechos y garantías.

Pero qué sucedería en el evento en que el juez de primera instancia deje de reconocer beneficios mínimos irrenunciables a que tiene derecho el trabajador, debatidos dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y debidamente probados, y el recurrente al interponer el recurso de apelación no repara en ellos y no lo sustenta debidamente de modo que deja de reclamar ante el superior sobre tales derechos laborales. ¿En tal hipótesis debe el juez laboral que dicta sentencia de segunda instancia ceñirse al mandato de la norma acusada que le exige guardar consonancia con la materia objeto del recurso?

Indudablemente en la situación que se plantea el sentenciador de segundo grado podría abstenerse de pronunciarse sobre derechos y garantías mínimas del trabajador que no le fueron reconocidos por la sentencia apelada, ya que la exégesis del precepto bajo revisión lo obliga a ceñirse a la materia del recurso de apelación, impidiéndole extender su decisión a aspectos diferentes. Además, el juez puede argüir que en tal situación el apelante está indicando tácitamente su conformidad con los aspectos no apelados de la sentencia de primer grado.

Sin embargo, para la Corte tal interpretación no se aviene con el Ordenamiento Superior, pues evidentemente comporta no sólo un flagrante desconocimiento del principio de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales que consagra el artículo 53 Superior, sino también del principio de la prevalencia del derecho sustancial que, según se explicó, le impone al juez laboral, como director del proceso, el deber de aplicar las normas procesales para hacer efectivos los derechos de quienes intervienen en el proceso, especialmente los derechos de los trabajadores." (sft)

Con fundamento en la regla definida por la guardiana de la Constitución en materia de resolución del recurso de alzada y la inaplicabilidad de la limitación del postulado legales de *non reformatio in pejus* en asuntos de carácter laboral en los que se discuten derechos ciertos e indiscutibles, el juzgador de segunda instancia está obligado a la protección de dicho sustancial, pese a la inexistencia de reproche específico sobre la sentencia de primer grado.

9. CONCLUSIÓN

1. Es claro que la bonificación judicial establecida por el Decreto 383 de 2013, acoge los requisitos definidos en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, es decir; dicha bonificación constituye una erogación dineraria, que según las pruebas aportadas al proceso, es periódica, toda vez que se ha venido cancelando a la demandante **MARIA LUCY AGUDELO GOMEZ** mes a mes, ininterrumpidamente, desde la misma fecha en que el decreto 383 de 2013, surtió sus efectos fiscales¹⁶, de ahí que no pueda descartarse, el carácter de factor salarial, de la bonificación reclamada, respecto de **TODAS** las prestaciones sociales devengadas por ella, pues tampoco va en contra de las normas internacionales que como se dijo, entrañan este tema y hacen parte del bloque de constitucionalidad. De ahí que sea necesario modificar el numeral 1° de la sentencia n° 20 de 24 de mayo de 2021 y reconocer el carácter de factor salarial tiene la bonificación judicial, también frente a la bonificación por servicios prestados.

Por otro lado, existe la necesidad que la demandada, continúe reconociendo el carácter de factor salarial de la bonificación judicial reclamada, en adelante y mientras el **Sra. MARIA LUCY AGUDELO GOMEZ**, ocupé algún cargo en la demandada, de los incluidos por el Decreto 383 de 2013, como beneficiario de esta bonificación.

2. Ordenar a la demandada la reliquidación de todas las prestaciones sociales a que ha tenido derecho la demandante **MARIA LUCY AGUDELO GOMEZ** desde el **3 de octubre de 2014** y hasta la ejecutoria de esta sentencia, o en su defecto hasta

¹⁶ 1 de enero de 2013.

que deje de ocupar un cargo que no esté incluido por esta norma como beneficiario, lo que ocurra primero y pagar las diferencias adeudadas. Deberá la demandada reliquidar los aportes a pensión generados por la demandante, teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial, y consignar el mayor valor, al fondo de pensiones al cual está afiliado la señora **AGUDELO GOMEZ**, dejando claro que se consignan esos dineros en su favor.

Así las cosas, la **SALA** se encuentra parcialmente de acuerdo con la tesis del Juez Aquo y, en consecuencia, modificará los numerales 1° y 5° y se confirmarán los demás.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

10. FALLA

PRIMERO: MODIFICAR los numerales 1° y 5° de la *sentencia n° 20 de 24 de mayo de 2021, preferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales*, los cuales quedarán así;

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE, de oficio la excepción “carencia del derecho reclamado”, en lo relacionado a la sanción moratoria. En cuanto a la pretensión del reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial, se declaran **NO PROBADO** el medio de defensa denominado: “De la imposibilidad material y presupuestal de reconocer las prestaciones del demandante”. **DECLARAR PROBADA** la excepción formulada por la parte demandada denominada: “prescripción” respecto a las prestaciones sociales generadas antes del 03 de octubre de 2014.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, **SE ORDENA** a la **NACION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-**, reconocer, en favor de **MARIA LUCY AGUDELO GOMEZ** la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, como factor salarial, desde el 3 DE OCTUBRE DE 2014 y hasta la terminación definitiva de su vínculo laboral de la **RAMA JUDICIAL**. Para lo cual se reliquidan **TODAS** las prestaciones sociales (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, etc). Percibidas por la parte actora y sufragara la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar atendiendo a cada uno de los cargos desempeñados y sus lapsos de duración. Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA, debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del CPACA, es

decir, actualizarlos mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la formula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer los ajustes. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la formula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales.

SEGUNDO: CONFIRMAR los demás numerales de la *sentencia n° 20 de 24 de mayo de 2021, preferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales.*

TERCERO: ORDENAR a la secretaria de este Tribunal hacer las anotaciones en la base de datos Siglo XXI.

CUARTO: EJECUTORIADO este fallo, devuélvase el expediente al **DESPACHO** de origen.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** celebrada el 8 de mayo de 2023.

Los Conjueces;


LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA
Ponente


TOMAS FELIPE MORA GOMEZ
Revisor


JORGE IVAN LOPEZ DIAZ
Revisor

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

-Liliana Eugenia García Maya-

Conjuez Ponente

Manizales, ocho (8) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

En ejercicio de la segunda instancia y luego de que el pasado 10 de abril de 2023 pasara a despacho para proferir sentencia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación que contra el fallo primario fue interpuesto por la parte vencida, y en consecuencia, emitirá la sentencia de segunda instancia, después de haberse agotado todas las etapas que la anteceden, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** identificada con el radicado n° **17001333900620180051403** en el que es demandante **ROBERTSON ODIN RICO RAMIREZ** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, en Sala de Conjueces, conformada por la **Dra. LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores **Dr. TOMAS FELIPE MORA GOMEZ** y **Dr. JORGE IVAN LOPEZ DIAZ**.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

En resumen, debe la Sala de Conjueces definir si tiene razón el artículo 2° del Decreto 383 del 2013 cuando afirma que la bonificación judicial para los empleados públicos que dispone, constituye factor salarial solo para efectos de los aportes a salud y pensión, o si, por el contrario, lo es para todas las prestaciones sociales, sin distinción de ninguna clase.

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

1. **DECLARAR** la nulidad de la *resolución n° DESAJMAR18-65-12 de 9 de enero de 2018*.
2. **DECLARAR** la nulidad de la *Resolución n° DESAJMZR18-316-12 de 2 de abril de 2018*.

3. **DECLARAR** la nulidad del *acto administrativo ficto presunto negativo*.
4. **ORDENAR** a la demandada expedir el acto administrativo por medio del cual se ordene la inclusión de la bonificación judicial contenida en el Decreto 383 de 2013 modificado por el Decreto 1269 de 2015 como factor salarial para efecto de liquidación y pago de las prestaciones sociales, prima de servicios, de productividad, de vacaciones, de navidad, vacaciones, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por servicio prestado y demás emolumentos laborales que correspondan a los servidores públicos de la Rama Judicial en los tiempos de servicio del solicitante después del 1 de enero de 2013.
5. **RELIQUIDAR** todas las prestaciones sociales prima de servicios, de productividad, de vacaciones, de navidad, vacaciones, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por servicio prestado y demás emolumentos laborales que correspondan a los servidores públicos de la Rama Judicial, para que se incluya la bonificación judicial contenida en el Decreto 383 de 2013 como factor salarial y en consecuencia, se disponga el pago de las diferencias dejadas de percibir por dichos conceptos después de la entrada en vigencia del Decreto 383 de 2013 modificado por el Decreto 1269 de 2015.
6. **DISPONER** que la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013 hace parte de la asignación básica salarial para efectos de liquidar la bonificación por servicios prestados del señor **ROBERTSON ODIN RICO RAMIREZ** a partir de la entrada en vigencia del Decreto 383 de 2013 modificado por el Decreto 1269 de 2015.
7. **RELIQUIDAR** la bonificación por servicios prestados incluyendo la bonificación judicial contendida en el Decreto 383 de 2013 como parte de la asignación básica salarial y en consecuencia, se disponga el pago de las diferencias dejadas de percibir por ese concepto a partir de la entrada en vigencia del Decreto 383 de 2013 modificado por el Decreto 1269 de 2015.
8. **SEGUIR** pagando la bonificación judicial de que trata el Decreto 383 de 2013 como factor salarial y prestacional en todos los emolumentos laborales que percibe el servidor público como contraprestación de sus servicios.
9. **DISPONER** el pago de la indemnización moratoria por la no consignación total de las cesantías al fondo correspondiente seleccionado por el señor **ROBERTSON ODIN RICO RAMIREZ**.

10. LIQUIDAR los intereses de mora desde el momento en que cobre ejecutoria el acto administrativo que acceda a las presentes pretensiones, sobre las sumas que resulte adeudar la entidad, a favor del servidor público, conforme lo establece el artículo 192 del CPACA.

11. INDEXAR las sumas resultantes del reconocimiento y pago de la Bonificación Judicial, conforme al IPC y hasta el momento del pago.

4. HECHOS

El señor **ROBERTSON ODIN RICO RAMIREZ** trabaja al servicio de la Rama Judicial, en los cargos de Asistente Judicial Municipal, Escribiente Municipal y, Asistente Administrativo Municipal desde el **5 de agosto de 2011¹** y, a la fecha de presentación de esta demanda, aun continuaba vinculado en este cargo.

5. FALLO PRIMARIO

El 30 de junio de 2021, el Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales, decidió la primera instancia accediendo parcialmente a las pretensiones del demandante. En su parte resolutive ordenó:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS la excepción *“Imposibilidad material y presupuestal de reconocer las prestaciones del demandante”*. **DECLARAR PROBADA** la excepción de *“prescripción”*. **DECLARAR PROBADA** parcialmente y de oficio la excepción *“carencia del derecho reclamado”*.

SEGUNDO: INAPLICAR por inconstitucional la expresión *“únicamente”* contenida en el artículo 1° de los Decreto 383 de 2013, 1269 de 2015, 246 de 2016, 1014 de 2017, 340 de 2018, 992 de 2019 y 442 de 2020 y demás normas que recojan esa misma expresión, en el entendido que la bonificación judicial si constituye salario para liquidar las prestaciones sociales que devenguen los servidores de la Rama Judicial.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD de la **resolución DESAJMZR16-64-12 de 9 de enero de 2018** y del **acto ficto derivado del silencio administrativo negativo**, que puso fin a la actuación administrativa, ambas expedidas por la entidad demandada.

CUARTO: ACCEDER a las pretensiones de la demanda únicamente en lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones sociales de la parte actora, teniendo como factor salarial la bonificación judicial de que tratan los Decretos 383 de 2013.

¹ Hecho n° 1 de la demanda y constancia laboral n° 697 de 7 de junio de 2018.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, **SE ORDENA** a la **NACION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-**, reconocer, en favor de **ROBERTSON ODIN RICO RAMIREZ** la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, como factor salarial, desde el 20 de diciembre de 2014 y hasta la terminación definitiva de su vínculo laboral de la **RAMA JUDICIAL**. Para lo cual se reliquidan las prestaciones sociales (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, etc). Percibidas por la parte actora y sufragara la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar atendiendo a cada uno de los cargos desempeñados y sus lapsos de duración. Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA, debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del CPACA, es decir, actualizarlos mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la formula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer los ajustes. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la formula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales.

SEXTO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA.

SEPTIMO: SE CONDENA EN COSTAS a las Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el CGP, Las agencias en derecho serán canceladas en los términos descritos en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: EJECUTORIADA esta providencia, **LIQUIDENSE** los gastos del proceso, **DEVUELVA** los remanentes si los hubiere. **ARCHIVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI. **NOVENO: NOTIFIQUESE** la presente sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 del CPACA y demás normas complementarias o afines.”.

Como sustento jurídico indicó; “...De conformidad con el análisis constitucional, legal y jurisprudencial que se relaciona con el caso concreto, en criterio de esta dependencia judicial, existe mérito para acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda. Con sujeción a los argumentos que a continuación se desarrollarán, la bonificación creada por el decreto 383 de 2013, ostenta la naturaleza de una verdadera prestación constitutiva de salario, motivo por el cual se puede interpretar como un factor salarial que debe ser tenido en cuenta para calcular las prestaciones sociales que perciba en servidor judicial, con sujeción al tipo de cargo que haya desempeñado o

desempeño en el futuro. Sin embargo, en cuanto a la pretensión ligada a la bonificación por servicios prestados, se negará, entre otras razones, debido a que el Gobierno Nacional en ese específico caso tiene una mayor discrecionalidad en la regulación por tratarse de una prestación ocasional. La tesis que se pretende desatar, se afinca en la naturaleza de un ordenamiento jurídico cuyo vértice normativo o norma fundamental es la Constitución de 1991, norma que supone su primacía sobre las restantes del ordenamiento y de la que se deriva una fuerza normativa tal que subordina las demás reglas expedidas en virtud de su autorización. No se puede pasar por alto que, de conformidad con lo expuesto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la Constitución Colombiana no se deriva solo la validez formal de las demás normas del ordenamiento jurídico, sino también, la validez material de las mismas. Esta fuerza directiva implica la subordinación legislativa y administrativa a las disposiciones fundamentales de la Carta y el sometimiento al Bloque de Constitucionalidad. Adicionalmente, para sustentar esta providencia se tuvo en cuenta los lineamientos argumentativos que, en esencia, han expuesto los Tribunales Administrativos de Caldas y Cundinamarca y algunos Jueces Administrativos del país, acogiendo así el precedente vertical¹ y horizontal²”, en consecuencia, accedió a la inaplicación de la expresión “únicamente” del artículo 1° del Decreto 383 de 2013, a la declaración de los actos acusados, al reconocimiento de la bonificación reclamada como factor salarial para las prestaciones sociales devengadas por la demandante (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías y sus intereses) y su consecuente reliquidación, y negó las pretensiones relacionadas con el reconocimiento, reliquidación y pago de la bonificación por servicios prestados, prima de productividad y prima de servicios, como factor salarial y el pago de la sanción moratoria en lo que a cesantías, se refiere.

6. RECURSOS DE ALZADA

Parte demandada.

Notificada la sentencia fue recurrida por la parte demandada mediante escrito que presentó el 8 de junio de 2021. En esta ocasión, la demandada resaltó que por conducto del artículo 150, numeral 19, literales e) y f), la potestad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, recae sobre el Congreso de la Republica y de hacerlo su representada, estaría extralimitando sus funciones y de paso, incurriría en la comisión del delito de prevaricato, además de las sanciones disciplinarias. Ahora bien, aseguró que la demandada actúa en cumplimiento de los decretos presidenciales que son producto de la facultad que la Ley 4ª de 1992 le otorgó para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos que allí se

mencionan. Solicitó se revoque esta sentencia y en consecuencia se nieguen todas las pretensiones.

Parte demandante.

A su turno, la parte actora realizó un resumen de la sentencia de primera instancia, resaltando que el Agujo dejó por fuera del reconocimiento solicitado la reliquidación de la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios y la prima de productividad, desconociendo pronunciamientos del ente superior Tribunal Administrativo de Caldas, el cual le da una connotación internacional a la naturaleza de los derechos laborales que se lesionan, con el desconocimiento del carácter de factor salarial de la bonificación judicial, frente a todas las prestaciones sociales a las que tiene derecho el demandante, sin hacer distinción de ningún tipo, como si lo hace el Juez Primario en la sentencia que se ataca. Por lo que solicita se revoque la sentencia en este sentido.

7. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a lo ordenado en el artículo 247 n° 3, 4, 5, 6, y 7 del CPACA y a esta Sala de Conjueces, atendiendo la aceptación que, del impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal, hiciere el superior y a la designación que a esta Conjuez le correspondió por sorteo de conjueces celebrado el pasado 28 de septiembre de 2022.

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

La Sala de Conjueces, realiza en este momento una revisión de las etapas y actuaciones hasta ahora realizadas en este medio de control, sin encontrar vicios que puedan anular este procedimiento.

c. CASO CONCRETO.

Procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En este sentido, en atención al material probatorio traído a plenario y de conformidad a los hechos constatados por esta Corporación se destaca:

- a) Resolución n° 1187 de 26 de septiembre de 2018 “por medio de la cual se admite y se declara fallida una conciliación”.
- b) Liquidación de la bonificación judicial.
- c) Derecho de petición.
- d) Resolución DESAJMAR18-64-12 de 9 de enero de 2018 “*por medio de la cual se resuelve un derecho de petición*”.

- e) Recurso de apelación.
- f) Resolución DESAJMAR18-316-12 de 6 de marzo de 2018 “por medio de la cual se concede un recurso de apelación”.
- g) Constancia laboral n° 697 de 7 de junio de 2018.
- h) Solicitud de audiencia de conciliación.

d. PROBLEMA JURIDICO.

Considera la Sala importante definir en esta segunda instancia, dos aspectos importantes;

- I. Si la bonificación judicial creada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 383 de 2013, siendo un beneficio que se le ha venido cancelando mensualmente al demandante, cumple con las características para ser tenida como factor salarial sobre todos los factores prestacionales y, en consecuencia, se confirme el fallo emitido por el Juez Aquo, o de no ser así, haya lugar a ordenar su modificación o revocarlo.

e. ANALISIS

I. DECRETO 383 DE 6 DE ENERO DE 2013

“Artículo 1°: Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá **únicamente** factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Negrilla, subrayas y cursiva de la Sala).

“Artículo 2°, Artículo 3°, Artículo 4°, Artículo 5°: El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2013.”

EVOLUCION NORMATIVA DE LA BONIFICACION JUDICIAL

La Ley 4ª de 1992, mediante la cual se fijaron normas, objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos determinó en su artículo 1° y 2° lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;
- c) Los miembros del Congreso Nacional, y
- d) Los miembros de la Fuerza Pública”.

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

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

Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 de la Constitución Nacional, consagra como principios mínimos laborales, la favorabilidad y la remuneración móvil:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)”

Bajo el mandato de la Ley 4ª de 1992 contenido en los artículos 1º y 2º, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 383 de 2013, así:

“ARTÍCULO 1. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el decreto 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1º de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

- 1) Para los cargos del Consejo Superior de la Judicatura, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Corte Constitucional, la Corte

Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, relacionados a continuación, la bonificación judicial será: (...).

- 2) Para los cargos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, que se relacionan a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 3) Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será: (...).*
- 4) Para los cargos de los Juzgados Municipales que se relacionan a continuación la bonificación judicial será: (...).*
- 5) Para los cargos de Auxiliar Judicial y Citador, la bonificación judicial será: (...).*
- 6) Para los cargos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, la bonificación judicial será: (...).*

PARÁGRAFO. La bonificación judicial creada en el presente artículo se ajustará a partir del año 2014 de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC); en consecuencia, no le aplica el incremento que fije el Gobierno Nacional para las asignaciones básicas en el año 2013 y siguientes.

A partir del año 2014 y hasta el año 2018, los valores señalados en las tablas del presente artículo contienen un ajuste equivalente a una variación proyectada del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del dos por ciento (2%) respecto del valor de la bonificación judicial asignada en el año inmediatamente anterior.

En el evento en que la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para las vigencias fiscales de los años 2014 a 2018 inclusive, sea diferente al dos por ciento (2%) proyectado para el valor de la bonificación judicial para los mismos años, el Gobierno Nacional ajustará las tablas correspondientes para la respectiva vigencia en la diferencia que se presente.

Para el año 2019 y en adelante el valor mensual de la bonificación judicial será equivalente al valor que se perciba en el año inmediatamente anterior reajustado con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

ARTÍCULO 2o. Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar que no optaron por el régimen establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995 y que vienen regidos por el Decreto número 848 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, de percibir en el año 2013 y siguientes, un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la bonificación judicial que se crea en el presente decreto, respecto de quien ejerce el mismo empleo y se encuentra regido por el régimen salarial y prestacional obligatorio señalado en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio.

ARTÍCULO 3o. 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 4ª de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

ARTÍCULO 4o. El Departamento Administrativo de la Función Pública es el órgano competente para conceptuar en materia salarial y prestacional. Ningún otro órgano puede arrogarse esta competencia.

ARTÍCULO 5o. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1o de enero de 2013.” (Subrayas propias de Sala)

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA LABORAL

Para decidir, se hace necesario citar el bloque de constitucional en cuanto al derecho al trabajo; dado que, en el sentir de esta Sala de Conjuces, el problema jurídico planteado en la demanda, es de rango constitucional.

El artículo 53 de la Constitución estableció, en su inciso cuarto, que;

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

Con base en esta norma, la Corte Constitucional ha dicho respecto de estos convenios que son parte del ordenamiento jurídico interno, sin hacer necesariamente referencia a su rango jerárquico.

Así, en la sentencia C-221 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se señaló:

"El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 -aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969-, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dicho Convenio es pues en Colombia 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 Carta Fundamental.”

Otro ejemplo de ello, es la sentencia T-418 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez, en la que se anota:

“Según el artículo 53 de la Carta Política, los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. Ello es aplicable al Convenio número 98 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al derecho de sindicalización y de negociación colectiva, aprobado por

la Ley 27 de 1976 y ratificado por el Gobierno Nacional el 16 de noviembre de 1976, y el cual contempla las mismas o similares conductas del artículo 354 del C. S. del T.”

La sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se ocupó de definir en qué consistía el mandato del art. 93 de la Constitución, que establece la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales ratificados por el Congreso, que reconocieran los derechos humanos y prohibieran su limitación en los estados de excepción.

Para ello, recurrió a la noción del bloque de constitucionalidad, originaria del derecho francés, en los siguientes términos:

“Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional ha establecido, que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que, éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).”

La noción del bloque de constitucionalidad ha sido objeto de distintas precisiones y diferenciaciones por parte de la jurisprudencia de esa Corporación. De esta forma, en la sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

“Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien sea porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque ‘son normas situadas en el nivel constitucional’, como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las

leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos.

“La Corte ha señalado con claridad que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior”. Esto significa que la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta. Es lo que ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la Constitución al bloque de constitucionalidad al señalar que sus normas prevalecen en el orden interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93). Con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él”.

En la sentencia T-568 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, se planteó por primera vez la integración de los convenios internacionales del trabajo al bloque de constitucionalidad para tratar sobre asuntos estrictamente laborales. En la *ratio decidendi* de la providencia se expresó que, al analizar el caso, las autoridades gubernamentales y judiciales habían desconocido el derecho aplicable, por cuanto no habían atendido lo dispuesto en los convenios internacionales del trabajo y en los tratados de derechos humanos:

“En este orden de ideas, para la revisión de los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, es claro que el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir del Preámbulo de la Carta Política, e incluir los artículos 1, 5, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues en esas normas están consagrados los derechos que reclama el Sindicato actor como violados; también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos...

“(…)

“d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

“Si, como lo ordena la Constitución, los derechos y deberes allí consagrados deben ser interpretados "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"(art. 93), y "Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna" (art. 53 inc 4), las autoridades nacionales de todos los órdenes (el Gerente de las Empresas Varias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los Jueces de la República) cometieron un grave error : ignoraron el derecho aplicable ; en su lugar, escogieron normas desfavorables a los trabajadores,

contrarias a la Constitución y a los deberes internacionales que el Estado se comprometió a cumplir.

“Los derechos de asociación, sindicalización y huelga, como se explicó anteriormente, forman parte de la normatividad constitucional por una razón doble: están expresamente consignados en la Carta, y ella integra a su texto los tratados internacionales sobre la materia.

“Colombia ha ratificado más de 50 Convenios de la OIT,[1] entre ellos, los Convenios 87 y 98 y se comprometió a cumplirlos de buena fe; en conjunto con las demás normas enunciadas, son el marco que se debe tener en cuenta al aproximarse a estos derechos”.

En materia laboral, el bloque de constitucional, está integrado así: el preámbulo, los artículos 1°, 25, 26, 39, 53, 54, 55, 56, 57, 64 y 125 de La Constitución de 1991 y por los núcleos esenciales de los Convenios de la OIT números 87, 98, y, por último, y en virtud de los art. 93 y 94 superior, por cualquier otra norma internacional de ius cogens no codificado, o no ratificado por Colombia, relativa a materias laborales.

Los convenios y tratados internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia son parte del ordenamiento jurídico o prevalecen en él. Dentro de los que prevalecen, es decir los que hacen parte del denominado Bloque de Constitucionalidad por tratarse de derechos humanos y además fundamentales, están los Convenios 87 y 98 de la OIT y 100, 105, 111, 138 y 182 y las normas que en materia laboral se encuentren escritas en los tratados de libre comercio, celebrados por Colombia y debidamente ratificados.

Con estas normas se busca: 1) Que una vez incorporadas al ordenamiento jurídico interno creen directamente derechos subjetivos o comprometan internacionalmente al respectivo Estado a adoptar las medidas necesarias para crearlos; 2) que contribuyan al fomento de la justicia social; 3) que los derechos fundamentales son derechos originarios o inherentes; no son creados por el Estado sino reconocidos por él. Además, son inalienables, por lo que su núcleo esencial no podrá ser limitado ni suspendido ni siquiera en estados de excepción. Aporten a la consolidación de las legislaciones nacionales en materia socioeconómica; y 4) que constituyan una fuente de inspiración de las legislaciones nacionales para construir sus políticas sociales y diseñar una política interna de trabajo².

En conclusión, la interpretación y aplicación de los derechos laborales en Colombia, debe consistir en la integración de las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados sobre la materia.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL

² Sentencia Corte Constitucional C 168 de 1995.

El principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, consiste en la obligación de todo operador jurídico, judicial o administrativo, de optar por la situación más favorable al trabajador, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes de derecho.

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, *“la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...”*.³

Uno de los referentes acerca del principio de favorabilidad laboral es el fallo SU-1185 de 2001. Las *ratione decidendi* del caso se concretó en la obligación de los jueces de la República de aplicar las garantías constitucionales de la igualdad formal ante la ley y el principio de favorabilidad laboral en caso de duda en la interpretación de las disposiciones de las convenciones colectivas.⁴

En esta sentencia, la Corte Constitucional fijó una importante doctrina en materia de favorabilidad laboral, cuyo contenido es pertinente para el caso, al ofrecer claridad sobre el entendido y alcance de la mencionada garantía. Consideró la Corte:

“En el ámbito de los conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley. En la Sentencia T-001 de 1999 se manifestó sobre el tema lo siguiente:

“Pero, además, la regla general -prohijada por esta Corte-, que rechaza como improcedente la tutela cuando se trata de controvertir interpretaciones judiciales acogidas por el juez en detrimento de otras igualmente válidas, admite, por expreso mandato constitucional, la excepción que surge del artículo 53 de la Constitución.

En la indicada norma el Constituyente consagró derechos mínimos de los

³ Sentencia Corte Constitucional T 290 de 2005.

⁴ Sentencia Corte Constitucional T 595 de 2004.

trabajadores, es decir, derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse, ni es factible transigir sobre ellos; que se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos.

Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de favorabilidad, que la Constitución entiende como "...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho..."

Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez.

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica⁵.

Y en decisión posterior, reiteró la Corte:

"...el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos." (Sentencia T-800/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Desde esta perspectiva, cuando se trata de aplicar una convención colectiva, en atención a su valor normativo y a su carácter de acto solemne, lo que le compete el juez laboral es interpretarla de acuerdo al contenido material de su texto y, en caso de duda, optar por la interpretación que resulte más favorable al trabajador.

Es incuestionable que un proceder contrario a esta exigencia, que no encuentre fundamento en un principio de razón suficiente, configura una vía de hecho en cuanto implica un desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales del trabajador, en especial el del debido proceso (C.P. art. 29, arts. 13 y 53)."

Lo decidido por la Corte Constitucional, en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial referenciada, es contundente: en caso de duda y ante la existencia de dos o más interpretaciones de una disposición jurídica contenida en una fuente formal del derecho (ley, acto administrativo, convención colectiva) debe preferirse aquella interpretación que mejor satisfaga los intereses del trabajador. Este y no otro, es el entendido que le ha otorgado la jurisprudencia al artículo 53 de la Constitución.

⁵ Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

En sentencia T - 595 de 2004, la Corte Constitucional se refirió a lo que debía entenderse por los elementos del principio de favorabilidad laboral. Es el caso de la noción de “duda”, ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, y de la propia noción de “interpretaciones concurrentes”, allí se dijo:

“La Corte considera en primer lugar que, la llamada “duda”, debe revestir un carácter de seriedad y de objetividad. No podría admitirse, por ejemplo, que a partir de una eventualidad relativa a la aplicabilidad o no de una interpretación, el juez o la administración deban en consecuencia desechar una interpretación sólida y acoger una interpretación débilmente emergente, que para el caso resulte más favorable para el trabajador.

La seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierne sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.

Sobre el punto, la Corte adelantará algunos de los criterios que permiten identificar una interpretación como razonable y objetiva; estos criterios son: (i) la corrección de la fundamentación jurídica, (ii) la aplicación judicial o administrativa reiterada, y (iii) la corrección y suficiencia de la argumentación.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de una correcta fundamentación jurídica, es un desarrollo del artículo 53 de la Constitución, en la medida en que la duda debe surgir a partir de una divergencia interpretativa sobre las fuentes formales del derecho. Esto implica que las opciones hermenéuticas, por un lado, deben encuadrar en el marco semántico de las disposiciones de las fuentes formales, y de otro, deben estar en consonancia con las disposiciones de la Constitución. Sólo serán admisibles como razonables, aquellas interpretaciones de las fuentes formales, que además de encuadrarse en el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico.

Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia.

Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver.

Por último, y este criterio es determinante para definir los criterios de la regla de preferencia de la favorabilidad, entre aquellas interpretaciones concurrentes que sean razonables, que se apliquen al supuesto de hecho del caso y que generen un motivo de duda serio y objetivo, el operador jurídico deberá elegir aquella interpretación que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador. Lo anterior, bajo el criterio hermenéutico general de la Constitución, según el cual los operadores jurídicos deben escoger siempre aquella interpretación que más se avenga con el principio de eficacia de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 2° de la Constitución Política”.

A su paso, el Consejo de Estado, en Sentencia de la Sección Segunda, CP. Alejandro Ordoñez M, del 16 de febrero de 2006, rad. 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04)⁶:

“Así mismo se observa que en aras de hacer efectivo de este beneficio, se atiende el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es decir se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa a su destinatario. En este sentido se ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional en algunos fallos proferidos en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Ha expresado sobre el particular: De otra parte, considera la Corte que la “condición más beneficiosa” para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro ordenamiento superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”, precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, acoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, la norma así acogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.”

Finalmente, y frente al concepto de salario en el sector público, en el marco del Bloque de Constitucional, fue definido por la Corte Constitucional SU-995 de 9 de diciembre de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz, la cual dijo en esa ocasión;

El concepto de salario es un tema del que la Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad,

⁶ Posición que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Como ejemplo se cita la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de fecha 14 de octubre de 2010, CP. Carmen Teresa Ortiz. Rad. 110010315000201000795.

subrayando no sólo la importancia técnica o instrumental que tiene la ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o servicio prestados⁷, sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derecho fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53), claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República "fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Sobre este principio la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, y ha señalado que:

"El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias"⁸.

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1° señala:

"El término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

⁷ En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario.

⁸ Corte Constitucional Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Al respecto pueden consultarse, entre otros, los fallos C-225 de 1995, C-423 de 1995, C-578 de 1995 y C-327 de 1997.

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho. A partir de la Constitución de 1991, es evidente la relevancia del derecho laboral dentro de la configuración de un orden social y económico justo y más cercano a la realidad, en cuyo desarrollo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha debido intervenir,⁹ en buena parte por la falta del estatuto del trabajo al que se refiere el artículo 53 Superior. Al respecto ha dicho este Tribunal:

"La Constitución es el orden normativo primario protector del derecho al trabajo, bien sea que se preste independientemente o bajo condiciones de subordinación, en las modalidades de contrato de trabajo o bajo una relación laboral, legal, estatutaria o reglamentaria. La variedad normativa que aquella contiene propende el establecimiento de relaciones laborales justas, mediante la eliminación de factores de desequilibrio, que aseguren la vigencia y efectividad del principio de igualdad, la protección a ciertos sectores de trabajadores que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta o carecen de oportunidades para la capacitación laboral, y la consagración de un sistema contentivo de una protección jurídica concreta del trabajo que debe ser desarrollado por el legislador, a partir del señalamiento de unos principios mínimos fundamentales (art. 53)".

En particular, respecto al salario y su naturaleza se ha dicho:

"En virtud de su consagración como un derecho [el derecho al salario], nuestra Constitución compromete al Estado en el deber de protegerlo, creando, estimulando e incentivando las condiciones socioeconómicas propicias que promuevan una oferta de oportunidades laborales para todas aquellas personas en capacidad de trabajar, expidiendo la normatividad que asegure unas relaciones laborales "dignas y justas", con arreglo a los principios fundamentales básicos y mínimos ideados por el Constituyente y, en ejercicio de su capacidad de intervención, limitando los abusos que pueden engendrarse al amparo de las leyes del mercado y del principio de la autonomía de la voluntad, o regulando las condiciones requeridas para racionalizar la economía con el fin, de asegurar el pleno empleo de los recursos humanos, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, especialmente en lo laboral, y el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores"¹⁰.

- ***Prescripción trienal laboral.***

Conforme lo establece el artículo 2535 del Código Civil:

"La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible"

⁹ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Aunque en aquella oportunidad estas consideraciones fueron utilizadas para avalar una noción restringida del salario, no cabe duda que la orientación de la Carta Política (artículo 93), apunta a la formación de conceptos más amplios que sean concordantes con ordenamientos internacionales vinculantes en el sistema jurídico nacional.

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Claramente, no basta con él solo pasó del tiempo para que opere el fenómeno de la prescripción, es necesario además que el derecho o la acción a los que pretende aplicarse esta forma extintiva sean ya exigibles o ejercitables pues solo desde ese momento podrá contabilizarse el término prescriptivo.

Así las cosas, el derecho se hizo exigible por medio de derecho de petición radicado el **20 de diciembre de 2018**, de ahí que, aplicada la regla anterior, tiene cubierto el periodo comprendido hasta el **20 de diciembre de 2015** y dado que el periodo reclamado inicia desde el 1 de enero de 2013, es claro que los periodos anteriores esta fecha, fueron afectados con el fenómeno de la prescripción trienal laboral y en conclusión se confirmará lo dispuesto por el Aquo frente a este punto.

8. CONCLUSIÓN

1. Es claro que la bonificación judicial establecida por el Decreto 383 de 2013, acoge los requisitos definidos en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo *-relativo a la protección del salario-*, ratificado por la Ley 54 de 1992, es decir; dicha bonificación constituye una erogación dineraria, que según las pruebas aportadas al proceso, es periódica, toda vez que se ha venido cancelando a la demandante **ROBERTSON ODIN RICO RAMIREZ** mes a mes, ininterrumpidamente, desde el 20 de diciembre de 2015, de ahí que no pueda descartarse, el carácter de factor salarial, de la bonificación reclamada, respecto de **TODAS** las prestaciones sociales devengadas por él, pues tampoco va en contra de las normas internacionales que como se dijo, entrañan este tema y hacen parte del bloque de constitucionalidad. De ahí que sea necesario modificar el numeral 1° de la sentencia de 30 de junio de 2021 y reconocer el carácter de factor salarial tiene la bonificación judicial, también frente a la bonificación por servicios prestados.

Por otro lado, existe la necesidad que la demandada, continúe reconociendo el carácter de factor salarial de la bonificación judicial reclamada, en adelante y mientras el **Sr. ROBERTSON ODIN RICO RAMIREZ**, ocupé algún cargo en la demandada, de los incluidos por el Decreto 383 de 2013, como beneficiario de esta bonificación.

2. Ordenar a la demandada la reliquidación de todas las prestaciones sociales a que ha tenido derecho el demandante **ROBERTSON ODIN RICO RAMIREZ** desde el **20 de diciembre de 2015 y hasta la ejecutoria de esta sentencia, o en su defecto hasta que deje de ocupar un cargo que no esté incluido por esta norma como beneficiario, lo que ocurra primero** y pagar las diferencias adeudadas. Deberá la demandada reliquidar los aportes a pensión generados por la demandante, teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial, y consignar el mayor valor,

al fondo de pensiones al cual está afiliado el señor **RICO RAMIREZ**, dejando claro que se consignan esos dineros en su favor.

Así las cosas, la **SALA** se encuentra parcialmente de acuerdo con la tesis del Juez Aquo y, en consecuencia, modificará los numerales 1° y 5° y se confirmarán los demás.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Conjueces del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

9. FALLA

PRIMERO: MODIFICAR los numerales 1° y 5° de la *sentencia de 30 de junio de 2021, preferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales*, los cuales quedarán así;

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción “De la imposibilidad material y presupuestal de reconocer las prestaciones del demandante”. DECLARAR PROBADA parcialmente la excepción de “prescripción” frente a los periodos anteriores al 20 de diciembre de 2015. QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, SE ORDENA a la NACION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-, reconocer, en favor de BERNARDO GIRALDO RIVERA la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, como factor salarial, desde el 14 de marzo de 2013 y hasta la terminación definitiva de su vínculo laboral de la RAMA JUDICIAL. Para lo cual se reliquidan TODAS las prestaciones sociales (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, etc). Percibidas por la parte actora y sufragara la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar atendiendo a cada uno de los cargos desempeñados y sus lapsos de duración. Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA, debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del CPACA, es decir, actualizarlos mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la formula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer los ajustes. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la formula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales”.

SEGUNDO: CONFIRMAR los demás numerales de la *sentencia de 30 de junio de 2021, preferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales*.

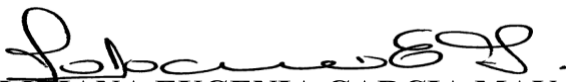
TERCERO: ORDENAR a la secretaria de este Tribunal hacer las anotaciones en la base de datos Siglo XXI.

CUARTO: EJECUTORIADO este fallo, devuélvase el expediente al **DESPACHO** de origen.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** celebrada el 8 de mayo de 2023.

Los Conjueces;


LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA
Ponente


TOMAS FELIPE MORA GOMEZ
Revisor


JORGE IVAN LOPEZ DIAZ
Revisor



República de Colombia
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de segunda instancia

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho – laboral
Demandante: Jeovanny Castrillón Fernández
Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje
Radicado: 17 001 3333-001-2016-000294- 02
Sentencia: 51

Manizales, ocho (08) de mayo de veintitrés (2023).

Proyecto discutido y aprobado en Sala Ordinaria de Decisión

§01. **Síntesis:** El demandante pretende que se declare la existencia de una relación laboral con el SENA, en la prestación del servicio como supervisor e instructor, entre los años 2010 a 2015. La sentencia de primera instancia declaró la relación laboral únicamente como instructor en el año 2015. Ambas partes apelaron. La sala revoca la sentencia de primera instancia porque no se demostró el elemento de la subordinación continuada en los servicios de supervisión o de instructor, ya que solo se allegaron los documentos contractuales, y los testigos solo trataron de los servicios de supervisión que prestó el actor, sin precisar claramente los indicios de los elementos de la subordinación.

§02. La sala del Tribunal Administrativo de Caldas dicta sentencia de segunda instancia en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por el señor Jeovanny Castrillón Fernández, parte demandante, contra el Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA, parte demandada. El objeto es decidir la apelación interpuesta por las partes contra la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones, proferida el 11 de junio de 2019 por la Señoría del Juzgado Primero Administrativo del circuito de Manizales.

1. Antecedentes

1.1. La Demanda para el reconocimiento de una relación laboral del actor como supervisor e instructor¹

§03. Conforme a la demanda y sus anexos se hará la síntesis de la tesis de la parte demandante.

¹ Fs. 2-14 c. 1

§04. El actor solicitó la nulidad del oficio N 2-2016-001768 del 31 de mayo de 2016 expedido por el director del SENA, que negó la petición del demandante para el reconocimiento de una relación laboral y el pago de prestaciones sociales.

§05. A título de restablecimiento del derecho, el demandante pretende que se declare que existió una relación laboral entre las partes, desde enero del 2010 hasta el mes de noviembre de 2015, en la prestación de servicios en el cargo de instructor docente e interventor.

§06. En consecuencia, se condene a la demandada al pago de:

§06.1. Elementos salariales y prestacionales: primas de servicio, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, primas de vacaciones, primas de navidad, pago de las bonificaciones por servicios, pago del subsidio familiar, pago del auxilio de transporte, pago del auxilio de alimentos, aumentos salariales legales, horas extras, recargos nocturnos, bonificación por servicios prestados, y todas las prestaciones sociales como beneficios económicos adicionales a que tienen derecho los empleados del SENA.

§06.2. Valor se aportes a la seguridad social pensión y salud.

§06.3. El valor de los aportes al sistema de seguridad social (pensión y salud).

§06.4. Devolución de pagos de retención en la fuente.

§06.5. Indemnización moratoria de que trata ley 244 de 1995.

§06.6. Devolución de dineros que se pagaron por concepto de pólizas de cumplimiento.

§06.7. Daños morales de 25 salarios mínimos legales mensuales – en adelante **smlmv**-, por no poder recibir cesantías y prestaciones sociales, como no poder acceder a los beneficios de la Ley 1635 de 2013.

§07. Como hechos el actor describió que prestó servicios como supervisor e instructor al SENA, en la seccional de la ciudad de Manizales, entre el mes de octubre – enero de 2010 y el mes de noviembre de 2015, a través de 9 contratos.

§08. Indica que dentro del vínculo con el SENA se configuraron los elementos esenciales que configuran el contrato de trabajo: **(i)** continua subordinación o dependencia del trabajador del empleador; **(ii)** actividad personal realizada por el trabajador; y, **(iii)** retribución del servicio.

§09. Esto se evidenciaría porque: el actor debía portar el delantal distintivo de los "empleados regulares" del SENA; cumplía los horarios entregados por la coordinación académica dispuesto por la entidad; al finalizar cada trimestre se debía cargar en el aplicativo SENA SOFIA PLUS las notas de cada aprendiz, realizar y entregar la planeación de actividades del siguiente trimestre; debía soportar las visitas que le realizaban para su control por la coordinación académica, el interventor y del instructor de planta, asignado como líder de los instructores de informática y programación por

parte de la coordinación académica; debía soportar la verificación del cumplimiento de los horarios y el porte de delantal y carnet; el contrato prohibía la cesión; el contrato preveía el pago de gastos de desplazamiento; y en los correos electrónicos que se le enviaban se le indicaban instrucciones para ejercer las labores.

§10. Pese a que la parte demandante solicitó al SENA el reconocimiento de la relación laboral y el pago de los emolumentos a que tiene derecho, la entidad negó las solicitudes a través del acto demandado.

§11. Como normas violadas se indican los artículos 1, 2, 11, 25 y 53 de la Constitución Política de Colombia; 21 del Código Sustantivo del Trabajo; los decretos 2063 de 1984; 3041 de 1966; 2400 de 1968; 415 de 1979.

§12. En el concepto de violación se precisó que el SENA se sustrajo de manera simulada de las cargas prestacionales que le correspondían de una relación laboral, además de causarle los perjuicios morales y materiales que se demandan.

1.2. Contestación de la demandada que negó la relación laboral²

§13. La accionada rechazó las pretensiones de la demanda.

§14. Admitió la suscripción de los contratos de prestación de servicios referidos en la demanda con las siguientes salvedades: **(i)** no se presentó una continuada dependencia por cuanto hubo interrupción en la ejecución de los contratos, pues fueron de manera temporal y sus duraciones fueron por tiempos limitados; **(iii)** no tuvo designado ningún cargo en particular; y, **(iv)** dictó cursos distintos durante su contratación con la entidad.

§15. Negó la existencia de la relación laboral, porque los contratistas no hacen parte de la planta de personal, y su vinculación se regula por la Ley 80 de 1993.

§15.1. La demandada propuso las siguientes excepciones: **(i) Prescripción Extintiva Trienal y Bienal:** de acuerdo al artículo 45 del decreto 3135 de 1968; **(ii) Inexistencia de los elementos propios del contrato realidad, consecuentemente inexistencia del vínculo o relación laboral,** pues no existió vínculo laboral al no demostrarse sus elementos esenciales; **(iii) Interrupción Contractual,** conforme al artículo 10 del decreto 1045 de 1978, nunca se presentó una continuada dependencia por cuanto hubo interrupción en la ejecución de los contratos; **(iv) Cobro de lo no debido,** como existió vínculo laboral no se generó obligación laboral para la entidad; **(v) Compensación,** de todas las sumas pagadas con ocasión de cada contrato de prestación de servicios, en el evento de que se acceda a las pretensiones; y, **(vi) Genérica.**

² fs. 125-151, c. 1

1.3. La sentencia que accedió parcialmente³

§16. El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales accedió parcialmente a las pretensiones de la siguiente manera:

“PRIMERO: Declarar probadas parcialmente las siguientes excepciones: "inexistencia de los elementos propios del contrato realidad, consecuentemente inexistencia del vínculo o relación laboral", "interrupción contractual", "cobro de lo no debido" y "compensación", formuladas por el Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA- dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho incoado por Jeovany Castrillón Fernández, de acuerdo a lo expuesto en la parte considerativa de esta declarar no probada la excepción de prescripción.

SEGUNDO: Declarar la nulidad parcial del oficio NO 2-2016-001768, expedido por el Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA-, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho se condena al Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA- a pagar al demandante las prestaciones sociales consistentes en vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación por servicios, y los demás factores salariales que de conformidad con el decreto 415 de 1979 y demás normas concordantes, complementarias o afines que rijan la escala y remuneración salarial para un instructor de planta, todo, de acuerdo al tiempo y salario percibido en desarrollo del contrato 458 de 2015, con vigencia entre el dos (02) de febrero y el treinta (30) de noviembre de dos mil quince (2015), dineros que deberán ser indexados a la fecha en la cual quede ejecutoriada esta providencia.

CUARTO: Ordenar al Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA- que proceda a liquidar, tomando el ingreso base de cotización o IBC pensional del demandante, dentro de los periodos laborados por prestación de servicios, mes a mes, para que verifique si existe diferencia entre los aportes realizados por el señor Castrillón Fernández, como contratista, y los que se debieron efectuar, y en caso afirmativo cotizará al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En ese sentido, el demandante deberá acreditar ante el SENA las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

QUINTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Con fundamento en el artículo 188 del CPACA se condena en costas a cargo de la entidad demandada.

Por agencias en derecho se fijará la suma de trescientos treinta y ocho mil ochocientos pesos m/cte (\$ 338.800) equivalente al 10% de las pretensiones reconocidas, de conformidad con el artículo 3.1 .2 del Acuerdo 1887 de 2003, del Consejo Superior de la Judicatura, vigente para la fecha de interposición de ésta demanda, conforme lo dispone el artículo 7 del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016.

³ Fs. 304-319 c1

§17. El Juzgado fijó como problemas jurídicos:

“ si en este caso es procedente declarar la existencia de una relación laboral, por darse durante la ejecución de dichos contratos, los elementos constitutivos de este tipo de vínculos y, por tanto, si hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás derechos a que da origen una relación laboral, según la jurisprudencia del Consejo de Estado.

De encontrarse demostrado lo anterior, deberá analizarse con respecto a cada contrato si se presenta el fenómeno prescriptivo con respecto a todos o algunos de los derechos que emanan de la relación que así llegue a declararse’”

§18. La primera instancia ilustró las figuras del contrato de prestación de servicio como el desarrollo jurisprudencial del contrato realidad, indicando que para la configuración de éste deben acreditarse los tres elementos de la relación laboral: la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación o dependencia.

§19. El Juzgado en el caso concreto señaló:

§19.1. El actor suscribió 8 contratos de prestación de servicios, ocho entre 2010 a 2014 como supervisor, y el último del 2015 como instructor.

§19.2. **Se comprobó la prestación personal y continuada de los servicios**, según los contratos suscritos.

§19.3. **También se demostró la remuneración** pactada en los contratos de prestación de servicios.

§19.4. **Sobre la subordinación**, solo la encontró demostrada para el contrato suscrito en 2015 para las labores de instructor, pero no como supervisor entre 2010 a 2014, porque:

§19.4.1. Sobre los dos testigos allegados por la parte demandante:

- (1) La testigo Ángela María Arias Arias no observó personalmente las labores del demandante, no pudo definir el horario del demandante, y solo deducía los servicios del actor por lo que realizaban otros interventores;
- (2) El testigo Fernando Jiménez Ortégón, instructor del SENA: informó que los horarios de trabajo del demandante eran relativos y variados; observó las funciones del demandante de supervisor frente a sus compañeros; no señaló si el actor debía viajar como supervisor; e informó que el horario de los supervisores era flexible.
- (3) En el interrogatorio de parte, el actor señaló que prestó servicios docentes en otras entidades, lo que confirmaría la flexibilidad que tenía en el manejo del horario.

§20. Para el juzgado, no se demostró la subordinación en los servicios como supervisor porque: **(i)** la supervisión no supone el cumplimiento estricto de un horario; **(ii)** efectuaba visitas periódicas a las aulas de clase; **(iii)** el demandante era quien impartía instrucciones y directrices tendientes a asegurarse que se cumplieran los objetos contractuales por parte de otros contratistas; **(iv)** debía visitar a los instructores en los horarios y en los sitios destinados a la orientación de las clases; y, **(v)** “... en criterio del Juzgado no existen probanzas certeras que demuestren y lleven a la convicción que la parte actora estuvo sujeta a una subordinación en el ejercicio de sus tareas. Se extraña que al expediente no fueron aportados correos, circulares, memorandos u otro tipo de documentos o medios de prueba que estuvieran en su poder, para demostrar sin supuestos ni inferencias, que el señor Castrillón estuvo sometido a la subordinación del SENA a través de uno de sus agentes.”

§21. El juzgado sí encontró el elemento de la subordinación del contrato como instructor, porque: **(i)** el SENA tiene la función de formación profesional integral de los trabajadores (L. 119/1994, D.359/2000); **(ii)** la función de instructor del actor desarrolla la función del SENA; **(iii)** conforme a la naturaleza de los servicios y al contrato suscrito, la labor de instructor implica subordinación y dependencia; **(iv)** esto pese a que los testigos no dieron cuenta de la función que como instructor cumplió el demandante; **(v)** el demandante cumplía horario, de manera cotidiana; y, **(vi)** el demandante ejercía funciones como los empleados de planta.

§22. De esta manera, el juzgado encontró demostrada la relación laboral solo en cuanto al contrato celebrado en 2015 para las funciones de instructor, declaró parcialmente próspera la excepción denominada “inexistencia de los elementos propios del contrato realidad, consecuentemente inexistencia del vínculo o relación laboral”. Y anuló parcialmente el acto demandado, con el consecuente reconocimiento del pago de emolumentos prestacionales percibidos por el personal de planta que desarrollaba iguales funciones.

§23. No concedió los perjuicios morales como materiales porque no se acreditó que los haya sufrido el demandante. Tampoco la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías, pues el derecho a estas surge con la sentencia que declara una relación laboral.

§24. Sobre los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, el juzgado ordenó que el demandante deberá acreditar ante el SENA las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

§25. Negó el pago de las retenciones en la fuente por ser un tema ajeno a la contienda laboral.

§26. No se declaró probada la prescripción frente a la relación laboral demostrada, pues se desarrolló en 2015 y la demanda se presentó en 2016.

§27. Y condenó en costas a la parte demandada.

1.4. La apelación del demandante⁴.

§28. El accionante solicitó que se modifique la sentencia en los siguientes aspectos:

§29. **Debe hacer el reconocimiento de la relación laboral en los contratos suscritos para ser supervisor**, entre 2010 a 2014, basado en que la subordinación se demostró en estos aspectos: (i) los contratos en la calidad de supervisor como de instructor tenían las mismas cláusulas; (ii) los contratos prevén viáticos que constituyen salario según el artículo 17 de la Ley 50 de 1990; (iii) todos los contratos tenían cláusula de interventoría; (iv) los contratos prohibían la cesión; (v) los horarios del actor como instructor tenían que ser los mismos que los instructores supervisados, y las funciones implicaban la disposición total de tiempo.

§30. Se debieron conceder los perjuicios morales, porque se privó al actor de derechos laborales como cesantías y prestaciones.

§31. En la sentencia se declaró parcialmente la excepción de compensación, pese que la parte demandante renunció a la misma en la audiencia inicial.

§32. Desconocimiento de la imprescriptibilidad de los aportes al sistema de seguridad social, y disponer que al actor se le devuelvan los dineros pagados por este aspecto.

§33. La sentencia no debió ordenar que el demandante demuestre el pago de aportes a pensión, porque ya existe dichas constancias en el proceso.

§34. También debe ordenarse al SENA el pago de lo que erogó el actor por el pago de pólizas y del impuesto en la retención en la fuente.

1.5. La apelación de la demandada⁵

§35. La entidad pidió que se revoque la sentencia sobre estos razonamientos: **(i)** no se demostró el elemento de la subordinación; **(ii)** los contratos fueron para actividades temporales; **(iii)** no se evidenció que el actor cumpliera un horario; **(iv)** los testigos no dieron razón de la capacitación que daba el demandante como instructor; **(v)** debieron declararse prescritos los derechos anteriores al 5 de mayo de 2013, porque la demanda se presentó el 6 de mayo de 2016; y, **(vi)** no se podía ordenar que la indemnización a reconocerse se realice con las escala salarial para un instructor de planta, de acuerdo con el tiempo y el salario del contrato suscrito en 2015, porque no se puede equiparar a un contratista con un empleado de planta.

1.6. Alegatos

§36. Mediante auto del 7 de octubre de 2019, se admitió el recurso de apelación y se dispuso a correr traslado de alegatos, con los siguientes pronunciamientos:

⁴ fs. 335-345, c1

⁵ fs. 324-334, c1

§37. La parte actora⁶ rememoró los argumentos de la apelación, y adicionó que los perjuicios morales están establecidos por la espera que ha tenido que soportar el actor para el reconocimiento de sus derechos.

§38. La parte accionada⁷ recalcó que la parte demandante no demostró fehacientemente el cumplimiento de un horario ni que se le hayan expedido órdenes de trabajo, que demuestren la subordinación jurídica.

§39. El Ministerio Público permaneció silente.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§40. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 153 del CPACA.

2.1. Problemas Jurídicos

§41. ¿El señor Jeovanny Castrillón Fernández tiene derecho a que se declare la existencia de una relación laboral respecto al vínculo contractual como supervisor e instructor que tuvo con el SENA entre enero del 2010 hasta el mes de noviembre de 2015?

§42. ¿En caso afirmativo, es procedente el reconocimiento de las prestaciones reclamadas?

§43. ¿Se configuró en este caso la prescripción?

2.2. La subordinación como elemento diferenciador entre el contrato de prestación de servicios y la relación laboral

§44. Como se pasará a ver, en el contrato de prestación de servicios el contratista es autónomo e independiente, y ejecuta actividades ocasionales, extraordinarias, accidentales o que exceden temporalmente la capacidad organizativa y funcional de la entidad. En la relación laboral existe una subordinación jurídica del empleado. Entonces, “... *el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios.*”⁸

§45. Los contratos de prestación de servicios los suscriben las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento. Solo podrán celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Estos contratos no generan relación laboral ni prestaciones sociales. Y se celebran por el término estrictamente necesario. (art. 32.3 Ley 80/93)

⁶ fs. 7 a 19, c2

⁷ fs. 20 a 22, c2

⁸ C. Const. sentencia C-154 de 1997

§46. En el contrato de prestación de servicios el contratista es autónomo. Este contrato se suscribe para “...*aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los empleados públicos.*”-sft-⁹

§47. En contrapartida, la relación laboral se configura con tres elementos: **(i)** cuando una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra, natural o jurídica; **(ii)** bajo la continua dependencia o subordinación; y, **(iii)** mediante remuneración. (art. 22 CST). La declaración de la relación laboral es una garantía constitucional de la aplicación del principio de la primacía sobre las formalidades. (art. 53 CP)

§48. En la administración pública, la relación laboral se regula a través del contrato oficial de trabajo o del empleo público. En el empleo las personas tienen una vinculación legal o reglamentaria¹⁰. (Ley 909/04)

§49. La subordinación diferencia al contrato de prestación de servicios de la relación laboral. La subordinación que trata la ley es jurídica¹¹, o sea, el empleado consciente una relación jurídica de poder directivo del empleador:¹² “...*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...*”¹³,

§50. El demandante debe demostrar que se configuran los elementos de la relación laboral¹⁴.

2.3. Caso concreto

§51. El artículo 23 del CST señala los elementos esenciales de la relación laboral:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. 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

⁹ C.E. sent. mar. 3/11. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Rad 15001-23-31-000-1999-02528-01(0693-10).

¹⁰ Younes Moreno, D, (2013), derecho Administrativo Laboral, Bogotá, Editorial Temis S.A.

¹¹ Propuesto en Italia por LUDOVICO BARASSI en 1901

¹² QUINTANILLA ISLAS, Pedro Antonio. La subordinación en el derecho del trabajo. Universidad de Nuevo León. Diciembre de 2002.

¹³ C.E. sent. oct. 18/18 M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas. 66001-23-33-000-2012-00140-01(1607-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2124228>

¹⁴ C.E., sent. ene. 4/16. M.P. Gerardo Arias Monsalve. Exp. 0316-14. Igual sentido sent. may. 10/18. M.P. William Hernández Gómez. Rad. 47001-23-33-000-2014-00123-01(3257-16). <http://anterior.consejodeestado.gov.co/SENTPROC/F47001233300020140012301S2PARAADJUNTARSENTENCIA20180517110831.doc>

mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2.3.1. El demandante prestó sus servicios personales remunerados a la demandada

§52. El señor Jeovanny Castrillón Fernández prestó los servicios personales remunerados para el SENA de la siguiente manera:

Número del contrato	Fecha de Inicio	Fecha Final	Prestación de servicios personales como	Remuneración mensual
79	26/01/2010	25/12/2010	Interventoría de instructores	\$2.483.250
82	10/02/2011	30/06/2011	Control e interventoría de instructores	\$2.852.580
119	07/07/2011	23/12/2011	Interventor de contratistas o convenientes	\$2.582.578
80	31/01/2012	29/06/2012	Interventor de los contratistas instructores	\$2.900.000
143	04/07/2012	31/12/2012	Supervisión de los contratos de instructores	\$2.900.000
158	18/01/2013	31/12/2013	Supervisión de los contratos de instructores	\$3.100.000
453 y modificación	17/01/2014	31/12/2014	Apoyo a la supervisión de los contratos de instructores	\$3.193.000
458	27/01/2015	30/11/2015	Instructor en el área de contabilidad y finanzas	\$3.269.426

§53. Los contratos cuentan con soportes de pólizas de cumplimiento, como constancias de cumplimiento por parte del interventor del contrato y de los pagos.

2.3.2. De la subordinación jurídica

§54. En materia de relación laboral, el aspecto más problemático es la evidencia de subordinación jurídica.

§55. La sentencia de unificación del Consejo de Estado del 9 de septiembre de 2021 señaló que el indicio más relevante para identificar la relación laboral es la **SUBORDINACIÓN CONTINUADA**;

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

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

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

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

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

§56. Al respecto, la sentencia del 7 de julio de 2022¹⁵ del Consejo de Estado señaló la necesidad de “... *la demostración del elemento subordinación, acorde con criterios que rigen la actividad probatoria, pueden ser acreditados a través de documentos, y testimonios de terceros, imparciales y directos que hubieren presenciado directamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron desarrolladas las actividades realizadas por el demandante en cumplimiento de los contratos celebrados con la entidad demandada, pues se hace indispensable para el fallador obtener certeza de la constante sujeción a normas, reglamentos y directrices del contratante que impidan al contratista actuar con total libertad en el cumplimiento del objeto contractual*”

§57. La prueba puede ser directa: “... *pruebas documentales que demuestren claramente el elemento de subordinación, Vr.gr., llamados de atención, memorandos, sanciones, felicitaciones, investigaciones disciplinarias* etcétera, que permitan afirmar que dependía del superior jerárquico, recibiendo órdenes continuas y realmente subordinadas...”¹⁶ -sft-

§58. Pero deben ser apreciadas junto con las demás pruebas obrantes: “... *también lo es, que tal elemento debe ser apreciado con el conjunto de las pruebas obrantes (testimonios y documental) como uno de los indicios que contribuyen a la convicción del Juez sobre la situación fáctica materia de conocimiento.*”-sft-¹⁷

§59. Dentro del catálogo de indicios se pueden identificar:

§59.1. **Cláusulas del contrato:** cuáles claramente señalan control: “desempeñar las demás funciones que señale el supervisor”, “acatar instrucciones...”

§59.2. **En cargos de nivel asistencial** (manual de funciones, Decretos 1335 de 1990 para el sector salud, y en general en los Decretos 1569 de 1998 y 785 de 2005, y clasificación de empleos del SENA): uso de uniforme y distintivo, transporte al trabajo por la entidad, cargos que no requieren conocimientos específicos o especializados.

§59.3. **Ejercicio de funciones permanentes:** (i) **criterio funcional:** Por ser labores del ejercicio ordinario de las funciones legales y constitucionales de la entidad, que deben ejecutarse por regla general por un empleo público; (ii) **criterio de igualdad:** por ser labores desarrolladas por personal de planta; (iii) **criterio temporal o de la habitualidad:** por cumplimiento de horario, realización frecuente de la labor, contratación permanente de una misma persona; (iv) **criterio de excepcionalidad:** cuando son actividades nuevas o transitorias por recargo de trabajo, son del giro ordinario de la entidad; si pueden realizarse con personal de planta para labores ocasionales, extraordinarias, accidentales, o labores que

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia 7 de julio de 2022, radicado 2015 00183 01 (1023–2017); C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

¹⁶ 20130207 SECCION SEGUNDA- SUBSECCION “B”- Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00653-01(2696-11); 20120216 CONSEJO DE ESTADO SECCION SEGUNDA SUBSECCION “B” Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ Radicación número: 69001-23-31-000-2003-02588-01(1961-11)

¹⁷ 20130207 SECCION SEGUNDA- SUBSECCION “B”- Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00653-01(2696-11); 20120216 CONSEJO DE ESTADO SECCION SEGUNDA SUBSECCION “B” Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ Radicación número: 69001-23-31-000-2003-02588-01(1961-11)

temporalmente que excedan la capacidad organizativa y funcional; o requieren conocimientos especializados; y, **(v) criterio de continuidad:** contratación permanente para funciones del giro ordinario de la entidad.

§59.4. **Conjunto de aspectos de índole administrativa:** **(i) horario:** solo modificable por otras personas, cuadros de turnos impuestos por otras personas, disponibilidad permanente, cumplir labores en igualdad de condiciones que los empleados; **(ii)** presentación de informes estrictos; **(iii)** recibir instrucciones de superiores; **(iv)** realizar funciones con implementos dados por el contratante.

§60. En el presente caso, debido a que la parte demandante prestó servicios en dos funciones, supervisor e instructor, se hará el estudio de cada caso:

2.2.1.1. De los servicios de supervisión prestados entre 2010 a 2014

§61. **Sobre las funciones del actor como supervisor,** no se encuentra demostrada la subordinación continuada, como lo señaló la sentencia de primera instancia, porque:

§61.1. **Cláusulas del contrato:** Como se verá, de las cláusulas del contrato no se evidencia el elemento de subordinación laboral. En efecto, el demandante señala que las siguientes cláusulas demuestran una relación laboral: **(i) gastos de transporte o viáticos:** en este proceso no se demostró que el actor percibiera estos emolumentos, por lo que no se demostró su permanencia, como lo señala el artículo 130 del CST, “...*Los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que sólo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación...*”; **(ii) cláusulas iguales en los contratos de supervisión e interventoría:** este cargo es genérico, porque la parte demandante no precisa cuáles son las cláusulas que implican subordinación en ambos contratos; **(iii) prohibición de cesión:** sobre esta previsión, no es única de los contratos laborales, como los contratos de arrendamiento; **(iv) cláusulas sobre cronogramas y vigilancia constante de actividades:** según los contratos revisados, este seguimiento de cronograma era la función que debía ejercer el supervisor frente a los instructores para “... *a efectos de solicitar en su oportunidad una eventual prórroga, adición, modificación o suspensión, la cual debe estar debidamente justificada y suscrita por el contratista, con el concepto técnico del interventor o supervisor del contrato...*”; **(v) prohibición de apartarse del cronograma de actividades:** sí se observan en los contratos de 2010 y 2011 que el contrato exigía que “...*El CONTRATISTA no podrá apartarse de los cronogramas y especificaciones que hacen parte del presente contrato, sin autorización escrita del CONTRATANTE y el concepto previo de la INTERVENTORIA...*”, pero este concepto no se refiere al horario.

§61.2. **Criterio funcional:** según el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, la supervisión de los contratos es ejercida por la misma entidad cuando no requieran de conocimientos especializados: “... *las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda. La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el*

cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.”

§61.3. En este caso concreto, en los documentos precontractuales se dejó la constancia que la entidad requería la contratación de personas especializadas para la función de supervisores, porque no contaba con personal suficiente ni con la especialización para realizar la interventoría de los contratos de los instructores. El demandante tiene especialización en auditoría en finanzas.

§61.4. **Criterio de igualdad:** En las justificaciones precontractuales la entidad señaló que no contaba con suficiente personal de planta para ejercer la supervisión de los instructores. En el Decreto 1426 de 1998, sistema de nomenclatura de empleos del SENA, los cargos de nivel técnico tienen labores de supervisión – art.2.f-. Pero en la planta de cargos no se encontraba el cargo de supervisor o interventor. (Decretos 1424 y 1426 de 1998, 250 de 2004, 2989 de 2008 y 4591 de 2011). Frente a esta situación los testigos sí señalaron que en la institución existían otros supervisores, sin aclarar si eran de la planta de personal.

§61.5. **Criterio temporal o de la habitualidad: (i) horario:** sobre este tópico ninguno de los testigos pudo afirmar que el demandante cumpliera un horario, porque Ángela María Arias no le constaron personalmente las labores hechas por el actor¹⁸, el testigo José Fernando Jiménez Ortegón¹⁹ afirmó que el horario del supervisor era flexible y podía disponer de manera discrecional, lo que corroboró el actor en su interrogatorio de parte; **(ii) contratación permanente de una misma persona:** este criterio sí se cumple, porque el actor fue contratado entre 2010 a 2014 para labores de supervisión.

§61.6. **Criterio de excepcionalidad - criterio de continuidad:** en cuanto a este aspecto, las actividades desarrolladas por el actor, sí eran del giro ordinario de la entidad, pero las justificaciones de los contratos señalaron que requieren conocimientos especializados. Esto se corrobora porque la labor de supervisión en el manual de funciones es del nivel técnico y no profesional o especializado.

§62. Para demostrar la subordinación en los servicios de supervisión del actor, también se allegaron dos testimonios:

§63. La testigo Ángela María Arias²⁰ quien declaró: **(i)** la declarante laboró del 2010 al 2015 en el SENA; **(ii)** solo se refirió a las labores de supervisor o interventor del demandante y no como instructor; **(iii)** el demandante laboraba en un centro y la declarante ejercía sus funciones en otros municipios y sedes; solo se encontraba con el demandante en reuniones una vez a la semana; y, **(iv)** no le constan los servicios de interventoría que hacía el actor, solo se basó en las funciones de otros supervisores.

¹⁸Minuto 22:33 de la videgrabación visible a folio 277.

¹⁹Este testimonio se encuentra entre los Minutos 31:40 de la videgrabación visible a folio 277 del expediente.

²⁰Minuto 22:33 de la videgrabación visible a folio 277.

§64. El señor José Fernando Jiménez Ortégón ²¹ depuso: **(i)** el declarante fue instructor del SENA por 8 años, entre 2011 a **2014**, o sea, cuando el demandante era supervisor y un año antes que el demandante fuera instructor; **(ii)** informó que el demandante fue interventor de contratos; **(iii)** el accionante no fue el supervisor del testigo; **(iv)** en general el testigo describió que los interventores supervisaban las horas que los instructores cumplían; **(v)** afirmó que el demandante se dirigía a los salones para verificar que el instructor cumpliera las capacitaciones; **(vi)** se dio cuenta del número de instructores a cargo del demandante, por las reuniones mensuales que tenían todos en el SENA; **(vii)** le consta que el demandante visitaba otros municipios a ejercer la interventoría; **(ix)** el horario de los demandantes era relativo por los municipios que visitaban; y, **(x)** señala que los interventores tenían una oficina en el SENA.

§65. En el interrogatorio de parte del actor aceptó que mientras fue supervisor del SENA dio clases en otras instituciones. ²²

§66. De lo analizado, solamente se allegaron los documentos contractuales y las declaraciones, que no son concluyentes con la existencia de una continuada subordinación del demandante en los servicios de supervisión en el SENA. En efecto, en las pruebas solamente se constata que existió el **Criterio temporal o de la habitualidad**, respecto a la **contratación permanente de una misma persona**, porque el actor fue vinculado entre 2010 a 2014 para labores de supervisión.

2.3.2.1. De los servicios de instructor prestados en 2015

§67. Como se observará, la Sección Segunda del Consejo de Estado no presume la subordinación de los instructores docentes del SENA, por lo que los elementos de la subordinación deben ser demostrados.

§68. En efecto, las sentencias del 30 de enero de 2020 de tutela de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, y del 20 de enero de 2022 de la Subsección A, aclararon que la Sección Segunda no presume que exista subordinación en el caso de los instructores docentes del SENA: “[E]l accionante considera que el fallo objetado desconoció el precedente jurisprudencial vertical, emanado de la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado proferida el 10 de septiembre de 2014 (...) la Sala observa que en dicha providencia se accedió a las pretensiones formuladas por el demandante, efectuando una asimilación de su labor como instructor del SENA a la de los maestros, pues se indicó que al tratarse de docentes el elemento de la subordinación se considera connatural o inherente al ejercicio de dicha actividad, por lo cual era suficiente allegar las órdenes de prestación de servicios docentes para inferir la existencia de una verdadera relación laboral subordinada. Para la Sala, contrario a lo manifestado por el accionante, la decisión antes descrita no resulta vinculante para el Tribunal demandado, ya que si bien es cierto resuelve un asunto de similares contornos fácticos, no corresponde a la posición actual de la Sección Segunda de esta Corporación, tribunal de cierre en asuntos laborales administrativos, ya que ambas subsecciones han optado por aplicar una subregla de derecho distinta, según la cual ‘en esta clase de asuntos la carga de la prueba corresponde a quien pretende demostrar la existencia

²¹ videograbación visible a folio 277 del expediente.

²² videograbación visible a folio 277 del expediente.

de la relación laboral’, pues se debe demostrar de forma contundente los elementos del contrato realidad, particularmente, la subordinación continuada.”

§69. Conforme al artículo 4 de la Ley 119 de 1994, el Sena tiene como dos de sus funciones: “... *Impulsar la promoción social del trabajador, a través de su formación profesional integral, para hacer de él un ciudadano útil y responsable, poseedor de valores morales éticos, culturales y ecológicos... Organizar, desarrollar, administrar y ejecutar programas de formación profesional integral, en coordinación y en función de las necesidades sociales y del sector productivo.*”

§70. Mediante el contrato 458 de 2015 el SENA contrató al demandante para la: “*Prestación de servicios personales de carácter temporal, como instructor, por periodo fijo, para la ejecución de acciones de formación profesional, virtuales y/o presenciales, en el Centro de Comercio y Servicios, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos y diseño de actividades de aprendizaje, en el área de Contabilidad y Finanzas.*”-sft-

§71. En el archivo administrativo del actor se encuentran las constancias de los supervisores sobre la prestación de servicios.

§72. El cargo de instructor se encuentra dentro de la planta de personal del SENA vigente para las fechas de contratación. -Decretos 1424 y 1426 de 1998, 250 de 2004, 2989 de 2008 y 4591 de 2011-

§73. En el manual específico de funciones, requisitos mínimos y competencias laborales para los empleos de la planta de personal del Sena, contenido en el Decreto 986 de 27 de mayo de 2007 (vigente entre 2007 y 2015), el cargo de instructor hace parte de dicha planta, con la descripción de las siguientes funciones:

“II. PROPÓSITO PRINCIPAL

Desarrollar procesos de Formación Profesional de conformidad con las Políticas Institucionales, la Normatividad vigente y la Programación de la Oferta Educativa.

III. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES

INSTRUCTOR:

Seleccionar estrategias de enseñanza – aprendizaje – evaluación según el programa de Formación Profesional y el enfoque metodológico adoptado.

Seleccionar ambientes de aprendizaje con base en los resultados propuestos y en las características y requerimientos de los aprendices.

Orientar los procesos de aprendizaje según las necesidades detectadas en los procesos de evaluación, metodologías de aprendizaje y programas curriculares vigentes.

Programar las actividades de enseñanza – aprendizaje – evaluación de conformidad con los módulos de formación y el calendario institucional y el Manual de Procedimientos para la ejecución de acciones de Formación Profesional.

Reportar información académica y administrativa según las responsabilidades institucionales asignadas.

Evaluar la formación de los aprendices durante el proceso educativo de acuerdo con le [sic] Manual de Evaluación vigente.

Las demás que le sean asignadas por la autoridad competente de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área del desempeño del empleo. (...)”

§74. Las anteriores atribuciones guardan similitud con las siguientes previstas en el contrato: “**8)** Permanecer identificado con su carné dentro de las instalaciones del SENA y dictar las clases con el delantal u overol que le hayan sido sugeridos por la Subdirección de Centro, cuando así se requiera. **9)** Deberá promover entre sus aprendices y velar por el cumplimiento de las normas de seguridad industrial. ... **11)** Efectuar y demostrar el oportuno y correcto registro de las matrículas, evaluaciones y demás novedades de los aprendices y programas de formación bajo su responsabilidad, en los aplicativos con los que cuenta el SENA para tal fin, así como diligenciar y presentar oportuna y correctamente los formatos del Sistema de Mejora Continua Institucional, de acuerdo a las disposiciones normativas y Directrices internas que regulen estos aspectos. Esta obligación será requisito para el pago. **12)** Participar activamente, impulsar, compartir y estimular a los aprendices en los procesos de formulación, elaboración, ejecución y seguimiento de los proyectos de aprendizaje. **13)** Podrán conformar los equipos de desarrollo curricular interdisciplinarios por programa o conjunto de programas por redes tecnológicas, para garantizar integralidad en la formulación de proyectos formativos, el diseño de actividades de aprendizaje, el diseño de talleres e ítems que alimentarán los bancos de pruebas para la selección de aprendices, entre otras. **14)** Participar en la programación y ejecución del proceso de inducción de aprendices y el reconocimiento de aprendizajes previos siempre y cuando cumpla con el objeto contractual de ejecutar acciones de formación diferentes a la inducción. **15)** Reportar en el sistema Sofia Plus en un plazo máximo de 3 días, todas las actividades que de acuerdo con los procesos que son de su responsabilidad, garantizando la calidad de la información y su coherencia con el proceso formativo, tales como: Registro de los juicios evaluativos; Creación de rutas y asociación de aprendices; Registro de juicios evaluativos del reconocimiento de aprendizajes previos; Comunicar al Coordinador Académico oportunamente anomalías, inconsistencias, novedades de aprendices y hallazgos en el registro de la información. **16)** El Coordinador Académico del centro podrá designarlo como gestor de proyectos para apoyar la programación y seguimiento de la formación por proyecto o conjunto de proyectos por redes tecnológicas que garanticen la integralidad en la ejecución del proceso de aprendizaje...”

§75. En principio, estas funciones denotarían una sujeción y dependencia de quien ejerza ese cargo, al propio tiempo que corroborarían que no puede existir coordinación para el desarrollo de una presunta relación contractual para desempeñar esa labor, puesto que se trata de funciones que atañen a la esencia de la entidad demandada.

§76. Sin embargo, la sentencia del 3 de marzo de 2022 del Consejo de Estado aclaró que no siempre la vinculación de instructor implicaba una relación laboral: “... la vinculación de instructores es una actividad de especial importancia para la entidad, por ser indispensable para la ejecución de su objeto principal y que esta puede darse a través de una relación legal y reglamentaria, como empleado público de carrera administrativa o provisional, o mediante contrato de prestación de servicios, pues ello ha sido permitido y reglamentado por el Estatuto de Contratación y los manuales de funciones y circulares expedidos por el Sena.”²³

²³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ Bogotá D.C., tres (3) de marzo de dos mil veintidós (2022) Radicación: 25000 2342 000 2013 06886 01 (4927-2015) y Consejo de Estado, Sección Segunda rad. 2016-00214

§77. De esta manera, por desarrollarse funciones de la entidad -criterio funcional-, o por existir instructores en la planta de personal -criterio de igualdad- evidenciados en los documentos contractuales, no son suficientes para comprobar la subordinación continuada.

§78. Además, los testigos de cargo de la parte demandante únicamente se refirieron a las labores del actor como supervisor, y no como instructor. Así, no se demostraron criterios como temporalidad o habitualidad en el horario; ni aspectos administrativos que indicarían la subordinación continuada.

§79. De la sola documentación precontractual, contractual y postcontractual, no se puede demostrar la subordinación continuada, debido a que el contrato como instructor sólo lo fue por una sola ocasión en el año 2015, y esto no permite determinar que la contratación del accionante cumple con los criterios de continuidad ni de excepcionalidad.

§80. Así lo ha establecido últimamente las dos subsecciones del Consejo de Estado:

§80.1. En sentencia del 3 de marzo de 2022²⁴ la Subsección A precisó: *“En lo concerniente a (iii) la subordinación, como último elemento de la relación laboral, la Sala advierte que no obran en el plenario documentos que permitan determinar una prestación continua y dependiente, ya que los solos contratos de prestación de servicio no son suficientes para determinar la existencia o no de la relación laboral... no obran elementos de convicción, que permitan colegir que la función como instructor fue de manera continua y dependiente, si bien se observa a través de los diferentes contratos de servicios, las horas programadas para tal fin, de ello no se deduce la subordinación, que se exige para estos casos...”*-sft-

§80.2. La sentencia del 3 de octubre de 2022 de la Subsección B decidió: *“Pues bien, a partir de la lectura del objeto de los distintos contratos de prestación de servicios suscritos por el actor con el Sena, así como del análisis de las declaraciones presentadas por los cinco testigos, esta Sala, contrario a lo considerado por el a quo, no logra determinar que la entidad demandada hubiese ejercido en el actor una influencia decisiva sobre las condiciones en que este llevó a cabo sus actividades profesionales. En efecto, aunque el direccionamiento o control de las actividades del actor se pretende probar con los testimonios de los señores ... lo cierto es que el conjunto de ellos, lejos de representar circunstancias que demuestren la presunta existencia de esas conductas subordinantes, evidencian que las condiciones en las que el señor Vera Bermúdez llevó a cabo sus labores corresponden a las propias de la profesión instructiva.”*

§81. En igual sentido se pronunció este Tribunal en sentencia del 19 de julio de 2022²⁵, Magistrado ponente Dr. Augusto Morales Valencia: *“En el caso concreto, ninguna de estas situaciones encuentra acreditación al menos sumaria en la prueba documental traída al expediente, a lo que ha de sumarse que la parte demandante desistió del testimonio de los señores ... mientras que en el caso del señor ..., pese a*

²⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ Bogotá D.C., tres (3) de marzo de dos mil veintidós (2022) Radicación: 25000 2342 000 2013 06886 01 (4927-2015)

²⁵ Expediente 17001233300020180020200

ser citado, no asistió a la audiencia de pruebas y tampoco presentó excusa, por lo que el magistrado sustanciador dispuso prescindir de su declaración.”

§82. De esta manera, la parte actora no demostró la existencia de la subordinación continuada en la prestación de servicios de instructor en el año 2015.

En síntesis, el accionante no demostró el elemento de subordinación continua en los contratos que celebró como supervisor e instructor en el SENA, y de esta manera, se declarará probada la excepción de “Inexistencia los elementos propios del contrato realidad, consecuentemente inexistencia del vínculo o relación laboral” propuesta por el SENA y se negarán las pretensiones de la demanda.

2.4. Costas en ambas instancias

§83. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado²³especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

“...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.

§84. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicando que en todo caso, se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§85. Se analiza que la parte demandante fundamentó nutridamente de argumentos de principios, normativos y jurisprudenciales, y se demostró la diligencia en la vía administrativa como judicial.

§86. Lo anterior, acogiendo la postura del Consejo de Estado, en un caso donde revocó la condena en costas impuesta por este Tribunal así:

“(…) 50. La jurisprudencia de la Sala⁵⁵ en materia de costas procesales, ha precisado que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, la cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

51. En el caso, la Sala haciendo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echa de menos alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandante, quien dentro de sus facultades hizo uso de su derecho de acción. Por ello, esta sentencia se abstendrá de condenar al vencido. (...)”

§87. De esta manera, al no encontrarse una generación de expensas que justifiquen su imposición, no se condenará en costas y agencias en derecho a la parte demandante en ambas instancias.

§88. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1988.

§89. Por lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO. DECLARAR probada la excepción de "inexistencia de los elementos propios del contrato realidad, consecuentemente inexistencia del vínculo o relación laboral" propuesta por el SENA.

SEGUNDO. REVOCAR la sentencia proferida el 11 de junio de 2019 por la Señoría del Juzgado Primero Administrativo del circuito de Manizales, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Jeovanny Castrillón Fernández contra el Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA.

TERCERO. NEGAR las pretensiones de la demanda.

CUARTO: NO SE CONDENA EN COSTAS en ambas instancias.

QUINTO: Ejecutoriada esta sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso. Remítase de la sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Lindelia Valencia Franco
Demandado: NACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO- DEPARTAMENTO DE CALDAS
Radicación: 170013339-0008-2018-00021-02
Acto judicial: Sentencia 53

Manizales, ocho (08) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Proyecto aprobado en sala de la presente fecha.

ASUNTO

§01. **Síntesis:** La parte demandante docente solicita el reconocimiento de la prima de mitad de año consagrada en la Ley 91 de 1989. El juzgado de primera instancia negó las pretensiones y condenó en costas. La parte demandante apeló para que se concedan las pretensiones. La sala confirma la sentencia.

§02. Procede la Sala del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 26 de agosto de 2020 proferida por la Señoría del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** interpuesto por **MARÍA LÍNDELIA VALENCIA FRANCO** en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, que negó las pretensiones.

1. Antecedentes

1.1. La Demanda ¹

§03. El acto pretende la nulidad de la **Resolución 5628-6 del 26 de julio de 2017**, expedida por el Departamento de Caldas, el cual denegó el **reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, conforme lo establece la Ley 91 de 1988**.

¹ (¹ (Exp J8, 01)

§04. En restablecimiento del derecho, solicitó se reconozca y pague la prima de prima de mitad de año a que tiene derecho por ser pensionado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y que no tuvo derecho al reconocimiento de la pensión gracia, por haber sido nombrado con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 o de vinculación nacional conforme lo establece el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

§05. Expuso que a la actora le fue reconocida pensión de Jubilación mediante Resolución N 2172 del 30 de julio de 2012.

§06. Manifestó que conforme lo preceptúa el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, por haber sido nombrado con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 y no ser acreedor de la pensión gracia establecida en la Ley 114 de 1913; y devengar pensión de jubilación.

§07. Señaló que elevó petición radicada con el número SAC 2017PQR10080 del 30 de junio de 2017, en aras de solicitar el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, misma que fue denegada a través de la Resolución 5628-6 del 26 de julio de 2017.

§08. Consideró como violados los artículos 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política; artículo 56 de la Ley 962 de 2005; 56 del Decreto 2831 de 2005; 15 de la Ley 91 de 1989

§09. Expresó que se vulneró el artículo 13 de la Constitución Política, al denegar el reconocimiento y pago **de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, contemplada en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989, para los docentes que se encuentran pensionados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no tuvieron derecho a la pensión gracia por haber sino nombrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980** o por ser nombrados docentes nacionales. Esta prima fue creada como una compensación por la pérdida al derecho a la pensión gracia.

§10. Epilogó que el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 creó una mesada adicional para los pensionados contemplados en dicho ibídem, no tiene relación con la prima de mitad de año creada en la Ley 91 de 1989, para los docentes que no tuvieron derecho a la pensión gracia.

2. Contestación de la Demanda²

1.2.1 Ministerio de Educación

§11. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y adujo no constarle los hechos aludidos en la demanda.

§12. **Propuso los siguientes medios exceptivos:**

§13. **Falta de Integración del contradictorio- Litisconsorcio Necesario:** Los municipios y los departamentos en consideración de lo dispuesto en la ley 715 de 2001, recibirán directamente todos los recursos de la participación para educación y tendrán la totalidad de la responsabilidad de la administración del recurso humano.

§14. **Ineptitud Sustancial de la Demanda por Falta de Legitimación en la causa por pasiva de la Nación- Ministerio de Educación Nacional:** la ley orgánica 715 de 2001 fijó en las autoridades territoriales la competencia de prestar el servicio educativo y, administrar, escoger y nombrar a los docentes. Por tal razón el Ministerio de educación nacional no presta el servicio educativo, ni administra plantas de personal docentes, y no es empleador de los docentes del Magisterio.

§15. **Inexistencia del demandado- falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de Competencia del Ministerio de Educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado.** El procedimiento de reconocimiento y pago de esta obligación se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria administradora del Fondo.

§16. **Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica:** no le asiste derecho a reclamar la referida prima de servicios, atendiendo a que la ley 91 de 1989 no creó dicho factor salarial a favor de los docente.

§17. **Prescripción:** solicitó sea declarada de aquellos derechos económicos reclamados, que superen el lapso de los 3 años desde que se hizo exigible la obligación.

§18. **Buena Fe:** la entidad ha obrado con estricto apego a la Ley aplicable al caso.

§19. **Genérica**

1.2. CONTESTACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS²

§20. Se opuso a la totalidad de las pretensiones y adujo no constarle los hechos aludidos en la demanda.

§21. Expuso que solo le corresponde el trámite de los reconocimientos y pagos de la pensión de Jubilación ante el FOMAG.

§22. Señaló que, conforme al inciso 8 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, el actor no tiene derecho a la mesada pensional, toda vez que la pensión es de más de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y no se encuentra dentro de las excepciones previstas en la norma citada.

§23. **Propuso los siguientes medios exceptivos:**

§24. **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** Explicó que de acuerdo a lo previsto en la ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es la entidad que tiene a cargo el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de la demandante.

² (² (Exp J8, 01)).

§25. **Inexistencia de la obligación.** Describe que no le asiste la obligación del reconocimiento o pago de las obligaciones solicitadas toda vez que conforme al Acto Legislativo 01 de 2005, las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente acto no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año.

§26. **Buena fe:** La entidad ha realizado los actos con debido diligenciamiento, notándose la existencia, en todo caso, de la buena fe de la entidad.

§27. **Prescripción:** De ser acogida solicitó se declare sobre las mesadas pensionales susceptibles del medio extintivo conforme lo señala el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 de 1965.

§28. La parte actora a través de escrito visible a folio 77-86, c1, se pronunció sobre las excepciones formuladas.

1.3. Sentencia apelada³

§29. En pasado 26 de agosto de 2020 el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, dictó sentencia, negando a las pretensiones de la parte actora, las que pasan a relacionarse:

“PRIMERO. -NEGAR la solicitud elevada por la Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, denominada “FALTA DE INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO -VINCULACIÓN DE LITISCONSORTE”; por lo expuesto en la presente providencia.

SEGUNDO. -DECLARAR PROBADAS las excepciones de “FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA, FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA” y “PRESCRIPCIÓN”, propuestas por la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS.

TERCERO. -NEGAR las pretensiones de la demanda dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaurado por la señora MARÍA LINDELIA VALENCIA FRANCO en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE CALDAS.

CUARTO. -CONDENAR EN COSTAS a la parte actora y a favor de Nación – Ministerio de Educación –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya liquidación se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso. FÍJESE por concepto de agencias en derecho, también a cargo de la parte demandante y a favor de la accionada la suma de

³ (Exp J8, 08)

\$100.000, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.”

§30. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó los siguientes problemas jurídicos:

“1 La demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989 artículo 15 numeral 2º en su condición de pensionada del magisterio?

2. ¿Son correspondientes la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989 artículo 15 numeral 2º y la mesada adicional para pensionados o “mesada catorce” contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993?

3. ¿En caso de prosperar las pretensiones cual es la entidad encargada de reconocer y pagar la prima de mitad del año al docente pensionado?

4 ¿En caso de tener derecho al reconocimiento solicitado, ¿se configura la prescripción del reconocimiento solicitado por la demandante?

§31. El juzgado analizó el régimen jurídico contemplado en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, concerniente al reconocimiento de la mesada adicional para pensionados, conocida como mesada catorce; y al análisis de constitucionalidad conforme al pronunciamiento jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-409 de 1994; además de las modificaciones realizadas a la norma ibídem, introducidos en la Ley 238 de 1995; el régimen del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y acto legislativo 01 de 2005, éste última que eliminó dicha mesada en todos los regímenes pensionales; y al pronunciamiento sobre dicho tópico por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado.

§32. Conforme a los presupuestos normativos y jurisprudenciales precitados, el juzgado consideró que el Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la mesada catorce a partir del 25 de julio de 2005, pero determinó quienes se hacían acreedores de la misma como excepción prevista en la misma.

§33. Expuso en cuanto a la procedencia de la prima de mitad de año o mesada 14 de los docentes pensionados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, que debe tenerse en cuenta la fecha de adquisición del status pensional, y el monto de la mesada adicional pensional que percibe, esto es, si es inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

§34. Señaló que la parte demandante adquirió el status jurídico de pensionado el 14 de agosto de 2011; esto es, con posterioridad al 25 de Julio de 2005, fecha a partir de la cual entró a regir el aludido Acto legislativo 01 del 22 de Julio de 2005. Además, tampoco se encuentra dentro de la excepción contemplada, ya que la fecha de adquisición del status es posterior al 31 de julio de 2011 y su mesada pensional fue reconocida en una cuantía de 1.871.549, suma superior a los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para el año 2014. En consecuencia, denegó las pretensiones de la demanda, y condenó en costas a la parte accionante.

1.4. Apelación de Sentencia ⁴

§35. La parte actora impugnó la decisión de primera instancia

§36. La parte demandante reclamó la revocatoria de la decisión de primera instancia, resaltando que la demanda pretende el reconocimiento y pago de la **prima de mitad de año con base en el literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989**, la cual es diferente a la mesada adicional cuyo pago es en el mes de junio de cada año, establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

§37. Así, el origen de las mesadas aludidas corresponde a situaciones y poblaciones distintas, esto es, la primera alude a la prima de mitad de año para los docentes que perdieron el derecho a la pensión gracia, constituyéndose en una compensación por la pensión perdida; y, en cambio, la prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, buscó compensar a los pensionados con anterioridad a la Ley 71 de 1989, respecto a las pensiones reajustadas en un porcentaje inferior al salario mínimo.

§38. Aludió a los preceptos jurisprudenciales contemplados en la sentencia C-409 de 1994 y C-461 de 1995, en cuanto a los reajustes de las mesadas pensionales previstas en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, era aplicable a aquellos docentes que no tenían pensión gracia y los vinculados con posterioridad estaban regidos por el artículo 15 numeral 2 literal B, que les deba el derecho a una prima de mitad de año equiparable a la Ley 100 de 1994 mas no igual.

§39. Planteó que conforme con lo previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y en aplicación al artículo 15 numeral 2 de la Ley 91 de 1989, los vinculados con posterioridad al 1 de enero de 1981, cuentan con un beneficio asimilable a la mesada adicional establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993. Esto es, la prima de medio año, cuyo monto es el equivalente al de la mesada adicional contemplado en el régimen general de pensiones.

§40. Describió que el acto legislativo 01 de 2005, terminó con la mesada 14 creada por la Ley 100 de 1993, y estableció una transición, determinando que dicho beneficio no se otorgaría a los docentes vinculados con anterioridad al 1 de enero de 1981 que no tuvieran pensión gracia, sin embargo no acabó con la prima de mitad de año establecida por la literal b numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989, toda vez fue creada como estímulo para aquellos docentes que perdieron el derecho a la pensión gracia.

§41. Señaló que conforme a la Ley 812 de 2003 los docentes vinculados al sector educativo antes de junio de 2003 continuarán con el régimen pensional anterior y los de vinculación posterior continuaran con el nuevo régimen pensional contenido en la ley 100 se pensionaran con 57 años.

§42. Concluyó que la Ley 91 de 1989 no fue modificada en ninguno de los apartes por el acto legislativo 01 de 2005, y sigue vigente en su integralidad, por tanto, la prima de mitad de año, debe ser reconocida a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio vinculados con a partir del 1 de enero de 1989.

⁴ (Exp J8, 10)

1.6. Alegatos de Segunda Instancia e intervención del Ministerio público

§43. La parte demandante, las demandadas y el Ministerio Público permanecieron silentes.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§44. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforma al artículo 153 del CPACA⁵.

§45. “...(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”⁶

§46. En razón de lo anterior, es competencia de esta instancia resolver la inconformidad de la parte demandante aludida en el escrito de impugnación.

2.2. Problema Jurídico

§47. ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional conforme lo prevé el numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

2.3. Lo Probado en el proceso

§48. Mediante la **Resolución 2172 del 30 de abril de 2012**, se reconoció la pensión de jubilación por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a favor de Jairo Arango Vasco, en cuantía de \$1.871.549, a partir del **14 de agosto 2011**.⁷ Se tuvo en cuenta un tiempo laborado del 1991/07/15 al 2011/08/14. También que la parte actora nació en 1953/08/14.

⁵ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

⁷ (Exp J8, 01).

§49. Por la solicitud **con radicación 2017PQR10080 del 30 de junio de 2017**, elevada ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo de Prestación Social del Magisterio, la parte actora solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, contemplada en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

§50. En la Resolución 5628 del 26 de julio de 2017, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, se negó el reconocimiento de la mesada pensional (prima mitad de año)⁸.

§51. Una vez observadas las pruebas aportadas en el presente asunto, procede esta Colegiatura a resolver el problema jurídico formulado.

2.4. Fundamento Jurídico

§52. El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, servicio prestado por entidades públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

§53. A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional, establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

§54. El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé su campo de aplicación, así:

*“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, **se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional**, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.*

2.4.1. Prima de mitad de año de los docentes afiliados al FOMAG

§55. El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, prevé sobre su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional”-nft-

^{8 8} (Exp J8, 01)

§56. La mesada adicional de diciembre para los pensionados de los sectores público, oficial semioficial y privado los empleados públicos, incluidos docentes, fue creada por la Ley 4ª de 1976:

“Artículo 5º Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión.

§57. La Ley 91 de 1989 estipuló el régimen pensional para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 y con posterioridad al 1 de enero de 1981. Para estos últimos **previó una prima de medio año, que es la que se demanda en este proceso**, equivalente a una mesada pensional:

*“B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una **pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.** - Rft”*

§58. Luego, los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993 consagraron dos mesadas para los pensionados, la primera en noviembre y una mesada adicional, *de interés para este proceso*, pagadera en junio para los pensionados del sector público, correspondiente a treinta (30) días de valor de la pensión, dicha norma dispone:

“ARTÍCULO 50. MESADA ADICIONAL. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de Noviembre, en la primera quincena del mes de Diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión.

(...)

ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.”-srft-

§59. Es de recordar que la Ley 100 de 1993 estipuló en el artículo 279 un régimen de excepción para los afiliados al FOMAG:

“ARTÍCULO 279. Excepciones.

(...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)”

§60. Debido que la sentencia de C-409 de 1994 declaró inexecutable los apartes tachados del precitado artículo 142 de la Ley 100 de 1993, dio lugar a la expedición del artículo 1º de la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 sobre excepciones al sistema, de la siguiente manera: “... *Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados*”.

§61. La Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto 1857 de 20074, ilustró que sobre el tránsito legislativo de la Ley 238 de 1995 que: “... *la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.*”

“La sentencia C-461 de 1995 de la Corte Constitucional, en cuya demanda se pretendía la extensión de la mesada del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 a todos los docentes, explica que la prima de medio año y la mesada catorce son asimilables, y debían ampliarse el beneficio de la mesada adicional solamente a los docentes que no gozaban de pensión gracia vinculados con anterioridad al 1º de enero de 1981: “... el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2º, literal b, de la Ley 91 de 1989, según el cual los pensionados vinculados al Fondo con posterioridad al 1º de enero de 1981, "gozarán (...) adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional", puede asimilarse a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993...”:

“En efecto, la Corte advierte que el beneficio contemplado en el artículo 15, numeral 2º, literal b, de la Ley 91 de 1989, según el cual los pensionados vinculados al Fondo con posterioridad al 1º de enero de 1981, "gozarán (...) adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional", puede asimilarse a la mesada adicional de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

En el artículo 15, numeral 2, literal b, de la Ley 91 de 1989, se dispone que los pensionados del Magisterio tienen derecho a la prima de medio año allí establecida, "adicionalmente" a la pensión de jubilación - pensión ésta que de manera inmediatamente anterior, concede el mismo artículo para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981-.

El monto de la prima de medio año del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es el mismo que el de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, ya que existe equivalencia entre "una mesada pensional" (monto de la prima de medio año de la Ley 91) y "30 días de pago de la pensión" (monto de la mesada adicional de la Ley 100), teniendo en cuenta que como mesada pensional se conoce aquel pago mensual (30 días) que recibe un pensionado en virtud de su derecho a la pensión.

Los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1981 no se encuentran en una situación distinta a la de los pensionados a quienes se aplica el Sistema Integral de Seguridad Social contemplado en la Ley 100 de 1993, en lo referente a la obtención de algún beneficio que compense la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones, pues mientras los primeros reciben la prima adicional de medio año (artículo 15 Ley 91 de 1989), los

segundos reciben la mesada adicional (artículo 142 Ley 100 de 1993), que son prestaciones equivalentes.

Sin embargo, es menester tener en cuenta que la prima adicional de medio año, establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, sólo cubre a los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, mientras que el derecho a la mesada adicional del artículo 142 de la Ley 100, luego de la sentencia C-409 de 1994, no está condicionado por aspectos temporales.”

§62. El Acto Legislativo 01 de 2005 eliminó la posibilidad de recibir más de 13 mesadas a los nuevos pensionados:

“ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

"El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".

(...) "Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

(...) "Párrafo 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".

(...) "Párrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

§63. En la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo, se justificó la eliminación de la mesada 14 de la siguiente manera:

“5.4 La eliminación de la decimocuarta mesada pensional

Debe recordarse que esta mesada adicional fue creada por la Ley 100 de 1993 para compensar la falta de ajuste de las pensiones reconocidas con anterioridad a 1988, es decir para compensar su pérdida de poder adquisitivo, y fue extendida a todas las demás pensiones por una decisión de la Corte Constitucional (Sentencia C-489/94), generando un desequilibrio adicional en la financiación de los pasivos pensionales.

Dado el origen de esta mesada, no es razonable que la misma deba pagarse a los nuevos pensionados, cuyas pensiones se liquidan con base en lo dispuesto por la Ley 100 de

1993 y normas que la han modificado y no se ven expuestas a pérdida de poder adquisitivo. Es por ello que se propone su eliminación.

El costo anual de esta mesada adicional asciende hoy a \$1.1 billones. Sin embargo, debe aclararse que este costo no se va a reducir en la medida en que se seguirá pagando esta mesada a los actuales pensionados, pero dejará de incrementarse a futuro por efecto del presente Acto Legislativo. De acuerdo con las actuales proyecciones su eliminación reducirá el déficit operacional acumulado en 12.9% del PIB, entre los años 2004 y 2050.” (PROYECTO DE LEY 034 CÁMARA - GACETA 385 DE 2004).

§64. El concepto 1857 de 20075 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado estimó que debido a los efectos del Acto Legislativo 01 de 2005 “... *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*”:

“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 200, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

“Las personas a las que se les reconozca pensión a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año.”

Esta propuesta no encontró reparos en el Congreso y desde el inicio de los debates fue modificada para que la prohibición no quedara referida al reconocimiento de la pensión sino a su causación; así, la norma aprobada como inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, ordena:

“Artículo 1º...

“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento.”

En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el 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 200, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6° 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 6° del mencionado acto legislativo."-sft-

§65. Como se anotó en precedencia, la prima de medio año de una mesada prevista en el literal b, numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es equivalente a la mesada prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que se extendió en garantía del principio de igualdad a todos los docentes por la sentencia C-461 de 1995, por la Ley 238 de 1995.

§66. Bajo este entendido, el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que, a partir de su entrada en vigor, ningún nuevo pensionado podría recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año, salvo aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011.

§67. En sede de tutela, el Consejo de Estado ha considerado que esta interpretación de equivalencia de la prima de mitad de año y la mesada de junio: *"...no desconoce las normas aplicables al caso, ni el precedente judicial de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre la materia, por lo que para la Sala es claro que no vulneró los derechos fundamentales que la accionante alega conculcados."*⁹

§68. Es por ello, que conforme a los parámetros normativos planteados en el Acto Legislativo 01 de 2005, aplicable a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se analizará el caso particular, en aras de identificar si le asiste el derecho a la parte actora a percibir la mesada de mitad de año.

2.4.2. Caso Concreto: la actora tiene derecho a la prestación porque percibió una pensión inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, causada antes de 2011

§69. Como se verá la parte demandante adquirió el estatus antes del 31 de julio de 2011 y la mesada es superior a 3 smlmv, por lo que no tiene derecho a la prestación demandada.

⁹ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN CUARTA - Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO- Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03255-00(AC). SECCIÓN PRIMERA- Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS- Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03251-00(AC).

§70. En efecto, a la parte actora le fue reconocido el derecho a la pensión de jubilación a través de la Resolución 2172 del 30 de abril de 2012, teniendo en cuenta el tiempo laborado desde el **del 15 de julio de 1991 a 14 de agosto de 2011**; conforme en dicho acto adquirió el estatus pensional el 14 de agosto de 2011; además el monto de la pensión está estimado en un valor de \$ 1.871.549 a partir del 14 de agosto de 2011.¹⁰

§71. En consecuencia, no le asiste el derecho a la parte en percibir la mesada adicional toda vez que no se encuentra dentro de las excepciones previstas en el Acto Legislativo 01 de 2005; dado que su derecho pensional fue causado con posterioridad a la vigencia de dicho acto, esto es el 25 de julio de 2005, además se reconoció en cuantía superior de 3 smlmv.

§59. Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia.

3. Costas en esta instancia.

§72. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado²³ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

“...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.

§73. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicó que se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§74. Se analiza que la parte demandante fundamentó nutridamente de argumentos de principios, normativos y jurisprudenciales, y se demostró la diligencia en la vía administrativa como judicial.

§75. Lo anterior, acogiendo la postura del Consejo de Estado, en un caso donde revocó la condena en costas impuesta por este Tribunal así:

“(...) 50. La jurisprudencia de la Sala en materia de costas procesales, ha precisado que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, la cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

51. En el caso, la Sala haciendo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echa de menos alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición

^{10 10} (Exp J8, 01)

a la parte demandante, quien dentro de sus facultades hizo uso de su derecho de acción. Por ello, esta sentencia se abstendrá de condenar al vencido. (...)”

§76. En este caso, no se generaron costas de segunda instancia ni la parte demandada actuó en alegatos, por lo que no se hará condena en costas de esta instancia.

§77. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§78. Por lo discurrido, la Sala de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 26 de agosto de 2020 por la Señoría del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **MARIA LINDELIA VALENCIA FRANCO** en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, por los argumentos motivo de la demanda.

SEGUNDO: NO SE CONDENA EN COSTAS conforme a los argumentos expuestos.

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

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

República de Colombia Rama Judicial



**Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de Segunda Instancia

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho –
Laboral
Demandante: Luz Dary Pinilla Rocha
Demandado: Nación Ministerio de Educación – Fondo
Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Radicado: 17001-33-39-005-2019-00137-02
Acto judicial: Sentencia 49

Manizales, ocho (08) mayo de dos mil veintitrés (2023).

Proyecto aprobado en sala de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** La parte actora pretende el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías que fueron reajustadas con la inclusión de la prima de servicios. La primera instancia accedió a las pretensiones. La Sala revoca la decisión.

§02. Procede la Sala del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 04 de diciembre de 2020 proferida por la Señoría del Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por **Luz Dary Pinilla Rocha**, demandante contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de prestaciones del Magisterio**, la primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita la sanción por la mora en el pago de las cesantías¹

§03. La sala procederá a interpretar la demanda conforme a su tenor literal y los anexos allegados.

§04. La parte demandante solicitó que se declare la nulidad del acto ficto surgido del silencio de la demandada a la petición del **04 de diciembre de 2018**, que solicitó el pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día

¹ 02DemandayAnexos

de salario por cada día de retardo de las cesantías reajustadas con la inclusión de la prima de servicios.

§05. A título de restablecimiento del derecho, pidió se reconozca y condene a la demandada al pago de dicha sanción, desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de las cesantías, y hasta cuando se hizo efectivo el pago.

§06. Mediante Resolución 0466 del 10 de julio de 2015, se le reconocieron cesantías definitivas.

§07. Luego, el **21 de noviembre de 2017** la demandante solicitó al FOMAG el ajuste de las cesantías con la inclusión de la prima de servicios y bonificación.

§08. Mediante **la Resolución 080 del 15 de febrero de 2018** la demandada reajustó las cesantías con la inclusión de lo correspondiente a la prima de servicios, y fueron pagadas el **29 de octubre de 2018**; por lo que transcurrieron 233 días de mora después de los 70 días que tenía para cancelarlas.

§09. El **04 de diciembre de 2018** la parte actora reclamó el pago de la sanción por mora, pero la demandada no contestó la solicitud.

§10. Invocó como violados los artículos 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y, 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, y el Decreto 2831 de 2005. El fundamento de la violación es que estas normas al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías, fijan un imperativo para que la administración expida la resolución en forma oportuna, y evitar de esta manera que las transgresión de los derechos prestacionales de los docentes.

1.2. Contestación de FOMAG²

§11. Permaneció silente.

1.3. La sentencia que accedió a las pretensiones³

§12. El Juez Quinto Administrativo del circuito de Manizales dictó sentencia de la siguiente manera:

PRIMERO: DECLÁRASE LA NULIDAD del acto administrativo ficto, surgido con ocasión de la petición de fecha 04 de diciembre de 2018, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de las cesantías al demandante.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, SE CONDENA a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocer y pagar a favor de la señora LUZ DARY PINILLA ROCHA, la sanción por mora de que trata el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, consistente en un día de salario por cada día de retardo, entre los días del 06 de marzo al 28 de octubre del 2018. La sanción será liquidada con base en el salario devengado por el demandante en el año 2018.

² 01Exp.pdf Fls.89 a 96/126

³ 07Sentencia

TERCERO: ORDÉNASE a la entidad demandada INDEXAR las sumas que resulten a favor del demandante por concepto de sanción moratoria, en los términos señalados en la parte motiva de esta sentencia.

(...)

QUINTO: SIN CONDENA EN COSTAS, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído..

§13. El Juez de primera instancia definió como problemas jurídicos los siguiente:

¿Incurrió la demandada en mora por el pago de las cesantías solicitadas por el accionante?

De ser así, ¿Debe ser sancionada de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006?

§14. Realizó un análisis normativo del régimen especial prestacional del magisterio, considerando que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, empleados al servicio del Estado, la Ley 1071 de 2006 resulta perfectamente compatible con el régimen de cesantías consagrado en la Ley 91 de 1989.

§15. Citó la sentencia de unificación CE- SUJ -SII-012-2018

“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 ley 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.

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.”

§16. El juzgado accedió a las pretensiones de la siguiente manera.

“La señora Luz Dary Pinilla Rocha solicitó el reconocimiento y pago desus cesantías parciales el 21 de noviembre del 2017, tal como se observa en la Resolución Nro. 80

del 15 de febrero del 2018, acto proferido con posterioridad al término de quince (15) días hábiles que tiene la administración para la expedición del acto de reconocimiento de cesantías.

En atención a lo anterior y, de conformidad con las normas y jurisprudencia transcritas, el plazo de 70 días hábiles (15 días hábiles para proferir el acto que resolviera la petición, 10 días hábiles de la ejecutoria de la actuación anterior y los 45 días con que contaba la entidad para el pago), que tenía la entidad para reconocer y pagar las cesantías solicitadas por el demandante, se cumplió el 05 de marzo de 2018.

Tal como se observa en el certificado emanado por la entidad Fiduprevisora S.A., el pago de las cesantías reconocidas al demandante se realizó el 29 de octubre 2018.

En consecuencia, la señora Pinilla Rocha tiene derecho al reconocimiento de la sanción por mora en el pago de sus cesantías, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, entre los días del 06 de marzo al 28 de octubre del 2018.”

1.4. La Apelación de la demandada donde indica que se trata del reajuste de cesantías⁴

§17. Solicitó que se revoque la sentencia. Enfatizó que la parte demandante hizo incurrir en error al Juez pues omitió mencionar que el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas se hizo a través de la Resolución 0466 del 10 de julio de 2015 y que la Resolución 80 del 15 de febrero de 2017 fue por la cual se ordenó el ajuste de las cesantías reconocidas mediante la primera resolución.

§18. Manifiesta que la petición del 21 de noviembre de 2017 fue para reajustar las cesantías, reconocidas inicialmente, hecho que no puede ser tenido en cuenta para condenar a la entidad por mora.

§19. Finalmente, indica que ni la ley ni la jurisprudencia establecen la condena de la sanción moratoria, cuando se trata de reliquidación de cesantías, posterior al reconocimiento de la misma.

1.5. Actuación de segunda instancia ⁵

§20. Mediante proveído del 09 de mayo de 2022, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y se corrió traslado de alegatos de conclusión.

1.6. Alegatos de Conclusión⁶

§21. Las partes y el Ministerio Público permanecieron silentes.

⁴ 31Apelació

⁵ 15Exp.pdf

⁶ 04Exp.pdf

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§22. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 153 del CPACA.

2.1. Problemas jurídicos

§23. ¿Se causó la sanción moratoria contemplada en la Ley 1071 de 2006 por el no pago oportuno de las cesantías reajustadas?

§24. ¿En caso afirmativo, desde que momento se hizo exigible la sanción moratoria por el no pago de las cesantías reajustadas?

§25. ¿Se configuró la prescripción extintiva del derecho a la sanción moratoria por razón del no pago oportuno de las cesantías reajustadas?

§26. ¿La condena al pago de la sanción moratoria a reconocer al demandante se debe ajustar tomando como base el Índice de Precios al Consumidor, como lo ordena el inciso final del artículo 187 del CPACA?

2.3. ¿SE CAUSÓ LA SANCIÓN MORATORIA CONTEMPLADA EN LA LEY 1071 DE 2006 POR EL NO PAGO OPORTUNO DE LAS CESANTÍAS REAJUSTADAS?

§27. En este punto vale la pena aclarar que se solicita el pago de la sanción moratoria generada por la reliquidación de las cesantías definitivas **reajustadas** a la parte demandante.

§28. En lo atinente al procedimiento para el reconocimiento y pago de las cesantías, la ley 1071 de 2006, por el cual se adiciona y modifica la ley 244 de 1995, reguló el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, que en el artículo 4 estipuló:

« [...] Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo [...]»

§29. Por su parte el artículo 5 ibídem, en relación a la mora previó:

“(…) Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este (...)” resaltado por la Sala.

§30. De la preceptiva normativa se establece que la misma reguló la mora en el pago de las cesantías, como el término que la entidad cuenta para expedir el acto administrativo de reconocimiento.

§31. Los dispositivos normativos reproducidos se encuentran dotados de enunciados propios de las normas deónticas o regulativas, estas son, que mandan, permiten, prohíben o castigan.

§32. De ahí que, ha sostenido la Sala, la mentada Ley 1071 es una típica regla o norma jurídica de acción, erigida en aras de soslayar ponderación alguna por parte de la administración, por cuanto una vez reunidas las condiciones de aplicación, los términos empleados en la preceptiva legal son concluyentes y perentorios, tal y como acaece en el asunto de reconocimiento y pago oportuno de las cesantías.

§33. Conforme a lo expuesto, se tiene que la Ley 1071 y en consonancia con el precepto 345 de la Carta, prevé un tiempo prudencial, calculado en sesenta (60) días, para hacer las apropiaciones presupuestales de ley y los trámites correspondientes. Por ende, tal situación no se perfila como excusa válida para el reconocimiento y pago tardío de esas prestaciones sociales.

§34. Aunadamente, resalta el Tribunal la teleología de la norma se contrae a la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas), y no es para menos, en tanto no puede pasarse por alto que las cesantías son ahorros del servidor público, administrados por el Estado-patrono para entregarle a aquel en el momento que lo necesite, bien si queda cesante definitivamente o bien en los eventos que la ley autoriza para el anticipo parcial de las mismas (en esencia, por vivienda o educación).

§35. Vale la pena recordar que la parte actora deprecia la sanción moratoria con motivo del pago tardío que se hizo del **reajuste de las cesantías**, al no haberse incluido en la liquidación inicial los rubros de la prima de servicios y bonificación. Sobre el particular el Honorable Consejo de Estado se ha pronunciado en sentencia del 13 de agosto de 2018⁷:

⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. C.P: Sandra Lisset Ibarra Velez. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00539-01(4485-15). Actor: José Elver Hernández Casas. Demandado: Departamento y Asamblea del Tolima.
<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2120561>

“Sobre la sanción moratoria en relación con la reliquidación de las cesantías

51. Por otra parte, el demandante pretende que se le pague la indemnización moratoria sobre el valor que resulte de la reliquidación de las cesantías con la inclusión de los factores salariales prima de servicios y prima de vacaciones. Al respecto, la corporación ha efectuado pronunciamientos en los cuales ha señalado que la finalidad del legislador fue determinar el término perentorio dentro del cual, la entidad debe reconocer y pagar las cesantías definitivas de los servidores públicos, y que una diferencia en la liquidación de aquellas no conlleva a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley.

52. Conforme a lo anterior, se tiene que precisar que si bien es cierto que en éste se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías, al no tenerse en cuenta los factores prima de servicio y de vacaciones, también lo es que el pago tardío de dicha diferencia, no se puede considerar como mora en la pago de la prestación y, por ende, tenga la connotación de generar la sanción a que alude la norma, pues, es precisamente ésta la que no contempla esa posibilidad, es decir, que sobre el pago tardío de una diferencia resultante en la liquidación de la cesantía, la entidad pueda ser condenada al pago de la sanción moratoria que fue creada por la ley únicamente para los casos en que exista mora en el reconocimiento y pago de la prestación, y no de su reliquidación. En consecuencia, no hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria en los casos en los cuales haya reliquidación de las cesantías, al no incluirse algún factor salarial.” /Resalta la Sala/.

§36. En igual sentido sostuvo esa Corporación en sentencia del 4 de octubre de 2018⁸.

§37. De lo anterior es diáfano concluir que Legislador no previó dentro de los supuestos fácticos que dan origen u otorgan el derecho a la sanción moratoria que prevén las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, el pago tardío de reajuste de las cesantías reconocidas (parciales o definitivas), ya que la penalidad procede frente al reconocimiento y pago tardío de la prestación inicial, pero no frente el pago tardío de ajustes realizados a la liquidación de la cesantía.

3. Lo demostrado en el proceso

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. C.P.: César Palomino Cortés. Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00420-01(3490-15). Actor: Yesenia Margarita Ocampo Barrios. Demandado: Departamento del Atlántico, Contraloría Del Departamento del Atlántico. “Esta Subsección, en sentencia del 17 de octubre de 2017, dentro del expediente con radicación No. 080012333000201200017101 (2839-14), con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló: “(...) En tal sentido, si bien se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías definitivas, la cancelación pago inoportuna de esa diferencia no puede considerarse mora en la pago de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma señalada.

(...)

La Sección Segunda del Consejo de Estado, ha sostenido que la finalidad del legislador con la norma aludida, fue determinar el término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos, sin que una diferencia en la liquidación de la prestación social, conlleve a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley”

§38. La parte actora, laboró como docente en los servicios educativos estatales desde el 01 de junio de 1988 al 30 de abril de 2015⁹.

§39. A través de la Resolución **0466 del 10 de julio de 2015** le fue reconocida las cesantías definitivas.

§40. Luego, el 21 de noviembre de 2017 la demandante solicitó al FOMAG el ajuste de las cesantías con la inclusión de la prima de servicios y Bonificación.

§41. Mediante **la Resolución 080 del 15 de febrero de 2018** la demandada reajustó las cesantías con la inclusión de lo correspondiente a la prima de servicios, y fueron pagadas el **29 de octubre de 2018**.

§42. El **04 de diciembre de 2018** la parte actora reclamó el pago de la sanción por mora, pero la demandada no contestó la solicitud.

2.5. Caso Concreto

§43. Ante el panorama identificado y de conformidad con las probanzas allegadas es diáfano para este Tribunal que la parte nulidisciente solicita el reconocimiento de la sanción por mora, al estimar que la misma se causa por la liquidación inexacta de las cesantías, lo que implicó la expedición de un nuevo acto administrativo que reajustó la prestación social.

§44. Al respecto, tal como se anotó en acápite anterior, el reajuste de las cesantías o la diferencia que se cause por la liquidación de las mismas no se encuentra enmarcada dentro de los supuestos normativos para que se genere la sanción moratoria, pues ello no implica que la prestación se hubiese pagado en forma inoportuna o tardía; por el contrario, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció la cesantía definitiva y la canceló de conformidad con la liquidación que se dio a conocer a la parte actora.

§45. Esto es así, pues la administración en el acto de reconocimiento de las cesantías definitivas consignó los rubros a tener en cuenta, sin que la parte interesada haya refutado dicha decisión con el recurso de reposición que procedía contra el mismo, pese haber sido notificada en debida forma.

§46. En efecto, después de haberse reconocido las cesantías, la parte demandante solicitó la reliquidación de esta prestación, por lo que el reconocimiento se encontraba en firme y no sería razonable, ni ajustado a derecho imponer al Estado una punición económica por el tiempo durante el cual la actora no ejecutó ninguna acción para la defensa de sus intereses y el acto administrativo de reconocimiento se encontraba en firme.

§47. De otro lado, debe tenerse en cuenta que, por tratarse de una sanción, la misma debe estar expresamente prevista en la ley, y por ende no es posible extender o aplicar por analogía de supuestos de hecho o de derechos distintos a los que prevé la ley explícitamente.

§48. Todo lo expuesto se erige con suficiencia para negar las pretensiones y revocar la

⁹ 04Exp. Fl 5/14

sentencia de primera instancia.

4. Costas

§49. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado²³ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

“...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.

§50. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicó que se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§51. En el presente caso, se analiza que la parte demandante fundamentó nutridamente de argumentos de principios, normativos y jurisprudenciales, y se demostró la diligencia en la vía administrativa como judicial.

§52. En cuanto a la participación de la entidad demandada, no contestó la demanda, no allegó el expediente administrativo, respectivo, sí presentó alegatos de primera instancia, y la apelación. En segunda instancia no actuó.

§53. En razón a que no aparece que se hayan generado costas, y la actuación de la entidad no fue plena, no se condenará en costas a la parte demandante.

§54. Lo anterior, acogiendo la postura del Consejo de Estado, en un caso donde revocó la condena en costas impuesta por este Tribunal así:

“(...) 50. La jurisprudencia de la Sala en materia de costas procesales, ha precisado que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, la cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

51. En el caso, la Sala haciendo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echa de menos alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandante, quien dentro de sus facultades hizo uso de su derecho de acción. Por ello, esta sentencia se abstendrá de condenar al vencido. (...)”

§55. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§56. En mérito de lo expuesto, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales del 10 de diciembre de 2021, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **Luz Dary Pinilla Rocha** demandante contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional deprestaciones del Magisterio**, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda

TERCERO: No condenar en costas en ambas instancias.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **Devuélvase** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI. Remítase copia de este acto judicial a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de Segunda Instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del derecho
Demandante: Dolly Osorio Londoño
Demandado: Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG
Radicación: 17-001-33-33-002-2019-000332-02
Acto Judicial: Sentencia 52

Manizales, ocho (08) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Proyecto discutido y aprobado en Sala de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** La parte demandante solicita que se condene a las demandadas a: (i) el reajuste anual de la mesada pensional conforme lo establece el artículo 1° de la ley 71 de 1998; y, (ii) el pago de las sumas de dinero superiores al 5% de los aportes al sistema de salud que le han descontado de las mesadas pensionales y adicionales de junio y diciembre. El juzgado de primera instancia negó las pretensiones. La sala confirma la decisión de primera instancia.

§02. La sala de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas dicta sentencia de segunda instancia en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **DOLLY OSORIO LONDOÑO**, parte demandante en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, parte demandada. El objeto es decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el 27 de junio de 2021 por la Señoría del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto.

1. Antecedentes

1.1. La Demanda¹

§02. Se declare la nulidad absoluta de la **Resolución 9355-6 de 30 de noviembre de 2017** expedida por la Secretaría de Educación de la gobernación de Caldas.

¹ (Exp Esc 02)

§03. En restablecimiento del derecho, solicitó lo siguiente:

§03.1. **De acuerdo a la Ley 91 de 1989:** la aplicación y devolución de los **descuentos de aportes al sistema de salud**, a la mesada pensional en el porcentaje del 5%, incluyendo las mesadas adicionales, ordenando cesar el descuento del 12% como actualmente se realiza; y se reintegre las sumas de dinero superiores al 5% de dichas mesadas pensionales, sin que se continúe efectuando dicho descuento.

§03.2. **Conforme a la Ley 71 de 1988:** Al reajuste anual de las mesadas pensional en el porcentaje que cada año se incrementa para el salario mínimo legal mensual, de forma retroactiva al año en que consolidó su derecho pensional y de manera constante para las mesadas subsiguientes y futuras.

§03.3. Al pago de las diferencias resultantes entre mesada pensional y los reajustes solicitados, cancelados de manera indexada, con los ajustes de valor y los intereses corrientes y moratorios a que haya lugar, y conforme al 192 del CPACA, y al pago de condena en costas.

§04. Como pretensión subsidiaria, solicitó el reintegro de los dineros de las mesadas **adicionales de junio y diciembre, equivalente al aporte en salud del 12%**, de forma indexada y con la inclusión de los ajustes de valor, intereses moratorios; y ordenar a la Fiduciaria la Previsora no continuar el descuento de las mesadas adicionales con destino al sistema de salud.

§05. Describió que la parte demandante es docente pensionada, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y se **vinculó con anterioridad al 27 de junio de 2003**, por lo que fue reconocido su derecho pensional a través de la Resolución 8228-6 del 23 de diciembre de 2013.

§06. Afirmó que el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por intermedio de la entidad fiduciaria, ha venido descontando **para cotizaciones al sistema de salud**, el 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre.

§07. Que en el acto de reconocimiento pensional se consagró **que la mesada sería reajustada anualmente conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988, o sea con el salario mínimo legal mensual vigente**; sin embargo, la mesada ha venido siendo incrementadas con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, **con el índice de precios al consumidor- IPC**; esto es, en el porcentaje certificado por el DANE, para el índice de precios al consumidor del año anteriormente anterior.

§08. Esbozó que elevó solicitud bajo el radicado **SAC 2017 PQR18095 del 17 de noviembre de 2017**, ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, con la finalidad de obtener la devolución de los valores descontados, **en exceso por concepto de descuento de salud de la mesada pensional; además al ajuste anual de la mesada conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988.**

§09. Expuso que a través de la **Resolución 9355-6 del 30 de noviembre de 2017** la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas denegó las pretensiones.

§10. Consideró como violados, el preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política; 137 de la Ley 1437; 1° de la Ley 71 de 1998; 15.2.a de la Ley 91 de 1989; 115 de Ley 115 de 1994; 279 de la Ley 100 de 1993 ; 1° de la Ley 238 de 1995; 4 de la Ley 700 de 2001; 9° parágrafo 1° de la Ley 797 de 2003; 81 de la Ley 812 de 2003; 160 de la Ley 1151 del 2007; Ley 33 de 1985; y parágrafos transitorios 1 y 2 del Acto Legislativo 01 de 2005.

§11. Analizó que, en el régimen jurídico del personal docente vinculado antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 se encuentra exceptuado de la Ley 100 de 1993, y los principios de favorabilidad e irrenunciabilidad.

§12. **Respecto a los aportes en salud** cuestionó que se le han descontado a la parte demandante en exceso, al haberse vinculado con anterioridad a la referida ley 812 de 2013, y reconocer la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, por lo que el monto de descuento debe ser del 5% según la Ley 91 de 1989, misma que es aplicable a las mesadas adicionales, y no el 12% para los que se rigen por la Ley 100 de 1993.

§13. **Sobre el incremento anual de la pensión**, no le es aplicable el incremento estipulado en su artículo 14, esto es, con base en el IPC, sino el incremento indicado en la norma anterior, la Ley 71 de 1988, o sea, con el salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que obtuvo dicha prestación antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

1.2. Contestación de la demanda

1.1. Contestación del Ministerio de Educación Nacional

§14. El Ministerio de Educación, permaneció Silente.

1.3. La sentencia del juzgado que no accedió a las pretensiones de la demanda²

§15. El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, dictó sentencia, negando a las pretensiones de la parte actora, las que pasan a relacionarse:

“...” PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con las consideraciones de este fallo.

SEGUNDO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Las agencias en derecho serán canceladas en los términos descritos en la parte motiva de esta providencia.”

² (Exp 12, 01)

§16. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó como problemas jurídicos, los siguientes:

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL: ¿LA DEMANDANTE TIENE DERECHO AL REAJUSTE DE LA MESADA PENSIONAL DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 1º DE LA LEY 71 DE 1988?,

Problemas jurídicos asociados:

¿Cuál es el régimen legal aplicable a las pensiones de los docentes oficiales?

¿Cuál es el parámetro legal para el reajuste anual de las pensiones oficiales docentes?

§01. Negó las pretensiones de la demanda, porque no se puede ordenar el reajuste a favor de un docente pensionado con base en el mecanismo que fue establecido en el artículo 1º de la ley 71 de 1988, porque el reajuste de las pensiones se determina por el artículo 14 de la ley 100 de 1993.

§02. Además, la fórmula que el legislador instituya para reajustar las pensiones no constituye un derecho adquirido a favor de los pensionados, sino una mera expectativa que está sujeta a las modificaciones que el órgano considere pertinente para garantizar el poder adquisitivo de las pensiones.

§03. En cuanto a los descuentos en salud, el juzgado estimó que, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados contribuían con el 5% de su mesada pensional para la financiación de los servicios de salud. Sin embargo, la ley 100 de 1993 estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12%, sin importar el tipo de pensión de que se trate. (Sent. T-359/2009).

1.4.La apelación del demandante porque no se ordenó el reconocimiento y pago del reajuste de la pensión de jubilación y la devolución de los aportes³

§17. Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora, precisó los fundamentos de la apelación:

§18. **En cuanto al incremento anual de la mesada pensional conforme al salario mínimo**, expuso tres razonamientos: (i) indebida aplicación del precedente jurisprudencial, (ii) el desconocimiento de los regímenes exceptuados de la ley 100 de 1993; y, (iii) regímenes exceptuados en el acto legislativo 01 de 2005.

§19. Recalcó que el juzgado incurrió en una grave violación del debido proceso materializando los principios de congruencia, contradicción e igualdad al traer como referente jurisprudencial aplicables sentencias que no corresponde a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones.

³ (J7 01)

§20. Insistió que el objeto real del proceso era determinar la fórmula más equitativo de incremento pensional para el régimen exceptuado del magisterio.

§21. Aclaró que la Ley 238 de 1995 adicionó un párrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, de los regímenes exceptuados, donde previó que sí se aplicaría el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, pero en lo que les fuera beneficioso.

§22. Hizo hincapié en que el Acto Legislativo 01 de 2005 mantuvo el régimen del magisterio como exceptuado para los docentes vinculados antes del 26 de junio de 2003, por lo que se les aplica las leyes 33 de 1985, por lo que no puede aplicarse el incremento anual de la pensión establecido en la Ley 100 de 1993, sino el dispuesto por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, o sea, según el salario mínimo.

§23. **Con relación a los descuentos de para salud de las mesadas pensionales, incluidas las adicionales de junio y diciembre**, puso de presente que la Corte Constitucional, en sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002 precisó que el descuento para aportes de salud de los docentes es del 5%, incluidas las mesadas adicionales.

1.5. Actuación Segunda Instancia

§24. Mediante auto del 24 de agosto de 2021, se admitió el recurso de apelación interpuesto y se ordenó correr traslado de alegatos a las partes y al ministerio público⁴.

1.6. Alegatos de Conclusión Segunda Instancia

§25. Las partes y el Ministerio Público permanecieron silentes.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§26. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforme al artículo 153 del CPACA⁵.

§27. “...(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el

⁴ (J7-03)

⁵ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”⁶

2.2. Cuestión Previa

§28. Para la formulación del problema jurídico la Sala tiene en cuenta que la demanda expresamente señala en el hecho cuarto que “... () *solicitamos la aplicación del artículo 1º de la Ley 71 de 1988, como fórmula tendiente al reajuste oficioso de sus mesadas pensionales...*”- f. 7 c.1-, lo cual confirma el objetivo de la demanda que era la aplicación del porcentaje del incremento de las pensiones conforme al artículo 1º de la Ley 71 de 1988.

2.3. Problemas Jurídicos

§29. ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

§30. ¿Se debe reembolsar a la parte actora algún porcentaje, por concepto de descuentos por los aportes de salud, descontados de la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre?

2.4. Lo demostrado en el proceso

§31. La señora Dolly Osorio Londoño nació el 22 de agosto de 1958.

§32. Le fue reconocida la pensión por la Resolución 8228-6 del 23 de diciembre de 2013, donde consta que laboró desde 20/04/1978 al 22/06/2013.

§33. Mediante la **Solicitud con radicación 2017PQR18095 del 17 de noviembre de 2017** elevada ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo de Prestación Social del Magisterio, la parte demandante solicitó se reajuste la pensión de jubilación, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al IPC y se reintegre los valores concernientes a los descuentos de salud de las mesadas ordinarias y adicionales, por el valor superior al 5% .⁷

§34. Mediante la **Resolución 9355-6 del 30 de noviembre de 2017**, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas se negó la devolución de aportes en salud y el incremento periódico de las mesadas pensionales conforme al incremento fijado para el salario mínimo. ⁸

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

⁷ (J7-01).

⁸ (J7 01).

§35. Una vez observadas las pruebas aportadas en el presente asunto, procede esta Colegiatura a resolver el problema jurídico formulado.

2.1.Fundamentos Jurídicos

2.1.1. Primer Problema Jurídico: el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme al incremento del salario mínimo como lo establece la ley 71 de 1988.

2.1.1.1. Régimen general de la seguridad social

§04. La seguridad social es un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. (art. 48 CP).

§05. El artículo 53 ídem garantiza el derecho al reajuste periódico de las pensiones legales.

§06. Los anteriores son los mandatos del Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993⁹.

§07. Por su parte, el artículo 11 ibídem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003; prevé su campo de aplicación, así:

*“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, **se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional**, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.”*

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

§08. El artículo 1 de la Ley 4 de 1976¹⁰, determinó que todas las pensiones, a excepción de las originadas por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, según los parámetros que fijó.

⁹http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

¹⁰ Ley 4 de 1989, “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1165>

§09. Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988¹¹ y el Decreto 1160 de 1989 precisaron que las pensiones antes mencionadas, como la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

§10. Posteriormente, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 dispuso un ajuste de las pensiones con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor –IPC-, excepto aquellas pensiones iguales al salario mínimo que se incrementaban conforme al mismo:

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

§11. Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994¹², donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo cumplen el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el incremento:

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

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

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

¹¹ Ley 71 de 1988 por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=307>

¹² Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; REF.: expediente No. D-529. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-387-94.htm>

Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.”

§12. En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo solo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de las pensiones que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; y que el aumento en el índice de precios al consumidor para los demás pensionados se ajusta a factores como circunstancias económicas y políticas.

§13. En sentencia del 17 de agosto del 2017 la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado ¹³ dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988. Además, es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

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

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

§14. Así, si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir que el incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988.

§15. La Corte Constitucional en la sentencia C-435 de 2017 señaló que no se aplica el principio de favorabilidad en la forma del reajuste de las pensiones dispuesto por el Legislador:

“Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.”

¹³ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

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

§16. De otra parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279¹⁴ contempló los regímenes exceptuados, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

§17. Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995¹⁵ que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

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

"Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

§18. De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988.

§19. En efecto, el incremento anual de las pensiones no forma parte del Régimen Pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa¹⁶.

§20. El reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual.

§21. Y el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

§22. En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, pues no le asiste razón al accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, el salario mínimo.

¹⁴ ARTÍCULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

¹⁵ Ley 238 de 1995; http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

§23. Por lo anterior, no se accederá al incremento anual de la mesada pensional conforme al artículo 1º de la Ley 71 de 1988, o sea, según el aumento del salario mínimo legal mensual vigente para el año anterior.

2.1.2. Segundo problema jurídico: reembolso de los descuentos de salud

§24. El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece que son afiliados al SGSS en salud todos los residentes en Colombia que se encuentren afiliados al régimen contributivo o al subsidiado y los vinculados temporalmente. Al régimen contributivo pertenecen los afiliados con capacidad de pago, como cotizantes están los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobreviviente, tanto del sector público como del privado.

§25. Por su parte, el artículo 143 ibídem, previó para los pensionados antes del 1 de abril de 1994, el reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de dicha norma. Así mismo, la cotización para salud a cargo de los pensionados, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

§26. El artículo 280 de la Ley 100 de 1993 dispuso sobre la obligatoriedad de aportar para los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones, a partir del 1 de abril de 1994.

2.1.2.1. Aplicación del régimen en salud para los afiliados al sector público y al fondo de prestaciones sociales del magisterio y al sistema general de seguridad social en salud.

§27. La Ley 4 de 1966¹⁷, determinó para los afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social, el deber de cotizar el porcentaje del 5%, a favor de la entidad de previsión, sobre la mesada pensional.

§28. Lo anterior es reiterado por el Decreto 3135 de 1968¹⁸, en cuyo artículo 37, se dispone: "*Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. **Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión***".

§29. Posteriormente la Ley 91 de 1989¹⁹, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 8 numeral 2, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, y fue constituido entre otros: "...El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo **incluidas las mesadas adicionales**, como aporte de los pensionados."

¹⁷ <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=1573>

¹⁸ "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

¹⁹ https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf

§30. El artículo 15 de la citada disposición, determinó el régimen aplicable para el personal docente dependiente de la vinculación así:

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

(Ver art. 6 Ley 60 de 1993)

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

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

§31. Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003²⁰, estableció que el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma y **los vinculados a partir de la entrada en vigencia** de la citada norma, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes **100** de 1993 y **797** de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

§32. Adicionalmente precisó en el inciso tercero y cuarto de dicha normativa, en cuanto a los servicios de salud para los afiliados a dicho Fondo, **prestados conforme lo estipula la Ley 91 de 1989 y el valor de las cotizaciones por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores.**

§33. Posteriormente, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que: *“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”*

§34. En cuanto al monto de la contribución de cotizaciones el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, establecía:

²⁰ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1

*“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo **del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.** Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”. (Resalta la Sala)*

§35. Dicha preceptiva fue modificada por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que dispuso:

*“**Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones.** La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1º) de enero del año 2007, **del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado.** Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).*

§36. Por virtud de la Ley 1250 de 2008¹², por medio del artículo 1 adicionó el 204 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

§37. De las normas señaladas se evidencia, que el objetivo del Legislador se encaminó a efectuar aportes para salud tanto en los regímenes especiales como del Sistema General de Seguridad Social, incluidos los pensionados, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

§38. En lo atinente al porcentaje de la cotización para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se dispuso inicialmente con la Ley 91 de 1989, una cotización del 5% y posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se habilitó un valor total de la cotización correspondiente a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

§39. En consecuencia, se deriva que las cotizaciones que se deducen de la mesada pensional de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, equivalen al mismo porcentaje que se debe descontar al Régimen General de Seguridad Social.

§40. Por su parte, la Máxima Corporación Constitucional en sentencia T-835 de 2014, sobre la obligatoriedad en la cotización a los pensionados al Sistema General de Salud, tanto para regímenes especiales, como la pensión gracia, y el ordinario dispuso:

“Entonces, **incluso los regímenes de excepción** tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

“(…) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. (...) Rft”

§41. Respecto al monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, respecto al porcentaje del Régimen General de Pensiones, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2018²¹, precisó que la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general:

“ 3. Por otro lado, la Ley 91 de 1989, fijó como uno de los objetivos del **Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio**: Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, para contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo. Entonces, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio tiene a cargo las prestaciones sociales de los afiliados al Magisterio, entre estas, (i) la pensión ordinaria y (ii) **garantizar la prestación la prestación de los servicios médico asistenciales. Lo que indica que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios, por disposición de la ley, tienen un régimen especial de seguridad social en salud.**

(...)

Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, se sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, **deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993).** Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de

²¹ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA -SUBSECCIÓN B- Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

Prestaciones Sociales del Magisterio, **que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)**

(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, ²² , artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general.

(...)

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, y **teniendo en cuenta que los docentes gozan de un sistema de salud, especial**, señaló:

“22. Ahora bien, bajo el entendido que **los docentes gozan de un sistema de salud diferente al señalado en la Ley 100 de 1993**, corresponde al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio prestarle los servicios de salud a que tienen derecho y a la Caja Nacional de Previsión Social hoy UGPP, **efectuar los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud** al Fondo de Seguridad y Garantía - FOSYGA como lo determina el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, “Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, según el cual:

“Artículo 14. Régimen de excepción. Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud. Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos...”.

22 Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

De conformidad con el anterior artículo es completamente válido -y legal que quien se encuentra percibiendo una pensión de vejez, y a su vez recibe pensión gracia, cotice sobre las dos pensiones en materia de salud. Una cotización será girada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la otra al FOSYGA, recursos con los cuales se financia el Sistema de Seguridad Social en Salud.

23. Como se puede observar ni el artículo 52 del Decreto 806 de 1998, ni en el artículo 14 de Decreto 1703 de 2002, excluyeron de la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud a los beneficiarios de la pensión gracia, por lo tanto, los mismos se encuentran obligados a efectuar aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en los términos señalados en la ley y en las normas reglamentarias aplicables.

24. Sobre el monto del aporte a salud con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados del sector oficial, incluyendo los beneficiarios de la pensión gracia, cotizaban sobre el 5% de su mesada pensional, con fin que se les prestaran los servicios médico asistenciales; porcentaje diferenciado respecto al establecido para los pensionados del sector privado afiliados al Instituto de Seguros Sociales.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, artículo 143, se estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12 %, motivo por el cual, con el fin de no afectar los ingresos efectivos de los pensionados, y mantener el poder adquisitivo de sus mesadas, se consagró un incremento en el monto de las pensiones equivalente a la diferencia entre el valor de la cotización establecida en la Ley 100 de 1993 (12%), y el valor del aporte que se le venía efectuando al beneficiario de la pensión gracia (5%).

De esta manera, por virtud de la misma disposición, a los beneficiarios de la denominada pensión gracia también se les incrementó correlativamente el valor de su mesada en el monto del incremento de su aporte a salud, con el fin de no afectar los ingresos reales que venían percibiendo.

25. En conclusión, no existe disposición que excluya a los regímenes de excepción del deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, por el contrario se encuentra demostrado, que a través del tiempo los beneficiarios de la pensión gracia han estado obligados a efectuar los aportes correspondientes al sistema de salud para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. **El pago de las cotizaciones en salud es obligatorio**, independientemente de que se preste o no el servicio de salud, en acatamiento del principio de solidaridad que rige el sistema de Seguridad Social en Colombia, conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución, definido en el literal c) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993,

...

26. De lo expuesto se puede concluir que **todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad** y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, **sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes** a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. ...”-sft-

§42. De las normas anotadas y los postulados jurisprudenciales esgrimidos, se colige que los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al ser beneficiarios del régimen especial en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, no los exonera de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, por disposición expresa de la Ley 812 de 2003.

2.5.2. Descuento de Salud Sobre las Mesadas Adicionales

§43. En reciente pronunciamiento de unificación jurisprudencial el Consejo de Estado en sentencia del 3 de junio de 2021, señaló que los descuentos de las

mesadas adicionales se hacen conforme a lo indicado en el sistema de seguridad social integral:

“83. Así las cosas, el término bajo examen lleva a que el descuento se haga a cada una de las mesadas pensionales que se reciban y no solamente de las ordinarias, pues de la expresión «de la respectiva mesada pensional» incluye las adicionales, puesto que también tienen esa connotación. Por lo tanto, las deducciones de las mesadas de junio y diciembre también se encuentran comprendidas en el contenido normativo en cuestión, dado que no se ha introducido excepción legal en este punto, contrario a ello, es una obligación derivada del artículo 8, inciso 6, de la Ley 91 de 1989.

84. En efecto, una interpretación lógica del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, lleva al mismo entendimiento si se tiene en cuenta que dicha norma prevé que la cotización mensual al régimen de salud será del 12% de la respectiva mesada pensional. Los pagos que superan los valores ordinarios recibidos en junio y diciembre son mesadas adicionales, tal y como se desprende de los artículos 50 y 142 ejusdem, y aún del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 cuando señala «incluidas las mesadas adicionales». Entonces, el porcentaje de los descuentos de que trata el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, aplicable por disposición del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, incluye a las mesadas adicionales.

85. En consecuencia, el argumento sustentado en una interpretación literal del artículo 204 de la Ley 100 de 1993 no implica la exclusión de las mesadas adicionales de los docentes pensionados afiliados al FOMAG.

1. REGLA DE UNIFICACIÓN

86. Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales. 3. Efectos en el tiempo del precedente

87. Con el fin de proteger los principios de equidad e igualdad y la superación de situaciones que afectan el valor de la justicia y la aplicación de las normas de conformidad con los cambios sociales, políticos, económicos y culturales, por regla general, la Sala Plena de esta Corporación ha dado aplicación a su precedente de forma retrospectiva 46 . En este caso, no se advierte la necesidad de dar efectos prospectivos a la regla de unificación aquí definida, toda vez que no restringen el acceso a la administración de justicia ni afectan los derechos adquiridos o fundamentales de las partes.

88. Además, es importante destacar que la decisión que se adopta en esta sentencia de unificación se acompasa con los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema pensional y de salud, en consideración a que los recursos que provienen de los aportes que efectúan los docentes de sus mesadas pensionales, cuya destinación está dada por la ley, redundan en su beneficio, por ende, tienen una finalidad de interés general inspirada en dichos principios. En consecuencia, los efectos retrospectivos de esta providencia resultan acordes con dicho objetivo.

89. Por lo anterior, en esta ocasión, se adopta el mismo criterio, por lo que la regla jurisprudencial que en esta providencia se fija se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, a través de acciones ordinarias, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables.”

§44. De esta manera, aun cuando la Ley 812 de 2003 extendió el régimen de cotización en materia de salud a los pensionados afiliados al FNPSM, ello sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12%. Esto no tiene virtualidad de derogar expresa ni tácitamente lo previsto en el régimen especial en punto de la posibilidad de hacer los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales.

§45. De igual manera, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017 22, denegó la solicitud sobre la devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, basado en los siguientes argumentos:

*“(…) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de **los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.***

§46. En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, **estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.**

§47. En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó **en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.**

§48. En ese orden de ideas, considera la Sala que los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre fueron previstos en la Ley 91 de 1989, para los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

§49. A pesar de no mencionarse taxativamente en la Ley 812 de 2003, no significa que hubiese cesado la obligación de cotizar sobre dichas mesadas, pues en atención al principio de solidaridad que erige el Sistema de Seguridad Social, y en aras de preservar la contribución al sistema para lograr la sostenibilidad, eficacia y financiación del mismo, es procedente realizar los descuentos sobre las mesadas adicionales recibidas por los pensionados afiliados a dicho Fondo.

§50. En este sentido, se tiene que los descuentos aplicados a los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, sobre la mesada ordinaria y adicionales de los meses de junio y diciembre, por concepto de salud,

deben hacerse aplicando los porcentajes previstos por las normas anteriormente señaladas.

§51. Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia.

3. Costas en esta instancia.

§52. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado²³ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

“...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.

§53. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicó que se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§54. Se analiza que la parte demandante fundamentó nutridamente de argumentos de principios, normativos y jurisprudenciales, y se demostró la diligencia en la vía administrativa como judicial.

§55. Lo anterior, acogiendo la postura del Consejo de Estado, en un caso donde revocó la condena en costas impuesta por este Tribunal así:

“(...) 50. La jurisprudencia de la Sala en materia de costas procesales, ha precisado que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, la cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

51. En el caso, la Sala haciendo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echa de menos alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandante, quien dentro de sus facultades hizo uso de su derecho de acción. Por ello, esta sentencia se abstendrá de condenar al vencido. (...)”

§56. En este caso, no se generaron costas de segunda instancia ni la parte demandada actuó en alegatos, por lo que no se hará condena en costas de esta instancia.

§36. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§37. Por lo discurrido, la Sala de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 27 de mayo de 2021 por la Señoría del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **DOLLY OSORIO LONDOÑO** en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**, por los argumentos motivo de la demanda.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS conforme a los argumentos expuestos.

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

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de segunda Instancia

Acción:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	MARIA YOLEIDY - VANEGAS RIVERA
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio
Radicación:	17001333300120190058102
Acto judicial	Sentencia: 50

Manizales, ocho (08) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Proyecto aprobado y discutido en sala de la presente fecha.

Asunto

§01. **Síntesis:** La parte demandante solicita que se condene a las demandadas a: **(i)** el reajuste anual de la mesada pensional conforme lo establece el artículo 1° de la ley 71 de 1988; y, **(ii)** el pago de las sumas de dinero superiores al 5% de los aportes al sistema de salud que le han descontado de las mesadas pensionales y adicionales de junio y diciembre. El juzgado de primera instancia concedió el reajuste de la mesada conforme a la Ley 71 de 1998, pero negó el ajuste y devolución de los ajustes en salud. las pretensiones. El FOMAG solo apeló la negación del ajuste y devolución de los ajustes en salud, que le fue favorable. La sala declara confirma la sentencia porque la apelación es incongruente.

§02. La sala de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas dicta sentencia de segunda instancia en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **MARÍA YODELY VANEGAS RIVERA**, parte demandante en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, parte demandada. El objeto es decidir la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia proferida el **06 de diciembre de dos mil veintiuno (2021) por** la Señoría del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del derecho interpuesto.

1. Antecedentes

1.1.La Demanda¹

§02. Se declare la nulidad absoluta de la **Resolución 9709-6 del 13 de diciembre de 2017** expedida por la Secretaría de Educación de la gobernación de Caldas.

§03. En restablecimiento del derecho, solicitó lo siguiente:

§03.1. **De acuerdo a la Ley 91 de 1989**: la aplicación y devolución de los **descuentos de aportes al sistema de salud**, a la mesada pensional en el porcentaje del 5%, incluyendo las mesadas adicionales, ordenando cesar el descuento del 12% como actualmente se realiza; y se reintegre las sumas de dinero superiores al 5% de dichas mesadas pensionales, sin que se continúe efectuando dicho descuento.

§03.2. **Conforme a la Ley 71 de 1988**: Al reajuste anual de las mesadas pensional en el porcentaje que cada año se incrementa para el salario mínimo legal mensual, de forma retroactiva al año en que consolidó su derecho pensional y de manera constante para las mesadas subsiguientes y futuras.

§03.3. Al pago de las diferencias resultantes entre las mesadas pensionales y los reajustes solicitados, cancelados de manera indexada, con los ajustes de valor y los intereses corrientes y moratorios a que haya lugar, y conforme al 192 del CPACA, y al pago de condena en costas.

§04. Como pretensión subsidiaria, solicitó el reintegro de los dineros de las mesadas **adicionales de junio y diciembre, equivalente al aporte en salud del 12%**, de forma indexada y con la inclusión de los ajustes de valor, intereses moratorios; y ordenar a la Fiduciaria la Previsora no continuar el descuento de las mesadas adicionales con destino al sistema de salud.

§05. Describió que la parte demandante es docente pensionada, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y se **vinculó con anterioridad al 27 de junio de 2003**, por lo que fue reconocido su derecho pensional a través de la Resolución 2489 del 15 de mayo de 2012.

§06. Afirmó que el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por intermedio de la entidad fiduciaria, ha venido descontando **para cotizaciones al sistema de salud**, el 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre.

§07. Que en el acto de reconocimiento pensional se consagró **que la mesada sería reajustada anualmente conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988, o sea con el salario mínimo legal mensual vigente**; sin embargo, la mesada ha venido siendo incrementadas con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, **con el índice de precios al consumidor- IPC**; esto es, en el porcentaje certificado por el DANE, para el índice de precios al consumidor del año inmediatamente anterior.

§08. Esbozó que elevó solicitud bajo el radicado **SAC 2017 PQR18104 del 17 de noviembre de 2017**, ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, con la finalidad de obtener la devolución de los valores descontados, **en exceso por concepto de descuento de**

¹ (ExpJ6 002)

salud de la mesada pensional; además al ajuste anual de la mesada conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988.

§09. Expuso que a través de la **Resolución 9709-6 del 13 de diciembre de 2017** la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas denegó las pretensiones.

§10. Consideró como violados, el preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política; 137 de la Ley 1437; 1° de la Ley 71 de 1998; 15.2.a de la Ley 91 de 1989; 115 de Ley 115 de 1994; 279 de la Ley 100 de 1993 ; 1° de la Ley 238 de 1995; 4 de la Ley 700 de 2001; 9° parágrafo 1° de la Ley 797 de 2003; 81 de la Ley 812 de 2003; 160 de la Ley 1151 del 2007; Ley 33 de 1985; y parágrafos transitorios 1 y 2 del Acto Legislativo 01 de 2005.

§11. Analizó que, en el régimen jurídico del personal docente vinculado antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 se encuentra exceptuado de la Ley 100 de 1993, y los principios de favorabilidad e irrenunciabilidad.

§12. **Respecto a los aportes en salud** cuestionó que se le han descontado a la parte demandante en exceso, al haberse vinculado con anterioridad a la referida ley 812 de 2013, y reconocer la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, por lo que el monto de descuento debe ser del 5% según la Ley 91 de 1989, misma que es aplicable a las mesadas adicionales, y no el 12% para los que se rigen por la Ley 100 de 1993.

§13. **Sobre el incremento anual de la pensión**, no le es aplicable el incremento estipulado en su artículo 14, esto es, con base en el IPC, sino el incremento indicado en la norma anterior, la Ley 71 de 1988, o sea, con el salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que obtuvo dicha prestación antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

1.2. Contestación de la demanda del Ministerio de Educación

§14. La Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se opuso a la totalidad de las pretensiones. No admitió los hechos.

§15. **Propuso los siguientes medios exceptivos:**

§16. **Inexistencia de la obligación:** No corresponde, entonces, ordenar el reintegro y suspensión de los descuentos en salud efectuados a las mesadas adicionales de la pensión de jubilación que ha venido disfrutando la docente, y por tanto, tampoco existe obligación prestaciones correlativa a cargo de la entidad demanda, dado que como quedó expuesto los descuentos efectuados gozan plena legalidad.

§17. **Cobro de lo no debido:** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la Nación sin Personería Jurídica, cuyos recursos son manejados por la sociedad de economía mixta Fiduciaria la Previsora S.A. cualquier gasto que afecte el presupuesto de la Fiduciaria, debe contar.

§18. **Sostenibilidad Financiera:** Conforme con el Acto Legislativo 03 de 2011 el Estado fortalece la normatividad referente al principio del equilibrio financiero consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, debido a que

obligó a todos los órganos y ramas del poder público a orientar sus actividades dentro de un marco de sostenibilidad fiscal.

1.3. La Sentencia Apelada concedió el reajuste de la pensión conforme a la Ley 71 de 1988 pero negó los ajustes de los aportes en salud

§19. El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, dictó sentencia, negando a las pretensiones de la parte actora, las que pasan a relacionarse:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS la excepción de “excepción de legalidad de los actos administrativos atacados”, “inexistencia de la obligación” “excepción de cobro de lo no debido” y “excepción de sostenibilidad financiera” propuestas por la Nación-Ministerio de Educación– Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, **en los procesos con radicado 2019-0581.***

SEGUNDO: Igualmente se DECLARA PROBADA de oficio la excepción de “inexistencia del derecho para el cese, disminución y devolución de un porcentaje por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud” en todos los procesos en cuanto a la devolución de los aportes en salud superiores al 5%, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. Así mismo se declara probada parcialmente de oficio la de prescripción, en los procesos instaurados por Olga Lucia Ramírez Pineda, María Yoledy Vanegas Rivera, Luis Enrique Amelines Andica y Rubiela López Arias.

TERCERO: DECLARAR la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago del incremento pensional con base en el incremento porcentual del salario mínimo legal mensual vigente en los siguientes expedientes: Exp. 1 rad: 2019-00562: Resolución 9510-6 del 05 de diciembre de 2017 Exp. 2 rad: 2019-00581: Resolución 9709-6 del 13 de diciembre de 2017 Exp. 3 rad: 2019-00582: Resolución 9966-6 del 19 de diciembre de 2017 Exp. 4 rad: 2019-00583: Resolución 9992-6 del 19 de diciembre de 2017 29

*CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para que proceda a reajustar anualmente, la pensión mensual vitalicia de los demandantes con base en el porcentaje de incremento del salario mínimo mensual legal vigente. Posteriormente determinará la diferencia entre la suma efectivamente pagada mes a mes y la que debió pagar, para fijar el monto que deberá reconocer y pagar a cada uno de los demandantes, y por los siguientes periodos: 1) Olga Lucia Ramírez Pineda: el reajuste se liquidará desde el 20 de junio de 2010, pero con efectos fiscales a partir del 17 de noviembre de 2014, en virtud de la prescripción trienal. **2) María Yoledy Vanegas Rivera: el reajuste se liquidará desde el 16 de diciembre de 2011, pero con efectos fiscales a partir del 30 de noviembre de 2014, en virtud de la prescripción trienal.** 3) Luis Enrique Amelines Andica: el reajuste se liquidará desde el 11 de enero de 2011, pero con efectos fiscales a partir del 29 de noviembre de 2014, en virtud de la prescripción trienal. 4) Rubiela López Arias: el reajuste se liquidará desde el 15 de agosto de 2013, pero con efectos fiscales a partir del 30 de noviembre de 2014, en virtud de la prescripción trienal.*

QUINTO: La suma que se pague a favor de cada uno los demandantes se actualizará mes a mes utilizando la fórmula matemática financiera empleada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para la actualización del dinero.

SEXTO: SIN CONDENA EN COSTAS conforme a la parte motiva. SEPTIMO: NEGAR las pretensiones de la demanda en cuanto a la devolución de los aportes en salud

superiores al 5%, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. OCTAVO: A la sentencia se le dará cumplimiento en los términos previstos en el arts. 192 y normas concordantes y siguientes del CPACA.”

§20. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó como problemas jurídicos, los siguientes:

- *¿Los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tienen derecho al reajuste pensional con fundamento en lo preceptuado por el artículo 1 de la ley 71 de 1988, es decir, con base en el incremento del salario mínimo legal mensual vigente o con lo dispuesto por el artículo 14 de la ley 100 de 1993?*
- *¿Los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tienen derecho a que se fije el porcentaje de aportes a la seguridad social en salud de conformidad con el numeral 5 del art. 8 de la ley 91 de 1989??*

§21. El juzgado analizó el régimen jurídico del Sistema General de Seguridad Social, del cual está exceptuado el sector del magisterio conforme al artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

§22. Sobre la aplicación de la Ley 71 de 1988 el juzgado lo consideró pertinente, porque:

§22.1. Refirió que en el régimen general el incremento anual de las pensiones conforme a la variación de Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que si bien se aplica a los pensionados antes de la vigencia del Sistema de Seguridad Social Integral como lo señaló la Honorable Corte Constitucional, en sus pronunciamientos del C-387 de 1994, C-110 de 2006 y C-435 de 2017, no se dijo nada sobre su aplicación a los regímenes exceptuados.

§22.2. Puntualizó que el Honorable Consejo de Estado ha reafirmado la excepcionalidad del magisterio frente al régimen general de pensiones, y que a pesar que en sentencia del 17 de agosto de 2017 precisó que el artículo 1º de la Ley 71 de 1988 está derogado, en el criterio del juzgado no lo está, para lo cual se auxilia del concepto 655 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 6 de diciembre de 1994, como de la aplicación del principio de oscilación en el incremento de las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública con base en el IPC.

§22.3. Además, precisa que en los actos de reconocimiento pensional se estableció que su aumento variaba según las leyes 71 de 1988 y 238 de 1995, esta última que al señalar que era aplicable el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuado en lo que les beneficiara.

§22.4. De esta forma consideró que es viable la aplicación del artículo 1º de la Ley 71 de 1988 a los pensionados docentes, con un incremento del salario mínimo mensual legal vigente del año inmediatamente anterior, concedió las pretensiones y condenó en costas a la parte demandada.

§23. En cuanto a los descuentos de salud, la tesis del juzgado fue que los docentes afiliados al FNPSM no tienen derecho al cese del cobro y a la devolución de un porcentaje de los aportes que realizaron y realizan al sistema de seguridad social en salud. Para ello reiteró los señalamientos de la Sección Segunda del Consejo de

Estado en Sentencia de Unificación del 03 de junio de 2021, dentro del expediente No. 66001-33-33-000-2015-00309- 01(0632-18) CE-SUJ-024-21.

1.4. La parte demandada apeló la sentencia en lo que le fue favorable

§24. Se pidió “... revocar el fallo de primera instancia en el sentido de no condenar a la devolución de aportes en favor del demandante lo anterior en atención a la normatividad vigente.”

§25. La entidad literalmente señaló que: “*El fallo proferido el 06 de diciembre de 2021 por el juez de primera instancia condena a la entidad por mi representada en las pretensiones de la demanda en lo que refiere a la reliquidación de la prestación de vejez percibida por el docente en el sentido de cesar el descuento del 12% y en su lugar aplicar el descuento del 5% establecido en el artículo 8º de la Ley 91 de 1989.*”

§26. Al efecto señaló que los aportes de salud de los docentes se rigen conforme al régimen general de la Ley 100 de 1993, según la Sección Segunda del Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 03 de junio de 2021, dentro del expediente No. 66001-33-33-000-2015-00309- 01(0632-18)CE-SUJ-024-21.

1.5 Actuación segunda instancia y alegatos

§27. Mediante auto del 07 de marzo de 2022, se admitió el recurso de apelación interpuesto y se ordenó correr traslado de alegatos a las partes y al ministerio público.

§24. Las partes permanecieron silentes.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§28. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforma al artículo 153 del CPACA².

§29. “...(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe

² http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”³

§30. En razón de lo anterior, es competencia de esta instancia resolver la inconformidad de la parte demandante aludida en el escrito de impugnación.

2.2. Problemas Jurídicos

§31. ¿El recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia cumple con las exigencias previstas en la ley en aras de estudiar el fondo del asunto en segunda instancia?

2.3. Consideraciones

§32. El artículo 247 del Código de lo Contencioso Administrativo prevé el trámite del recurso de apelación contra sentencias de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 247. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

- 1. El recurso deberá interponerse y sustentarse ante la autoridad que profirió la providencia, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.*
- 2. Si el recurso fue sustentado oportunamente y reúne los demás requisitos legales, se concederá mediante auto en el que se dispondrá remitir el expediente al superior, quien decidirá de plano si no se hubiese pedido la práctica de pruebas. Si las partes pidieron pruebas, el superior decidirá si se decretan según lo previsto en este Código.*
- 3. Recibido el expediente por el superior, si este encuentra reunidos los requisitos decidirá sobre su admisión.*
- 4. <Numeral modificado por del artículo 623 de la Ley 1564 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días. Si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de audiencia ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes. Vencido el término que tienen las partes para alegar, se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente.*
- 5. En la audiencia de alegaciones y juzgamiento se aplicarán las mismas reglas establecidas para esa audiencia en primera instancia.*

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

6. En la sentencia se ordenará devolver el expediente al juez de primera instancia para su obediencia y cumplimiento.”

§33. A su turno, el artículo 328 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 306 del C/CA establece en su primer inciso:

“ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.” /Resaltado fuera de texto/.

§34. Como se indicó en el acápite de antecedentes de esta sentencia, la parte demandante solicitó: (i) el reajuste anual de la mesada pensional conforme lo establece el artículo 1° de la ley 71 de 1988; y, (ii) el pago de las sumas de dinero superiores al 5% de los aportes al sistema de salud que le han descontado de las mesadas pensionales y adicionales de junio y diciembre.

§35. En la sentencia apelada solo se concedió el reajuste de la pensión conforme a la Ley 71 de 1988, pero negó el reajuste y devolución de los aportes en salud.

§36. Sin embargo, en el escrito del recurso de apelación la entidad demandada solicita se revoque la concesión del ajuste y devolución de los aportes en salud. Esta pretensión fue realmente negada.

§37. Respecto a la exigencia procesal de congruencia del recurso de apelación con la sentencia proferida en primera instancia, el H. Consejo de Estado⁴ señaló:

“Si bien el principio de la doble instancia constituye una garantía constitucional a la luz del artículo 31 de la Carta Política, el acceso a dicha garantía procesal y la efectividad de su ejercicio no opera deliberadamente, por cuanto resulta necesario el cumplimiento de ciertos requisitos establecidos por el Legislador relacionados con su oportunidad y procedencia, los cuales deben ser satisfechos a cabalidad so pena del fracaso del recurso de apelación [...]

En este sentido y de acuerdo a la finalidad de la alzada, es menester que la sustentación se efectúe de la forma adecuada, es decir, que no solamente deben manifestarse los aspectos que se consideran lesivos al derecho o interés en discusión, sino además los motivos de inconformidad en concreto respecto a la decisión del a quo, lo que en suma determinará el objeto de análisis del ad quem y su competencia frente al caso. Lo anterior demanda desde luego un grado de congruencia inequívoco entre el fallo recurrido y la fundamentación u objeto de la apelación, fuera de lo cual, se estaría desconociendo la finalidad y objeto mismo de la segunda instancia. [...]

En conclusión, ante la incongruencia de las razones que arguyó el apoderado de la parte demandada dentro del recurso, no puede menos la Sala que señalar que no existe en el presente motivo alguno de inconformidad contra el fallo, lo que impone declarar incólume la sentencia apelada.” /Líneas fuera de texto/.

§38. Siguiendo con esta misma línea de intelección, también en sentencia del primero de agosto de 2018⁵, esa Corporación reiteró que es menester no sólo que el recurrente

⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de agosto de 2017. Radicado: 730012331000201200365.01 (1162-2014). Actor: Norma Constanza Villegas Rodríguez. Demandado: Nuevo Hospital La Candelaria de Purificación E.S.E.

⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: William Hernández Gómez. Radicación número: 73001-23-31-000-2014-00160-01(3026-15). Actor: Joseli Varón Castro. Demandado:

sustente la decisión, sino que dicha argumentación se haga de forma adecuada, indicando en concreto los motivos de inconformidad respecto del fallo, los cuales determinarán el objeto de análisis del juez superior y su competencia frente al caso. Concluyó además que se requiere un grado de congruencia entre el fallo recurrido y la fundamentación de la apelación, ya que sin estos elementos “se estaría ante una trasgresión al debate jurídico y probatorio que fundamentó la decisión del juez de primera instancia, así como la finalidad y objeto mismo de la segunda instancia.”.

§39. Así las cosas, colige esta Sala Plural que la apelación formulada por la entidad demandada carece de congruencia con el estudio y decisión de fondo contenida en la sentencia apelada, dado lo cual, si bien el recurso fue interpuesto oportunamente, el soporte del mismo no cumple con la finalidad de este medio de impugnación, por tanto, esta colegiatura no cuenta con elementos que le permitan examinar la decisión que se impugna.

§40. Cabe anotar, que es deber de la parte apelante sustentar debidamente el recurso que formula y velar por los intereses de la entidad, demostrando o trayendo aquellos argumentos que en su criterio invalidan la tesis expuesta en primera instancia, sin que sea el juez quien deba a entrar a deducirlos o suponerlos, pues ello atentaría contra la igualdad de las partes y se opone al deber imparcial de impartir justicia.

§41. Corolario de lo expuesto, y dado que el escrito del recurso vertical no guarda congruencia con la decisión apelada, fuerza a confirmar la sentencia al no existir argumentos relacionados con la decisión adoptada.

3. Costas en esta instancia.

§42. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado²³especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

“...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.

§43. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicó que se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§44. En este caso, no se generaron costas de segunda instancia ni la parte demandante actuó en alegatos, por lo que no se hará condena en costas de esta instancia.

§45. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§46. Por lo discurrido, la Sala de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Cajanal Eice En Liquidación, hoy sucedida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

Sentencia

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 06 diciembre de 2021 por la Señoría del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **MARIA YOLEDY VANEGAS RIVERA** en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, por los argumentos motivo de la demanda.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS conforme a los argumentos expuestos.

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

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

República de Colombia



**Rama Judicial
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de Segunda Instancia

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Gloria Inés Ocampo Ospina
Demandado: Nación Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio
Radicado: 17-001-33-39-006-2021-000082-02
Acto judicial: Sentencia 48

Manizales, ocho (08) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** La parte actora pretende el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías. La primera instancia accedió el reconocimiento de la sanción moratoria y su indexación entre la fecha en que cesó la mora hasta que quede ejecutoriada la sentencia. El FOMAG apeló, la indexación de la sanción y la condena en costas. La Sala revoca la condena en costas de primera instancia.

§02. La Sala Sexta del Tribunal Administrativo de Caldas resuelve la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia dictada el 21 de septiembre de 2021 por la Señoría del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del Derecho interpuesto por **Gloria Inés Ocampo Ospina**, demandante, contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio-** en adelante **FOMAG-**.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita la sanción por la mora en el pago de las cesantías¹

§03. La sala procederá a interpretar la demanda conforme a su tenor literal y los anexos allegados.

¹ 02DemandaAnexos.pdf

§04. La parte demandante solicitó que se declare la nulidad del acto ficto surgido del silencio de la demandada a la petición del **12 de agosto de 2020**. A título de restablecimiento del derecho, pidió que se condene a la demandada al pago indexado de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, por el pago inoportuno de las cesantías.

§05. Los hechos de la demanda indican: **(i)** la parte demandante solicitó las cesantías **definitivas** el **09 de octubre de 2018** al FOMAG a través de la secretaría de educación territorial; **(ii)** se reconocieron las cesantías por medio de la **Resolución 794 del 09 de noviembre de 2018**; **(iii)** fueron pagadas extemporáneamente el **26 de febrero de 2019**; **(iv)** el **12 de agosto de 2020** la parte actora reclamó el pago de la sanción por mora; y, **(v)** la demandada no contestó la solicitud.

§06. Invocó como violados los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y, 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006. Y sustentó que el pago inoportuno de las cesantías de los docentes oficiales genera las sanciones previstas en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006. Como la parte demandada incurrió en mora en el pago de las cesantías, debe condenársele a la sanción prevista legalmente.

1.2. El FOMAG contestó que no ha violado las disposiciones incoadas ²

§07. Se opuso a las pretensiones, y admitió solo los hechos relacionados al reconocimiento y pago de la prestación, puntualizando que conforme al artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no se podrán destinar los recursos del FOGAG al pago de indemnizaciones por vía judicial o administrativa, que debe la entidad territorial por la mora en que haya incurrido.

§08. Propuso la excepción genérica u oficiosa.

1.3. La sentencia que accedió a las pretensiones³

§09. El Juez Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia de la siguiente manera:

“PRIMERO: DECLÁRASE LA EXISTENCIA Y NULIDAD del acto administrativo ficto generado con ocasión de la petición radicada por el accionante el 12 de agosto de 2020, acto mediante el cual se negó el reconocimiento de la sanción por pago extemporáneo de cesantías a la señora Gloria Inés Ocampo Ospina.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, ORDÉNASE a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO pagar a favor de la señora GLORIA INÉS OCAMPO OSPINA, identificada con la cédula de ciudadanía número 30.270.241 las sumas correspondientes a la sanción moratoria prevista en el artículo 5° de la Ley

² 12Contestación.pdf

³24Sentencia.pdf

1071 de 2006, causada desde el día 24 de enero al 25 de febrero de 2019. La sanción será pagada con base en el salario básico devengado en el año 2019.

TERCERO: ORDÉNASE a la entidad demandada **INDEXAR** las sumas que resulten a favor del demandante por concepto de sanción moratoria, en los términos señalados en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ORDÉNASE a la entidad demandada dar cumplimiento al presente fallo en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA, **previniéndose** a la parte accionante sobre la carga prevista en el inciso segundo de la citada disposición normativa.

QUINTO: CONDÉNASE EN COSTAS a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y a favor de la parte actora, cuya liquidación se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso. **FÍJASE** por concepto de agencias en derecho, también a cargo de esa entidad y a favor de la accionante, la suma de ciento cincuenta y cinco mil trescientos ochenta y nueve pesos (\$155.389.00)...”.

§10. El juzgado definió los siguientes problemas jurídicos:

1. *¿Tiene derecho la parte demandante a que se le reconozca y pague la sanción moratoria contemplada en la ley 244 de 1995, modificada por ley 1071 de 2006, por concepto del pago inoportuno de cesantías?*

En caso afirmativo,

2. *¿Resulta procedente el pago indexado de las sumas reclamadas por concepto de sanción por mora?*

§11. Realizó un análisis normativo aplicable al caso, citando la sentencia SUJ-SII-012-del 18 de julio de 2018, que unificó las reglas jurisprudenciales relacionadas con el reconocimiento de la sanción por mora en el sector docente.

§12. El Juzgado encontró que: **(i)** con base en los artículos 1, 2 de la Ley 244 de 1995, 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, la entidad debió pagar las cesantías transcurridos 70 días hábiles desde la presentación de la solicitud por la parte demandante, esto es, el 21 de marzo de 2020; **(ii)** el pago se realizó el 13 de abril de 2020, por lo que se incurrió en mora, desde el 22 de marzo de 2020 inclusive hasta el 12 de abril de 2020; **(iii)** no encontró demostrada la prescripción; **(iv)** y en cuanto a la indexación señaló que el Consejo de Estado recientemente aclaró la sentencia de unificación en cuanto a que la indexación de las sumas entre la fecha en que cesó la mora hasta que quede ejecutoriada esta sentencia.

1.4. La apelación de la demandada improcedencia de la indexación como el pago de las costas⁴

§13. La entidad demandada solicitó se revoque la sentencia, con los siguientes argumentos:

§13.1. Enfatizó que no procede el reconocimiento de la actualización de la indemnización moratoria, conforme lo estimó la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018.

§13.2. Sucintamente solicitó “... *no imponer condena en costas y agencias en derecho en segunda instancia.*”

1.4. Actuación de segunda instancia ⁵

§14. El 31 de enero de 2022 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y se corrió traslado de alegatos de conclusión, pero las partes y el Ministerio Público permanecieron silentes⁶.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§15. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 153 del CPACA.

2.2. Problemas jurídicos

§16. ¿La condena al pago de la sanción moratoria debe ajustarse tomando como base el Índice de Precios al Consumidor?

§17. ¿Debe revocarse la condena en costas de primera instancia?

2.3. De la indexación de la sanción moratoria

§18. Al respecto, la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018⁷ señaló: “*CUARTO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.*”-rft-

⁴ 27Apelación.pdf

⁵ 02AutoAdmisiónyTraslado.pdf

⁶ 04ConstanciaDespacho.pdf

⁷ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA - Sentencia de unificación por Importancia jurídica. Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 SUJ-012-S2 Bogotá D.C., 18 de julio de 2018 Expediente: 73001-23-33-000-2014-00580-01 No. Interno: 4961-2015

§19. Esta decisión tuvo como argumentos: “... *en juicio de la Sala para justificar la indexación de la sanción por mora en el pago de las cesantías, no es viable acudir al contenido del último inciso del artículo 187 del CPACA ... Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.*”

§20. Debido a la redacción de la regla jurisprudencial, donde se señaló “... Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA”, la subsección A del Consejo de Estado en sentencia del 26 de agosto de 2019⁸ aclaró:

“... es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que “[...] Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.[...]”, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1) sí hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2) quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3) aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia – art. 187 – y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.”-sft-

§21. Esta interpretación ha sido paulatinamente aceptada por ambas secciones del Consejo de Estado, como por este Tribunal.

§22. Al respecto, el ponente aclaró recientemente el voto, en el sentido que a pesar de que la sentencia de unificación aclaró en dos ocasiones en su parte motiva que no se podía indexar la sanción moratoria con base en el artículo 187 del CPACA, dado que ambas salas del Consejo de Estado aclararon dicha situación, acoge la indexación en los términos de la sentencia del 26 de agosto de 2019.

2.4. Caso concreto

§23. La sentencia motivo de apelación acogió la posición del Consejo de Estado en torno a que es viable la indexación de la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías, “...*b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria - art.187*”, y dispuso “... *reajustar con base en el IPC, el valor a cancelar a título de indemnización por mora en el pago de las cesantías definitivas reconocidas mediante*

⁸ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN “A”- Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ- Bogotá D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil diecinueve (2019)- Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00406-01(1728-18)

resolución No. 794/2018 a partir del último día en que se causó hasta la data en quede ejecutoriada la sentencia condenatoria.”

§24. Por lo que no prospera este cargo de la apelación.

2.5. Condena en costas de primera instancia

§25. Sobre la inconformidad del apelante sobre las costas asignadas, la sección segunda del Consejo de Estado ⁹especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno valorativo que: *“...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.*

§26. Sobre el particular la sentencia de primera instancia sólo señaló que *“... Como quiera que se encuentran configurados los gastos propios del ejercicio de la acción, con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437/11 y el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP), se condena en costas a la parte demandante...”*.

§27. El Consejo de Estado ha señalado que la imposición de las costas amerita un análisis objetivo-valorativo, y su omisión puede llevar al traste su condena en primera instancia: *“En el caso, la Sala observa que el a quo no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos, además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición al demandado, quien dentro de sus facultades hizo uso mesurado de su derecho a la réplica y contradicción. Por ello, se revocará este aparte de la sentencia apelada.”*

§28. En consecuencia, se revocará la condena en costas de primera instancia.

3. Costas en esta Instancia

§29. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado²³ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

“...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.

⁹ 21Consejo de Estado Sala de la Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A C.P. Dr. William Hernández Gómez Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01

§30. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicó que se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§31. Se analiza que la apelación fue parcialmente favorable al apelante, no se generaron costas en esta instancia, y la parte demandante no actuó en alegatos de la apelación, por lo que no se condenará en costas de esta instancia.

§32. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§33. En mérito de lo expuesto, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales del 21 de septiembre de 2021, que accedió a las súplicas de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **Gloria Inés Ocampo Ospina**, demandante, contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio**.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia de primera instancia en lo demás.

TERCERO: No condenar en costas de esta instancia.

CUARTO: Ejecutoriada este acto judicial, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI. Remítase copia de este acto judicial a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,


 PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA


 CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
 Magistrado


 FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de Segunda Instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del derecho
Demandante: Hylida Nury Echeverry Atehortúa
Demandado: Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG
Radicación: 17-001-33-33-002-2019-000310-02
Acto Judicial: Sentencia 54

Manizales, ocho (08) mayo de dos mil veintidós (2022).

Proyecto discutido y aprobado en Sala de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** La parte demandante solicita que se condene a las demandadas a: **(i)** el reajuste anual de la mesada pensional conforme lo establece el artículo 1° de la ley 71 de 1988; y, **(ii)** el pago de las sumas de dinero superiores al 5% de los aportes al sistema de salud que le han descontado de las mesadas pensionales y adicionales de junio y diciembre. El juzgado de primera instancia negó las pretensiones. La sala confirma la decisión de primera instancia, pero corrige el nombre de la demandante.

§02. La sala de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas dicta sentencia de segunda instancia en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **HYLDA NURY ECHEVERRY ATEHORTÚA**, parte demandante en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, parte demandada. El objeto es decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el ocho (08) de junio de dos mil veintiuno (2021) por la Señoría del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto.

1. Antecedentes

1.1. La Demanda¹

§02. Se declare la nulidad absoluta de la **Resolución 9515-6 del 5 de diciembre de 2017** expedida por la Secretaría de Educación de la gobernación de Caldas.

¹ (Exp07-01)

§03. En restablecimiento del derecho, solicitó lo siguiente:

§03.1. **De acuerdo a la Ley 91 de 1989**: la aplicación y devolución de los **descuentos de aportes al sistema de salud**, a la mesada pensional en el porcentaje del 5%, incluyendo las mesadas adicionales, ordenando cesar el descuento del 12% como actualmente se realiza; y se reintegre las sumas de dinero superiores al 5% de dichas mesadas pensionales, sin que se continúe efectuando dicho descuento.

§03.2. **Conforme a la Ley 71 de 1988**: Al reajuste anual de las mesadas pensional en el porcentaje que cada año se incrementa para el salario mínimo legal mensual, de forma retroactiva al año en que consolidó su derecho pensional y de manera constante para las mesadas subsiguientes y futuras.

§03.3. Al pago de las diferencias resultantes entre las mesadas pensionales y los reajustes solicitados, cancelados de manera indexada, con los ajustes de valor y los intereses corrientes y moratorios a que haya lugar, y conforme al 192 del CPACA, y al pago de condena en costas.

§04. Como pretensión subsidiaria, solicitó el reintegro de los dineros de las mesadas **adicionales de junio y diciembre, equivalente al aporte en salud del 12%**, de forma indexada y con la inclusión de los ajustes de valor, intereses moratorios; y ordenar a la Fiduciaria la Previsora no continuar el descuento de las mesadas adicionales con destino al sistema de salud.

§05. Describió que la parte demandante es docente pensionada, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y se **vinculó con anterioridad al 27 de junio de 2003**, por lo que fue reconocido su derecho pensional a través de la Resolución 1461 del 27 de marzo de 2012.

§06. Afirmó que el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por intermedio de la entidad fiduciaria, ha venido descontando **para cotizaciones al sistema de salud**, el 12% de cada mesada pensional, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre.

§07. Que en el acto de reconocimiento pensional se consagró **que la mesada sería reajustada anualmente conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988, o sea con el salario mínimo legal mensual vigente**; sin embargo, la mesada ha venido siendo incrementadas con base a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, **con el índice de precios al consumidor- IPC**; esto es, en el porcentaje certificado por el DANE, para el índice de precios al consumidor del año inmediatamente anterior.

§08. Esbozó que elevó solicitud bajo el radicado **SAC 2017 PQR18104 del 17 de noviembre de 2017**, ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, con la finalidad de obtener la devolución de los valores descontados, **en exceso por concepto de descuento de salud de la mesada pensional; además al ajuste anual de la mesada conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1988**.

§09. Expuso que a través de la **Resolución 9515-6 del 5 de diciembre de 2017** la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas denegó las pretensiones.

§10. Consideró como violados, el preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 de la Constitución Política; 137 de la Ley 1437; 1º de la Ley 71 de 1998; 15.2.a de la Ley 91 de 1989; 115 de Ley 115 de 1994; 279 de la Ley 100 de 1993 ; 1º de la Ley 238 de 1995; 4 de la Ley 700 de 2001; 9º parágrafo 1º de la Ley 797 de 2003; 81 de la Ley 812 de 2003; 160 de la Ley 1151 del 2007; Ley 33 de 1985; y parágrafos transitorios 1 y 2 del Acto Legislativo 01 de 2005.

§11. Analizó que, en el régimen jurídico del personal docente vinculado antes de la expedición de la Ley 812 de 2003 se encuentra exceptuado de la Ley 100 de 1993, y los principios de favorabilidad e irrenunciabilidad.

§12. **Respecto a los aportes en salud** cuestionó que se le han descontado a la parte demandante en exceso, al haberse vinculado con anterioridad a la referida ley 812 de 2013, y reconocer la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, por lo que el monto de descuento debe ser del 5% según la Ley 91 de 1989, misma que es aplicable a las mesadas adicionales, y no el 12% para los que se rigen por la Ley 100 de 1993.

§13. **Sobre el incremento anual de la pensión**, no le es aplicable el incremento estipulado en su artículo 14, esto es, con base en el IPC, sino el incremento indicado en la norma anterior, la Ley 71 de 1988, o sea, con el salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que obtuvo dicha prestación antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

1.2. Contestación de la demanda

1.1. Contestación del Ministerio de Educación Nacional

§14. El Ministerio de Educación se opuso a la totalidad de las pretensiones.

§15. En cuanto a los hechos admitió la vinculación de la parte demandante al servicio educativo con anterioridad al 27 de junio de 2003; así mismo que a la actora le fue reconocida pensión.

§16. **Propuso los siguientes medios exceptivos:**

§17. **Inexistencia de la Obligación o cobro de los no debido:** El reajuste pensional se ha venido realizando en debida forma.

§18. **Prescripción:** Prescriben en tres (03) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

§19. **Genérica:**

1.3. La sentencia del juzgado que no accedió a las pretensiones de la demanda²

§20. El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, dictó sentencia, negando a las pretensiones de la parte actora, las que pasan a relacionarse:

“...” PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con las consideraciones de este fallo.

SEGUNDO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Las agencias en derecho serán canceladas en los términos descritos en la parte motiva de esta providencia.

§21. Una vez expuestos los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda y la contestación, determinó como problemas jurídicos, los siguientes:

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL: ¿LA DEMANDANTE TIENE DERECHO AL REAJUSTE DE LA MESADA PENSIONAL DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 1º DE LA LEY 71 DE 1988?,

Problemas jurídicos asociados:

¿Cuál es el régimen legal aplicable a las pensiones de los docentes oficiales?

¿Cuál es el parámetro legal para el reajuste anual de las pensiones oficiales docentes?

§22. Negó las pretensiones de la demanda, porque no se puede ordenar el reajuste a favor de un docente pensionado con base en el mecanismo que fue establecido en el artículo 1º de la ley 71 de 1988, porque el reajuste de las pensiones se determina por el artículo 14 de la ley 100 de 1993.

§23. Además, la fórmula que el legislador instituya para reajustar las pensiones no constituye un derecho adquirido a favor de los pensionados, sino una mera expectativa que está sujeta a las modificaciones que el órgano considere pertinente para garantizar el poder adquisitivo de las pensiones.

§24. En cuanto a los descuentos en salud, el juzgado estimó que, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados contribuían con el 5% de su mesada pensional para la financiación de los servicios de salud. Sin embargo, la ley 100 de 1993 estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12%, sin importar el tipo de pensión de que se trate. (Sent. T-359/2009).

² (Exp 18, 01)

1.4. La apelación del demandante porque no se ordenó el reconocimiento y pago del reajuste de la pensión de jubilación y la devolución de los aportes³

§25. Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora, precisó los fundamentos de la apelación:

§26. **En cuanto al incremento anual de la mesada pensional conforme al salario mínimo**, expuso tres razonamientos: (i) indebida aplicación del precedente jurisprudencial, (ii) el desconocimiento de los regímenes exceptuados de la ley 100 de 1993; y, (iii) regímenes exceptuados en el acto legislativo 01 de 2005.

§27. Recalcó que el juzgado incurrió en una grave violación del debido proceso materializando los principios de congruencia, contradicción e igualdad al traer como referente jurisprudencial aplicables sentencias que no corresponde a idénticos hechos, fundamentos de derecho y pretensiones.

§28. Insistió que el objeto real del proceso era determinar la fórmula más equitativa de incremento pensional para el régimen exceptuado del magisterio.

§29. Aclaró que la Ley 238 de 1995 adicionó un párrafo al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, de los regímenes exceptuados, donde previó que sí se aplicaría el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, pero en lo que les fuera beneficioso.

§30. Hizo hincapié en que el Acto Legislativo 01 de 2005 mantuvo el régimen del magisterio como exceptuado para los docentes vinculados antes del 26 de junio de 2003, por lo que se les aplica las leyes 33 de 1985, por lo que no puede aplicarse el incremento anual de la pensión establecido en la Ley 100 de 1993, sino el dispuesto por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, o sea, según el salario mínimo.

§31. **Con relación a los descuentos para salud de las mesadas pensionales, incluidas las adicionales de junio y diciembre**, puso de presente que la Corte Constitucional, en sentencias T-348 de 1997, C-956 de 2001 y C-980 de 2002 precisó que el descuento para aportes de salud de los docentes es del 5%, incluidas las mesadas adicionales.

1.5. Actuación Segunda Instancia

§32. Mediante auto del 22 de noviembre de 2021, se admitió el recurso de apelación interpuesto y se ordenó correr traslado de alegatos a las partes y al ministerio público⁴.

1.6. Alegatos de Conclusión Segunda Instancia

§33. Las partes y el Ministerio Público permanecieron silentes.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

³ (J7 01)

⁴ (J7-03)

§34. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforme al artículo 153 del CPACA⁵.

§35. “...(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia”; los límites impuestos por los principios de congruencia y de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”⁶

2.2. Cuestión Previa

§36. Para la formulación del problema jurídico la Sala tiene en cuenta que la demanda expresamente señala en el hecho cuarto que “... () solicitamos la aplicación del artículo 1º de la Ley 71 de 1988, como fórmula tendiente al reajuste oficioso de sus mesadas pensionales...”- f. 6 c.1-, lo cual confirma el objetivo de la demanda que era la aplicación del porcentaje del incremento de las pensiones conforme al artículo 1º de la Ley 71 de 1988.

2.3. Problemas Jurídicos

§37. ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

§38. ¿Se debe reembolsar a la parte actora algún porcentaje, por concepto de descuentos por los aportes de salud, descontados de la pensión de jubilación de manera mensual y de las mesadas adicionales de junio y diciembre?

2.4. Lo demostrado en el proceso

§39. La señora Maria Aura Sánchez Hernández nació el 09 de marzo de 1952.

§40. Le fue reconocida la pensión por la Resolución 3413 del 10 de agosto de 2007, donde consta que laboró desde 1972/03/04 al 2007/03/09.

⁵ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

§41. Por medio de la **solicitud con radicación 2017PQR18104 del 17 de 11 de 2017** elevada ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo de Prestación Social del Magisterio, la parte actora solicitó se reajuste la pensión de jubilación, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al IPC y se reintegre los valores concernientes a los descuentos de salud de las mesadas ordinarias y adicionales, por el valor superior al 5% .⁷

§42. Mediante la **Resolución 9515-6 del 05 de diciembre de 2017**, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, se negó la devolución de aportes en salud y el incremento periódico de las mesadas pensionales conforme al incremento fijado para el salario mínimo.⁸

§43. Una vez observadas las pruebas aportadas en el presente asunto, procede esta Colegiatura a resolver el problema jurídico formulado.

2.1.Fundamentos Jurídicos

2.1.1. Primer Problema Jurídico: el reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme al incremento del salario mínimo como lo establece la ley 71 de 1988.

2.1.1.1. Régimen general de la seguridad social

§44. La seguridad social es un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. (art. 48 CP).

§45. El artículo 53 ídem garantiza el derecho al reajuste periódico de las pensiones legales.

§46. Los anteriores son los mandatos del Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993⁹.

§47. Por su parte, el artículo 11 ibídem, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003; prevé su campo de aplicación, así:

*“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, **se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional**, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.”*

⁷ (J7-01).

⁸ (J7 01).

⁹http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html#1

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

§48. El artículo 1 de la Ley 4 de 1976¹⁰, determinó que todas las pensiones, a excepción de las originadas por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, según los parámetros que fijó.

§49. Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988¹¹ y el Decreto 1160 de 1989 precisaron que las pensiones antes mencionadas, como la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

§50. Posteriormente, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 dispuso un ajuste de las pensiones con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor –IPC-, excepto aquellas pensiones iguales al salario mínimo que se incrementaban conforme al mismo:

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

§51. Dicha normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994¹², donde señaló que el incremento por el IPC o por el salario mínimo cumplen el objetivo del reajuste periódico de las pensiones, y es facultad del legislador determinar el incremento:

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

“.... Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará

¹⁰ Ley 4 de 1989, “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1165>

¹¹ Ley 71 de 1988 por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=307>

¹² Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; REF.: expediente No. D-529. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-387-94.htm>

en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, porque su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará. (...)

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

Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.”

§52. En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo solo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de las pensiones que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; y que el aumento en el índice de precios al consumidor para los demás pensionados se ajusta a factores como circunstancias económicas y políticas.

§53. En sentencia del 17 de agosto del 2017 la Sección Segunda el Honorable Consejo de Estado ¹³ dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994, expuso que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988. Además, es aplicable a las pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993:

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

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

§54. Así, si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir que el incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988.

§55. La Corte Constitucional en la sentencia C-435 de 2017 señaló que no se aplica el principio de favorabilidad en la forma del reajuste de las pensiones dispuesto por el Legislador:

¹³ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

“Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.”

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

§56. De otra parte, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279¹⁴ contempló los regímenes exceptuados, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

§57. Este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995¹⁵ que dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; o sea, el incremento de las pensiones conforme al IPC:

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

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

§58. De esta manera, el incremento de las pensiones de los docentes pensionados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 no se rige por el artículo 1º de la Ley 71 de 1988.

§59. En efecto, el incremento anual de las pensiones no forma parte del Régimen Pensional por el cual se rigen los docentes, como son la edad, el monto, el ingreso base de liquidación y la tasa¹⁶.

¹⁴ ARTÍCULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

¹⁵ Ley 238 de 1995; http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0238_1995.html

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA - SUBSECCIÓN A- Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) -Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

<http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2102915>

§60. El reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción del aumento anual.

§61. Y el artículo 1º de la Ley 71 de 1988, fue derogado por la Ley 100 de 1993.

§62. En ese orden de ideas, considera la Sala que no se encuentra demostrada la vulneración de los derechos invocados en la parte actora, pues no le asiste razón al accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, el salario mínimo.

§63. Por lo anterior, no se accederá al incremento anual de la mesada pensional conforme al artículo 1º de la Ley 71 de 1988, o sea, según el aumento del salario mínimo legal mensual vigente para el año anterior.

2.1.2. Segundo problema jurídico: reembolso de los descuentos de salud

§64. El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece que son afiliados al SGSS en salud todos los residentes en Colombia que se encuentren afiliados al régimen contributivo o al subsidiado y los vinculados temporalmente. Al régimen contributivo pertenecen los afiliados con capacidad de pago, como cotizantes están los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobreviviente, tanto del sector público como del privado.

§65. Por su parte, el artículo 143 ibídem, previó para los pensionados antes del 1 de abril de 1994, el reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de dicha norma. Así mismo, la cotización para salud a cargo de los pensionados, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

§66. El artículo 280 de la Ley 100 de 1993 dispuso sobre la obligatoriedad de aportar para los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones, a partir del 1 de abril de 1994.

2.1.2.1. Aplicación del régimen en salud para los afiliados al sector público y al fondo de prestaciones sociales del magisterio y al sistema general de seguridad social en salud.

§67. La Ley 4 de 1966¹⁷, determinó para los afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social, el deber de cotizar el porcentaje del 5%, a favor de la entidad de previsión, sobre la mesada pensional.

§68. Lo anterior es reiterado por el Decreto 3135 de 1968¹⁸, en cuyo artículo 37, se dispone: "*Prestaciones para pensionados. A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. **Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión***".

¹⁷ <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=1573>

¹⁸ "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

§69. Posteriormente la Ley 91 de 1989¹⁹, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 8 numeral 2, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, y fue constituido entre otros: “...El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo **incluidas las mesadas adicionales**, como aporte de los pensionados.”

§70. El artículo 15 de la citada disposición, determinó el régimen aplicable para el personal docente dependiente de la vinculación así:

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

(Ver art. 6 Ley 60 de 1993)

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

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

§71. Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003²⁰, estableció que el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma y **los vinculados a partir de la entrada en vigencia** de la citada norma, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes **100** de 1993 y **797** de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

§72. Adicionalmente precisó en el inciso tercero y cuarto de dicha normativa, en cuanto a los servicios de salud para los afiliados a dicho Fondo, **prestados conforme lo estipula la Ley 91 de 1989 y el valor de las cotizaciones por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores.**

§73. Posteriormente, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que: “El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en

¹⁹ https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf

²⁰ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1

el artículo 81 de ésta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”

§74. En cuanto al monto de la contribución de cotizaciones el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, establecía:

*“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo **del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.** Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”. (Resalta la Sala)*

§75. Dicha preceptiva fue modificada por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que dispuso:

*“**Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones.** La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del **12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado.** Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).*

§76. Por virtud de la Ley 1250 de 2008¹², por medio del artículo 1 adicionó el 204 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

§77. De las normas señaladas se evidencia, que el objetivo del Legislador se encaminó a efectuar aportes para salud tanto en los regímenes especiales como del Sistema General de Seguridad Social, incluidos los pensionados, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

§78. En lo atinente al porcentaje de la cotización para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se dispuso inicialmente con la Ley 91 de 1989, una cotización del 5% y posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se habilitó un valor total de la cotización correspondiente a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

§79. En consecuencia, se deriva que las cotizaciones que se deducen de la mesada pensional de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio,

equivalen al mismo porcentaje que se debe descontar al Régimen General de Seguridad Social.

§80. Por su parte, la Máxima Corporación Constitucional en sentencia T-835 de 2014, sobre la obligatoriedad en la cotización a los pensionados al Sistema General de Salud, tanto para regímenes especiales, como la pensión gracia, y el ordinario dispuso:

*“Entonces, **incluso los regímenes de excepción** tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:*

“(…) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

*En conclusión **todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución.** (….) Rft”*

§81. Respecto al monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, respecto al porcentaje del Régimen General de Pensiones, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2018²¹, precisó que la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general:

*“ 3. Por otro lado, la Ley 91 de 1989, fijó como otro de los objetivos del **Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio**: Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, para contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo. Entonces, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio tiene a cargo las prestaciones sociales de los afiliados al Magisterio, entre estas, (i) la pensión ordinaria y (ii) **garantizar la prestación la prestación de los servicios médico asistenciales. Lo que indica que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios, por disposición de la ley, tienen un régimen especial de seguridad social en salud.***

(…)

²¹ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA -SUBSECCIÓN B- Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, se sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber **que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993).** Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)**

(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, ²² , artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general.

(...)

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, y **teniendo en cuenta que los docentes gozan de un sistema de salud, especial**, señaló:

“22. Ahora bien, bajo el entendido que **los docentes gozan de un sistema de salud diferente al señalado en la Ley 100 de 1993**, corresponde al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio prestarle los servicios de salud a que tienen derecho y a la Caja Nacional de Previsión Social hoy UGPP, **efectuar los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud** al Fondo de Seguridad y Garantía - FOSYGA como lo determina el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, “Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, según el cual:

“Artículo 14. Régimen de excepción. Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.

22 Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud. Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos... ”.

De conformidad con el anterior artículo es completamente válido -y legal que quien se encuentra percibiendo una pensión de vejez, y a su vez recibe pensión gracia, cotice sobre las dos pensiones en materia de salud. Una cotización será girada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la otra al FOSYGA, recursos con los cuales se financia el Sistema de Seguridad Social en Salud.

23. Como se puede observar ni el artículo 52 del Decreto 806 de 1998, ni en el artículo 14 de Decreto 1703 de 2002, excluyeron de la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud a los beneficiarios de la pensión gracia, por lo tanto, los mismos se encuentran obligados a efectuar aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en los términos señalados en la ley y en las normas reglamentarias aplicables.

24. Sobre el monto del aporte a salud con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados del sector oficial, incluyendo los beneficiarios de la pensión gracia, cotizaban sobre el 5% de su mesada pensional, con fin que se les prestaran los servicios médico asistenciales; porcentaje diferenciado respecto al establecido para los pensionados del sector privado afiliados al Instituto de Seguros Sociales.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, artículo 143, se estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12 %, motivo por el cual, con el fin de no afectar los ingresos efectivos de los pensionados, y mantener el poder adquisitivo de sus mesadas, se consagró un incremento en el monto de las pensiones equivalente a la diferencia entre el valor de la cotización establecida en la Ley 100 de 1993 (12%), y el valor del aporte que se le venía efectuando al beneficiario de la pensión gracia (5%).

De esta manera, por virtud de la misma disposición, a los beneficiarios de la denominada pensión gracia también se les incrementó correlativamente el valor de su mesada en el monto del incremento de su aporte a salud, con el fin de no afectar los ingresos reales que venían percibiendo.

25. En conclusión, no existe disposición que excluya a los regímenes de excepción del deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, por el contrario se encuentra demostrado, que a través del tiempo los beneficiarios de la pensión gracia han estado obligados a efectuar los aportes correspondientes al sistema de salud para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. **El pago de las cotizaciones en salud es obligatorio**, independientemente de que se preste o no el servicio de salud, en acatamiento del principio de solidaridad que rige el sistema de Seguridad Social en Colombia, conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución, definido en el literal c) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993,

...

26. De lo expuesto se puede concluir que **todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes** a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. ... ”-sft-

§82. De las normas anotadas y los postulados jurisprudenciales esgrimidos, se colige que los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al ser beneficiarios del régimen especial en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, no los

exonera de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, por disposición expresa de la Ley 812 de 2003.

2.5.2. Descuento de Salud Sobre las Mesadas Adicionales

§83. En reciente pronunciamiento de unificación jurisprudencial el Consejo de Estado en sentencia del 3 de junio de 2021, señaló que los descuentos de las mesadas adicionales se hacen conforme a lo indicado en el sistema de seguridad social integral:

“83. Así las cosas, el término bajo examen lleva a que el descuento se haga a cada una de las mesadas pensionales que se reciban y no solamente de las ordinarias, pues de la expresión «de la respectiva mesada pensional» incluye las adicionales, puesto que también tienen esa connotación. Por lo tanto, las deducciones de las mesadas de junio y diciembre también se encuentran comprendidas en el contenido normativo en cuestión, dado que no se ha introducido excepción legal en este punto, contrario a ello, es una obligación derivada del artículo 8, inciso 6, de la Ley 91 de 1989.

84. En efecto, una interpretación lógica del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, lleva al mismo entendimiento si se tiene en cuenta que dicha norma prevé que la cotización mensual al régimen de salud será del 12% de la respectiva mesada pensional. Los pagos que superan los valores ordinarios recibidos en junio y diciembre son mesadas adicionales, tal y como se desprende de los artículos 50 y 142 ejusdem, y aún del artículo 8 de la Ley 91 de 1989 cuando señala «incluidas las mesadas adicionales». Entonces, el porcentaje de los descuentos de que trata el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, aplicable por disposición del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, incluye a las mesadas adicionales.

85. En consecuencia, el argumento sustentado en una interpretación literal del artículo 204 de la Ley 100 de 1993 no implica la exclusión de las mesadas adicionales de los docentes pensionados afiliados al FOMAG.

1. REGLA DE UNIFICACIÓN

86. Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales. 3. Efectos en el tiempo del precedente

87. Con el fin de proteger los principios de equidad e igualdad y la superación de situaciones que afectan el valor de la justicia y la aplicación de las normas de conformidad con los cambios sociales, políticos, económicos y culturales, por regla general, la Sala Plena de esta Corporación ha dado aplicación a su precedente de forma retrospectiva 46 . En este caso, no se advierte la necesidad de dar efectos prospectivos a la regla de unificación aquí definida, toda vez que no restringen el acceso a la administración de justicia ni afectan los derechos adquiridos o fundamentales de las partes.

88. Además, es importante destacar que la decisión que se adopta en esta sentencia de unificación se acompasa con los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema pensional y de salud, en consideración a que los recursos que provienen de los aportes que efectúan los docentes de sus mesadas pensionales, cuya destinación está dada por la ley, redundan en su beneficio, por ende, tienen una finalidad de interés general inspirada en dichos principios. En consecuencia, los efectos retrospectivos de esta providencia resultan acordes con dicho objetivo.

89. Por lo anterior, en esta ocasión, se adopta el mismo criterio, por lo que la regla jurisprudencial que en esta providencia se fija se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, a través de acciones ordinarias, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables.”

§84. De esta manera, aun cuando la Ley 812 de 2003 extendió el régimen de cotización en materia de salud a los pensionados afiliados al FNPSM, ello sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12%. Esto no tiene virtualidad de derogar expresa ni tácitamente lo previsto en el régimen especial en punto de la posibilidad de hacer los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales.

§85. De igual manera, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017 22, denegó la solicitud sobre la devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, basado en los siguientes argumentos:

*“(…) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de **los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.***

§86. En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, **estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.**

§87. En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó **en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.**

§88. En ese orden de ideas, considera la Sala que los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre fueron previstos en la Ley 91 de 1989, para los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

§89. A pesar de no mencionarse taxativamente en la Ley 812 de 2003, no significa que hubiese cesado la obligación de cotizar sobre dichas mesadas, pues en atención al principio de solidaridad que erige el Sistema de Seguridad Social, y en aras de preservar la contribución al sistema para lograr la sostenibilidad, eficacia y

financiación del mismo, es procedente realizar los descuentos sobre las mesadas adicionales recibidas por los pensionados afiliados a dicho Fondo.

§90. En este sentido, se tiene que los descuentos aplicados a los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, sobre la mesada ordinaria y adicionales de los meses de junio y diciembre, por concepto de salud, deben hacerse aplicando los porcentajes previstos por las normas anteriormente señaladas.

§91. Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia.

3. Costas en esta instancia.

§92. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado²³ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

“...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.

§93. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicó que se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§94. Se analiza que la parte demandante fundamentó nutridamente de argumentos de principios, normativos y jurisprudenciales, y se demostró la diligencia en la vía administrativa como judicial.

§95. Lo anterior, acogiendo la postura del Consejo de Estado, en un caso donde revocó la condena en costas impuesta por este Tribunal así:

“(...) 50. La jurisprudencia de la Sala en materia de costas procesales, ha precisado que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, la cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

51. En el caso, la Sala haciendo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echa de menos alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandante, quien dentro de sus facultades hizo uso de su derecho de acción. Por ello, esta sentencia se abstendrá de condenar al vencido. (...)”

§96. En este caso, no se generaron costas de segunda instancia ni la parte demandada actuó en alegatos, por lo que no se hará condena en costas de esta instancia.

§97. **Corrección del nombre.** Según aparece en el expediente, el nombre del demandante es HYLDA NURY ECHEVERRY ATEHORTUA, y no JHILDA como aparece en la sentencia, por lo que en la parte resolutive de este acto judicial se corregirá el nombre por HYLDA NURY ECHEVERRY ATEHORTUA, nombre correcto de la actora.

§98. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§99. Por lo discurrido, la Sala de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: CORREGIR, el nombre de JHILDA NURY ECHEVERRY ATEHORTÚA por HYLDA NURY ECHEVERRY ATEHORTUA, nombre correcto de la actora.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 08 de junio de 2021 por la Señoría del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por **HYLDA NURY ECHEVERRY ATEHORTÚA** en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**, por los argumentos motivo de la demanda.

TERCERO: NO CONDENAR EN COSTAS conforme a los argumentos expuestos.

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

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN