

21CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente medio de control para su trámite, recibido por ventanilla virtual de segunda instancia.

VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CARDENAS
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

A. I. 441

RADICADO	17001-33-39-007-2018-00297-02
MEDIO DE CONTROL	REPARACIÓN DIRECTA
ACCIONANTE	LUIS HUMBERTO RÍOS QUICENO Y OTROS
ACCIONADO	MUNICIPIO DE VILLAMARÍA Y LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS

Revisado el expediente de primera instancia, se evidencia que la sentencia recurrida fue notificada el 05 de julio de 2023, el escrito de apelación fue presentado el día 17 de julio de 2023, encontrándose dentro del término oportuno.

Así, de conformidad con el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021), ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales de fecha 30 de junio de 2023.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PABLO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado Encargado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 212

Fecha: 29 de noviembre de 2023

17-001-33-33-002-2018-00477-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticuatro (24) de NOVIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 233

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 Juez 2° Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor ISMAEL RUIZ MELO contra la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL** (en adelante CASUR).

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

En síntesis, solicita la parte actora:

- I. Que se inapliquen por vía de la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad, los artículos 15 y 49 del Decreto 1091/95, 23 del Decreto 4433/04 y 3 del Decreto 1858 de 2012;
- II. Que se declare la nulidad del Oficio E-00003-201728772-CASUR Id: 291395 del 26 de diciembre de 2017, con el cual CASUR negó la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro del accionante.

III. A título de restablecimiento del derecho, se condene a la accionada a reajustar la asignación de retiro del demandante con la inclusión, como partida computable, del subsidio familiar en un 30% del salario básico, junto con sus intereses e indexación. Así mismo, se pague cualquier otro derecho causado más la indexación que corresponda.

CAUSA PETENDI

Narra el actor que ingresó en 1991 a la Policía Nacional como agente, y en 1995, encontrándose al servicio de la entidad como suboficial, fue homologado al nivel ejecutivo de esa institución, y con ello, le fue aplicado el Decreto 1091 de 2005 que no contempla el subsidio familiar como partida computable para liquidar las prestaciones sociales. Por modo, refiere que, al considerar que dichas normas carecen de sustento constitucional, solicitó a CASUR que reconociera este rubro como partida computable en la asignación de retiro, petición negada a través del acto demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Expuso el accionante que el subsidio familiar fue creado por medio del Decreto 118 de 1957 y modificado a través de la Ley 21 de 1982, como una forma de protección a la familia, núcleo de la sociedad por mandato del texto 42 del estatuto constitucional, y de ahí su importancia, reconocida por la Corte Constitucional en la Sentencia T-492 de 2014, con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez. Además, acota que, si bien este emolumento tiene un efecto económico en los ingresos del trabajador, la destinataria del beneficio en últimas es la familia. Anota que esta prestación se consideró computable para la asignación de retiro desde el año 1977, y con las sucesivas modificaciones de las normas policiales, incluyendo los Decretos 1212 y 1213 de 1990.

Agregó que mediante los Decretos 132 y 1091 de 1995, fue creado el nivel ejecutivo de la Policía Nacional, cuyos miembros también son beneficiarios del subsidio familiar, sin embargo, de acuerdo con estas normas, este no hace parte de las partidas computables para la liquidación de la asignación de

retiro. Volviendo sobre la importancia del subsidio familiar en función de la protección de los niños y jóvenes, resalta que se vulnera el derecho a la igualdad al no reconocer el subsidio familiar a los miembros del nivel ejecutivo de la institución como partida computable para liquidar la asignación de retiro, cuando a los suboficiales, oficiales y agentes sí se les concede, sin que existan razones de este tratamiento. Adicionalmente, la decisión administrativa demandada desconoce el principio de progresividad consagrado en el texto 48 Superior, pues excluye a los miembros del nivel ejecutivo de este ámbito de protección.

Para finalizar, complementa su argumento manifestando que al negar la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, la POLICÍA NACIONAL desconoce diversos instrumentos internacionales que también conducen de forma diáfana a la protección de la familia y los menores de edad.

CONTESTACIÓN DEL LIBELO DEMANDADOR

La **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL -CASUR** dio contestación a la demanda en forma oportuna (PDF N°9), oponiéndose a las pretensiones de la parte demandante, e indicando que la asignación de retiro concedida al actor fue liquidada con base en las partidas computables previstas en el Decreto 4433 de 2004, dentro de las que no se halla la deprecada por el actor. Además, anota que el canon 49 del Decreto 1095 de 1995 proscribire de forma categórica la inclusión de cualquier otro emolumento para el cálculo de la asignación de retiro.

Niega que el ingreso del demandante al nivel ejecutivo de la policía le haya significado la pérdida de beneficios o el desconocimiento de la progresividad, por el contrario, indica que su situación prestacional mejoró, y que no hay prueba de lo contrario en el plenario. También acota que el actor se homologó de forma voluntaria al nivel ejecutivo, por lo que no puede alegar discriminación en su caso.

Con base en lo anterior, propuso como excepciones las de 'INEXISTENCIA DEL

DERECHO', aludiendo a la improcedencia de tomar como partida computable el subsidio familiar; 'INCORRECTA INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE OSCILACIÓN', ya que este hace alusión al sueldo básico; 'INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN', pues el actor debió cuestionar las normas que sirven de base al reconocimiento pensional; y 'FALTA DE FUNDAMENTO JURÍDICO PARA LAS PRETENSIONES', en la medida que se pretende la inclusión de partidas concebidas normativamente para oficiales, suboficiales y agentes.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 2ª Administrativa de Manizales negó las pretensiones del demandante, con la sentencia que reposa en el documento PDF N° 13, refiriendo que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido enfática al señalar que el régimen salarial y prestacional concebido para los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional es más favorable que el establecido para los agentes, por lo que no puede hablarse de discriminación o desmejora alguna, además, las partidas computables para los miembros del nivel ejecutivo son las señaladas en el artículo 23-2 del Decreto 4433 de 2004.

Analizados los pormenores del caso, estableció que el actor ingresó como agente a la POLICÍA NACIONAL en 1991, y desde 1995, fue homologado al nivel ejecutivo, por lo que las partidas computables para liquidar la asignación de retiro son las establecidas en el Decreto 4433 de 2004, y con ello, no procede la inclusión del subsidio familiar en dicha base prestacional.

Además, estimó que la comparación entre regímenes no procede de forma aislada o tomando en cuenta 1 solo factor, y en cambio, debe hacerse de forma global, en la cual las normas previstas para el nivel ejecutivo resultan más beneficiosas, especialmente en cuanto se refiere a la asignación básica. Finalmente, precisó que de acogerse la tesis de la parte actora, se vulneraría el principio de inescindibilidad normativa.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante apeló la decisión de primera instancia, solicitando que esta sea revocada y que, en su lugar, el Tribunal acceda a sus pretensiones (PDF N° 14).

Considera que el juez de primera instancia incurrió en una falencia argumentativa al no hacer un juicio de igualdad constitucional, pues desde la demanda había hecho alusión a la vulneración de este derecho fundamental del núcleo familiar del accionante, entendiendo que existe un trato diferencial en la inclusión del subsidio familiar, entre las familias de los oficiales, suboficiales y agentes, de un lado, y los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, del otro. Así mismo, considera que no puede excusarse la negativa de sus pretensiones en la inescindibilidad, que es un mandato de naturaleza eminentemente legal, cuando están en juego principios constitucionales y derechos fundamentales, como lo es la protección que la carta dispensa a la familia, por ende, considera que no existen motivos que justifiquen un trato diferenciado frente al subsidio familiar.

También considera que no es de recibo esgrimir que el accionante ingresó voluntariamente al nivel ejecutivo de la POLICÍA NACIONAL y que por ello sabía el régimen salarial y prestacional que lo amparaba, pues aun cuando legalmente ello es cierto, no puede desconocerse el mandato de irrenunciabilidad de los derechos laborales. De otro lado, alude a la jurisprudencia relacionada con soldados profesionales y su régimen prestacional, para concluir que la sostenibilidad fiscal, además de no ser un principio de orden constitucional, tampoco ha de servir como fundamento válido para desconocer derechos fundamentales.

Reitera que su demanda no se basa en una desmejora salarial, sino en la vulneración del derecho a la igualdad que existe entre los grupos familiares de los agentes, oficiales y suboficiales de la POLICÍA NACIONAL, y el de los miembros del nivel ejecutivo, específicamente por el subsidio familiar.

Finalmente, aduce que no debió ser condenado en costas, por cuanto no se demostró su causación.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

PARTE DEMANDANTE (PDF N° 22): si bien se pronunció en esta instancia, lo hizo sobre un tema totalmente diferente al que constituye el litigio, pues sus alegatos abordan los incrementos salariales de los servidores policiales frente a los aumentos decretados para el grueso de los servidores públicos para los años 2002, 2003 y 2004 con el IPC, aspecto que, se itera, no se entrelaza con lo que es tema de debate.

PARTE DEMANDADA (PDF N° 20): solicita se confirme la sentencia de primera instancia, reiterando que al demandante le fue reconocida la asignación de retiro de conformidad con las partidas computables establecidas en los Decretos 4433/04 y 1091/95, además, indica nuevamente que el demandante se acogió de forma voluntaria al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, por lo que no puede alegar discriminación ni desmejora en sus condiciones laborales y salariales.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte actora se anulen los actos que negaron la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro y en consecuencia, se reajuste esta prestación.

(I) PROBLEMAS JURÍDICOS

De acuerdo con la postura de la parte apelante y lo decidido por el juez de primera instancia, los problemas jurídicos a dilucidar son los siguientes:

- *¿Es procedente incluir en la asignación de retiro del actor, el*

subsidio familiar?

- ***A partir de lo expuesto, ¿al momento de liquidar la asignación de retiro, CASUR vulneró el derecho a la igualdad que le asiste al demandante frente a los agentes, oficiales y suboficiales de la POLICÍA NACIONAL?***

(I)

**NORMATIVA APLICABLE
PARA LA LIQUIDACIÓN DE ASIGNACIÓN DE RETIRO
DE PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO DE LA POLICÍA NACIONAL**

En síntesis, la tesis de la parte actora estriba en que CASUR debió tomar en cuenta para liquidar su asignación de retiro, el subsidio familiar, pues arguye, es vasta la normativa y la jurisprudencia que indica que la creación del nivel ejecutivo en ningún momento permite la discriminación y desmejora, bajo ningún aspecto, de la situación de quienes estaban al servicio de la entidad y que ingresaron al pluricitado nivel ejecutivo, como fue su caso. Además, considera que la no inclusión de este rubro en la asignación por vejez, representa una discriminación frente a los grupos familiares de los oficiales, suboficiales y agentes, quienes sí tienen derecho a que se tenga en cuenta.

El Gobierno Nacional¹ expidió el Decreto 41 de 1994², norma que en ese mismo año fue declarada parcialmente inexecutable por la H. Corte Constitucional a través de la Sentencia C-417 de 1994, en tanto se excedió del marco fijado por la Ley 62/93 al contener mandatos regulatorios del “Nivel Ejecutivo” de la Policía. Así mismo, el Gobierno Nacional³ profirió el Decreto 262 de 1994⁴, cual dispuso en su artículo 7º que los Agentes que cumplieran los requisitos allí establecidos podían ingresar al primer grado del nivel ejecutivo, mientras que en su canon 8º estableció que los Agentes que ingresaran al pluricitado nivel se someterían al régimen salarial y prestacional

¹ En uso de las facultades extraordinarias conferidas mediante la Ley 62 de 1993.

² “por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones”.

³ En uso de las mismas facultades.

⁴ “por el cual se modifica las normas de carrera del personal de Agentes de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones”.

que para el efecto determinara el Gobierno Nacional.

Ulteriormente, la Ley 180 de 1995 en su precepto 1º, consagró el nivel ejecutivo como parte de la estructura de la Policía Nacional, y en virtud de su artículo 7º, fueron nuevamente conferidas facultades extraordinarias al presidente de la República en aras de regular las asignaciones salariales, primas y prestaciones sociales del nivel ejecutivo, entre otros aspectos; con todo, se estipuló en su párrafo por modo especial que:

“La creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo”.

Fue así como se expidió el Decreto 132 de 1995, *“por el cual se desarrolla la carrera profesional del Nivel ejecutivo de la Policía Nacional”*, instituyendo entre otros temarios:

- 1) La posibilidad de que los suboficiales en servicio activo ingresaran al nivel ejecutivo (Art. 12).
- 2) La sujeción del personal que ingresara al Nivel Ejecutivo, al régimen salarial y prestacional determinado por el Gobierno Nacional (Art. 15); y
- 3) Una protección especial a quienes en servicio activo que decidieran ingresar al Nivel Ejecutivo, en concordancia con lo estipulado en el artículo 7º párrafo de la Ley 180/95, así (Art. 82):

“El ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional”.

Hasta lo aquí expuesto, se infiere que la protección otorgada por el legislador es proporcional a la seguridad jurídica que buscan los asociados al acogerse a un nuevo régimen laboral, toda vez que cuentan con la garantía de que no se verán desmejorados en sus derechos prestacionales.

Ahora bien; mediante el Decreto 1091 de 1995, el presidente de la República

expidió el Régimen de asignaciones y prestaciones del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, habiendo regulado en su artículo 51 lo relativo a la “Asignación de retiro para el personal del nivel ejecutivo”. Sin embargo, dicho precepto fue declarado nulo por el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, el catorce (14) de febrero de 2007 - C.P. Alberto Arango Mantilla, Rad. 11001-03-25-000-2004-00109-01(1240-04).

En el año 2004, esto es, con antelación a la declaratoria de nulidad recién referenciada, el Congreso de la República expidió la Ley Marco 923⁵, dispositivo legal que instituyó en su artículo 3º los elementos mínimos que el Gobierno Nacional debía tener en cuenta para fijar el régimen de asignación de retiro, entre otros, de los miembros de la fuerza pública, y entre ellos, se torna oportuno colegir el contenido en su numeral 3.9, concerniente a “Un régimen de transición que reconozca las expectativas legítimas de quienes se encuentren próximos a acceder al derecho de pensión y/o asignación de retiro. En todo caso el régimen de transición mantendrá como mínimo los tiempos de servicio exigidos en la presente ley para acceder al derecho de asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Fuerza Pública que se encuentren en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley”.

En desarrollo de la norma legal precedentemente indicada, el Ejecutivo expidió el Decreto 4433 de 2004⁶, y en su Título III - Capítulo I relativo a la asignación de retiro del personal de la Policía Nacional, estipuló en el artículo 23 las partidas computables sobre las cuales se liquida esa prestación vitalicia, así:

“Partidas computables. La asignación de retiro, la pensión de invalidez, y la pensión de sobrevivencia a las que se refiere el presente decreto del personal de la Policía Nacional, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

⁵ “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política”.

⁶ “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”.

23.1 Oficiales, Suboficiales y Agentes

...

23.2 Miembros del Nivel Ejecutivo

23.2.1 Sueldo básico.

23.2.2 Prima de retorno a la experiencia.

23.2.3 Subsidio de alimentación.

23.2.4 Duodécima parte de la prima de servicio.

23.2.5 Duodécima parte de la prima de vacaciones.

23.2.6 Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales.” /Líneas de la Sala/.

En ese orden, es diáfano que el subsidio familiar no es una partida computable para efectos de la liquidación de la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, no solo en tanto no se halla incluida en el catálogo normativo parcialmente reproducido, sino por cuanto, seguidamente, el texto es categórico al proscribir la inclusión en la base de liquidación de otros emolumentos.

Derecho a la igualdad entre miembros del nivel ejecutivo y oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional.

Como se anotó, uno de los puntos basales propuestos por el accionante tanto en la demanda como en la apelación contra la sentencia de primer grado, tiene que ver con la supuesta infracción del derecho a la igualdad, precisamente, ante la no inclusión del subsidio familiar a la hora de liquidar su asignación de retiro. En efecto, las normas reproducidas han enfatizado que el ingreso al nivel ejecutivo no podía discriminar ni desmejorar en ningún aspecto (incluido el relativo a la asignación de retiro, anota la Sala) la

situación de quien estando al servicio de la Entidad ingrese a ese nivel ejecutivo.

El Consejo de Estado en sentencia de 17 de octubre de 2013⁷, analizó el cargo de vulneración del derecho a la igualdad entre miembros del Ejército Nacional, justamente para la inclusión de la partida del subsidio familiar, y concluyó que debía ser inaplicado *el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004* y que en consecuencia, procedía el reconocimiento del subsidio familiar para los soldados profesionales en igualdad de condiciones que los oficiales y suboficiales, en similares términos a los deprecados por el accionante.

Sin embargo, el mismo tribunal en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019,⁸ volvió a analizar esta postura, para determinar si los soldados profesionales se encuentran en un plano de igualdad fáctica frente a los oficiales y suboficiales, concluyendo que en el marco de la jurisprudencia constitucional⁹, el principio de igualdad no elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia encuentre conformidad con el texto superior.

Sobre el particular acudió a la postura de la Corte Constitucional en la sentencia C-057 de 2010, en la cual explicó las justificaciones de las diferencias entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados:

“La Corte encuentra, en primer lugar, que los sujetos a que se refieren las disposiciones demandadas constituyen grupos jurídicamente diferenciados. Si bien de las tres categorías se predica el factor común de que están integradas por miembros de la fuerza pública, también es cierto que la diferenciación entre ellas no tiene un origen arbitrario o subjetivo.”

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 17 de octubre de 2013, expediente: 2013-01821-00

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. C.P. William Hernández Gómez. Rad. 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-16) CE-SUJ2-015-19.

⁹ T-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001.

sino que obedece a criterios normativos. Esas normas asignan a cada una de las tres categorías, responsabilidades, tareas y deberes diferentes¹⁰. La naturaleza de sus funciones es claramente distinta.

3.6.1.2. Entre los muchos criterios posibles que el legislador habría podido considerar para definir los topes máximos a los que se refieren las normas acusadas, **el acudir a los agrupamientos preexistentes en la jerarquía militar o policial es un criterio objetivo, que disminuye los riesgos de arbitrariedad o subjetividad en el otorgamiento del subsidio.** Se trata de un criterio jurídico, fácilmente identificable, que responde a la lógica interna de organización de la fuerza pública. Al existir estas distintas categorías jurídicas dentro del universo de personas que conforman la Fuerza Pública, es en principio válido que el legislador las utilice como criterio de distinción para ciertos efectos.

3.6.1.3. Revisadas las normas que regulan la materia, se encuentra que en efecto, las tres categorías se encuentran en una situación de hecho distinta. **Los oficiales son aquellos formados, entrenados y capacitados para ejercer la “conducción y mando” de los elementos de combate y de las operaciones de su respectiva fuerza, mientras que a los suboficiales les corresponde las funciones de apoyo a los oficiales¹¹. Los oficiales, en el marco de su respectivo rango, tienen bajo su responsabilidad el mando y conducción de la tropa, de los equipos de combate, de las operaciones, de las unidades, y por lo tanto, el peso de las decisiones más importantes,**

¹⁰ Decreto 1790 de 2000, Ley 1104 de 2006, Ley 180 de 1995

¹¹ Decreto 1790 de 2000, modificado parcialmente por la Ley 1104 de 2006, artículos 11 y siguiente.

de las cuales, en muchos casos, dependen la vida y la integridad de sus subordinados y de los demás ciudadanos. Es el hecho de que sobre ellos recaiga esa mayor y trascendental responsabilidad, la que explica la diferencia en la jerarquía organizacional. Esta diferencia en la naturaleza de las funciones y responsabilidades explica también las diferencias en los regímenes de incorporación, ascensos, retiros, remuneración y pensiones. Los soldados profesionales y los agentes, por su parte, ejecutan e implementan las decisiones de los comandantes¹².

3.6.1.4. Desde el punto de vista de las normas que los crean y regulan, las tres categorías a que se refieren las normas demandadas constituyen grupos diferenciados jurídicamente, que, dentro de la fuerza pública, responden a una naturaleza funcional distinta, y por lo tanto, tienen responsabilidades y tareas diferentes. Desde este punto de vista estrictamente formal, se trata de categorías que se encuentran en situaciones de hecho distintas». /Negrilla fuera del texto original/.

Retomando la postura de unificación del Consejo de Estado, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo señaló:

“192. En ese sentido, la Corte ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse «como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática»¹³, por lo que ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que aunque otorgan un trato desigual, se basan en circunstancias objetivas

¹² Para el caso de la Policía, las normas pertinentes están contenidas en el Decreto 1791 de 2000.

¹³ T-587 de 2006.

y razonables por lo cual se ajustan a la Constitución,
*resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes presupuestos: «(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad»¹⁴, por lo cual ha concluido que **«la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad».***

...

...

...

196. **Una vez definido que no se vulnera el derecho a la igualdad de los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales, frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro,** surge un interrogante de similares connotaciones, entre aquellos soldados profesionales que adquirieron la asignación de retiro con antelación a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, frente a quienes consolidan su derecho con posterioridad a ellos, lo que implica la inclusión del emolumento bajo estudio. (...)”
/Resaltados de la Sala/.

Y finalmente introdujo la siguiente regla de unificación:

¹⁴ Ibidem.

“Primero: Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

1. En virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública. (...)”

En síntesis, la postura de unificación del Consejo de Estado, cuyo análisis partió de la supuesta vulneración de la igualdad, halló que esta prerrogativa no se encuentra vulnerada, entre los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales, frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro. En el mismo fallo, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo adujo que, en tanto regla de unificación, esta se torna en vinculante y en una regla de reconocimiento para casos con similitud fáctica.

(II)

EL CASO CONCRETO

No existe discusión acerca de que CASUR reconoció una asignación de retiro al señor ISMAEL RUIZ MELO a través de la Resolución N°9220 de 5 de noviembre de 2013, en una cuantía equivalente al 81% del sueldo básico y las partidas legalmente computables, como lo son las primas de retorno a la experiencia, vacaciones, navidad, servicios, el subsidio de alimentación y la prima de nivel ejecutivo (PDF N°2, págs. 9-11); así mismo, que mediante Oficio E-00003-201728772-CASUR Id: 291395 del 26 de diciembre de 2017, la entidad accionada denegó el reajuste de dicha asignación con base en la inclusión del subsidio familiar (ídem, págs. 6-7).

Frente a esta situación, el accionante RUIZ MELO ha solicitado inaplicar por inconstitucionales el parágrafo del artículo 15 y parágrafo del artículo 49 del Decreto 1091 de 1995, parágrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 y

parágrafo del artículo 3 del Decreto 1858 del 2012, normas que, en su sentir, imponen una hermenéutica restrictiva que afecta su prerrogativa.

Al respecto, esta Sala, atendiendo el deber de acatar las decisiones de unificación del Consejo de Estado, como órgano de cierre en materia de lo contencioso administrativo en los términos del artículo 237 de la Constitución Política, y dada la advertencia indicada en cuanto a que la *ratio decidendi* debe ser aplicada a todos los casos que estén en trámite, acogerá la tesis de la Sentencia del 25 de abril de 2019, que unificó la postura en cuanto a las partidas computables (incluida la de subsidio familiar) a la asignación de retiro de los soldados profesionales.

Lo anterior se refuerza, además, por cuanto se trata de un precedente que guarda similitud fáctica y argumentativa son lo debatido en este caso, especialmente en lo relacionado con la aplicación del test de igualdad cuya aplicación impetra la parte actora. Por ende, en línea con este criterio, habrá de precisarse que no existe vulneración del derecho a la igualdad entre los miembros de la Policía Nacional del nivel ejecutivo y los suboficiales, agentes y oficiales de esa institución en lo relacionado con la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro.

En apoyo de esta tesis, el Consejo de Estado ha pregonado de forma conteste y reiterada que los miembros del nivel ejecutivo de la POLICÍA NACIONAL no han de considerarse discriminados en materia prestacional frente a suboficiales, agentes y oficiales de esa institución, más aún si los regímenes que cobijan a estas categorías de servidores se someten a un análisis integral.

Así lo manifestó al resolver el recurso de apelación contra una sentencia de este mismo Tribunal (sentencia de 7 de diciembre de 2017, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, Radicación número: 17001233300020130021501 (2233-14):

“Esta subsección¹⁵ ya se ha pronunciado en casos

¹⁵ Sección Segunda, sentencia del 14 de septiembre de 2017, con ponencia del magistrado que hoy ejerce igual función, dentro del proceso número 66001 23 33 000 2013 00344 01 (0148-15), actor: Héctor Bernardo Romero Valencia.

similares al que se analiza, en los siguientes términos: « El demandante, en su condición de miembro del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, reclama el reconocimiento y pago de prestaciones, auxilios, subsidios, entre otros, que fueron suspendidos con ocasión de su homologación en ese nivel, motivo por el cual es necesario realizar un comparativo de los emolumentos que percibía antes de su homologación y después de ella, lo que se ve reflejado en el cuadro siguiente:

...

Igualmente se expuso: «de la comparación anterior surge que, en efecto, a raíz de la homologación en el nivel ejecutivo, el demandante dejó de percibir la recompensa quinquenal y el auxilio de transporte, de igual manera el monto del subsidio familiar fue reducido; no obstante, ello, de por sí, no implica que el régimen al que se acogió le haya sido desfavorable, pues la comparación entre uno y otro no se puede hacer en forma aislada ni fraccionada respecto de cada uno de los factores prestacionales, bonificaciones o auxilios, sino que es necesario verificar la existencia de una desmejora en la generalidad de componentes que integran su remuneración, dentro de la cual está incluida la asignación básica mensual que fue el principal elemento diferencial entre uno y otro régimen, y el motivo por el cual los agentes y suboficiales de la Institución se acogieron a la homologación.»

De lo anterior se evidencia que el demandante al aceptar voluntariamente el cambiar de suboficial de la Policía Nacional al nivel ejecutivo, implicó someterse a las condiciones salariales establecidas por el legislador,

las cuales eran de pleno conocimiento y como tal, algunos factores que se devengaban en servicio activo se modificaron, pero igualmente se incluyeron otros que no se percibían y de los cuales se benefició con el régimen al que se acogió.

Esta Subsección se ha pronunciado en varias oportunidades frente a las diferentes reclamaciones que se han presentado por parte del personal de suboficiales de la Policía Nacional, que decidieron cambiarse a la carrera de nivel ejecutivo, y que con ocasión de esta medida, han solicitado se ampare el derecho que tienen a no ser desmejorados en sus condiciones salariales y prestacionales como lo prevé la Constitución Política y las normas que desarrollaron el nivel ejecutivo en la Policía Nacional; y se ha concluido que una vez analizadas, estas han favorecido y no desmejorado las condiciones de quienes se acogieron a estas, así:¹⁶

Contrario a lo afirmado por el interesado, lo que se observa es que el Ejecutivo no lesionó el mandato de no regresividad, pues de la comparación global entre el antiguo y nuevo régimen es evidente que el Decreto No. 1091 de 1995 le reporta nuevos beneficios que compensan los que le fueron suprimidos, tales como la prima de retorno a la experiencia (f. 26 cuaderno anexo) y la prima del nivel ejecutivo; y, tampoco se allegó prueba dentro del expediente por parte del actor tendiente a probar la desmejora de su situación salarial y prestacional, por el

¹⁶ Ver, entre otras, las siguientes: Subsección B, sentencia de 29 de febrero de 2016, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación 25000-23-25-000-2011-00696-01(0590-2015); Subsección A, sentencia de 3 de marzo de 2016, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, radicación: 25000-23-42-000-2013-00067-01(3546-13); Subsección A, sentencia de 19 de mayo de 2016, M.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación 25000-23-25-000-2012-00108-01(3396-14); Subsección A, sentencia de 17 de noviembre de 2016, M.P. William Hernández Gómez, radicación: 25000-23-42-000-2013-05603-01(2296-14).

contrario, se advierte un aumento significativo en el salario básico.

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

Por último, como se dejó expuesto en el marco normativo y jurisprudencial, la Sala¹⁷ ya se había pronunciado sobre el presunto desmejoramiento de la situación salarial y prestacional del personal activo que ingresó al Nivel Ejecutivo. En aquella oportunidad, sostuvo la Sala:

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

¹⁷ Esta cita hace parte del texto transcrito: Sentencia de 31 de enero de 2013. NI. 0768-12.

*cual, en su conjunto, su condición de integrante de Nivel Ejecutivo le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales”.*¹⁸

...
...

Lo anterior permite deducir que las normas aplicables al momento de retiro del demandante y que estaban vigentes mientras son los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004; de igual manera no se puede inferir que al señor García Vega se le estén vulnerando sus derechos y que se encuentre probada una desmejora en las condiciones salariales y prestacionales, pues si bien es cierto que los Decretos 1212 y 1213 de 1990, contienen partidas que no se incorporaron al personal que ingresó a la carrera de nivel ejecutivo, también lo es, que para este personal existen otras que no contemplaban los decretos antes mencionados.

De igual forma, no procede dar aplicación a normas establecidas en dos regímenes tomando las que más favorezcan la situación del demandante de uno y otro régimen, pues se estaría en contravía del principio de inescindibilidad de la norma, más cuando con pleno conocimiento y total libertad tomó voluntariamente la decisión de ingresar a la carrera de nivel ejecutivo, acogándose íntegramente a su reglamentación.

...

Finalmente, se puede concluir que existen regímenes diferentes para la liquidación de las partidas de la asignación de retiro tanto para suboficiales como para

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 9 de febrero de 2015, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, radicación número: 17001-23-33-000-2012-00152-01(2987-13).

los profesionales de nivel ejecutivo, y no se puede pretender que se dé aplicación combinando los dos sistemas, es decir, tomando beneficios de uno y otro, pues en el momento de optar por la homologación se sometió al régimen salarial y prestacional que establecían las normas que lo reglamentaron” /Resalta la Sala/.

El supremo tribunal de lo contencioso administrativo también ha precisado que, la disparidad existente en dichos regímenes se justifica, entre otras razones, en el nivel de requisitos y responsabilidades de cada uno de esos cargos. En sentencia del 22 de abril de 2021¹⁹ precisó que:

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

...

Así las cosas, esta Sala considera que las providencias cuestionadas contienen una carga argumentativa suficiente y razonable que condujo a negar las pretensiones de la demanda instaurada por el señor HIGINIO AVILEZ GUTIÉRREZ encaminada a que se inaplicaran, por excepción de inconstitucionalidad, las

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda. C.P. Gabriel Valbuena Hernández, sentencia de tutela de 22 de abril de 2021. expediente: 11001-03-15-000-2020-05145-01(AC)

normas que excluyeron el subsidio familiar como partida computable para el reconocimiento de su asignación de retiro, pues ambas autoridades hicieron referencia a las diferentes posiciones jurisprudenciales que se han suscitado en torno al tema y las razones por las cuales consideraron aplicable la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, en la que, se repite, se descartó una violación de principios y derechos constitucionales con ocasión de dicha diferenciación, con lo que se encuentra acreditada la carga de transparencia”. /Resalta el Tribunal/.

Además, ante regímenes tan disímiles, como son, el nivel ejecutivo y el de los Oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, no es procedente continuar con el estudio de las demás etapas del test de igualdad, por las evidentes diferencias que existen entre uno y otro, como también lo indicó el Consejo de Estado en sentencia del 18 de marzo de 2021²⁰:

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

77. De manera que, ante regímenes tan disímiles (del nivel ejecutivo y demás miembros de la fuerza pública) no era procedente continuar con el estudio

²⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta. C.P. Rocío Araújo Oñate, sentencia de tutela de 18 de marzo de 2021. expediente: 11001-03-15-000-2021-00004-00(AC)

de las demás etapas del test de igualdad, como lo advirtió la Corporación acusada, ya que para la prosperidad de un juicio de igualdad se precisa la existencia de supuestos o situaciones que objetiva, material y funcionalmente sean equiparables, a fin de establecer “qué es lo igual que merece un trato igual y qué es lo divergente que exige, por consiguiente, un trato diferenciado”. / Destaca el Tribunal/.

Y en cuanto al planteamiento de la parte actora, sobre la supuesta transgresión de la igualdad entre grupos familiares de los miembros del nivel ejecutivo de la POLICÍA NACIONAL, y las familias de agentes, oficiales y suboficiales, por la no inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro, enfatizó el órgano de cierre de esta jurisdicción el 5 de febrero de 2021²¹:

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

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

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección B. C.P.: Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia de tutela de 5 de febrero de 2021. Radicación número: 11001-03-15-000-2020-05145-00(AC)

violación directa de la Constitución Política.”

/Destacados del Tribunal/.

En conclusión, CASUR no incurrió en infracción normativa al liquidar la asignación de retiro del accionante ISAMAEL RUIZ MELO sin incluir el subsidio familiar, por cuanto se ciñó a las normas que gobiernan esta prestación pensional, y además, el análisis integral del régimen que ampara al accionante como miembro del nivel ejecutivo de la POLICÍA NACIONAL, arroja que no existe discriminación respecto a las normas que cobijan a los agentes, suboficiales y oficiales de la misma institución, como ya lo ha definido de forma decantada el Consejo de Estado.

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

Finalmente, 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 no se aviene a los criterios jurisprudenciales vigentes, y no se acreditó su causación.

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 y su posterior modificación por la Ley 2080 de 2021, 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 el Juez *A quo* en contra de la parte actora amerite ser reconsiderada, máxime al haberse evidenciado que la accionada participó activamente en las distintas etapas del proceso, como la contestación de la demanda y la audiencia inicial en la que se profirió el fallo.

Por lo anterior, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

COSTAS

Teniendo en cuenta que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, se condenará en costas a la parte demandante, en atención a lo establecido en el canon 365 numeral 3 del C.G.P. Las agencias en derecho en esta instancia se fijan en 1 s.m.m.l.v, atendiendo lo dispuesto en el artículo 5° numeral 1 del Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

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 la Jueza 2ª Administrativa de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **ISAMEL RUIZ MELO** contra la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Las agencias en derecho en esta instancia se fijan en 1 s.m.m.l.v, atendiendo lo dispuesto en el artículo 5° numeral 1 del Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016,

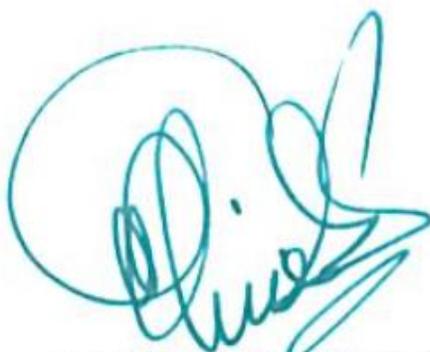
proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

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° 058 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Maqistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-39-008-2019-00091-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: **AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Manizales, veinticuatro (24) de **NOVIEMBRE** de dos mil veintitrés (2023)

S. 234

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 Juez 8° Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **CARLOS ANDRÉS SUÁREZ AGUIRRE** contra la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL** (en adelante **CASUR**).

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

En síntesis, solicita la parte actora:

- I. Que se inapliquen por vía de la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad, los artículos 15 y 49 del Decreto 1091/95, 23 del Decreto 4433/04 y 3 del Decreto 1858 de 2012;
- II. Que se declare la nulidad del Oficio E-00001-201824763-CASUR Id: 378034 del 22 de noviembre de 2018, con el cual CASUR negó la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro del accionante.

III. A título de restablecimiento del derecho, se condene a la accionada a reajustar la asignación de retiro del demandante con la inclusión, como partida computable, del subsidio familiar en un 30% del salario básico, junto con sus intereses e indexación. Así mismo, se pague cualquier otro derecho causado más la indexación que corresponda.

CAUSA PETENDI

Narra el actor que ingresó en 1997 a la Policía Nacional en el nivel ejecutivo de esa institución, y con ello, le fue aplicado el Decreto 1091 de 2005 que no contempla el subsidio familiar como partida computable para liquidar las prestaciones sociales. Por modo, refiere que, al considerar que dichas normas carecen de sustento constitucional, solicitó a CASUR que reconociera este rubro como partida computable en la asignación de retiro, petición negada a través del acto demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Expuso el accionante que el subsidio familiar fue creado por medio del Decreto 118 de 1957 y modificado a través de la Ley 21 de 1982, como una forma de protección a la familia, núcleo de la sociedad por mandato del texto 42 del estatuto constitucional, y de ahí su importancia, reconocida por la Corte Constitucional en la Sentencia T-492 de 2014, con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez. Además, acota que, si bien este emolumento tiene un efecto económico en los ingresos del trabajador, la destinataria del beneficio en últimas es la familia. Anota que esta prestación se consideró computable para la asignación de retiro desde el año 1977, y con las sucesivas modificaciones de las normas policiales, incluyendo los Decretos 1212 y 1213 de 1990.

Agregó que mediante los Decretos 132 y 1091 de 1995, fue creado el nivel ejecutivo de la Policía Nacional, cuyos miembros también son beneficiarios

del subsidio familiar, sin embargo, de acuerdo con estas normas, este no hace parte de las partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro. Volviendo sobre la importancia del subsidio familiar en función de la protección de los niños y jóvenes, resalta que se vulnera el derecho a la igualdad al no reconocer el subsidio familiar a los miembros del nivel ejecutivo de la institución como partida computable para liquidar la asignación de retiro, cuando a los suboficiales, oficiales y agentes sí se les concede, sin que existan razones de este tratamiento. Adicionalmente, la decisión administrativa demandada desconoce el principio de progresividad consagrado en el texto 48 Superior, pues excluye a los miembros del nivel ejecutivo de este ámbito de protección.

Para finalizar, complementa su argumento manifestando que al negar la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, la POLICÍA NACIONAL desconoce diversos instrumentos internacionales que también conducen de forma diáfana a la protección de la familia y los menores de edad.

CONTESTACIÓN DEL LIBELO DEMANDADOR

La **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL -CASUR** dio contestación a la demanda en forma oportuna (PDF N° 1, págs. 96-111), oponiéndose a las pretensiones de la parte demandante, e indicando que la asignación de retiro concedida al actor fue liquidada con base en las partidas computables previstas en el Decreto 4433 de 2004, dentro de las que no se halla la deprecada por el actor. Además, anota que el canon 49 del Decreto 1095 de 1995 proscribía de forma categórica la inclusión de cualquier otro emolumento para el cálculo de la asignación de retiro.

Niega que el ingreso del demandante al nivel ejecutivo de la policía le haya significado la pérdida de beneficios o el desconocimiento de la progresividad, por el contrario, indica que su situación prestacional mejoró, y que no hay prueba de lo contrario en el plenario. También acota que el actor ingresó de forma voluntaria al nivel ejecutivo, por lo que no puede alegar discriminación

en su caso.

Con base en lo anterior, propuso como excepciones las de 'INEXISTENCIA DEL DERECHO', aludiendo a la improcedencia de tomar como partida computable el subsidio familiar; 'INCORRECTA INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE OSCILACIÓN', ya que este hace alusión al sueldo básico; 'INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN', pues el actor debió cuestionar las normas que sirven de base al reconocimiento pensional; y 'FALTA DE FUNDAMENTO JURÍDICO PARA LAS PRETENSIONES', en la medida que se pretende la inclusión de partidas concebidas normativamente para oficiales, suboficiales y agentes.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 7ª Administrativa de Manizales negó las pretensiones del demandante, con la sentencia que reposa en el documento PDF N° 8, refiriendo que el acto demandado fue expedido conforme a derecho, toda vez que el subsidio familiar no debe ser tenido en cuenta como partida legalmente computable en la asignación de retiro del demandante, por no constituir factor salarial para la liquidación de dicha prestación, por cuanto pertenecía al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional. Lo anterior, acogiendo de manera íntegra la sentencia de unificación proferida por el órgano de cierre de lo contencioso administrativo el 25 de noviembre de 2019.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante apeló la decisión de primera instancia, solicitando que esta sea revocada y que, en su lugar, el Tribunal acceda a sus pretensiones (PDF N° 10).

Considera que el juez de primera instancia incurrió en una falencia argumentativa al no hacer un juicio de igualdad constitucional, pues desde la demanda había hecho alusión a la vulneración de este derecho

fundamental del núcleo familiar del accionante, entendiendo que existe un trato diferencial en la inclusión del subsidio familiar, entre las familias de los oficiales, suboficiales y agentes, de un lado, y los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, del otro. Así mismo, considera que no puede excusarse la negativa de sus pretensiones en la inescindibilidad, que es un mandato de naturaleza eminentemente legal, cuando están en juego principios constitucionales y derechos fundamentales, como lo es la protección que la carta dispensa a la familia, por ende, considera que no existen motivos que justifiquen un trato diferenciado frente al subsidio familiar.

También considera que no es de recibo esgrimir que el accionante ingresó voluntariamente al nivel ejecutivo de la POLICÍA NACIONAL y que por ello sabía el régimen salarial y prestacional que lo amparaba, pues aun cuando legalmente ello es cierto, no puede desconocerse el mandato de irrenunciabilidad de los derechos laborales. De otro lado, alude a la jurisprudencia relacionada con soldados profesionales y su régimen prestacional, para concluir que la sostenibilidad fiscal, además de no ser un principio de orden constitucional, tampoco ha de servir como fundamento válido para desconocer derechos fundamentales.

Reitera que su demanda no se basa en una desmejora salarial, sino en la vulneración del derecho a la igualdad que existe entre los grupos familiares de los agentes, oficiales y suboficiales de la POLICÍA NACIONAL, y el de los miembros del nivel ejecutivo, específicamente por el subsidio familiar.

Finalmente, aduce que no debió ser condenado en costas, por cuanto no se demostró su causación.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

PARTE DEMANDANTE (PDF N° 18): reiteró que el subsidio familiar no es una prestación común y corriente, por lo que surge la inminente necesidad de verificar sus elementos internos, tanto legales como jurisprudenciales para

así arribar a observar si efectivamente hubo transgresión de los derechos del núcleo familiar, insistiendo en el test de igualdad que debe aplicarse a su juicio entre las familias de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional y los de agentes, oficiales y suboficiales. Luego, alude a extensos apartados jurisprudenciales para concluir que el subsidio en mención tiene como titular al núcleo familiar del uniformado, por lo que no pueden establecerse criterios de discriminación, razón que impone tener en cuenta este rubro como parte de la base de liquidación pensional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte actora se anulen los actos que negaron la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro y en consecuencia, se reajuste esta prestación.

(I) PROBLEMAS JURÍDICOS

De acuerdo con la postura de la parte apelante y lo decidido por el juez de primera instancia, los problemas jurídicos a dilucidar son los siguientes:

- *¿Es procedente incluir en la asignación de retiro del actor, el subsidio familiar?*
- *A partir de lo expuesto, ¿al momento de liquidar la asignación de retiro, CASUR vulneró el derecho a la igualdad que le asiste al demandante frente a los agentes, oficiales y suboficiales de la POLICÍA NACIONAL?*

(I)
NORMATIVA APLICABLE
PARA LA LIQUIDACIÓN DE ASIGNACIÓN DE RETIRO
DE PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO DE LA POLICÍA NACIONAL

En síntesis, la tesis de la parte actora estriba en que CASUR debió tomar en cuenta para liquidar su asignación de retiro, el subsidio familiar, pues arguye, es vasta la normativa y la jurisprudencia que indica que la creación del nivel ejecutivo en ningún momento permite la discriminación y desmejora, bajo ningún aspecto, de la situación de quienes estaban al servicio de la entidad y que ingresaron al pluricitado nivel ejecutivo, como fue su caso. Además, considera que la no inclusión de este rubro en la asignación por vejez, representa una discriminación frente a los grupos familiares de los oficiales, suboficiales y agentes, quienes sí tienen derecho a que se tenga en cuenta.

El Gobierno Nacional¹ expidió el Decreto 41 de 1994², norma que en ese mismo año fue declarada parcialmente inexecutable por la H. Corte Constitucional a través de la Sentencia C-417 de 1994, en tanto se excedió del marco fijado por la Ley 62/93 al contener mandatos regulatorios del “Nivel Ejecutivo” de la Policía. Así mismo, el Gobierno Nacional³ profirió el Decreto 262 de 1994⁴, cual dispuso en su artículo 7º que los Agentes que cumplieran los requisitos allí establecidos podían ingresar al primer grado del nivel ejecutivo, mientras que en su canon 8º estableció que los Agentes que ingresaran al pluricitado nivel se someterían al régimen salarial y prestacional que para el efecto determinara el Gobierno Nacional.

Ulteriormente, la Ley 180 de 1995 en su precepto 1º, consagró el nivel ejecutivo como parte de la estructura de la Policía Nacional, y en virtud de su artículo 7º, fueron nuevamente conferidas facultades extraordinarias al presidente de la República en aras de regular las asignaciones salariales, primas y prestaciones sociales del nivel ejecutivo, entre otros aspectos; con

¹ En uso de las facultades extraordinarias conferidas mediante la Ley 62 de 1993.

² “por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones”.

³ En uso de las mismas facultades.

⁴ “por el cual se modifica las normas de carrera del personal de Agentes de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones”.

todo, se estipuló en su párrafo por modo especial que:

“La creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo”.

Fue así como se expidió el Decreto 132 de 1995, *“por el cual se desarrolla la carrera profesional del Nivel ejecutivo de la Policía Nacional”*, instituyendo entre otros temarios:

- 1) La posibilidad de que los suboficiales en servicio activo ingresaran al nivel ejecutivo (Art. 12).
- 2) La sujeción del personal que ingresara al Nivel Ejecutivo, al régimen salarial y prestacional determinado por el Gobierno Nacional (Art. 15); y
- 3) Una protección especial a quienes en servicio activo que decidieran ingresar al Nivel Ejecutivo, en concordancia con lo estipulado en el artículo 7º párrafo de la Ley 180/95, así (Art. 82):

“El ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional”.

Hasta lo aquí expuesto, se infiere que la protección otorgada por el legislador es proporcional a la seguridad jurídica que buscan los asociados al acogerse a un nuevo régimen laboral, toda vez que cuentan con la garantía de que no se verán desmejorados en sus derechos prestacionales.

Ahora bien; mediante el Decreto 1091 de 1995, el presidente de la República expidió el Régimen de asignaciones y prestaciones del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, habiendo regulado en su artículo 51 lo relativo a la *“Asignación de retiro para el personal del nivel ejecutivo”*. Sin embargo, dicho precepto fue declarado nulo por el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, el catorce (14) de febrero de 2007 - C.P. Alberto Arango Mantilla, Rad. 11001-03-25-000-2004-00109-01(1240-04).

En el año 2004, esto es, con antelación a la declaratoria de nulidad recién referenciada, el Congreso de la República expidió la Ley Marco 923⁵, dispositivo legal que instituyó en su artículo 3º los elementos mínimos que el Gobierno Nacional debía tener en cuenta para fijar el régimen de asignación de retiro, entre otros, de los miembros de la fuerza pública, y entre ellos, se torna oportuno colegir el contenido en su numeral 3.9, concerniente a “Un régimen de transición que reconozca las expectativas legítimas de quienes se encuentren próximos a acceder al derecho de pensión y/o asignación de retiro. En todo caso el régimen de transición mantendrá como mínimo los tiempos de servicio exigidos en la presente ley para acceder al derecho de asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Fuerza Pública que se encuentren en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley”.

En desarrollo de la norma legal precedentemente indicada, el Ejecutivo expidió el Decreto 4433 de 2004⁶, y en su Título III - Capítulo I relativo a la asignación de retiro del personal de la Policía Nacional, estipuló en el artículo 23 las partidas computables sobre las cuales se liquida esa prestación vitalicia, así:

“Partidas computables. La asignación de retiro, la pensión de invalidez, y la pensión de sobrevivencia a las que se refiere el presente decreto del personal de la Policía Nacional, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

23.1 Oficiales, Suboficiales y Agentes

...

23.2 Miembros del Nivel Ejecutivo

23.2.1 Sueldo básico.

23.2.2 Prima de retorno a la experiencia.

23.2.3 Subsidio de alimentación.

23.2.4 Duodécima parte de la prima de servicio.

23.2.5 Duodécima parte de la prima de

⁵ “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política”.

⁶ “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”.

vacaciones.

23.2.6 Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales.” /Líneas de la Sala/.

En ese orden, es diáfano que el subsidio familiar no es una partida computable para efectos de la liquidación de la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, no solo en tanto no se halla incluida en el catálogo normativo parcialmente reproducido, sino por cuanto, seguidamente, el texto es categórico al proscribir la inclusión en la base de liquidación de otros emolumentos.

Derecho a la igualdad entre miembros del nivel ejecutivo y oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional.

Como se anotó, uno de los puntos basilares propuestos por el accionante tanto en la demanda como en la apelación contra la sentencia de primer grado, tiene que ver con la supuesta infracción del derecho a la igualdad, precisamente, ante la no inclusión del subsidio familiar a la hora de liquidar su asignación de retiro. En efecto, las normas reproducidas han enfatizado que el ingreso al nivel ejecutivo no podía discriminar ni desmejorar en ningún aspecto (incluido el relativo a la asignación de retiro, anota la Sala) la situación de quien estando al servicio de la Entidad ingrese a ese nivel ejecutivo.

El Consejo de Estado en sentencia de 17 de octubre de 2013⁷, analizó el cargo de vulneración del derecho a la igualdad entre miembros del Ejército Nacional, justamente para la inclusión de la partida del subsidio familiar, y concluyó que debía ser inaplicado *el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004* y

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 17 de octubre de 2013, expediente: 2013-01821-00

que en consecuencia, procedía el reconocimiento del subsidio familiar para los soldados profesionales en igualdad de condiciones que los oficiales y suboficiales, en similares términos a los deprecados por el accionante.

Sin embargo, el mismo tribunal en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019,⁸ volvió a analizar esta postura, para determinar si los soldados profesionales se encuentran en un plano de igualdad fáctica frente a los oficiales y suboficiales, concluyendo que en el marco de la jurisprudencia constitucional⁹, el principio de igualdad no elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia encuentre conformidad con el texto superior.

Sobre el particular acudió a la postura de la Corte Constitucional en la sentencia C-057 de 2010, en la cual explicó las justificaciones de las diferencias entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados:

“La Corte encuentra, en primer lugar, que los sujetos a que se refieren las disposiciones demandadas constituyen grupos jurídicamente diferenciados. Si bien de las tres categorías se predica el factor común de que están integradas por miembros de la fuerza pública, también es cierto que la diferenciación entre ellas no tiene un origen arbitrario o subjetivo, sino que obedece a criterios normativos. Esas normas asignan a cada una de las tres categorías, responsabilidades, tareas y deberes diferentes¹⁰. La naturaleza de sus funciones es claramente distinta.

3.6.1.2. Entre los muchos criterios posibles que el legislador habría podido considerar para definir los topes máximos a los que se refieren las normas acusadas, el

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. C.P. William Hernández Gómez. Rad. 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-16) CE-SUJ2-015-19.

⁹ T-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001.

¹⁰ Decreto 1790 de 2000, Ley 1104 de 2006, Ley 180 de 1995

acudir a los agrupamientos preexistentes en la jerarquía militar o policial es un criterio objetivo, que disminuye los riesgos de arbitrariedad o subjetividad en el otorgamiento del subsidio. Se trata de un criterio jurídico, fácilmente identificable, que responde a la lógica interna de organización de la fuerza pública. Al existir estas distintas categorías jurídicas dentro del universo de personas que conforman la Fuerza Pública, es en principio válido que el legislador las utilice como criterio de distinción para ciertos efectos.

3.6.1.3. Revisadas las normas que regulan la materia, se encuentra que en efecto, las tres categorías se encuentran en una situación de hecho distinta. Los oficiales son aquellos formados, entrenados y capacitados para ejercer la “conducción y mando” de los elementos de combate y de las operaciones de su respectiva fuerza, mientras que a los suboficiales les corresponde las funciones de apoyo a los oficiales¹¹. Los oficiales, en el marco de su respectivo rango, tienen bajo su responsabilidad el mando y conducción de la tropa, de los equipos de combate, de las operaciones, de las unidades, y por lo tanto, el peso de las decisiones más importantes, de las cuales, en muchos casos, dependen la vida y la integridad de sus subordinados y de los demás ciudadanos. Es el hecho de que sobre ellos recaiga esa mayor y trascendental responsabilidad, la que explica la diferencia en la jerarquía organizacional. Esta diferencia en la naturaleza de las funciones y responsabilidades explica también las diferencias en los regímenes de incorporación, ascensos, retiros, remuneración y pensiones. Los soldados profesionales y los agentes, por su parte, ejecutan e implementan las decisiones de los

¹¹ Decreto 1790 de 2000, modificado parcialmente por la Ley 1104 de 2006, artículos 11 y siguiente.

comandantes¹².

3.6.1.4. Desde el punto de vista de las normas que los crean y regulan, las tres categorías a que se refieren las normas demandadas constituyen grupos diferenciados jurídicamente, que, dentro de la fuerza pública, responden a una naturaleza funcional distinta, y por lo tanto, tienen responsabilidades y tareas diferentes. Desde este punto de vista estrictamente formal, se trata de categorías que se encuentran en situaciones de hecho distintas». /Negrilla fuera del texto original/.

Retomando la postura de unificación del Consejo de Estado, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo señaló:

“192. En ese sentido, la Corte ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse «como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática»¹³, por lo que ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que aunque otorgan un trato desigual, se basan en circunstancias objetivas y razonables por lo cual se ajustan a la Constitución, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes presupuestos: «(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad»¹⁴,

¹² Para el caso de la Policía, las normas pertinentes están contenidas en el Decreto 1791 de 2000.

¹³ T-587 de 2006.

¹⁴ Ibidem.

por lo cual ha concluido que «la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad».

...
...
...

196. Una vez definido que no se vulnera el derecho a la igualdad de los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales, frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, surge un interrogante de similares connotaciones, entre aquellos soldados profesionales que adquirieron la asignación de retiro con antelación a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, frente a quienes consolidan su derecho con posterioridad a ellos, lo que implica la inclusión del emolumento bajo estudio. (...)” /Resaltados de la Sala/.

Y finalmente introdujo la siguiente regla de unificación:

“**Primero:** Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

1. En virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública. (...)”

En síntesis, la postura de unificación del Consejo de Estado, cuyo análisis partió de la supuesta vulneración de la igualdad, halló que esta prerrogativa no se encuentra vulnerada, entre los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales, frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro. En el mismo fallo, el

supremo tribunal de lo contencioso administrativo adujo que, en tanto regla de unificación, esta se torna en vinculante y en una regla de reconocimiento para casos con similitud fáctica.

(II)

EL CASO CONCRETO

No existe discusión acerca de que CASUR reconoció una asignación de retiro al señor CARLOS ANDRÉS SUÁREZ AGUIRRE a través de la Resolución N° 2971 de 22 de mayo de 2018, en una cuantía equivalente al 79% del sueldo básico y las partidas legalmente computables, como lo son las primas de retorno a la experiencia, el subsidio de alimentación y la prima de nivel ejecutivo (PDF N° 1, págs. 44-46); así mismo, que mediante Oficio E-00001-201824763-CASUR Id: 378034 del 22 de noviembre de 2018, la entidad accionada denegó el reajuste de dicha asignación con base en la inclusión del subsidio familiar (ídem, págs. 42-43).

Frente a esta situación, el accionante SUÁREZ AGUIRRE ha solicitado inaplicar por inconstitucionales el parágrafo del artículo 15 y parágrafo del artículo 49 del Decreto 1091 de 1995, parágrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 y parágrafo del artículo 3 del Decreto 1858 del 2012, normas que, en su sentir, imponen una hermenéutica restrictiva que afecta su prerrogativa.

Al respecto, esta Sala, atendiendo el deber de acatar las decisiones de unificación del Consejo de Estado, como órgano de cierre en materia de lo contencioso administrativo en los términos del artículo 237 de la Constitución Política, y dada la advertencia indicada en cuanto a que la *ratio decidendi* debe ser aplicada a todos los casos que estén en trámite, acogerá la tesis de la Sentencia del 25 de abril de 2019, que unificó la postura en cuanto a las partidas computables (incluida la de subsidio familiar) a la asignación de retiro de los soldados profesionales.

Lo anterior se refuerza, además, por cuanto se trata de un precedente que guarda similitud fáctica y argumentativa son lo debatido en este caso,

especialmente en lo relacionado con la aplicación del test de igualdad cuya aplicación impetra la parte actora. Por ende, en línea con este criterio, habrá de precisarse que no existe vulneración del derecho a la igualdad entre los miembros de la Policía Nacional del nivel ejecutivo y los suboficiales, agentes y oficiales de esa institución en lo relacionado con la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro.

En apoyo de esta tesis, el Consejo de Estado ha pregonado de forma conteste y reiterada que los miembros del nivel ejecutivo de la POLICÍA NACIONAL no han de considerarse discriminados en materia prestacional frente a suboficiales, agentes y oficiales de esa institución, más aún si los regímenes que cobijan a estas categorías de servidores se someten a un análisis integral.

Así lo manifestó al resolver el recurso de apelación contra una sentencia de este mismo Tribunal (sentencia de 7 de diciembre de 2017, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, Radicación número: 17001233300020130021501 (2233-14):

“Esta subsección¹⁵ ya se ha pronunciado en casos similares al que se analiza, en los siguientes términos: « El demandante, en su condición de miembro del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, reclama el reconocimiento y pago de prestaciones, auxilios, subsidios, entre otros, que fueron suspendidos con ocasión de su homologación en ese nivel, motivo por el cual es necesario realizar un comparativo de los emolumentos que percibía antes de su homologación y después de ella, lo que se ve reflejado en el cuadro siguiente:

...

Igualmente se expuso: «de la comparación anterior surge que, en efecto, a raíz de la homologación en el nivel ejecutivo, el demandante dejó de percibir la recompensa

¹⁵ Sección Segunda, sentencia del 14 de septiembre de 2017, con ponencia del magistrado que hoy ejerce igual función, dentro del proceso número 66001 23 33 000 2013 00344 01 (0148-15), actor: Héctor Bernardo Romero Valencia.

quinquenal y el auxilio de transporte, de igual manera el monto del subsidio familiar fue reducido; no obstante, ello, de por sí, no implica que el régimen al que se acogió le haya sido desfavorable, pues la comparación entre uno y otro no se puede hacer en forma aislada ni fraccionada respecto de cada uno de los factores prestacionales, bonificaciones o auxilios, sino que es necesario verificar la existencia de una desmejora en la generalidad de componentes que integran su remuneración, dentro de la cual está incluida la asignación básica mensual que fue el principal elemento diferencial entre uno y otro régimen, y el motivo por el cual los agentes y suboficiales de la Institución se acogieron a la homologación.»

De lo anterior se evidencia que el demandante al aceptar voluntariamente el cambiar de suboficial de la Policía Nacional al nivel ejecutivo, implicó someterse a las condiciones salariales establecidas por el legislador, las cuales eran de pleno conocimiento y como tal, algunos factores que se devengaban en servicio activo se modificaron, pero igualmente se incluyeron otros que no se percibían y de los cuales se benefició con el régimen al que se acogió.

Esta Subsección se ha pronunciado en varias oportunidades frente a las diferentes reclamaciones que se han presentado por parte del personal de suboficiales de la Policía Nacional, que decidieron cambiarse a la carrera de nivel ejecutivo, y que con ocasión de esta medida, han solicitado se ampare el derecho que tienen a no ser desmejorados en sus condiciones salariales y prestacionales como lo prevé la Constitución Política y las normas que desarrollaron el nivel ejecutivo en la Policía Nacional; y se ha concluido que una vez analizadas, estas han favorecido y no desmejorado las condiciones de

quienes se acogieron a estas, así:¹⁶

Contrario a lo afirmado por el interesado, lo que se observa es que el Ejecutivo no lesionó el mandato de no regresividad, pues de la comparación global entre el antiguo y nuevo régimen es evidente que el Decreto No. 1091 de 1995 le reporta nuevos beneficios que compensan los que le fueron suprimidos, tales como la prima de retorno a la experiencia (f. 26 cuaderno anexo) y la prima del nivel ejecutivo; y, tampoco se allegó prueba dentro del expediente por parte del actor tendiente a probar la desmejora de su situación salarial y prestacional, por el contrario, se advierte un aumento significativo en el salario básico.

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

Por último, como se dejó expuesto en el marco normativo y jurisprudencial, la Sala¹⁷ ya se había pronunciado sobre el presunto desmejoramiento de la situación salarial y prestacional del personal activo que ingresó al Nivel Ejecutivo. En aquella oportunidad, sostuvo la Sala:

“El citado desmejoramiento, no obstante, no puede mirarse aisladamente o, dicho de otra forma, factor por factor, pues ello permitiría la posibilidad de crear, sin competencia para el efecto, un tercer régimen, compuesto por aquellos elementos más favorables de cada

¹⁶ Ver, entre otras, las siguientes: Subsección B, sentencia de 29 de febrero de 2016, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación 25000-23-25-000-2011-00696-01(0590-2015); Subsección A, sentencia de 3 de marzo de 2016, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, radicación: 25000-23-42-000-2013-00067-01(3546-13); Subsección A, sentencia de 19 de mayo de 2016, M.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación 25000-23-25-000-2012-00108-01(3396-14); Subsección A, sentencia de 17 de noviembre de 2016, M.P. William Hernández Gómez, radicación: 25000-23-42-000-2013-05603-01(2296-14).

¹⁷ Esta cita hace parte del texto transcrito: Sentencia de 31 de enero de 2013. NI. 0768-12.

*uno de los regímenes en estudio [en este caso, el de Agentes - Decreto 1213 de 1990, por un lado; y, el del Nivel Ejecutivo - Decreto 1091 de 1995, por el otro]. Por el contrario, y en virtud del principio de inescindibilidad [ampliamente delineado por la jurisprudencia laboral contenciosa], la favorabilidad del Nivel ejecutivo al que se acogió libremente el interesado debe observarse en su integridad, pues es posible que en la nueva normativa aplicable [la contenida en el Decreto 1091 de 1995] existan ventajas no estipuladas mientras ostentó la condición de Agente y que, a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual, en su conjunto, su condición de integrante de Nivel Ejecutivo le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales”.*¹⁸

...
...

Lo anterior permite deducir que las normas aplicables al momento de retiro del demandante y que estaban vigentes mientras son los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004; de igual manera no se puede inferir que al señor García Vega se le estén vulnerando sus derechos y que se encuentre probada una desmejora en las condiciones salariales y prestacionales, pues si bien es cierto que los Decretos 1212 y 1213 de 1990, contienen partidas que no se incorporaron al personal que ingresó a la carrera de nivel ejecutivo, también lo es, que para este personal existen otras que no contemplaban los decretos antes mencionados.

De igual forma, no procede dar aplicación a normas establecidas en dos regímenes tomando las que más favorezcan la situación del demandante de uno y otro régimen, pues se estaría en contravía del principio de

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 9 de febrero de 2015, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, radicación número: 17001-23-33-000-2012-00152-01(2987-13).

inescindibilidad de la norma, más cuando con pleno conocimiento y total libertad tomó voluntariamente la decisión de ingresar a la carrera de nivel ejecutivo, acogiendo íntegramente a su reglamentación.

...

Finalmente, se puede concluir que existen regímenes diferentes para la liquidación de las partidas de la asignación de retiro tanto para suboficiales como para los profesionales de nivel ejecutivo, y no se puede pretender que se dé aplicación combinando los dos sistemas, es decir, tomando beneficios de uno y otro, pues en el momento de optar por la homologación se sometió al régimen salarial y prestacional que establecían las normas que lo reglamentaron” /Resalta la Sala/.

El supremo tribunal de lo contencioso administrativo también ha precisado que, la disparidad existente en dichos regímenes se justifica, entre otras razones, en el nivel de requisitos y responsabilidades de cada uno de esos cargos. En sentencia del 22 de abril de 2021¹⁹ precisó que:

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

...

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda. C.P. Gabriel Valbuena Hernández, sentencia de tutela de 22 de abril de 2021. expediente: 11001-03-15-000-2020-05145-01(AC)

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

Además, ante regímenes tan disímiles, como son, el nivel ejecutivo y el de los Oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, no es procedente continuar con el estudio de las demás etapas del test de igualdad, por las evidentes diferencias que existen entre uno y otro, como también lo indicó el Consejo de Estado en sentencia del 18 de marzo de 2021²⁰:

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

²⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta. C.P. Rocío Araújo Oñate, sentencia de tutela de 18 de marzo de 2021. expediente: 11001-03-15-000-2021-00004-00(AC)

en el grado inmediatamente inferior.

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

Y en cuanto al planteamiento de la parte actora, sobre la supuesta transgresión de la igualdad entre grupos familiares de los miembros del nivel ejecutivo de la POLICÍA NACIONAL, y las familias de agentes, oficiales y suboficiales, por la no inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro, enfatizó el órgano de cierre de esta jurisdicción el 5 de febrero de 2021²¹:

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

Por consiguiente, los señores magistrados al no aplicar la excepción de inconstitucional no inobservaron la Carta Política, porque, se reitera, el trato prestacional disímil entre el personal del nivel ejecutivo y los agentes,

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección B. C.P.: Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia de tutela de 5 de febrero de 2021. Radicación número: 11001-03-15-000-2020-05145-00(AC)

suboficiales y oficiales de la Policía Nacional, en lo concerniente a la inclusión del subsidio familiar en sus asignaciones de retiro, resulta razonable, por lo que tampoco se configuró la violación directa de la Constitución Política.” /Destacados del Tribunal/.

En conclusión, CASUR no incurrió en infracción normativa al liquidar la asignación de retiro del accionante CARLOS ANDRÉS SUÁREZ AGUIRRE sin incluir el subsidio familiar, por cuanto se ciñó a las normas que gobiernan esta prestación pensional, y además, el análisis integral del régimen que ampara al accionante como miembro del nivel ejecutivo de la POLICÍA NACIONAL, arroja que no existe discriminación respecto a las normas que cobijan a los agentes, suboficiales y oficiales de la misma institución, como ya lo ha definido de forma decantada el Consejo de Estado.

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

Finalmente, 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 no se aviene a los criterios jurisprudenciales vigentes, y no se acreditó su causación.

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 y

su posterior modificación por la Ley 2080 de 2021, 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 el Juez *A quo* en contra de la parte actora amerite ser reconsiderada, máxime al haberse evidenciado que la accionada participó activamente en las distintas etapas del proceso, como la contestación de la demanda y la audiencia inicial en la que se profirió el fallo.

Por lo anterior, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

COSTAS

Teniendo en cuenta que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, se condenará en costas a la parte demandante, en atención a lo establecido en el canon 365 numeral 3 del C.G.P. 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 la Jueza 7ª Administrativa de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **CARLOS ANDRÉS SUÁREZ AGUIRRE** contra la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. 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° 058 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-39-005-2020-00203-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticuatro (24) de NOVIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 230

La Sala 4ª 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 5º Administrativo de Manizales, con la cual accedió a las pretensiones formuladas por el señor **EDUARDO LIZARAZO SÁNCHEZ** 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 del acto ficto o presunto originado ante la falta de respuesta de la petición presentada el 5 de noviembre de 2020, con el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora desde los 70 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 setenta (70) 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 20 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° 1577-6 de 19 de marzo de 2019 le fue reconocida la cesantía deprecada.
- Dicha prestación fue cancelada el 18 de octubre de 2019 a través de entidad bancaria.
- 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 según consta en el documento PDF N° 15.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** sí se pronunció, se opuso a las pretensiones de la parte demandante, planteando las excepciones de ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’: pues el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes está a cargo del FNPSM que actúa a través de FIDUPREVISORA S.A.; ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY’: ante la imposibilidad a los docentes las normas establecidas para los demás empleados públicos, pues los educadores cuentan con normativa especial; ‘BUENA FE’, aludiendo al cumplimiento de los términos de ley, y ‘PRESCRIPCIÓN’, en los términos del Decreto 1848 de 1968 (PDF N° 13).

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 5° Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia accediendo a las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 26 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 el funcionario judicial que en el caso concreto la entidad demandada superó los términos de ley, por lo que concedió la sanción entre el 6 de junio y el 17 de octubre de 2019, suma que deberá indexarse desde el último día de la causación de la mora hasta la ejecutoria de la sentencia, con base en el IPC.

Con base en lo anterior, declaró nulo el acto administrativo demandado, ordenando al FNPSM pagar a la parte demandante la sanción por mora prevista en la Ley 1071 de 2006 por el lapso indicado, liquidada con base en el salario de 2019.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 29, centrando su desacuerdo en la fecha tenida en cuenta por la jueza de primera instancia para el pago de las cesantías, aludiendo que el dinero producto de las cesantías fue puesto a disposición de la parte actora el 15 de mayo de 2019, pero que el juez, en lugar de

tomar esta fecha en la sentencia de primera instancia, tuvo como fecha de pago el 18 de octubre de 2019, que fue el día en el que el demandante reclamó el dinero en la entidad bancaria. Sostuvo además que el Consejo de Estado y varios tribunales del país han dejado claro que la mora cesa a partir del momento en que se ponen los dineros a disposición del docente, con independencia de la fecha en la que sean retirados del banco.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Persigue por modo la parte demandante, se declare la nulidad del acto ficto 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 recordar 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:

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.

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

En caso afirmativo,

- *¿Desde cuándo se causa la aludida sanción?*
- *¿procedía la condena en costas en primera instancia?*

(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).

De ahí que, en cuanto al argumento esgrimido por la entidad apelante, según el cual es imperioso enfatizar en el tiempo que dispuso la entidad territorial para emitir el acto reconocedor de la cesantía y las consecuencias que ello acarrearía para realizar el correspondiente pago, no tiene eco de atención, se insiste, habida cuenta de la ya dilucidada competencia que detenta la impugnante sobre el particular y la razón de ser del marco normativo ampliamente abarcado, que se encauza a garantizarle al solicitante de la prestación un desembolso oportuno de esta en aras de soslayar la eventual violación de sus derechos fundamentales.

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/.

En el presente asunto, encuentra acreditado el Tribunal que el señor EDUARDO LIZARAZO SÁNCHEZ solicitó el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía el 20 de febrero de 2019, prestación social que le fue reconocida el 19 de marzo de 2019, lo cual se demuestra con Resolución N°1577-6 de esa data. Ante el panorama identificado, deduce la Sala que los setenta (70) días hábiles posteriores a la data en que fue radicada la solicitud, previstos para el reconocimiento y pago de la

multicitada prestación social³, se cumplieron el 5 de junio de 2019. Entre tanto, el dinero producto de las cesantías fue puesto cancelado al accionante el 18 de octubre de 2019 (PDF N°2, págs. 19-21), por lo que la sanción operaba entre el 6 de junio y el 17 de octubre de 2019, tal como lo determinó el funcionario judicial de primera instancia.

Cabe anotar que la parte demandada afirma que los dineros producto de las cesantías se encontraban a disposición del demandante antes de la fecha indicada, tesis que no acreditó dentro de las oportunidades legales, incluso, como se anotó, ni siquiera contestó la demanda, por lo que la mera afirmación en este sentido no tiene cabida ante esta instancia judicial.

COSTAS

Teniendo en cuenta que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, se condenará en costas a la apelante, en atención a lo establecido en el canon 365 numeral 3 del C.G.P. 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 5º Administrativo de Manizales, con la cual accedió a las pretensiones formuladas por el señor **EDUARDO LIZARAZO SÁNCHEZ** 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** 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.

³ Sentencia de Unificación de 18 de julio de 2018, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 4961-15.

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° 058 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Maqistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-39-005-2021-00213-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticuatro (24) de NOVIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 231

La Sala 4ª 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 5º Administrativo de Manizales, con la cual accedió a las pretensiones formuladas por la señora **GLORIA STELLA CASTRILLÓN MUÑOZ** 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

l) La declaratoria de nulidad del acto ficto o presunto originado ante la falta de respuesta de la petición presentada el 23 de septiembre de 2020, con el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora desde los 70 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 setenta (70) 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 18 de febrero de 2020 solicitó al FNPSM el reconocimiento y pago de sus cesantías en virtud de su servicio como docente estatal.
- Mediante la Resolución N° 977-6 de 5 de marzo de 2020 le fue reconocida la cesantía deprecada.
- Dicha prestación fue cancelada el 14 de julio de 2020 a través de entidad bancaria.
- 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° 9 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 a continuación se sintetizan, ‘PAGO DE LAS CESANTIAS SE ENTIENDE SATISFECHO EN EL MOMENTO EN QUE SE PRODUCE EL ABONO EN LA CUENTA, INDEPENDIEMENTE DEL MOMENTO EN QUE ESTA EL VALOR SE RETIRE POR EL TITULAR DEL DERECHO’: indica que la mora cesa con el pago, y no debe extenderse hasta el momento en que el titular del derecho reclame los dineros en la entidad bancaria; ‘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 debe tenerse en cuenta que el fondo solo responde por sanciones hasta dicha data, según los mandatos de la Ley 1955 de 2019; ‘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 2020’: con similar argumentación a la anterior; ‘AUSENCIA ACTUAL DE PRESUPUESTOS MATERIALES’: por la causación de la sanción en el año 2020; ‘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’, ‘SANCION MORATORIA CAUSADA EN VIGENCIA DEL AÑO 2020 DEBE SER CANCELADA POR EL ENTE TERRITORIAL’, ‘COBRO DE LO NO DEBIDO, POR MORATORIA GENERADA EN EL AÑO 2020, FRENTE A LAS ENTIDADES QUE REPRESENTO.’ y ‘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': reiterando que la penalidad posterior a 31 de diciembre de 2019 debe ser asumida por el ente territorial; 'IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACION DE LA SANCION MORATORIA': menciona que este concepto no es un derecho laboral del trabajador, por lo que no es dable practicar la actualización monetaria; 'NO PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS' y la 'GENÉRICA'.

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, y 'PRESCRIPCIÓN', en los términos del Decreto 1848 de 1968 (PDF N° 11).

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 5° Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia accediendo a las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 22 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 el funcionario judicial que en el caso concreto la entidad demandada superó los términos de ley, por lo que concedió la sanción entre el 25 de junio y el 13 de julio de 2020, suma que deberá indexarse desde el último día de la causación de la mora hasta la ejecutoria de la sentencia, con base en el IPC.

Con base en lo anterior, declaró nulo el acto administrativo demandado, ordenando al FNPSM pagar a la parte demandante la sanción por mora prevista en la Ley 1071 de 2006 por el lapso indicado, liquidada con base en el salario de 2020.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 25, insistiendo en que no fue esa entidad la causante de la mora que se demanda en el sub lite, y que el ente

territorial es la responsable del pago de la sanción por mora reclamada, por la remisión tardía del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías a través de la plataforma digital dispuesta para esos efectos, que tuvo lugar el 2 de junio de 2020, lo que deriva en su responsabilidad en los términos del artículo 57 párrafo de la Ley 1955 de 2019, por lo que considera que el juez de primera instancia incurrió en un error trascendente y manifiesto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Persigue por modo la parte demandante, se declare la nulidad del acto ficto 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 recordar 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.

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.

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?*

(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 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 la señora GLORIA ESTELLA CASTRILLÓN MUÑOZ solicitó el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía el 18 de febrero de 2020, por lo que el plazo de 15 días para la expedición del acto administrativo de reconocimiento expiraba el 10 de marzo de 2020, y teniendo en cuenta que la prestación fue reconocida con la Resolución N° 977-6 el 5 de marzo de 2020, la declaración administrativa ha de reputarse oportuna (PDF N° 1, págs. 30-31).

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, la Resolución N° 5151-6 de 28 agosto de 2019 fue notificada por vía electrónica el 11 de marzo de 2020, por lo que el tiempo límite para efectuar el pago expiraba el 3 de junio de 2020, y teniendo en cuenta que estas fueron canceladas el 14 de julio de 2020 (PDF N° 2, pág. 27), ello da lugar a la sanción moratoria entre el 4 de junio y el 13 de julio de 2020, y si bien ello generaría la modificación de la sentencia apelada aumentando la indemnización moratoria concedida a favor de la demandante, ella no apeló la sentencia de primera instancia, por lo que no procede dicha modificación, en virtud del mandato de no *reformatio in pejus*, consagrado en el artículo 328 inciso 4° del CGP .

(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, al remitir de forma tardía el acto administrativo de reconocimiento, 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, facúltese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención”. /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, fue remitido a la FIDUPREVISORA S.A. con el Oficio PS 0320 de 16 de abril de 2020, al día siguiente de su ejecutoria, según la constancia que milita en el PDF N° 11, por lo que contrario a lo afirmado por la apelante, la mora no es imputable a la entidad territorial.

Lo que se evidencia en el sub lite es una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual resulta imputable a la demandada NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM en los términos del inciso primero del artículo

57 de la 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.

COSTAS

Teniendo en cuenta que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, se condenará en costas a la apelante, en atención a lo establecido en el canon 365 numeral 3 del C.G.P. 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 5º Administrativo de Manizales, con la cual accedió a las pretensiones formuladas por **GLORIA STELLA CASTRILLÓN MUÑOZ** 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** 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° 058 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-39-007-2021-00303-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticuatro (24) de NOVIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 564

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido por el Juzgado 7º Administrativo de Manizales, con el cual denegó la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos demandados, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **YULI VANESSA GÓMEZ HENAO** contra el **MUNICIPIO DE LA DORADA**.

ANTECEDENTES

Con el libelo que integra el documento digital N° 2, la señora **YULI VANESSA GÓMEZ HENAO** solicita declarar la nulidad de los Decretos 147, 148, 150 y 151 de 2021 expedidos por el alcalde del Municipio de La Dorada; así, mismo, se anule el oficio suscrito el 25 de agosto del mismo año por la Directora Administrativa de la Dirección de Personal de la misma entidad territorial, mediante el cual se materializó su retiro por supresión del cargo; lo anterior, al considerar que fueron expedidos con falsa motivación y abuso de poder por el Municipio de la Dorada, vulnerando su derecho de audiencia y defensa y sin garantizar la protección reforzada del Estado al ser madre cabeza de familia.

En consecuencia, impetra se ordene garantizar su continuidad en la administración municipal, el pago de sus derechos salariales y prestacionales, y el reconocimiento de perjuicios morales causados por la pérdida de su empleo y la mengua de su proyecto de vida.

LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

En el escrito de la demanda, la señora **GÓMEZ HENAO** solicitó como medida previa la suspensión de los efectos jurídicos de los Decretos 147, 148, 150 y 151 de 2021

adoptados con ocasión a la reestructuración administrativa, y que se ordene a la entidad territorial accionada reubicar a la accionante hasta tanto se defina el litigio.

Como sustento de la petición, expresa que la supresión de su cargo se hizo de forma arbitraria por el alcalde del Municipio de la Dorada. Afirma que los actos administrativos que dieron lugar a la supresión del cargo no justifican la forma en que se seleccionaron los empleos u hojas de vida que serían suprimidos o que no son para el servicio o la modernización administrativa. A lo anterior se añade que el estudio técnico y de cargas laborales producto del Contrato de Consultoría N° 10032101, no estableció cuáles serían los cargos que deberían ser suprimidos en el marco del proceso de rediseño institucional, dejando esto al arbitrio de la administración municipal.

Acota que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha concluido que la facultad de crear, modificar, reorganizar y suprimir los cargos de su planta de personal no implica el menoscabo del derecho a la estabilidad de los trabajadores inscritos en la carrera administrativa, para los cuales la ley prevé mecanismos de garantía de sus derechos como son la incorporación, reincorporación y la indemnización.

Destaca que la supresión el cargo de la accionante denota falta de objetividad, pues esta cumple una función esencial en los servicios públicos de administración de justicia y educación y la experiencia e idoneidad no puede ser suprimida con contratos de prestación de servicios o sobre cargando de funciones a los empleados que aún conserven su cargo luego de la reestructuración de la entidad.

De forma genérica, menciona que la supresión del cargo implica la pérdida del sustento vital de los trabajadores, la vulneración de sus derechos laborales y que los actos administrativos demandados carecen de verificación de condiciones especiales de protección constitucional reforzada, ignorando madres y padres de cabezas de familia, personas en condición de discapacidad y empleados que hacen parte del retén social o están próximos a pensionarse; además de transcribir un extracto de un pronunciamiento, sin identificar, de la Corte Constitucional relativo al fuero sindical.

Por último, concluye anotando que del análisis simple de las normas alegadas como violadas, en especial las que rigen la función pública (Ley 909 de 2004 y el Decreto 1082 de 2015), se vislumbra una clara ilegalidad en cuanto a la forma en que los empleos suprimidos y los funcionarios que ocupan estos cargos serán desvinculados de la función pública.

EL AUTO APELADO

Mediante proveído que milita en el documento digital N° 18, la Jueza 7ª Administrativa de Manizales negó la petición de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados, argumentando que la solicitud no reúne los requisitos que imponen a la parte demandante una carga argumentativa y probatoria frente a su viabilidad.

Preliminarmente, indicó que lo que se advierte es una inconformidad frente al contenido del Contrato de Consultoría N° 10032101 celebrado entre el Municipio de La Dorada y la Sociedad Duque & Arango S.A.S. pasando por alto que el proceso únicamente gira en torno a verificar la legalidad de los Decretos N° 147, 148, 150 y 151 de 2021. Estimó que no cumplió en el requisito de sustentar la petición de medida cautelar al abstenerse de indicar de manera específica las pruebas que la fundamentaban y la forma en que cada una de ellas acreditaba la presunta violación de disposiciones superiores. En ese orden, expuso que la medida se sustenta en que la supresión del cargo ocupado hoy por la accionante se sustentó en juicios subjetivos y arbitrarios del Municipio de la Dorada, pero no allegó prueba siquiera sumaria de ello.

Concluyó exponiendo que se niega la medida cautelar, bien por corresponder a apreciaciones subjetivas de la parte actora o bien por carecer de fundamento probatorio hasta el momento. Y por último, anotó que, la supuesta causación de un perjuicio irremediable solo debe valorarse para determinar la procedencia de las medidas contempladas en los numerales 1, 2, 4 y 5 del artículo 230 del C/CA.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO

Con el memorial que obra en el PDF N° 23 (págs. 16 - 27), la señora YULI VANESSA GÓMEZ HENAO apeló la decisión recién referida, esgrimiendo que con la demanda

aportó pruebas y evidencias suficientes para demostrar que una simple confrontación de los actos administrativos demandados con las normas superiores, permite avizorar circunstancias de ilegalidad que vician, no solo la expedición de los actos acusados, sino que también ponen en entredicho la técnica y el sustento del estudio de cargas laborales.

Menciona que, en auditoría de cumplimiento, la Contraloría General del Departamento de Caldas al municipio de La Dorada realizó hallazgos fiscales que son motivo de investigación, lo cual considera que refuerza los argumentos de la demanda y de la solicitud de medida cautelar por mostrar la falta de planeación y ejecución rigurosa y técnica del rediseño institucional.

Seguidamente, enlistó cada cargo de ilegalidad que considera se presenta en los actos legislativos. Menciona que el Decreto 148 de 2021, mediante la cual se estableció la planta global del Municipio de La Dorada, viola los artículos 122 de la Constitución Política y 2.2.12.2 del Decreto 1083 de 2015, pues desconoce el concepto de planta globalizada al no haber justificado el establecimiento de una planta estructural y reitera que en el estudio técnico de Duque & Arango Asesores no determinó los perfiles profesiones de los empleados que deben ocupar la planta global ni la del despacho del alcalde, dejando esto a discrecionalidad al nominador.

Asimismo, expuso que el Decreto 151 de 2021 y el acto con fechado el 25 de agosto de 2021 transgredieron los derechos de los empleados de carrera administrativa, dispuestos en el artículo 2.2.11.2.1 del Decreto 1083 de 2015, toda vez que no establecieron la posibilidad de incorporación o reincorporación ni la de indemnización. Así mismo, considera que los Decretos 148, 150 y 151 de 2021 del Municipio de La Dorada eludieron los preceptos 2.2.5.3.3. del Decreto 648 de 2017, 24 y 25 de la Ley 909 del 2004 y las reglas constitucionales para dar por terminado el vínculo laboral con empleados públicos en provisionalidad o encargo, pues nunca se les comunicó de forma expresa y técnica la terminación de su encargo.

Continuó indicando que los actos demandados transgreden los principios de interés general, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que rigen la administración pública, contemplados en los artículos 125, 209 y 311 de la Constitución y además, el artículo 228 del Decreto Ley 019 de 12

de enero de 2012, dado que las decisiones de supresión deben ser motivadas y fundarse en las necesidades del servicio, en las razones de modernización, y fundamentarse en estudios técnicos que así lo demuestren.

Por último, realizó una transcripción del fallo de tutela que produjo la suspensión provisional de los actos administrativos fundamento de la reestructuración.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

La atención de esta Sala de Decisión se contrae a determinar si se reúnen las condiciones para decretar la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados, dentro del proceso de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO promovido por la señora YULI VANESSA GÓMEZ HENAO contra el MUNICIPIO DE LA DORADA.

(I) PROCEDENCIA DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

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

“ARTICULO 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”.

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

“En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”.

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

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

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

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

“(...) III.3.7. En cuanto a los criterios de aplicación que debe seguir el juez para la adopción de una medida cautelar, como

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

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

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

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

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

“[...] Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de

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

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

(...)” /Resalta el Tribunal/.

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

² Ibidem.

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

“(…) En esta providencia no se está adoptando decisión de fondo, pues lo que se resuelve es la solicitud de suspensión provisional, la cual se niega mediante auto interlocutorio, entre otras razones, porque no se configuran los requisitos que la Jurisprudencia y la Doctrina denominan *Fumus bonis iuris* (aparición de buen derecho) y *periculum in mora* (necesidad de urgencia de la medida cautelar)

[...]”.

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

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

“[...] Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una valoración del acto acusado que comúnmente se ha llamado valoración inicial, y que implica una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud. Este análisis inicial permite abordar el

objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2° del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no constituye prejuzgamiento, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final.”

/Subrayas de la Sala/

Pues bien; de lo expuesto resulta claro para este Juez Plural que le asiste razón al *A quo* al considerar que para definir la procedencia de la medida cautelar solicitada se debe analizar, también, si la parte actora presentó documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitiesen concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, qué resultaría más gravoso para el interés público, si negar la medida o concederla.

(II) EL CASO CONCRETO

Descendiendo al caso concreto, la parte actora solicitó la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los Decretos 147, 148, 150 y 151 de 2021 expedidos por el alcalde del Municipio de La Dorada, así como el oficio suscrito el 25 de agosto del mismo año por la Directora Administrativa de la Dirección de Personal de la misma entidad, por considerar que la reestructuración de la planta de personal del municipio no obedece a criterios de mejoramiento del servicio, al paso que en el proceso de supresión de cargos, no se siguieron los procedimientos establecidos por la ley para tal fin, pues no se dio la opción a los empleados a optar por su reincorporación en un cargo equivalente, o de recibir el pago de una indemnización.

Precisamente, uno de los cuestionamientos que se realiza sobre los actos administrativos demandados radica en que, a juicio de la demandante, el informe técnico presentado por la sociedad **DUQUE & ARANGO ASESORES S.A.S.** sugirió la

supresión de unos cargos, pero dejó a discreción del nominador la determinación de las personas que continuarían en la planta de personal de la entidad, sin tener en cuenta las situaciones particulares de quienes se verían afectados con la reestructuración.

Habría de indicarse entonces que la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos demandados, se remite para su sustento a las normas violadas y concepto de la violación expuestos en la demanda, y coincide esta Sala de Decisión en que los fundamentos fácticos esbozados corresponden a apreciaciones subjetivas de la parte actora que no cuentan con soporte probatorio alguno, al menos en esta etapa procesal, por lo que en ese sentido, tampoco existe fundamento para que, *prima facie*, se identifique elemento que avale la procedencia de la suspensión provisional.

Así mismo, es menester precisar que con ocasión de la decisión adoptada por la Juez 7ª Administrativa de Manizales, la parte actora, para sustentar la apelación, mencionó que, *“Con todo lo anterior y para dar cumplimiento a lo dispuesto por su juzgado, a lo prescrito por el artículo 231 del CPACA y a las reglas jurisprudenciales fijadas por el Consejo de Estado para la suspensión provisional de este tipo de actos administrativos que modifican las plantas de personal de los entes territoriales; se realizará una exposición y sustentación sistemática de cada cargo o vicio de ilegalidad encontrado en los actos demandados, invocando y desarrollando expresamente las normas superiores que se consideran trasgredidas, haciendo un paralelo con la prueba estructural de este proceso; la cual es, el estudio técnico que sirvió de justificación para dar lugar a la aludida reestructuración o reforma de planta de personal”*.

Quiere significar lo anterior, que la parte actora reconoce que al momento de presentar la solicitud, no realizó una exposición detallada de las normas constitucionales y legales que considera vulneradas con los actos administrativos demandados, como era su deber. A juicio de esta Sala de Decisión, el recurso de apelación no puede ser utilizado como una oportunidad procesal para corregir o adicionar la solicitud de medida cautelar, razón por la cual, los argumentos expuestos en punto a la transgresión de las normas aludidas en el recurso no han de ser valoradas para decidir si la decisión adoptada por la operadora judicial de primera se ajusta o no derecho.

Acompasados los requisitos legales y jurisprudenciales para el decreto de una medida cautelar de suspensión provisional, este Juez Plural puede concluir con diafanidad que:

- i) La demandante no especificó concretamente en la solicitud de suspensión provisional las normas constitucionales y legales presuntamente transgredidas con los actos administrativos demandados, pues los fundamentos fácticos esbozados corresponden a apreciaciones subjetivas, que no cuentan con soporte probatorio suficiente para concluir, *prima facie*, que existe una evidente transgresión de normas superiores;
- ii) El estudio técnico presentado por la sociedad **DUQUE & ARANGO ASESORES S.A.S.** para la reestructuración de la planta de personal del Municipio de La Dorada, el cual, según palabras del demandante es '*la prueba estructural de este proceso*', realizó un análisis de las cargas de trabajo de cada una de las dependencias de la entidad, y culminó sugiriendo, conforme a los resultados obtenidos, cómo debería estar compuesta la planta de personal para la efectiva prestación del servicio y para el uso razonado de los recursos públicos, por lo que no es posible deducir, de una primer lectura, que las conclusiones allí contenidas transgredan los principios que deben regir la función administrativa;
- iii) Los actos administrativos demandados se sustentan, no solo en las normas que habilitan a los alcaldes para crear, suprimir o fusionar empleos de sus dependencias y reestructurar su planta de personal, sino también en el estudio técnico realizado por la sociedad **DUQUE & ARANGO ASESORES S.A.S.** para determinar, conforme a las cargas de trabajo, la composición de cada una de las dependencias;

Así las cosas, la revisión de los actos administrativos demandados no permite identificar *prima facie* un desconocimiento de las normas que someramente refirió la demandante como desconocidas, por lo que no puede tenerse como acreditada la configuración de los requisitos para el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados; por lo anterior, el estudio de legalidad de éstos deberá realizarse en la sentencia que ponga fin a la actuación, tras el debate probatorio propio del medio de control.

Es por ello que,

RESUELVE

CONFÍRMASE el auto proferido por el Juzgado 7° Administrativo de Manizales, con el cual denegó el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **YULI VANESSA GÓMEZ HENAO** contra el **MUNICIPIO DE LA DORADA**.

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°058 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-39-007-2022-00092-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticuatro (24) de NOVIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 234

La Sala 4ª 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 7º Administrativo de Manizales, con la cual accedió a las pretensiones formuladas por la señora **DORA LILIA MORALES VÉLEZ** 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).

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

l) La declaratoria de nulidad del acto ficto o presunto originado ante la falta de respuesta de la petición presentada el 19 de febrero de 2021, con el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora desde los 70 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 setenta (70) 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 14 de septiembre de 2020 solicitó al FNPSM el reconocimiento y pago de sus cesantías en virtud de su servicio como docente estatal.
- Mediante la Resolución N° 2871-6 de 25 de septiembre de 2020 le fue reconocida la cesantía deprecada.
- Dicha prestación fue cancelada el 5 de febrero de 2021 a través de entidad bancaria.
- 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°9 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 a continuación se sintetizan, ‘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’: indica que la mora cesa con el pago, y no debe extenderse hasta el momento en que el titular del derecho reclame los dineros en la entidad bancaria; ‘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 debe tenerse en cuenta que el fondo solo responde por sanciones hasta dicha data, según los mandatos de la Ley 1955 de 2019; ‘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 2020’: con similar argumentación a la anterior; ‘AUSENCIA ACTUAL DE PRESUPUESTOS MATERIALES’: por la causación de la sanción en el año 2020; ‘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’, ‘SANCION MORATORIA CAUSADA EN VIGENCIA DEL AÑO 2020 DEBE SER CANCELADA POR EL ENTE TERRITORIAL’: reiterando que la penalidad posterior a 31 de diciembre de

2019 debe ser asumida por el ente territorial; 'IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACION DE LA SANCION MORATORIA': menciona que este concepto no es un derecho laboral del trabajador, por lo que no es dable practicar la actualización monetaria; 'NO PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS' y la 'GENÉRICA'.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 7ª Administrativa de Manizales dictó sentencia accediendo a las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 32 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 el funcionario judicial que en el caso concreto la entidad demandada superó los términos de ley, por lo que concedió la sanción entre el 30 de diciembre de 2020 y el 29 de enero de 2021, suma que deberá indexarse con base en el IPC.

Con base en lo anterior, declaró nulo el acto administrativo demandado, ordenando al FNPSM pagar a la parte demandante la sanción por mora prevista en la Ley 1071 de 2006 por el lapso indicado, liquidada con base en el salario de 2020.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 25, insistiendo en que no fue esa entidad la causante de la mora que se demanda en el sub lite, y que el ente territorial es la responsable del pago de la sanción por mora reclamada, por la notificación tardía del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías a través de la plataforma digital dispuesta para esos efectos, por lo que el FNPSM puso a disposición de la demandante los dineros producto de las cesantías dentro del término legal dispuesto para esos efectos.

Itera que ese fondo no puede pagar sanciones posteriores al 31 de diciembre de 2019 ante la expresa prohibición establecida en el artículo 57 parágrafo de la Ley 1955 de 2019, por lo que considera que el juez de primera instancia incurrió

en un error trascendente y manifiesto. Así mismo, menciona que la sanción moratoria y la indexación son incompatibles, como ya lo ha definido la jurisprudencia sobre el particular.

Finalmente, cuestionó la condena en costas de primera instancia, aduciendo que debe tenerse en cuenta que actuó de buena fe, y sus argumentos de defensa fueron eminentemente jurídicos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Persigue por modo la parte demandante, se declare la nulidad del acto ficto 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 recordar 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.

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.

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?*
- *¿Resultaba procedente su indexación?*

(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 5° *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 DORA LILIA MORALES VÉLEZ solicitó el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía el 14 de septiembre de 2020, por lo que el plazo de 15 días para la expedición del acto administrativo de reconocimiento expiraba el 5 de octubre de 2020, y teniendo en cuenta que la prestación fue reconocida con la Resolución N° 2871-6 el 25 de septiembre de 2020, la declaración administrativa ha de reputarse oportuna (PDF N° 5, págs. 3-4).

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 en mención fue notificado por vía electrónica el 6 de octubre de 2020, por lo que el tiempo límite para efectuar el pago expiraba el 29 de diciembre de 2020, y teniendo en cuenta que estas fueron canceladas el 30 de enero de 2021 (PDF N° 9, pág. 28), ello da lugar a la sanción moratoria entre el 30 de diciembre de 2020 y el 29 de enero de 2021.

(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, al remitir de forma tardía el acto administrativo de reconocimiento, 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, facúltese 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. con el Oficio PS 1195 de 21 de octubre de 2020, al día siguiente de su ejecutoria, según la constancia que milita en el PDF N° 24, por lo que contrario a lo afirmado por la apelante, la mora no es imputable a la entidad territorial.

Lo que se evidencia en el sub lite es una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual resulta imputable a la demandada NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM en los términos del inciso primero del artículo 57 de la 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.

(III)

INDEXACIÓN DE LA SANCIÓN

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 cada uno 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)):

“ (...) 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

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).

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 debía indexarse desde la fecha en que cesó la mora hasta la ejecutoria de la sentencia, en los términos del canon 187 de la Ley 1437 de 2011.

LAS COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

Finalmente, la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNSPM también cuestiona la condena en costas efectuada en su contra en el fallo censurado, arguyendo sobre el particular que la conducta por ella desplegada estuvo en todo momento cobijada por la buena fe, y que no procedía su imposición de forma automática.

En sentir de la Sala, dicha intelección no está llamada a salir avante, no solo por cuanto a voces del artículo 188 de la Ley 1437/11⁵ la sentencia debe disponer sobre la condenación en costas, sino también por cuanto, al acudir al Código General del Proceso, su artículo 365 numeral 1 consagra que “Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso...”⁶, sin atarse de modo alguno a la conducta que hubiere reflejado en el trámite procesal.

Además, el inciso 2° del canon 188 del C/CA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 únicamente permite al juez administrativo abstenerse de proferir condena en costas tratándose de la parte actora, cuando su demanda no esté desprovista de fundamento legal, pero ninguna regulación al respecto

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

⁵ Dice a letra la norma: “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”.

⁶ Cabe mencionar que dicha disposición se encontraba regulada de manera equivalente en el derogado artículo 392-1 del CPC.

contiene tratándose de la parte accionada.

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 el Juez *A quo* en contra de la entidad llamada por pasiva amerite ser reconsiderada.

COSTAS

Teniendo en cuenta que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, se condenará en costas a la apelante, en atención a lo establecido en el canon 365 numeral 3 del C.G.P. 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 accedió a las pretensiones formuladas por **DORA LILIA MORALES VÉLEZ** 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**.

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° 058 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Maqistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

21CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente medio de control para su trámite, recibido por ventanilla virtual de segunda instancia.

VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CARDENAS
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

A. I. 438

RADICADO	17001-33-33-004-2022-00324-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	MARÍA NELSY GÓMEZ FRANCO
ACCIONADO	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, DEPARTAMENTO DE CALDAS

Revisado el expediente de primera instancia, se evidencia que la sentencia recurrida fue notificada en estrados el 19 de septiembre de 2023, el escrito de apelación fue presentado el día 27 de septiembre de 2023, encontrándose dentro del término oportuno.

Así, de conformidad con el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021), ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales de fecha 19 de septiembre de 2023.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado Encargado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 212

Fecha: 29 de noviembre de 2023

21CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente medio de control para su trámite, recibido por ventanilla virtual de segunda instancia.

VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CARDENAS
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

A. I. 439

RADICADO	17001-33-33-004-2022-00332-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	ELIZABETH BUITRAGO URIBE
ACCIONADO	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, DEPARTAMENTO DE CALDAS

Revisado el expediente de primera instancia, se evidencia que la sentencia recurrida fue notificada en estrados el 19 de septiembre de 2023, el escrito de apelación fue presentado el día 27 de septiembre de 2023, encontrándose dentro del término oportuno.

Así, de conformidad con el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021), ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales de fecha 19 de septiembre de 2023.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado Encargado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 212

Fecha: 29 de noviembre de 2023

17-001-33-39-006-2023-00058-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: **AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Manizales, veinticuatro (24) de **NOVIEMBRE** de dos mil veintitrés (2023)

S. 236

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 6º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **NANCY ELENA HOYOS TABORDA** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante FNPSM) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del acto ficto configurado ante la falta de respuesta frente a la petición presentada el 12 de agosto de 2021.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la parte demandada al reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, como consecuencia de la consignación tardía de los intereses a las cesantías, así mismo, se reconozca y pague un día de salario por cada día de retardo, por la consignación inoportuna del auxilio de cesantías, se paguen los ajustes de valor sobre las sumas reconocidas así como los intereses de mora y se condene en costas al extremo pasivo de esta controversia.

CAUSA PETENDI

Expone en síntesis que de acuerdo con lo establecido en la Ley 91 de 1989 y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, es responsabilidad de la entidad territorial respectiva reconocer las cesantías de los docentes oficiales, además de cancelar directamente al educador los intereses sobre este rubro a más tardar el 31 de enero de cada año. Por su parte, se impone a la NACIÓN consignar el auxilio de cesantías en la cuenta individual de cada profesor a más tardar el 15 de febrero de cada año.

Anota que ambos términos fueron desentendidos en su caso, dando lugar al pago de las indemnizaciones de ley, que fueron denegadas con el acto demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocan: Constitución Política, arts. 13 y 53; Ley 91 de 1989, art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, art. 99; Ley 1955 de 2019, art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, art. 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, art. 3; Decreto 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Como juicio de la infracción normativa, argumenta que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han establecido el derecho que les asiste a los docentes de disponer de sus cesantías de manera oportuna en igualdad de condiciones que los demás empleados, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario. Explica que la teleología de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el fondo de prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60/93 y 12955/19.

De otro lado, insiste en que al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una hermenéutica menos restrictiva de la Ley 344/96, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la Sentencia SU-098/18. Además, afirma que si a los docentes

les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** contestó la demanda con el documento digital N°10 del expediente, oponiéndose a las pretensiones formuladas por la parte accionante, para lo cual, luego de efectuar un recuento de las principales características del régimen de cesantías docentes y diferenciarlos con los demás servidores públicos, concluye que en el caso de los educadores no existe la consignación en una cuenta individual, sino el traslado de los recursos desde el primer mes de cada vigencia fiscal. Por ende, considera que no resulta aplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, en tanto esta penalidad aplica para la consignación tardía de cesantías, operación financiera inexistente en el caso de los profesores afiliados al FNPSM. Así mismo, plantea que en caso de acceder a las súplicas de la parte demandante se desatendería el principio de inescindibilidad de los regímenes de cesantías.

Finalmente, planteó como excepciones las denominadas ‘INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES’ y ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN’.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** hizo lo propio con el escrito que reposa en el documento PDF N° 15, en el que planteó que la sanción por mora deprecada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989, además, dicha sanción tampoco es de su responsabilidad, pues cumplió a cabalidad con todo el trámite que por ley le compete tratándose del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

Como excepciones, formuló las de ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, porque la entidad a cargo del reconocimiento de las prestaciones docentes es el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y su pago corresponde a la FIDUCIARIA LA PREVISORA, contra quienes debió dirigirse la demanda; ‘BUENA FE’, atendiendo a que en lo que es de su

competencia, siempre ha diligenciado de manera correcta los actos administrativos para el posterior pago de las prestaciones docentes; e ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY’, reiterando que no tiene obligaciones relacionadas con el pago de las prestaciones de los educadores.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 6ª Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 26 del expediente electrónico.

En primer término, argumentó que los docentes tienen un régimen de cesantías propio, consagrado en la Ley 91 de 1989, que difiere en grado sumo de aquel retroactivo establecido para los servidores territoriales en la Ley 6/45 y el Decreto 1160/46, y del anualizado, previsto para los empleados del sector privado en la Ley 50 de 1990, que se hizo extensivo posteriormente a los servidores públicos mediante la Ley 344/96 (art. 13), por ende, las normas que regulan las cesantías de otros servidores no se aplican a los educadores, sin que por ello pueda predicarse vulneración del derecho a la igualdad.

De ahí que considere que tampoco pueda hablarse de la obligación legal de consignar el auxilio de cesantías docentes en una cuenta individual, como ocurre con los demás empleados, pues se trata de la asignación de recursos de manera genérica al FNPSM.

Al evaluar el caso concreto, precisó que las sanciones deprecadas por la parte actora no resultan aplicables al régimen especial de los docentes, al paso que su aplicación implicaría desatender el principio de inescindibilidad normativa.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **parte demandante** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 27, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en

el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

Sobre la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los profesores, indica que la Corte Constitucional en la Sentencia SU-098 de 2018, así como la jurisprudencia en lo contencioso administrativo, se orientan a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por las entidades públicas a las que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva, conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda. De igual forma, controvierte que el régimen docente sea más favorable que el general tratándose de los intereses a las cesantías, pues lo que reciben sigue siendo inferior a la tasa del 12% que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Afirma que en el sub lite no es necesario estudiar cuál es la entidad competente para reconocer y pagar el auxilio de cesantías, sino determinar la competencia para efectuar su consignación en el FNPSM, precisando que dicha carga atañe a la NACIÓN. Insiste en que se acuda a la interpretación unificada de la Corte Constitucional acerca de la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al FNPSM, y que la indemnización contenida en la Ley 52 de 1975 hace parte integral del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

De lo anterior, concluye que los educadores que tengan un régimen de cesantías anualizadas, tienen derecho a que estas sean consignadas oportunamente en el fondo el 15 de febrero de cada año, como también al pago oportuno de sus intereses máximo el 31 de enero de cada anualidad. Añade que estos plazos han sido incumplidos desde hace 30 años, pero aclara que pretende el restablecimiento únicamente de las sumas correspondientes al 2021, y que el plazo para esta consignación no se halla contenido en la Ley 91 de 1989, por lo que es aplicable el término determinado en la Ley 50 de 1990, conforme lo ha definido la jurisprudencia constitucional.

De otro lado, considera que la sentencia apelada acudió a varias premisas erróneas, como las referidas a la inexistencia de obligación de consignar las cesantías en el régimen docente y de pagar la sanción por pago tardío de intereses, la inaplicabilidad de las Leyes 344/96 y 50/90 al estamento profesoral, la no vulneración de los principios de igualdad y favorabilidad, la falta de identidad fáctica de los supuestos abordados en la Sentencia SU-098 de 2018, y la inexistencia de una postura unificada del máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

Finalmente, acota que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar dictar sentencia que acoja sus pretensiones, por cuanto las entidades competentes para consignar los recursos de las cesantías de 2020 excedieron los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Con el escrito que obra en el documento PDF N° 7 del cuaderno 2, el Procurador Judicial indica que las pretensiones de la parte actora no están llamadas a ser acogidas, aduciendo que, el régimen especial de cesantías de los docentes afiliados al FOMAG, excluye la aplicabilidad de regímenes diferentes frente a lo solicitado y bajo el principio favorabilidad. Esto, en virtud de la inescindibilidad normativa. Por lo tanto, estima que a la parte actora no le son aplicables en su favor las sanciones previstas por consignación tardía de las cesantías regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la indemnización de que trata el artículo 1° de la Ley 52 de 1975.

CONSIDERACIONES

DE LA

SALA DE DECISIÓN

Persigue por modo la parte demandante se declare la nulidad del acto con el cual la parte demandada negó el reconocimiento de la indemnización moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, producto de la consignación extemporánea del

auxilio de cesantías, así como aquella consagrada en la Ley 52 de 1975, por la cancelación tardía de los intereses a las cesantías.

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 50 de 1990, por la consignación extemporánea del auxilio de cesantías?*
- *¿Tiene derecho la parte actora al pago de la indemnización consagrada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses a las cesantías?*

En caso afirmativo,

- *¿Qué entidad debe asumir el pago de dichas sanciones?*

(I)

RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

La Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se refirió por primera vez de forma expresa a las cesantías del ramo docente, estableciendo en su artículo 15, ordinal 3°:

“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:

...

...

...

3. Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de

salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1°. de enero de 1990, **el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad,** equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.” /Resaltado de la Sala/.

A su turno, el Decreto 3752 de 2003 reglamentó el canon 81 de la Ley 812 la misma anualidad, que establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

En su artículo 1°, dispone la norma decretal en cita que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al FNPSM, a tal punto que la falta de afiliación acarrea para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores, así mismo, establece que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al multicitado fondo (art. 2).

En lo que es materia de litigio, la norma referida dispone lo siguiente:

“Artículo 7°. Transferencia de recursos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8° del presente decreto.

Artículo 8°. Reporte de información de las entidades territoriales. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior.

Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 1°. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será

realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.

Artículo 9° . Monto total de aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año.

El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.

Parágrafo 1° . La entidad territorial, en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de recibo del valor proyectado, deberá presentar las observaciones a que haya lugar, ante la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, reportando la información que sustente esta situación. En los eventos en que el ente territorial no dé respuesta dentro del plazo estipulado, se dará aplicación a lo previsto en el artículo siguiente.

Parágrafo 2° . Hasta tanto se disponga de la información reportada por los entes territoriales, el cálculo para determinar el valor a girar por concepto de aportes de ley se realizará con base en la información que de cada ente territorial reposa en la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y las novedades reportadas. En el

caso de los denominados docentes Nacionales y Nacionalizados se tomará como base de cálculo la información reportada al Ministerio de Educación Nacional y a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo.

Artículo 10. Giro de los aportes. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

Artículo 11. Ajuste de cuantías. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes.

Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las

acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes” /Destacados son de la Sala/.

Por otra parte, la Ley 1955 de 2019 estipula en el canon 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 Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

...

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, **el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley,** con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros (...) /Destacado del Tribunal/”.

Finalmente, se anota que el Consejo Directivo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO profirió el Acuerdo N° 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, en el cual establece lo siguiente:

“ARTICULO CUATRO: El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos de Fondo a más tardar el cinco (5) de febrero de cada año y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria en el periodo comprendido entre el seis (6) de febrero y hasta el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la entidad territorial reporte la información con posterioridad a esta fecha la entidad fiduciaria,

programará pagos posteriores, de lo cual informará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En virtud de lo expuesto, los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo N° 038 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del FNPSM, conglomerado que establece unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores. Para tal efecto, la normativa parcialmente reproducida establece la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada profesor, como sí ocurre en el canon 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

(II)

SANCIÓN MORATORIA POR CONSIGNACIÓN EXTEMPORÁNEA DE CESANTÍAS E INDEMNIZACIÓN POR PAGO TARDÍO DE INTERESES

El artículo 99 de la Ley 50 de 1990 introdujo una sanción por la consignación inoportuna de las cesantías en el régimen anualizado que prevé el mismo esquema disposicional:

“El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el

año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...) /Resaltado fuera del texto original/.

Por su parte, la Ley 244 de 1995¹ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006², que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado³ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006⁴, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

¹ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

² “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 fijan términos para su cancelación”.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁴ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Más recientemente, en la Sentencia SU-098 de 2018, el tribunal constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero⁵, 3 de marzo⁶ y 19 de mayo de 2022⁷, sin embargo, anota esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicable en el *sub lite*.

Por el contrario, en armonía con lo expuesto en el primer apartado en este fallo, resulta menester concluir que los docentes afiliados al FNPSM tienen su propio régimen de cesantías e intereses, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003 así como el Decreto 3752 de 2003, por lo que la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990 únicamente se torna aplicable a los docentes pertenecientes al fondo ante la omisión de afiliación por el ente territorial, o la tardanza de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar como pasivo de cesantías, eventos que se distancian en grado sumo de la situación planteada a esta colegiatura, y por lo mismo, las providencias mencionadas por la parte actora como fundamento de sus pretensiones carecen de aplicación en el presente asunto.

Y en cuanto a los interés a las cesantías, los docentes afiliados al FNPSM, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses se realice con base en el saldo acumulado de cesantías, fórmula más favorable que la liquidación con el valor de cada año individualmente considerado, además, la tasa aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no circunscrita siempre al 12%.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

Sobre este punto, el Consejo de Estado se pronunció en sentencia del 24 de enero de 2019 (M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14):

“62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

<i>Trabajador beneficiario de Ley 50/1990</i>	<i>Docente cobijado por la Ley 91/89</i>
Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es

decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989⁸.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia.» /Negrillas fuera de texto/.

CASO CONCRETO

Como se anotó, la parte actora impetra el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, toda vez que el auxilio de cesantías de 2020 no fue consignado en el respectivo fondo prestacional de forma oportuna, así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

cesantías consagrada en la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto estos fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

Analizados los pormenores del caso, se tiene que la demandante es docente afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 20 del documento PDF N° 4 , por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

En virtud de lo expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Teniendo en cuenta que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, se condenará en costas a la parte demandante, en atención a lo establecido en el canon 365 numeral 3 del C.G.P. 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 6º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **NANCY ELENA HOYOS TABORDA** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. 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° 058 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-33-001-2023-00093-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticuatro (24) de NOVIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 565

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la entidad demandante, contra el auto proferido por la Jueza 1ª Administrativa de Manizales con el cual rechazó, por no corrección, la demanda de **REPETICIÓN** presentada por la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** contra los señores **SANDRA VIVIANA CADENA MARTÍNEZ** y **FABIO HERNANDO ARIAS OROZCO**.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA

Con el libelo que integra el documento digital N° 1, impetra la entidad demandante se declare civilmente responsables a los accionados **SANDRA VIVIANA CADENA MARTÍNEZ** (ex servidora de **FIDUPREVISORA S.A.**) y **FABIO HERNANDO ARIAS OROZCO** (ex secretario de educación departamental de Caldas), por los perjuicios que le ocasionaron a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN**, con ocasión del pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías a la docente **GLORIA CRISTINA PAVA JIMENEZ**, erogación materializada en el contrato de transacción por valor de \$ 3'605.507,73; en consecuencia, pide que se condene a los demandados a pagar solidariamente dicha suma con la respectiva indexación y los intereses comerciales o moratorios que correspondan, desde la ejecutoria de la sentencia hasta la fecha efectiva de pago.

EL AUTO APELADO

Inicialmente, la jueza de primera instancia dispuso la corrección del libelo introductor, entre otros puntos, en el siguiente (PDF N° 3):

“De conformidad con lo establecido en el artículo 160 de la Ley 1437 de 2011, deberá allegar el poder debidamente conferido, toda vez que el aportado obrante a (sic) folios 107 a 110 del archivo 01 del expediente digital, no fue conferido para demandar al señor Fabio Hernando Arias Orozco, así como tampoco es claro si con respecto a la señora Sandra Viviana Cadena Martínez el poder fue conferido mediante mensaje de datos. Dicho poder deberá presentarse de acuerdo a las formalidades exigidas en los artículos 73 y siguientes del Código General del Proceso (presentación personal) o conforme a lo regulado en el artículo 5o la Ley 2213 de 2022 (con constancia del envío del mensaje de datos a través del cual se confirió el poder)”.

Transcurrido el plazo concedido a la parte actora, la funcionaria judicial rechazó la demanda por no corrección con el proveído que integra el documento digital N° 8, anotando que, a pesar de haber ordenado presentar el poder en debida forma, no fue aportado el soporte documental que permita acreditar la calidad de quien lo confirió, en este caso el señor EPIFANIO ASPRILLA CÁCERES, quien dijo actuar como jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la parte demandante. Preciso que, por el contrario, los documentos aportados corresponden al señor ALEJANDRO BOTERO VALENCIA.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Con el memorial que obra en el PDF N° 10 del cuaderno principal, la demandante apeló la decisión recién referida, afirmando que, según lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley 2213 de 2022, al haberse conferido poder por medio de mensaje electrónico, este debe presumirse auténtico y no requiere de otra formalidad, por lo que estima equivocada la decisión de rechazo del libelo introductor; no obstante, al recurso adjuntó el poder otorgado mediante mensaje de datos, junto con los documentos que acreditan la calidad del poderdante.

Por lo anterior, estimando que la demanda cumple con todos los presupuestos de ley, solicitó que se revoque el auto de rechazo y, en su lugar, se disponga su admisión.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

Pretende la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN, se revoque el proveído con el cual la Jueza 1ª Administrativa de Manizales rechazó, por no corrección, la demanda de repetición que presentó contra los señores SANDRA VIVIANA CADENA MARTÍNEZ y FABIO HERNANDO ARIAS OROZCO.

El artículo 169 numeral 2 de la Ley 1437/11 establece que la demanda podrá ser rechazada, *“Cuando habiendo sido inadmitida no se hubiere corregido la demanda dentro de la oportunidad legalmente establecida”*.

En el *sub examine*, el reparo de la apelante apunta a que, contrario a lo concluido por la jueza A-quo, el poder para actuar en representación del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL fue conferido conforme a las exigencias legales, por cuanto fue enviado a través de mensaje de datos, y con ello, no era dable exigir ningún requisito adicional, atendiendo al mandato previsto en el artículo 5° de la Ley 2213 de 2022.

En primer término, el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011, dispone que, *“Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, **debidamente acreditados**”*; al paso que el canon 166 numeral 3 de la misma obra exige como anexo de la demanda, se acompañe *“El documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta al proceso...”*; finalmente, el artículo 160 inciso 2° ídem, es claro al prescribir que, *“Los abogados vinculados a las entidades públicas pueden representarlas en los procesos contenciosos administrativos mediante poder otorgado en la forma ordinaria, o mediante delegación general o particular efectuada en acto administrativo”*.

En este sentido, el Tribunal halla ajustada a derecho la orden de corrección y posterior rechazo de la demanda, si como lo halló la jueza, el poder no iba acompañado del documento que acreditara la calidad de quien lo confirió, y esta falencia no fue corregida dentro del término concedido para esos efectos.

Ahora bien; al margen de lo anterior, corresponde a la Sala de Decisión analizar si ha de mantenerse la decisión de rechazo, en la medida que con el escrito de apelación, la parte actora adjuntó el poder debidamente conferido, acompañado del acto administrativo de nombramiento y el acta de posesión del señor WALTER EPIFANIO ASPRILLA CÁCERES como jefe de la Oficina Asesora Jurídica del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, quien es el poderdante, además de la Resolución N° 20980 de 10 de diciembre de 2014, mediante la cual se delegó en este funcionario las facultades de representación judicial de la entidad y la de conferir poderes para los procesos contenciosos administrativos. Así mismo, el poder identifica claramente el asunto para el que fue otorgado, y el nombre de los accionados (PDF N° 10, págs. 6-10).

Es decir, debe determinarse por este juez colegiado si, a pesar de que estos soportes no fueron aportados con la demanda, el hecho de haberlos allegado junto con el escrito de apelación permite acreditar el postulado legal, y con ello, disponer la admisión del libelo introductor.

Sobre el particular, es dable anotar que el Consejo de Estado de vieja data ha avalado la posibilidad de que los yerros o falencias advertidos al momento de inadmitir la demanda, y cuya falta de corrección determina su posterior rechazo sean subsanados durante la ejecutoria del auto que rechaza el libelo introductor, privilegiando con ello una interpretación acorde con los postulados superiores de acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal.

En un primer caso, el órgano de cierre de esta jurisdicción abordó el rechazo de una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho por no corrección, a raíz de la falta de acreditación del requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial. Al igual que ocurre en el sub lite, en aquella oportunidad la parte demandante enmendó esta falencia dentro del término de ejecutoria del auto con el cual el juez rechazó el escrito demandador.

El pronunciamiento del Consejo de Estado es del siguiente tenor (Rad. 05001-23-31-000-2010-00002-01, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero):

“En otras palabras, como el requisito que echa de menos el Juez de la causa fue subsanado antes de finalizar la actuación judicial, en tanto esta se presentó al despacho incluso durante el término de ejecutoria del auto que rechazó la demanda, según lo reconoce el propio Juez, es posible continuar el proceso por haber fallido el intento conciliatorio. En ese orden de ideas, impedir al demandante acceder al aparato jurisdiccional por la inexistencia de un requisito que actualmente se encuentra acreditado, no cumple con el mandato superior de la prevalencia del derecho sustancial frente al material (sic), que no es otra cosa que la adecuación e interpretación de la norma procesal con miras a la efectividad de los derechos sustanciales de los administrados. Jurisprudencialmente se ha indicado que tal interpretación debe efectuarse ‘en el sentido que resulte más favorable al logro y realización del derecho sustancial, consultando en todo caso el verdadero espíritu y finalidad de la ley’¹. /Resalta la Sala/.

Más recientemente, el mismo Consejo de Estado ha ratificado esta postura hermenéutica, llevándola incluso a etapas procesales posteriores. Prueba de ello, es que, en otro caso, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo permitió que la falta de aportación del poder fuera subsanada incluso luego de haberse declarado probada la excepción denominada “carencia de poder”, y de haber declarado terminado el proceso, acudiendo a un argumento similar al señalado en líneas que preceden. En similares términos a los utilizados en la providencia anterior, estimó el alto tribunal en sentencia de 7 de septiembre de 2023, M.P. Gabriel Valbuena Hernández, Rad. 11001-03-15-000-2023-03825-00):

“Así las cosas, es necesario precisar que el juez debe interpretar de manera más flexible las normas procesales en aras de garantizar la finalidad que ellas persiguen, como lo es el acceso a la administración de justicia y la primacía de los derechos sustanciales. Así pues, surge con claridad

¹ Cita de cita. Corte Constitucional. Sentencia C-426 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

para la Sala que la autoridad judicial accionada se inclinó por aplicar de manera extrema las normas procesales, puesto que al no analizar en la providencia del 2 de junio de 2022 - que resolvió el recurso de reposición - el documento que la parte accionante aportó a fin de subsanar el error en el poder otorgado por la víctima directa, sacrificó su derecho sustancial, (...) **En ese sentido, se insiste en que en el análisis de cualquier actuación jurisdiccional, debe prevalecer siempre el derecho sustancial, que constituye precisamente la principal finalidad de la administración de justicia, bajo criterios de proporcionalidad y razonabilidad en relación con los hechos que sustentan la causa, por lo cual, encuentra necesario esta Sala de Subsección conceder el amparo ius fundamental reclamado por el señor Jonathan Eduardo Ospina Villaneda y su menor hija.** /Resaltado de la Sala/.

En este sentido, no desconoce la Sala que al momento de disponer el rechazo de la demanda, le asistía razón a la funcionaria judicial de primera instancia, en la medida que el poder aportado con el escrito de demanda no reunía las formalidades de ley; sin embargo, acogiendo la interpretación reiterada del Consejo de Estado en este tipo de casos, y teniendo en cuenta que la parte demandante subsanó en debida forma las falencias del poder durante el término de ejecutoria del auto con el cual se rechazó la demanda, debe garantizarse el derecho de acceso a la administración de justicia de la accionante, así como la postura que interpreta las formas procesales como herramientas idóneas para la realización de las prerrogativas de orden sustantivo y procesal, que se verían desconocidas de mantenerse el rechazo de la demanda.

Por modo, el Tribunal revocará el auto de rechazo del escrito introductor y, en su lugar, dispondrá que la jueza de primera instancia proceda a estudiar la admisibilidad de la demanda con base en los demás requisitos de ley.

Es por lo expuesto que, la SALA IV DE DECISIÓN ORAL,

RESUELVE

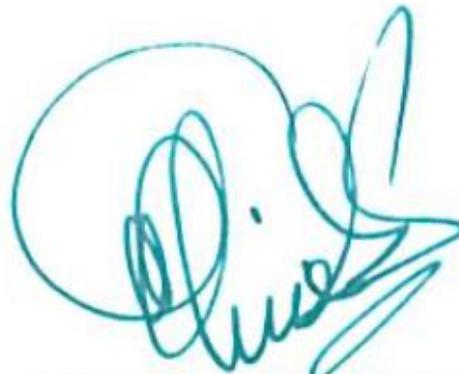
REVOCASE el auto proferido por la Jueza 1ª Administrativa de Manizales, con el cual rechazó, por no corrección, la demanda de **REPETICIÓN** presentada por la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** contra los señores **SANDRA VIVIANA CADENA MARTÍNEZ** y **FABIO HERNANDO ARIAS OROZCO**.

En consecuencia, la jueza de primera instancia procederá a estudiar la admisibilidad de la demanda con base en los demás requisitos de ley.

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°058 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

21CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente medio de control para su trámite, recibido por ventanilla virtual de segunda instancia.

VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CARDENAS
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

A. I. 440

RADICADO	17001-33-33-003-2023-00099-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	CONSTANZA PATRICIA CEBALLOS GUAPACHA
ACCIONADO	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, DEPARTAMENTO DE CALDAS

Revisado el expediente de primera instancia, se evidencia que la sentencia recurrida fue notificada el 11 de octubre de 2023, el escrito de apelación fue presentado el día 23 de octubre de 2023, encontrándose dentro del término oportuno.

Así, de conformidad con el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021), ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales de fecha 10 de octubre de 2023.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado Encargado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 212

Fecha: 29 de noviembre de 2023

17-001-33-39-006-2023-00139-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticuatro (24) de NOVIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 563

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido por el Juzgado 6º Administrativo de Manizales, con el que negó la suspensión provisional de los efectos de los actos demandados, medida solicitada con la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (LESIVIDAD)** promovida por la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP** contra las señoras **AMPARO PINEDA CARDONA** y **NELLY PINEDA CARDONA**.

ANTECEDENTES

Con el libelo que integra el documento digital N° 2, la UGPP impetra se declare la nulidad de la Resolución No. 01673 del 15 de febrero de 2002 proferida por la CAJA NACIONAL DE PREVENSIÓN SOCIAL - CAJANAL, con la cual se reliquidó la pensión a favor de la señora AMPARO PINEDA CARDONA y, la nulidad parcial, en lo relativo a la cuantía de la pensión, de la Resolución 030879 del 25 de noviembre de 2022 proferida por la UGPP, mediante la cual se reconoció la pensión de sobreviviente a favor de la señora NELLY PINEDA CARDONA en virtud de la pensión gracia de la primeramente mencionada; lo anterior, por considerar que la reliquidación efectuada es contraria a derecho.

En consecuencia, solicita se ordene a la UGPP a seguir pagando la pensión de sobrevivientes reconocida, en la cuantía reconocida en la Resolución No. 030879 del 28 enero de 1997; y que se ordene a la accionada devolver todos los dineros recibidos por concepto de reliquidación de la pensión de gracia por retiro definitivo del servicio, desde la fecha en que fue efectiva y hasta que se excluya de nómina de pensionados la resolución demandada. Adicionalmente, solicita que dichas sumas sean indexadas y se condene en costas a la accionada.

LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

En el escrito de la demanda, la UGPP también solicitó se suspendan de manera provisional los efectos jurídicos de la Resolución No. 01673 del 15 de febrero de 2002 proferida por la CAJA NACIONAL DE PREVENSIÓN SOCIAL - CAJANAL, con la cual se reliquidó la pensión a favor de la señora AMPARO PINEDA CARDONA, y de la Resolución 030879 del 25 de noviembre de 2022 proferida por la UGPP, mediante la cual se reconoció pensión a la beneficiaria en la misma cuantía que la Resolución No. 01673 ya referida.

Como sustento de la petición, manifestó que el acto expedido por la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - CAJANAL tuvo lugar por indebida aplicación, errónea interpretación e infracción de las normas en las que el acto debió fundarse. En ese sentido, anotó que conforme a los artículos 1 y 3 de la Ley 114 de 1913, 6 de la ley 116 de 1928, 3 de la ley 37 de 1983 y el literal a) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 19 de 1989, es improcedente la reliquidación con base en los factores salariales devengados en el año anterior al retiro, pues la pensión gracia debe liquidarse con los emolumentos devengados en el año anterior a la consolidación del derecho pensional, y no es posible reajustar su valor por nuevos tiempos de servicio prestados o factores devengados.

PRONUNCIAMIENTO DE LA PARTE DEMANDADA

La accionada no se pronunció durante el término de traslado de la solicitud de suspensión de los efectos del acto demandado.

EL AUTO APELADO

Mediante proveído que milita en el documento digital N° 2 del cuaderno N° 2, la Jueza 6ª administrativa de Manizales negó la petición de suspensión provisional de los actos administrativos demandados, argumentando que del análisis de estos y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, no surge *prima facie* la vulneración alegada por la demandante, haciendo necesario realizar un análisis minucioso del material probatorio aportado por las partes para poder decidir sobre la situación concreta. Además, mencionó que, en el presente caso,

ordenar la suspensión provisional del acto administrativo implicaría que un sujeto de especial protección, por su condición de adulto mayor, se vería despojado de percibir su único ingreso económico, violentando con ello su derecho al mínimo vital, sin que medie decisión de fondo.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO

Con el memorial que obra en el PDF N° 4 del cuaderno 2, la UGPP apeló la decisión recién referida esgrimiendo que se encuentran cumplidos los criterios establecidos por la ley para decretar la medida cautelar de suspensión provisional solicitada.

En su recurso, reiteró los argumentos señalados en su escrito de demanda, orientados a indicar que la reliquidación de la pensión gracia con los factores recibidos en el último año anterior al retiro, mediante la Resolución N° 01673 del 15 de febrero de 2002, no se ajusta a la normas y jurisprudencia que regulan la materia, pues itera que las normas que gobiernan esta especial prestación son diáfanas al establecer que para el cálculo de su valor, deben tenerse en cuenta los emolumentos devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, y no del último año de servicios.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la UGPP se revoque el proveído mediante el cual la Jueza 6ª Administrativa de Manizales negó la suspensión provisional de los actos con los cuales se reajustó la pensión gracia de que es beneficiaria la señora NELLY PINEDA CARDONA, quien la recibió en sustitución de su hermana AMPARO PINEDA CARDONA.

(I) MARCO JURÍDICO Y LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN GRACIA

La pensión gracia tuvo su origen en la expedición de la Ley 114 de 1913 que dispuso reconocer a los maestros de escuelas primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no inferior a veinte años, el derecho a una pensión de

jubilación vitalicia (pensión gracia), previo cumplimiento de los requisitos de edad, tiempo de servicios y calidades personales previstos en el artículo 4° de la citada ley.

Posteriormente, la Ley 116 de 1928 extendió el aludido beneficio a los empleados y profesores de las Escuelas Normales y a los Inspectores de Instrucción Pública, en tanto que su artículo 6° autorizó a los docentes completar el tiempo requerido para acceder a la pensión, sumando a los servicios prestados en diversas épocas en la enseñanza primaria como en la normalista, asimilando para tales efectos la inspección de instrucción pública a la enseñanza primaria.

La Ley 37 de 1933, con el artículo 3°, hizo extensivo ese beneficio de los maestros de escuela, a aquellos que hubieran completado el tiempo de servicios señalado por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria.

Por su parte, la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2, reiteró la vigencia del derecho a la pensión gracia sólo para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 y siempre que reunieran la totalidad de los requisitos legales. En efecto, estableció *ad pedem litterae* el citado aparte normativo:

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

Se precisa indicar aquí, que la declaratoria de exequibilidad que sobre la vinculación hasta el 31 de diciembre de 1980 dispuso el precepto, en sentencia C-489 de 2000, la H. Corte Constitucional refirió que las situaciones jurídicas particulares y concretas que se hubieran consolidado antes del 29 de diciembre de 1989 (fecha de vigencia de esa regulación), quedaban a salvo de la nueva normativa al constituir derechos adquiridos que el Legislador no podía desconocer.

De otro lado, tal como lo ha sostenido esta Corporación en asuntos similares, aunque la Ley 114 de 1913 solo refiere en su artículo 2 que la cuantía de la pensión ha de equivaler a la mitad del sueldo percibido por el empleado en los últimos dos años de servicio, la jurisprudencia ha sido enfática y uniforme¹ al admitir que a partir de la Ley 4ª de 1966, artículo 4, en concordancia con el Decreto N° 1743 del mismo año, artículo 5, la pensión gracia de jubilación se liquida con base en el 75% del promedio mensual de salarios devengados durante el último año, no de servicios, sino de la adquisición del status, por cuanto dicha prestación bien puede percibirse sin que sea menester el retiro del servicio del docente, al tiempo que tampoco depende de los aportes realizados por el beneficiario.

De paso, el artículo 9 de la Ley 71 de 1988, alusivo a la reliquidación de la pensión con base en el salario devengado en el último año de servicio, no es aplicable a la pensión gracia de jubilación, habida cuenta que ese cuerpo normativo permea a los empleados del régimen general prestacional, estos son, aquellos que no pueden disfrutar simultáneamente de una pensión y un salario, más no cobija a los docentes, quienes pertenecen a un régimen especial en este aspecto.

También como lo prescribe el inciso 1° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, toda vez que esta pensión, como ya se expuso, a pesar de estar a cargo del Tesoro Nacional, está sujeta a un régimen especial que no requiere afiliación de la Caja Nacional de Previsión Social, ni hacerse aportes para el efecto.

Sobre el particular considera la Sala oportuno transcribir los apartes pertinentes de la sentencia del diez (10) de junio de 2010² emanada del H. Consejo de Estado, en la que se dijo:

“La Caja Nacional de Previsión no reconoce, entonces, la pensión por los aportes a ella sufragados, sino que hace las veces de pagadora de la prestación, pero nada más, pues simplemente se le transfirió la función.

De otra parte, esta pensión no se rige por las leyes 33 y 62 de 1985, sencillamente porque la “gracia”, no es una pensión ordinaria, sino especial y fue excluida de esta reglamentación

por determinación específica del legislador al tenor del artículo 1º inciso 2º de la ley 33 de 1985.

Es cierto que las pensiones especiales deben regularse por las normas aplicables a ellas, y en el caso de la pensión gracia, al tenor de la ley 114 de 1913 artículo 2º, se liquidaba atendiendo la mitad del sueldo que hubiere devengado el docente durante los dos últimos años de servicios y si hubieren sido distintos, se tenía en cuenta su promedio; sin embargo posteriormente la ley 4ª de 1966, sin hacer excepción alguna a diferencia de lo que sucedió con la ley 33 de 1985, precisó en su artículo 4º:

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

Esta ley, que como se expresó, no excluyó ninguna pensión de las percibidas por los servidores oficiales, fue reglamentada por el decreto 1743 de 1966 y allí se dijo que para liquidar la pensión se tomaría como base el 75% del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios. Es decir que se precisó a cuál promedio mensual se refería la ley 4ª de 1966.

Como se ha reiterado en diferentes ocasiones, la ley 65 de 1946 definió el salario o sueldo no solo como la asignación básica fijada por la ley sino como todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el empleado como retribución por sus servicios.

En consecuencia, cuando se trata de liquidar la pensión gracia debe tenerse en cuenta todo lo percibido por el beneficiario

durante el último año de servicios inmediatamente anterior a la fecha de adquisición del status, aunque sobre ellos, o alguno de ellos, no se hayan efectuado aportes a la Caja de Previsión.”.

Dicha posición fue recientemente reiterada en sentencia del dos (2) de febrero de 2017 por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado³ en un caso de similares aristas al que se estudia:

“Sin embargo, debe precisarse que, a diferencia de las pensiones ordinarias, ese “último año de servicios” refiere al “año anterior a la adquisición o consolidación del derecho”, pues ese es el momento a partir del cual empieza efectivamente a devengarse, en tanto su carácter especial admite su compatibilidad con el salario, lo que hace improcedente su reliquidación con base en los factores salariales devengados en el “año anterior al retiro”.

Esta interpretación lógica de las mencionadas normas -Ley 4ª de 1966 y su Decreto Reglamentario 1743 de 1966- ha sido sostenida desde mucho tiempo atrás por la jurisprudencia del Consejo de Estado, así:

“Así mismo se impone reiterar que el reajuste del valor de la pensión gracia se hace sobre los factores devengados en el año inmediatamente anterior al que se causó dicha prestación. Tratándose de esta pensión especial que se adquiere por los servicios docentes, el último año que sirve de fundamento para su liquidación es aquel en el cual se adquirió el derecho, por haber reunido los requisitos de edad y tiempo de servicio. No es dable, por lo tanto, pretender en esta prestación especial la aplicación del artículo 9 de la Ley 71 de 1988 sobre reliquidación de la pensión con base en el salario devengado en el último año de servicio, pues la situación que contempla dicha preceptiva comporta una situación diferente, como quiera que se trata de empleados

del régimen prestacional común, para los cuales no está permitido el goce simultáneo de pensión y sueldo.

La reliquidación de la pensión en este caso tiene como claro fundamento la fecha en la cual se entra a percibir la prestación; por ello, resulta lógico que se reliquide la pensión que ha sido decretada más no percibida, situación ésta que no se da en el caso de la pensión gracia, pues, se repite, la percepción de ésta es compatible con la del sueldo.”.

(...)

En consecuencia, no es viable la reliquidación de la pensión gracia a la fecha del retiro, pese a que los factores devengados en dicho año sí se tengan en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión ordinaria, dado que la primera, como su nombre lo indica, es especial y tiene reglamentación propia, de ahí que deba regirse por el tratamiento que le dio el legislador.

Son características propias de la pensión gracia el tratarse de una prestación periódica especial y constituir una dádiva del Estado. Como concesión especial, la ley permitió a los docentes gozar de la pensión gracia y, simultáneamente, continuar laborando y percibiendo el salario correspondiente. De la misma manera el artículo 5 del Decreto 224 de 1972 consagró que no sería incompatible el ejercicio de la docencia con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el docente esté mental y físicamente apto”.

Con base en el anterior recuento normativo y jurisprudencial, pasa la Sala a resolver la controversia del caso concreto.

(II) EL CASO CONCRETO

Del acervo probatorio se tiene, en lo pertinente, lo siguiente:

- Mediante la Resolución 000746 del 28 de enero de 1997, la CAJA NACIONAL DE PREVISION - CAJANAL reconoció pensión gracia a favor de la señora AMPARO PINEDA CARDONA, en cuantía de \$169.869,28 efectiva a partir del 12 de mayo de 1995¹, y para cuya liquidación tomó el promedio de lo devengado por la docente en los 12 meses anteriores a la adquisición el estatus pensional, que lo adquirió el 12 de mayo de 1995.
- El Departamento de Caldas, mediante Decreto 00004 del 19 de enero de 2001, aceptó la renuncia presentada por la señora AMPARO PINEDA CARDONA del cargo de docente de planta nacionalizada².
- La CAJA NACIONAL DE PREVISION - CAJANAL por solicitud de la accionante expidió la Resolución 01673 del 15 de febrero de 2002, mediante la cual reliquidó la mencionada pensión gracia elevando su cuantía de esta a la suma de \$507.576.75 M/cte., efectiva a partir del 01 de febrero de 2001³. **Se anota que el reajuste pensional obedeció a nuevos tiempos de servicio, entre 1995 y 2001.**
- Por último, mediante Resolución RDP 030879 del 25 de noviembre de 2022 la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP reconoció pensión de sobrevivientes a favor de NELLY PINEDA CARDONA con ocasión de del fallecimiento de AMPARO PINEDA CARDONA, en la misma cuantía devengada por la causante establecida en la Resolución 01673 de 2002⁴.

Como se anotó, la parte actora acusa la ilegalidad de la Resolución 01673 de 2002 en la cual, ante el retiro del servicio de la beneficiaria de la pensión gracia, la

¹ Carpeta drive "Demanda NELLY PINEDA CARDONA (AMPARO PINEDA CARDONA causante)", subcarpeta "Anexos", documento "R 000746".

² Carpeta drive "Demanda NELLY PINEDA CARDONA (AMPARO PINEDA CARDONA causante)", subcarpeta "Anexos", documento "Dto 00004".

³ Carpeta drive "Demanda NELLY PINEDA CARDONA (AMPARO PINEDA CARDONA causante)", subcarpeta "Anexos", documento "R 01673".

⁴ Carpeta drive "Demanda NELLY PINEDA CARDONA (AMPARO PINEDA CARDONA causante)", subcarpeta "Anexos", documento "R 030879".

señora AMPARO PINEDA CARDONA, dicha prestación fue reajustada en virtud de nuevos tiempos de servicio.

A la luz del marco normativo y jurisprudencial reseñado en la parte considerativa de esta providencia, encuentra la Sala la transgresión normativa materializada en la Resolución 01673 de 2003 y a su vez, el monto de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora NELLY PINEDA CARDONA efectuada mediante la Resolución RDP 030879 de 2022, por estar soportado en la indebida liquidación realizada por el primer acto administrativo mencionado. La liquidación de la pensión de sobrevivientes, se itera, tratándose de una pensión gracia, debe tomar como base el 75% del promedio mensual de salarios devengados durante el último año, no de servicios, sino anterior a la adquisición del status.

Así, contrario a lo mencionado por la funcionaria judicial de primera instancia, la Sala encuentra que las normas jurídicas invocadas como violadas establecen un mandato jurídico que con claridad fue desatendido al momento de efectuar la reliquidación de la pensión gracia de la señora AMPARO PINEDA CARDONA, con lo cual, para esta etapa procesal, son suficientes los fundamentos jurídicos y los elementos de juicio aportados por la accionante para avalar la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos atacados.

A partir de lo expuesto, se revocará el proveído impugnado para, en su lugar acceder a la solicitud de suspensión realizada por la accionante. De contera, vale recordar que conforme al artículo 229 del C/CA y la sostenida jurisprudencia del Consejo de Estado, la decisión que se adopta para imponer una medida cautelar no implica decidir de fondo el asunto objeto de debate y no constituye prejuzgamiento.

Con esta providencia se reitera la postura adoptada por esta Sala de Decisión en el proceso de nulidad y restablecimiento de derecho con radicado N° 17001-33-39-007-2021-00227-02, en auto de 24 de marzo de 2023.

En concreto, se dispondrá la suspensión provisional de los efectos de la Resolución N° 1673 de 15 de febrero de 2002, y la suspensión parcial de los efectos de la Resolución N° 039789 de 25 de noviembre de 2022, únicamente en lo que atañe a

la cuantía de la pensión gracia, por lo que el pago de dicha prestación a favor de la señora NELLY PINEDA CARDONA deberá continuar efectuándose cada mes.

Así mismo, se dispondrá que los dineros producto de la medida cautelar decretada, se conserven en una cuenta especial, hasta tanto se profiera sentencia ejecutoriada dentro de este juicio subjetivo de anulación.

Es por lo expuesto que,

RESUELVE

REVÓCASE el auto proferido por el Juzgado 6° Administrativo de Manizales, con el que negó la suspensión provisional de los efectos de los actos demandados, solicitada con la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (LESIVIDAD)** promovida por la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP** contra la señora **NELLY PINEDA CARDONA**.

En su lugar,

DECRÉTASE la suspensión provisional de los efectos de la Resolución N° 01673 del 15 de febrero del 2002, y de forma parcial, de la Resolución N° 030879 del 25 de noviembre de 2022, ambas proferidas por la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**.

SE ADVIERTE a la **UGPP** que la medida de suspensión únicamente hace referencia a la cuantía de la pensión gracia, por lo que el reconocimiento y pago de dicha prestación a favor de la señora **NELLY PINEDA CARDONA** se mantiene incólume y deberá continuar efectuándose cada mes.

Así mismo, los dineros producto de la medida cautelar decretada, deberán ser conservados por la **UGPP** en una cuenta especial, hasta tanto se profiera sentencia ejecutoriada dentro de este juicio subjetivo de anulación.

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°058 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 391

Asunto:	Concede apelación
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2019-00336-00
Demandante:	Luis Fernando Estrada Naranjo
Demandada:	Hospital San Marcos de Chinchiná ESE

Manizales, veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 243 y 244 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), por su oportunidad y procedencia, **CONCÉDESE** en el efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada Hospital San Marcos de Chinchiná ESE ¹, contra la sentencia proferida por este Tribunal el veintidós (22) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)², que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda formulada por el señor Luis Fernando Estrada Naranjo contra el Hospital San Marcos de Chinchiná ESE.

RECONÓCESE personería jurídica para actuar como apoderada de la entidad demandada Hospital San Marcos de Chinchiná ESE, a la sociedad **ARIAS ARISTIZÁBAL ABOGADOS S.A.S.** identificada con N.I.T. 900.863.533-1, representada legalmente por el Abogado **CARLOS ALBERTO ARIAS ARISTIZÁBAL** identificado con la cédula de ciudadanía No. 10.225.318, y Portador de la T.P. n°21.604 del C.S. de la Judicatura, en los términos y para los fines del poder conferido en el documento que obra en el archivo 49 del expediente.

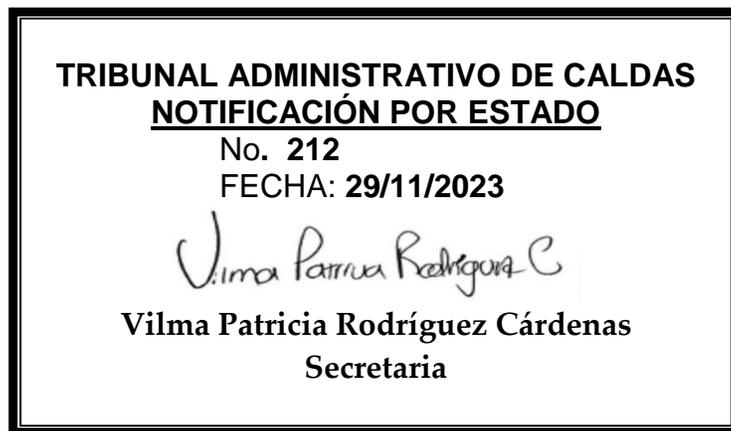
En firme esta providencia, por la Secretaría de la Corporación, **REMÍTASE** el expediente al Honorable Consejo de Estado, para resolver lo pertinente.

¹ Archivo n° 48 del expediente digital

² Archivo n° 45 del expediente digital

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



Firmado Por:
Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **ba7eb637605584f19e6f853a1e4c3ce1b29c791fd2fed87a6db96fd68eaaddc5**

Documento generado en 28/11/2023 03:41:19 PM

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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I. 392

Asunto: Decide vinculación
Medio de Control: Protección de los derechos e intereses colectivos
Radicación: 17001-23-33-000-2023-00172-00
Accionante: Estella Grisales Ocampo y otro
Accionado: Instituto Nacional de Vías-INVIAS.
Vinculados: Municipio de Filadelfia y Departamento de Caldas

Manizales, veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Encontrándose vencido el término de traslado de la demanda, decide el Despacho sobre la solicitud radicada por el Instituto Nacional de Vías-INVIAS en la cual pide la vinculación de la Corporación Autónoma Regional de Caldas¹ al presente trámite.

Sobre la solicitud de vinculación

INVIAS afirmó que debe vincularse a Corpocaldas a la presente acción, “con la intención que a través de sus especialistas indague las causas naturales de la socavación que se está generando en los diferentes tramos del corredor vial FILADELFIA-MAIBA-LLANADAS mencionados por los accionantes, o si, por el contrario, es producto de los usos del suelo (cultivos de bajo porte y pastoreo) que se están realizando en este corregimiento que tiene una topografía de alta pendiente.

Igualmente, de acuerdo con las funciones que le asisten como entidad del estado, pueden contribuir técnicamente a encontrar la Genesis de la situación y plantear soluciones a la misma, teniendo en cuenta que la fuente hídrica (rio) que pasa por el sector puede ser un factor determinante en las afectaciones que tiene el corredor vial y el puente MAIBA, sin dejar de lado que deban realizar acciones administrativas, en una posible sentencia, según lo determine el despacho.”.

Para sustentar lo anterior citó los artículos 30 y 31 de la ley 99 de 1993 en los

¹ En adelante Corpocaldas.

cuales se establece el objeto y las funciones de las corporaciones autónomas regionales en el territorio de su competencia, así como también el Decreto 1076 de 2015 “*Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector Ambiente y desarrollo sostenible*”.

Para resolver, el Despacho considera que en el artículo 18 de la Ley 472 de 1998, establece lo siguiente:

ARTICULO 18. REQUISITOS DE LA DEMANDA O PETICION. Para promover una acción popular se presentará una demanda o petición con los siguientes requisitos:

(...)

La demanda se dirigirá contra el presunto responsable del hecho u omisión que la motiva, si fuere conocido. No obstante, cuando en el curso del proceso se establezca que existen otros posibles responsables, el juez de primera instancia de oficio ordenará su citación en los términos en que aquí se prescribe para el demandado.

Atendiendo los motivos expuestos por INVIAS, observa el Despacho que resulta procedente la vinculación de la Corporación Autónoma Regional de Caldas ante los hechos descritos en la demanda y los argumentos de la contestación a la misma, específicamente, aquellos relacionados con el recorrido de un río por el sector objeto del presente medio de control.

Por ello, se accederá a la solicitud de vinculación de Corpocaldas a esta actuación y en tal sentido se dispondrá la notificación personal de esta providencia, del auto admisorio, de la demanda y los anexos de la misma al Director de la Coporación, y se dará traslado por el término de diez (10) días, durante los cuales podrán contestar la demanda y allegar pruebas o solicitar su práctica, conforme lo disponen los artículos 22 y 23 Ley 472 de 1998.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

Primero. ACCÉDESE a la solicitud de vinculación al presente trámite de la Corporación Autónoma Regional de Caldas-Corpocaldas.

Segundo. Por la Secretaría de la Corporación, NOTIFÍQUESE personalmente esta providencia al Director General de la Corporación Autónoma Regional de Caldas-Corpocaldas, a los buzones de correo electrónico para notificaciones judiciales que reposen en los archivos de la Secretaría del Tribunal, a través de mensaje de datos que contendrá copia de

este auto y del auto admisorio, en la forma y términos indicados en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, en concordancia con el numeral 2 del artículo 291 del CGP y los artículos 21 y 44 de la Ley 472 de 1998.

Tercero. Dar traslado a la parte vinculada, por el término de diez (10) días, durante los cuales podrá contestar la demanda y allegar pruebas o solicitar su práctica, conforme lo disponen los artículos 22 y 23 Ley 472 de 1998.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 212

FECHA: 29/11/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

Firmado Por:
Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **4de76f2fba7a51600d18469159d43f5e3b3e9768364919f5bf3796beb00c9e0b**

Documento generado en 28/11/2023 03:40:58 PM

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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I. 393

Asunto:	Decreto de pruebas
Acción:	Validez de Acuerdo Municipal
Radicación:	17001-23-33-000-2023-00215-00
Accionante:	Sandra Milena Ramírez Vasco (Secretaria Jurídica del Departamento de Caldas)
Accionado:	Acuerdo 019 del 28 de septiembre de 2023, emanado del Concejo Municipal de Manzañares, Caldas.

Manizales, veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Dentro del término de fijación en lista se presentó intervención del Municipio de Manzañares para referirse a la constitucionalidad o legalidad del Acuerdo 019 del 28 de septiembre de 2023, emanado del Concejo Municipal de ese municipio.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 121 del Decreto 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal), **SE ABRE EL PROCESO A PRUEBAS.**

Hasta donde la ley lo permita, téngase como prueba documental la aportada por el Departamento de Caldas que obra en el archivo 2 del expediente y por el Municipio de Manzañares que obra en el archivo 10 de la presente actuación.

El Departamento de Caldas y el Municipio de Manzañares, Caldas, no realizaron solicitud expresa de práctica de pruebas.

RECONÓCESE personería jurídica para actuar como apoderada del Municipio de Manzañares, Caldas, al abogado Omar Valencia Castaño, identificado con cédula de ciudadanía n°79.626.818 de Bogotá y Tarjeta Profesional n°98.801 del Consejo Superior de la Judicatura, en los términos y para los fines del poder conferido (archivo 10, Exp. digital).

Una vez ejecutoriada esta providencia, regrese inmediatamente el expediente al Despacho para proferir la sentencia que en derecho corresponda.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



Firmado Por:
Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: 8756aaf63e8708049d49d122ccff24e21c3ad1ef13c6aaa4e7d270320ddcdf76

Documento generado en 28/11/2023 03:40:37 PM

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

17001233300020160004902

Nulidad y restablecimiento del derecho

María Patricia Ríos Álzate Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Ejecutivo

Acepta cesión de créditos

Auto interlocutorio n° 412

INFORME SECRETARIAL

A Despacho del señor Conjuez Dr. **TOMAS FELIPE MORA GOMEZ** el presente proceso, pendiente decidir sobre cesión del crédito efectuada por la parte demandante.

Manizales, Caldas, 31 de octubre de 2023



VILMA PATRICIA RODRIGUEZ CARDENAS

Secretaria

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

MARIA PATRICIA RIOS ALZATE, en su calidad de demandante en este proceso **EJECUTIVO SINGULAR** en contra de la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, obrando a través de apoderado y mediante escrito que antecede, manifiesta que ha cedido el crédito que se cobra dentro del presente asunto a favor de **ZORAIDA PATRICIA JUYO GUTIERREZ**.

CONSIDERACIONES

1. Expresa el artículo 1959 del Código Civil en relación con la cesión de derechos litigiosos:

“Requisitos. La cesión de un crédito, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título. Pero si el crédito que se cede no consta en documento, la cesión puede hacerse otorgándose uno por el cedente al cesionario, y en este caso la notificación de que trata el artículo 1961 debe hacerse con exhibición de dicho documento.”

A su vez los artículos 1960 y 1962 ibídem, establecen:

“Notificación o aceptación. La cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por este...”

“Aceptación tácita. La aceptación consistirá en un hecho que la suponga, como la litis contestación con el cesionario, un principio de pago al cesionario, etc.”

Se tiene establecido el mecanismo y las formalidades a cumplir para que la cesión produzca las consecuencias legales para el cesionario: todo cesionario tiene la obligación de presentarse al proceso a pedir que se le tenga como parte, su condición de subrogatario del derecho litigioso del cedente, o por lo menos que presente el título de cesión y pida al juez que se le notifique a la contraparte que él ha adquirido ese derecho.

En el presente caso se encuentran satisfechas las exigencias legales, con la presentación del escrito mediante el cual la parte demandante manifiesta al juzgado que cede a favor de **ZORAIDA PATRICIA JUYO GUTIERREZ**, los derechos que tiene en este asunto, razón por la cual resulta viable la misma, pues el cesionario aceptó expresamente la cesión, la que tendrá consecuencias legales cuando sea notificada la parte demandada.

Toda vez que el título contentivo del derecho que se cede reposa en el expediente, la notificación se realizará en el momento procesal oportuno a la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, la cual se surtirá por estado y por mensaje de datos a los correos registrados por las partes, conforme lo dispone el artículo 205 del CPACA, teniendo en cuenta que se encuentran a derecho dentro del proceso de la referencia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS-SALA DE CONJUECES**,

17001233300020160004902

Nulidad y restablecimiento del derecho

María Patricia Ríos Álzate Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Ejecutivo

Acepta cesión de créditos

Auto interlocutorio n° 412

RESUELVE

PRIMERO: ACEPTASE la cesión del crédito que, a favor de **ZORAIDA PATRICIA JUYO GUTIERREZ**, efectúa **MARIA PATRICIA RIOS ALZATE**, en su calidad de demandante en este proceso **EJECUTIVO SINGULAR** en contra de **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** y de acuerdo a la cesión de créditos adjunta en el archivo denominado -**66ContratoCesionCredito-** y obrante en la carpeta nombrada -**ProcesoEjecutivo-**, obrante en el expediente digital **17001233300020160004902**.

SEGUNDO: LA NOTIFICACIÓN de la cesión se realizará en la forma indicada en la parte motiva de este auto, toda vez que el título contentivo del derecho que se cede reposa en el expediente digital.

Notifíquese y cúmplase



TOMAS FELIPE MORA GOMEZ
Conjuez

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

José Mauricio Baldion Álzate

Conjuez Ponente

Manizales, veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

En ejercicio de la segunda instancia y luego de que el pasado 30 de junio 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° **17001333300320170015303** en el que es demandante **CARLOS FERNANDO MURILLO BENJUMEA** contra la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, en Sala de Conjueces, conformada por el **Dr. JOSE MAURICIO BALDION ALZATE** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores **Dr. JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA** y **Dra. LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA**.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

En resumen, debe la Sala de Conjueces definir si tiene razón el artículo 2° del Decreto 382 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 y subsiguientes, por medio de los cuales se creó la bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, y se ha venido fijando de manera anual el valor de la bonificación judicial para los servidores judiciales.

2. **DECLARAR** la nulidad del *Oficio DS-16-124-STH-002279 de 3 de agosto de 2016*.
3. **DECLARAR** la nulidad de la *Resolución n° 23199 de 31 de octubre de 2016*.
4. **RECONOCER** al señor **CARLOS FERNANDO MURILLO BENJUMEA** 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.
5. **REINTEGRAR** 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, desde que se reconoció la bonificación judicial y hasta que permanezca vinculado a la Rama Judicial. Por lo tanto, deberá reliquidar tendiendo 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 **CARLOS FERNANDO MURILLO BENJUMEA** 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 intereses legales.
8. **ACTUALIZAR** las sumas de saldo insoluto dejadas de cancelar, tanto por salario como por prestaciones sociales, conforme al IPC, desde cuando debió surtirse el pago efectivo de la obligación y hasta el pago de la misma.
9. **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 3° del artículo 192 del CPACA.
10. **CONDENAR** a la entidad demandada en costas y agencias en derecho.

4. HECHOS

El demandante **CARLOS FERNANDO MURILLO BENJUMEA** labora en calidad de servida pública, en la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** y ha ocupado los cargos de Asistente de Fiscalía Grado I desde el 18 de febrero de 2010 y a la fecha de la presentación de esta demanda, aun continuaba vigente el vínculo laboral con la Fiscalía General de la Nación.

5. FALLO PRIMARIO

El 4 de julio de 2019, el Conjuez Dr. Tomas Felipe Mora Gómez en cabeza del Juzgado 3° Administrativo del Circuito de Manizales, decidió la primera instancia accediendo a las pretensiones de los demandantes.

En resumen, accedió a la nulidad de los actos administrativos acusados y en consecuencia ordenó a la demandada **a)**. Declaró probada la excepción de “prescripción”, y no probadas las demás, **b)**. Inaplicar la expresión contenida en el artículo 1° del Decreto 382 de 2013 cuando dice “...únicamente...”, al referirse esta norma a la calidad de factor salarial que tiene la bonificación judicial solo para efectos de los aportes a salud y pensión, **d)**. Declarar la nulidad del Oficio **DS-16-124-STH-002279 de 3 de agosto de 2016** y de la resolución n° **23199 de 31 de octubre de 2016**. **e)**. Reconocer a favor del demandante la incidencia prestacional, producto del reconocimiento y pago de la bonificación judicial, en las demás prestaciones sociales a que hubiere lugar, la cual ostenta carácter de factor salarial a efecto de reliquidar y reconocer las diferencias que se hubieren causado en las prestaciones sociales, y la bonificación por servicios prestados, teniendo en cuenta la prescripción trienal, respecto de la liquidación de las prestaciones sociales anteriores al 18 de julio de 2013, **e)**. Condenó en costas -agencias en derecho- a la demandada, en un equivalente al 1% del valor de las pretensiones reconocidas en el fallo.

Como argumento a estas decisiones, consideró que la bonificación judicial de que trata el Decreto 382 de 2013, contiene todos los aspectos jurídicos y cumple con los requisitos de ley para ser considerada factor salarial.

6. RECURSO DE ALZADA

Notificada la sentencia fue recurrida por la parte demandada mediante escrito que presentó el 9 de julio de 2019. Manifestó que el artículo 4° de la Constitución Política advierte que ante incompatibilidades entre la Constitución y la Ley, se aplicaran las Constitucionales, en el marco de la consagración de la excepción de inconstitucionalidad, definida “...como el mecanismo de control constitucional por medio del cual un operador jurídico puede dejar de aplicar la norma en un caso

concreto, cuando esta disposición es inconstitucional en ese contexto particular”, el uso adecuado de este mecanismo, lo también lo ha regulado la Corte Constitucional por ejemplo en la sentencia C-179 de 1994, en esta ocasión señaló “...que el Estado Social de Derecho en una técnica de organización política que tiene como objetivo inmediato la sujeción de los órganos del poder a la norma jurídica, para evitar la arbitrariedad. En consecuencia, y con el fin de garantizar la seguridad jurídica, las normas vigentes en el Estado colombiano se presumen legales y constitucionales, deben ser acatadas por sus destinatarios y las autoridades públicas tienen el deber de hacerlas efectivas en el ámbito de sus competencias”.

Agrega que el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad exige del Juez la responsabilidad de asumir la carga argumentativa que desvirtúe la presunción de constitucionalidad que rige sobre la norma sometida a revisión en un caso concreto. Como referente al procedimiento que sirve de guía a los operadores judiciales, que se encuentren ante una situación similar, esta la Sentencia C-600 de 1998, en este caso en concreto “...establece el procedimiento que debe seguir el juez que desconoce de una acción de cumplimiento en caso de que la autoridad demandada argumente que la inaplicación de la norma esta fundamentada en una excepción de inconstitucionalidad”. Agregó esta sentencia que “...el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad debe ser extraordinario, y debe proceder únicamente cuando exista una incompatibilidad ostensible entre la norma legal o de inferior categoría y los preceptos constitucionales...” .

Corolario de lo anterior y a juicio de la demandada, el Juez Aquo profirió decisión abiertamente ilegal, “porque desconoció el contenido normativo de los Decreto 382 de 2013, sin desvirtuar la presunción de constitucionalidad de estas normas, situación que constituye una vulneración al derecho al debido proceso”. Agregó que la falla de la sentencia inicial, radica en declarar la inexecutable del aparte contemplado en el artículo 1° del Decreto 382 de 2013, sin establecer cuáles fueron las disposiciones constitucionales evidentemente incompatibles con la “definición de una bonificación judicial sin carácter salarial”, y solo se limitó a citar las normas legales y reglamentarias que rigen el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, sin definir porque razón las disposiciones contenidas en los decretos 382 de 2013, 022 de 2014 y 247 de 2016 son contrarias a la constitución.

Por lo anterior, considera que el actuar de la Fiscalía General de la Nación actuó en cumplimiento de un deber legal, al darle aplicación estricta a lo ordenado por el Decreto 382 de 2013 y demás normas que lo vienen regulando desde su creación. Frente al caso en concreto, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad solo procede en aquellos casos en los que se presente una “evidente y palmaria, contradicción entre una disposición legal o reglamentaria y los preceptos constitucionales, toda vez que, en caso de no hacerlo, la decisión puede llegar a desconocer los mandatos legales o reglamentarios y por lo tanto ser arbitraria,

17001333300320170015303

Nulidad y restablecimiento del derecho
Carlos Fernando Murillo Benjumea Vrs

Fiscalía General de la Nación

Sentencia de segunda instancia n° 240

constituyendo una vulneración al debido proceso de la parte afectada". Solicitó, además, revocar la condena en costas, en tanto las actuaciones de la demandada, han sido apegadas y en respeto a la Ley y desprovistas de mala fe. Solicitó revocar el fallo primario y en su lugar, negar 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 este Conjuez le correspondió por sorteo de conjueces celebrado el pasado 30 de junio de 2023.

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° 23199 de 31 de octubre de 2016 "por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación" y su constancia de notificación.
- b) Recurso de apelación.
- c) Oficio DS-16-124-STH 002279 de 3 de agosto de 2016 "por medio de la cual se resuelve un derecho de petición" y su constancia de notificación.
- d) Reclamación administrativa, radicada el 18 de julio de 2016.
- e) Constancia de servicios prestados n° 8341 de 29 de julio de 2016.
- f) Desprendibles de nómina.

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 382 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 A quo, o de no ser así, haya lugar a ordenar su modificación o revocarlo.

II. Si la condena en costas cumple con los parámetros legales y jurisprudenciales que regulan la materia.

III. Si se configura el fenómeno de la prescripción en todos los periodos reclamados de todos los demandantes o solo frente algunos.

e. ANALISIS

I. **DECRETO 382 DE 6 DE ENERO DE 2013**

Artículo 1º: Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto 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 2º, Artículo 3º, Artículo 4º, 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.”

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 1º y 2º 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”.

17001333300320170015303

Nulidad y restablecimiento del derecho
Carlos Fernando Murillo Benjumea Vrs

Fiscalía General de la Nación

Sentencia de segunda instancia n° 240

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 382 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 trabajo¹.

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

¹ Sentencia Corte Constitucional C 168 de 1995.

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...”*.²

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.³

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

² Sentencia Corte Constitucional T 290 de 2005.

³ Sentencia Corte Constitucional T 595 de 2004.

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 perjudica⁴.

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

⁴ Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

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)⁵:

“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

⁵ 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.

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 prestados⁶, 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"⁷.

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".

⁶ En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario.

⁷ 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.

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,⁸ 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

⁸ 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.

*oportunidades y los beneficios del desarrollo, especialmente en lo laboral, y el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores*⁹.

II. CONDENAS EN CONSTAS.

La Sala discrepa de la condena en costas proferida por el Aquo, en contra de la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, en equivalencia al 1% del valor de las pretensiones reconocidas en el fallo, por lo que de entrada, se advierte que se revocará por completo, toda vez que esta sanción desconoce la tesis jurisprudencial que ha venido protegiendo el Consejo de Estado, cuando afirma que solo procede la condena en costas, cuando se vislumbra mala fe en las actuaciones de la parte vencida;

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado¹⁰, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”¹¹

Corolario de lo anterior, según análisis del desarrollo del proceso, la parte vencida *-demandada-* atendió oportunamente a los llamados realizados por el Juez Aquo, al menos aquellos de carácter obligatorio, además en sus actuaciones no se vislumbra temeridad, mala fe y tampoco existen pruebas sobre la causación de aquellos, por ende, se itera el Despacho procederá a revocar las condenas que, en materia de costas procesales, impuso el fallo primario.

8. CONCLUSIÓN

1. Es claro que la bonificación judicial establecida por el Decreto 382 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 al demandante **CARLOS FERNANDO MURILLO BENJUMEA** mes a mes, ininterrumpidamente, desde el **1 de enero de 2013**, de ahí que no pueda descartarse, el carácter de factor salarial, de la bonificación reclamada, respecto de **TODAS** las

⁹ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁰ Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control n° 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez « (...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia.

¹¹ Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2ª-Sala de Conjuces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos

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 confirmara la sentencia primaria frente a este aspecto.

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 señor **CARLOS FERNANDO MURILLO BENJUMEA**, ocupé algún cargo en la demandada, de los incluidos por el Decreto 382 de 2013, como beneficiario de esta bonificación.

2. Que sobre los periodos anteriores al 18 de julio de 2013, operó el fenómeno de la prescripción, toda vez que la reclamación administrativa se inició el 18 de julio de 2016.
3. Ordenar a la demandada la reliquidación de todas las prestaciones sociales a que ha tenido derecho el demandante **CARLOS FERNANDO MURILLO BENJUMEA** desde el *18 de julio 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 pensiones al cual está afiliado el señor **MURILLO BENJUMEA**, dejando claro que se consignan esos dineros en su favor.
4. De igual manera de acuerdo con la tesis protegida por el superior, resulta improcedente la condena en costas emitida por el Aquo, por lo que se revocará el numeral 5° del fallo y se negará la condena en costas.

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: REVOCAR el numeral 5° de la *sentencia n° de 4 de julio de 2019, emitida por el Juzgado 3° Administrativo del Circuito de Manizales*, y en consecuencia **NO CONDENAR** en costas-agencias en derecho.

SEGUNDO: CONFIRMAR los demás numerales proferidos en la *de la sentencia de 4 de julio de 2019, emitida por el Juzgado 3° Administrativo del Circuito de Manizales*.

17001333300320170015303

Nulidad y restablecimiento del derecho
Carlos Fernando Murillo Benjumea Vrs

Fiscalía General de la Nación

Sentencia de segunda instancia n° 240

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

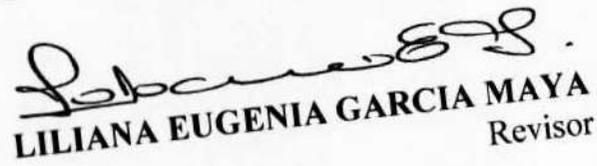
CUARTO: EJECUTORIADO este fallo, devuélvase el expediente al **DESPACHO** de origen.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** celebrada el 28 de octubre de 2023.

Los Conjuces:


JOSE MAURICIO BALDION ALATE
Ponente


LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA
Revisor


JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA
Revisor

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE CONJUECES
Tomas Felipe Mora Gómez
Conjuez Ponente

Manizales, veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

El pasado 27 de julio de 2023 se celebró sorteo de conjueces y por ese conducto me correspondió el conocimiento y trámite de este proceso, en consecuencia, **AVOCO** su conocimiento y en mi calidad de Conjuez director de este Despacho procedo a estudiar 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** en el que es demandante **MARTHA INES CANDAMIL CALLE** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, en Sala de Conjueces, conformada por el **Dr. TOMAS FELIPE MORA GOMEZ** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores **Dr. JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ** y **Dr. JOSE MAURICIO BALDION ALZATE**.

2. OBJETO DE LA DECISION

Resolver el recurso de alzada propuesto por la parte demandada en contra del fallo primario, el cual accedió a las pretensiones de la demanda.

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

1). Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- a). Resolución n° DESAJMZR15-1395 de 3 de noviembre de 2015.
- b). Acto administrativo ficto presunto negativo.

2). Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, pagar a la demandante en su condición de Juez del Distrito Judicial de Manizales, las sumas de dinero dejadas de pagar al liquidarle las prestaciones económicas y que corresponden al 30% de su asignación mensual desde su ingreso a la Rama Judicial, hasta cuando se efectuó el pago.

aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer esos ajustes. 7). La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA, y pagará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en la citada norma. 8). Condenar en costas a cargo a la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** cuya liquidación y ejecución se harán en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso. Se fijan las agencias en derecho en la suma de \$660.300.00. 9). **NOTIFÍQUESE** esta sentencia conforme lo dispuesto el artículo 203 del CPACA. 10). Expídase a costa de la parte interesada, las copias auténticas que sean solicitadas, con observancia de los parámetros legales establecidos en el artículo 203 del CPACA. 11). **EJECUTORIADA** la providencia, **LIQUIDENSE** los gastos del proceso, **DEVUELVA** los remanentes si los hubiere. **ARCHIVASE** el expediente, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI.

6. RECURSO DE ALZADA

Notificada la sentencia 1º, el 2 de diciembre de 2019 la parte demandada, presentó recurso de apelación en contra de esta. En resumen dijo que en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 150 de la Constitución Política al Congreso para expedir Leyes, generó la Ley 4ª de 1992 y autorizó al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, entre otros, aquellos que pertenecen a la Rama Judicial, en el marco del “...*respeto de los derechos adquiridos tanto del régimen general como de los especiales, la sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal, la racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, el nivel de los cargos en cuanto a la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño.*”. Citó la sentencia de unificación emitida por el Consejo de Estado -201600041- la cual estableció la prima especial de servicios como un incremento del salario básico y solo constituye factor salarial para efectos de los aportes a Salud y Pensión. Dedujo que la prima especial de servicios no constituye salario para efecto de la liquidación de las prestaciones sociales a las que por ley tienen derecho los Jueces de la República (prima de servicios, de navidad, de vacaciones, cesantías y sus intereses, bonificación por servicios prestados, etc), agregó que la prima fue materia de estudio constitucional por la Corte Constitucional; “*quien la declaró exequible, por ende, tal pronunciamiento se constituye como COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL*”.

También dijo, que la potestad para fijar los estipendios salariales y prestacionales de los servidores públicos radica única y exclusivamente en el Gobierno Nacional y por tanto; “...*se deberá tener como concepto de*

b. 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:

1). Resolución DESAJMZR15-1395 de 3 de noviembre de 2015 “*por medio de la cual se resuelve un derecho de petición*” y su constancia de notificación.

2). Recurso de apelación.

3). Resolución DESAJMZR15-1531 de 7 de diciembre de 2015 “*por medio de la cual se concede un recurso de apelación*” y su constancia de notificación.

4). Resolución n° 0458 de 25 de abril de 2017 “*por medio de la cual se admite y se declara fallida una conciliación prejudicial*”.

5). Resolución n° 0266 de 23 de enero de 2017 “*por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación*” y su constancia de notificación.

6). Derecho de petición de 30 de octubre de 2015 “*por medio del cual se inició una reclamación administrativa*”.

8. PROBLEMA JURIDICO.

¿Tiene derecho la demandante al reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 y equivalente al 30% de su sueldo básico?

¿Tiene la prima especial de servicios, carácter de factor salarial?

¿Opera el fenómeno de la prescripción trienal laboral, sobre el periodo reclamado?

c. ANALISIS

PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS, ARTICULO 14 DE LA LEY 4 DE 1992 EN APLICACIÓN AL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD –

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 1º y 2º 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;

A su vez, el Gobierno año tras año, en virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, expidió los decretos mediante los cuales dictó disposiciones en materia salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería considerado como prima.

Ahora bien, dichos decretos salariales desde el año 1993 al año 2007, fueron declarados nulos por el Consejo de Estado mediante providencia suscrita el día 29 de abril de 2014, en la que se señaló que el Gobierno Nacional interpretó las normas de forma errónea, en tanto desmejoró el salario de los funcionarios de la Rama Judicial, razón por la cual declaró la nulidad de los decretos que establecían el salario y las prestaciones para los servidores públicos de la Rama Judicial desde el año 1993 al año 2007, **quedando en vigencia el salario en un cien por ciento (100%) para que sea tenido al momento de efectuar cálculos para pagar prestaciones sociales**, cesantías, indemnizaciones, intereses, bonificaciones, prima de navidad, vacaciones, de servicio y demás rubros que se reconocen y pagan a los funcionarios públicos. Se expuso en dicha sentencia lo siguiente¹:

“En virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió los decretos demandados, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería considerado como prima. Dichos decretos no ofrecieron la suficiente claridad y fueron interpretados erróneamente por las entidades encargadas de aplicarlos, pues entendieron que el 30% del salario básico era la prima misma y no que ésta equivalía a ese 30%. Aunque parece un juego de palabras, son dos cosas completamente diferentes, pues la primera interpretación implica una reducción del salario básico al 70%, mientras que la segunda, que es la correcta de conformidad con la Ley y la Constitución Política, como se explicará más adelante, implica que se puede tomar el 30% del salario, pero solamente para efectos de cuantificar la prima especial, para luego adicionarla al salario básico. La diferencia se evidencia en el siguiente ejemplo, para el cual hemos tomado un salario básico de \$10.000.000:

<i>Primera interpretación (el 30% del salario básico es la prima misma)</i>	<i>Segunda y correcta interpretación (la prima equivale al 30% del salario básico)</i>
<i>Salario básico: \$10.000.000</i>	<i>Salario básico: \$10.000.000</i>
<i>Prima especial (30%): \$3.000.000</i>	<i>Prima especial (30%): \$3.000.000</i>
<i>Salario sin prima: \$7.000.000</i>	<i>Salario más prima: \$13.000.000</i>
<i>Total a pagar al servidor: \$10.000.000</i>	<i>Total a pagar al servidor: \$13.000.000</i>

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. CONJUEZ PONENTE: MARÍA CAROLINA RODRÍGUEZ RUIZ. Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil catorce (2014). EXPEDIENTE No. 11001-03-25-000-2007-00087-00. No. INTERNO: 1686-07.

quitándoles la posibilidad de que ese 30% que, se reitera, es parte de su salario básico y/o asignación básica, sea teniendo en cuenta(sic) para la reliquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho..."

Corolario de lo anterior, es claro que siendo la demandante integrante de ese grupo de funcionarios que analizó el Consejo de Estado, su sueldo también se vio afectado por las decisiones tomadas por el Gobierno Nacional y acatadas por la demandada, pese a que la Constitución Nacional prohíbe el cumplimiento de normas, que sean abiertamente contrarias a los derechos constitucionales y legales.

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS FRENTE A JUECES DE LA REPUBLICA

Consecuente con la Sentencia de Unificación mencionada, la prima especial de servicios fue creada por el legislador como una contraprestación que debería ser sumada al sueldo de los funcionarios beneficiados con esta y no, como lo viene aplicando la parte demandada, extrayendo el equivalente a la prima especial de servicios de 30%, del mismo sueldo de estos funcionarios;

"...Para la Sala demostrado esta que a partir de la expedición de los Decretos 51, 54 y 57 de 1993, 104, 106 y 107 de 1994, 26, 43 y 47 de 1995, 4, 35 y 36 de 1996 y sucesivos, el Gobierno Nacional, año tras año, hasta hoy, al establecer el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial, ha dado la denominación de prima especial establecida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a lo que en realidad constituye el 30% del salario de los funcionarios y empleados que tienen derecho a ella, quitándoles la posibilidad de que ese 30% que, se reitera, es parte de su salario básico y/o asignación básica, sea teniendo en cuenta para la liquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho."

De las pruebas arrojadas al proceso, no quedan dudas que la demandante inició su vinculación a la Rama Judicial en el cargo de Juez de la Republica en el año de 2011 y aún a la fecha de presentación de esta demanda, continuaba ocupando dicho, ahora bien, del análisis es claro que, de su propio salario, fue extractado el valor de esta prestación social, por tanto, tendrá derecho al reconocimiento de la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS COMO FACTOR SALARIAL

De igual manera, hace parte de la discusión la condición o no de factor salarial que posiblemente reviste a esta prima, razón por la cual, se estudiará este tema a fondo.

El artículo 14 de la Ley 4 de 1992, que señaló expresamente su carácter de **no salarial**, fue modificado por la Ley 332 de 1994 "Por la cual se

liquidación del ingreso mensual de la liquidación de las prestaciones sociales, así:

En cuanto a lo primero, el ingreso mensual se debe liquidar como se indicó en el cuadro transcrito de la sentencia del 29 de abril de 2014, o sea que incluya el salario básico más un 30% adicional, a título de prima especial de servicios. En el ejemplo, cada mes se debería pagar \$13.000.000 de pesos.

Y en cuanto a lo segundo, las prestaciones sociales se deben liquidar sobre la totalidad del salario básico, sin restar ni sumar el 30% de la prima especial de servicios, que para estos efectos no tiene incidencia alguna, ya que no tiene carácter salarial, como lo indica la Ley 4ª de 1992. En el ejemplo, las prestaciones se deben liquidar sobre una base de \$10.000.000 de pesos.” (Negrillas fuera de texto)

Conforme a la sentencia anterior, el porcentaje del 30% que corresponde a la prima especial de servicios NO tiene carácter salarial, sin embargo, es menester aclarar que en dicha decisión no se explican las razones de derecho por las cuales se arriba a dicha conclusión, por tanto, entraremos a estudiar la línea jurisprudencial que, sobre este tema, viene defendiendo el Consejo de Estado y que se pasa a explicar:

El Consejo de Estado, Sección Segunda⁸, en sentencia del diecinueve (19) de mayo de dos mil diez (2010), Consejera ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez, inaplicó las expresiones “sin carácter salarial” de los Decretos reglamentarios de la Ley 4 de 1992. En dicha sentencia se dispuso:

INAPLÍCASEN por Inconstitucionales los artículos 7 de los Decretos Nos. 2740 de 2000 y 2720 de 2001 y 6 de los Decretos Nos. 673 de 2002 y 3569 de 2003, en cuanto previeron como Prima, sin carácter salarial, el treinta por ciento (30%) del salario básico mensual devengado por Leonor Chacón Antía en su calidad de Juez Catorce de Familia de Bogotá, D.C.

DECLÁRASE la nulidad parcial del Oficio DRH-1627 de 3 de octubre de 2003, que negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, liquidadas con base en el 30% de la prima especial devengada a partir del año 1993; de la Resolución No. 1939 de 3 de agosto de 2004, que resolvió el recurso de reposición interpuesto, ambos proferidos por la Dirección Seccional de Administración Judicial de Cundinamarca; y del Acto ficto negativo, previa declaratoria de su existencia, surgido del silencio administrativo respecto del recurso de apelación contra la anterior decisión.

CONDÉNASE a la Nación- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial- a reconocer y pagar a la actora a título de restablecimiento del derecho, la suma que resulte como diferencia de la reliquidación de las prestaciones legales desde el 17 de septiembre de 2000 hasta el 16 de septiembre de 2003 con base en la asignación básica mensual más la prima especial mensual, dichas sumas serán ajustadas conforme quedó expuesto.”

⁸ Radicación 25000-23-25-000-2005-01134-01(0419-07) Actor: LEONOR CHACÓN ANTIA Demandado: RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

En conclusión: El porcentaje del 30% que corresponde a la prima especial de servicios tiene un carácter salarial y en esa medida a los servidores de la Fiscalía General de la Nación que no les fue tomada en cuenta a efectos de liquidar sus prestaciones sociales les asiste el derecho a que se les reliquide con inclusión del porcentaje de la mencionada prima.

De acuerdo a lo anterior y atendiendo a que la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de Conjuces, del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) no esboza las razones por las cuales la prima no es factor salarial y que existe una línea de jurisprudencia que aduce que la mencionada prima si es factor salarial, esta Sala de Decisión respetó la línea jurisprudencial que venía desarrollándose por parte del Consejo de Estado y se apartó de la decisión tomada por la Sala de Conjuces del doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) en tanto:

1. *Es claro que el porcentaje del 30% que corresponde a la prima especial de servicios tiene carácter salarial, pues remunera su trabajo o labor de manera permanente, y en esa medida los servidores que la perciben¹¹ tienen derecho a que se les reliquiden sus prestaciones sociales con inclusión del porcentaje de la mencionada prima.*

2. *De conformidad con el artículo 127 del CST constituyen salario "no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones."*

3. *Por su parte, la misma compilación expresa qué emolumentos no constituyen salario, así:*

ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. <Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> *No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad. (Negrillas y subrayas fuera del texto original)*

4. *Como se observa, la expresión "sin carácter salarial" contenida en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, lleva aparejada la vulneración a la Constitución y así mismo a la Ley Ordinaria contenida*

¹¹ Los servidores públicos contenidos en el Artículo 14 de la Ley 4 de 1992.

que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios. Lo anterior porque: (i) Los servidores públicos hasta la declaratoria de nulidad de la norma precitada tenían la seguridad de que su derecho había sido bien liquidado y; (ii) porque fue con la decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales y no antes¹². Así las cosas, el día 14 de febrero de 2002 se profirió la primera sentencia que declaró nula la expresión "sin carácter salarial" del artículo 7º del Decreto 038 de 1999, por lo tanto, es a partir de dicha fecha que se cuenta la prescripción, puesto que con la expedición de la misma surgió el derecho de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a la reliquidación de sus prestaciones sociales, con la inclusión de la prima especial de servicios. Ante tal situación, a los mismos los cobija el término prescriptivo de tres años de que trata el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 para presentar la solicitud de reliquidación de sus prestaciones sociales. Ahora, el término de caducidad debe contarse no desde la ejecutoria del acto administrativo que liquidó de forma definitiva las prestaciones sociales del servidor de la Fiscalía General de la Nación, sino desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción atrás señalado.

En efecto, ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral, como puede ser la declaratoria de la nulidad de una norma, el servidor público beneficiado, tiene la posibilidad una vez agote la vía administrativa, demandar la negativa de la entidad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Todo lo anterior, fue precisado por esta Sección en sentencia del 4 de agosto de 2010¹³ en la que se unificó el criterio en cuanto al carácter salarial de la prima de servicios y en lo referente al término de prescripción y caducidad para reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales percibidas. Al respecto la providencia señaló: "[...] De la naturaleza de la cesantía y caducidad de los actos que reconocieron anualmente este auxilio a la actora. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por periodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C. C. A. En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto.

Este criterio, sin embargo, no puede aplicarse de manera general y sin tener en cuenta el contexto en el cual se origina la nueva petición, pues tal y como ocurre en este evento, cuando se ha expedido un acto administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. Pero si ejecutoriado este acto surge en beneficio del administrado una expectativa legítima de incremento

¹² Cita de cita: Al respecto ver sentencia de la Sala Plena. Sección Segunda. Sentencia del 4 de agosto de 2010, Exp. 0230-08, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹³ Cita de cita: Ibidem

en el asunto objeto de examen no puede decirse que la obligación se hizo exigible a la fecha de expedición de los Decretos que fijaron las escalas salariales para los empleados de la Fiscalía General de la Nación o, para el caso de las cesantías, como ya se dijo, a partir del momento en que se notificó el acto administrativo que las liquidó año a año; porque el mismo surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial en cada uno de ellos¹⁶. [...] No puede arribarse a una conclusión distinta porque de nada valdría la anulación de las normas que limitaban el derecho de los trabajadores, lo que sucedía al negar el cómputo de la Prima Especial de Servicios como factor salarial, si las personas perjudicadas con esa determinación no pudieran hoy valerse de la desaparición de la norma restrictiva para ejercer sus derechos a plenitud [...]". En conclusión: la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter salarial a la prima especial de servicios, porque fue con tal decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales, con la inclusión de la referida prima.

Así mismo, el término de caducidad debe contarse desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción. Lo anterior porque se está ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral que antes no existía y que surgió a raíz de la declaratoria de nulidad de la norma que establecía que la prima especial de servicios no era factor salarial..."

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 el solo paso 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.

Concluyendo entonces que los servidores públicos no tenían forma de hacer valer su derecho, pues el mismo indefectiblemente cobró vigencia a partir de la nulidad de los decretos salariales, por ende, se defendía la tesis de que no puede predicarse prescripción pues en tales periodos no corrió la misma. La prescripción operará contados tres años siguientes a la declaratoria de nulidad.

¹⁶ La sentencia que declaró nulo el artículo 7° del Decreto 38 de 1999 se notificó mediante edicto desfijado el 6 de agosto de 2002 y la que declaró nulos los artículos 7° del Decreto 50 de 1998 y 8° del Decreto 2729 de 2001, se notificó mediante edicto desfijado el 23 de octubre de 2007, es decir que la primera quedó ejecutoriada el 12 de agosto de ese año y la segunda el 26 del de octubre de 2007, lo que significa que a partir del día siguiente en que quedaron en firme surgió el derecho para la demandante.

tres años atrás a partir de la fecha de la solicitud que él haga; y desde ahí hacia adelante. En otros términos, las sumas adeudadas desde hace 4 o 5 o más años se pierden.

- **Tesis estricta:** hasta que no sea anulado o inaplicado el decreto que castiga la prima especial de servicios, él goza de presunción de legalidad y de ejecutoriedad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 88 y 89 de la Ley 1437 de 2011, de manera que la limitación salarial y prestacional que él introduce produce plenos efectos. Y es la respectiva sentencia que lo anule o inaplique la que hace exigible el derecho a que se reliquide los salarios y las prestaciones sociales de la manera más favorable al trabajador. Ahí, en la ejecutoria de esa sentencia, nace el derecho; por eso se habla de sentencias "constitutivas". Entonces es desde ese momento que se tendría derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales y salariales. Antes no. Y hacia futuro, solo a partir de ese día se podría hablar de morosidad, para efectos de contabilizar la futura prescripción trienal. El Consejo de Estado ha sostenido esta línea jurisprudencial por ejemplo en la sentencia de la Sección Segunda del 6 de marzo de 2008 (C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren) y del 16 de junio de 2016 (C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero)²⁰.

Segundo la viabilidad:

- **De la tesis amplia:** esta tesis no se acoge por varios motivos. Primero, porque es diferente el instituto de la nulidad del instituto de la exigibilidad del derecho. En efecto, la nulidad tiene efectos *ex tunc*, como se anotó; pero la exigibilidad del derecho exige tener un límite en el tiempo, porque la Constitución dispone en su artículo 28 que no puede haber cadena perpetua ni deudas imprescriptibles. Una deuda de hace 25 años (o más) no puede constituirse en una vena rota para el deudor. Piénsese por un momento en las multas de tránsito o en las sanciones a los morosos de la DIAN, en donde se cambian los papeles y el Estado pasa a ser acreedor: los ciudadanos tienen derecho a redimir sus acreencias y tienen derecho al olvido, de conformidad con la jurisprudencia constitucional. En este caso lo contrario no es fiscalmente viable ni conceptualmente razonable. Segundo, la factura de cobro de la inactividad procesal del interesado no se le puede trasladar al Estado, de conformidad con el principio según el cual nadie puede alegar o beneficiarse de su propia culpa²¹. Si un actor se demora 15 o 20 años en demandar, como si lo hicieron en forma oportuna otros trabajadores que se hallaban en una situación similar, él debe asumir el costo de su propia morosidad. Pero no el Estado. Y tercero, con las recientes jurisprudencias sobre prejudicialidad en laboral (cuando se ha debido demandar a la vez en acción de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho), sobre el reconocimiento de solo dos años en caso de despido injusto y sobre el incidente de impacto fiscal en la Corte Constitucional, entre otras, la tendencia actual apunta a racionalizar por razones de equidad los reconocimientos económicos que

²⁰ "En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia".

²¹ *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, en latín.

Finalmente, fue la mencionada Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2º-Sala de Conjuces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos, la que cambia la línea jurisprudencial y fija una nueva posición frente a este fenómeno;

“...ahora, en materia de acciones laborales ejercidas por empleados públicos y trabajadores oficiales, los artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, establecen²³: (i) que el término de prescripción es de tres (3) años, contados a partir de la exigibilidad del derecho alegado y; (ii) que la prescripción se interrumpe, por un lapso igual, con el simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad encargada de reconocer el derecho.

Lo anterior implica que la prescripción requiere, como elemento sine qua non, que el derecho sea exigible, puesto que a partir de que se causa dicha exigibilidad, inicia el conteo de los 3 años con los que cuenta el empleado o trabajador para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, término que será interrumpido solo con la presentación de un reclamo escrito del derecho ante la autoridad encargada de reconocerlo.

Y agrega;

En atención a lo anterior, en cada caso en concreto se debe establecer: (i) el momento en que el derecho se tornó exigible y (ii) el momento en que se interrumpió la prescripción, para, a partir de la última fecha (presentación del reclamo escrito), contar 3 años hacia atrás y reconocer como debido por pagar solo 3 años anteriores a la interrupción. (subrayas propias).

Aun así, sobre la prima especial creada por la Ley 4ª de 1992, muchas son las discusiones dadas respecto al momento a partir del cual debe iniciarse el conteo de la prescripción, por no tenerse claridad sobre la exigibilidad del derecho, pues que, en principio, este se causó con la vigencia de la norma que lo creó y, en adelante, con las liquidaciones a cada beneficiario bajo los parámetros fijados en los decretos que anualmente expidió el Gobierno para reglamentarla. No obstante, los correspondientes decretos expedidos entre los años 1993 y 2007 fueron declarados nulos –parcialmente-, mediante la sentencia de 29 de abril de 2014, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, C.P. Dra. María Carolina Rodríguez Ruiz, porque, a juicio de la Corporación, «interpretaron erróneamente (...) la ley» y consagraron una liquidación en detrimento de los derechos laborales de los servidores públicos beneficiarios de esta.

Lo anterior para concluir lo siguiente;

²³ Decreto 3135 de 1968. Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo un lapso igual.
Decreto 1848 de 1969. Artículo 102.

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

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

pagar entre el 1.º de diciembre de 2003 y el 30 de junio de 2009. Excepto en lo relacionado con los aportes a seguridad social en pensiones por tratarse de una prestación imprescriptible."²⁴

De acuerdo con lo citado, debe la demandada reajustar el aporte a pensión de jubilación, teniendo en cuenta la prima especial de servicios como factor salarial y sobre el 100% del salario básico y no del 70% como lo hizo y consignar al fondo de pensiones, las diferencias no pagadas durante todo el periodo reclamado *-desde el 5 de abril de 2002 y hasta que se termine la vinculación laboral en el cargo de Juez de la Republica u otro de sus homólogos-*.

10. CONCLUSIÓN

1. Obra prueba suficiente en el expediente que dan cuenta de que la demandante ocupa el cargo de Juez de la Republica desde el año 2002 y a la fecha de presentación de esta demanda, aun persistía el vinculo laboral con la Rama Judicial.
2. Es claro que la prima especial de servicios, creada por la Ley 4ª de 1992 y equivalente al 30% del salario básico, fue creada en beneficio de los Jueces de la Republica y homólogos y por decisión del Consejo de Estado, solo es factor salarial para efectos de los aportes a salud y pensión.
3. De igual manera respecto de los periodos reclamados anteriores al **30 de octubre de 2012**, fueron afectados por el fenómeno prescriptivo toda vez que la reclamación efectiva del derecho se realizó el **30 de octubre de 2015**.
4. **DECLARAR FUNDADA** y de oficio la excepción de **PRESCRIPCIÓN** respecto de los periodos causados con anterioridad al 30 de octubre de 2012. **DECLARAR FUNDADAS PARCIALMENTE** las excepciones de **AUSENCIA DE CAUSA PETENDI, INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO, COBRO DE LO NO DEBIDO y COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL** en tanto la prima especial de servicios creada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, **SOLO** constituye factor salarial para efectos de los aportes a salud y pensión de jubilación.
5. Ordenar la **NULIDAD** de los actos administrativos acusados.
6. **ORDENAR** a la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** a reliquidar y pagar a favor de la demandante, únicamente la prima especial de servicios, no cancelada, equivalente al 30% del salario básico, por los periodos no prescritos.

²⁴ Sentencia de 4 de noviembre de 2021, C.P. Dr. William Hernández Gómez, Sección Segunda-Subsección A, Consejo de Estado, radicado 08001-23-33-000-2013-00763-01(1309-15), demandante Joel Antonio Varela Rolong Vrs Unidad Nacional de Protección (sucesora del DAS).

SEXTO: En consecuencia y a título de restablecimiento del derecho se **ORDENA** a la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** a reliquidar y pagar a favor de la señora **MARTHA INES CANDAMIL CALLE**, el reconocimiento y reliquidación de la prima especial de servicios *-artículo 14 de la Ley 4ª de 1992-* equivalente al 30% del 100% del salario básico mensual, y pagar las diferencias adeudadas a la demandante por el periodo no prescrito - *30 de octubre de 2012 y hasta que se corrija este error, o hasta que se haga efectivo del pago de esta sentencia o hasta su retiro definitivo, lo que suceda primero-*. Ordenar a la demandada, que, como consecuencia de la nueva reliquidación de las prestaciones sociales, debe realizar los aportes dejados de cancelar al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensión por todo el periodo reclamado y hasta que deje de ocupar el cargo de Juez de la Republica o se corrija este error. Las sumas que resulten a favor del demandante, deberán indexarse conforme al artículo 187 del CPACA, es decir, actualizarse mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta la formula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer esos ajustes.

TERCERO: REVOCAR el numeral 7º de la *sentencia n° 25 de noviembre de 2019 proferida por el Juzgado 3º Administrativo de Manizales;* y en consecuencia **NO** condenar en costas y agencias en derecho.

CUARTO: CONFIRMAR los demás numerales de la *sentencia n° 25 de noviembre de 2019 proferida por el Juzgado 3º Administrativo de Manizales.*

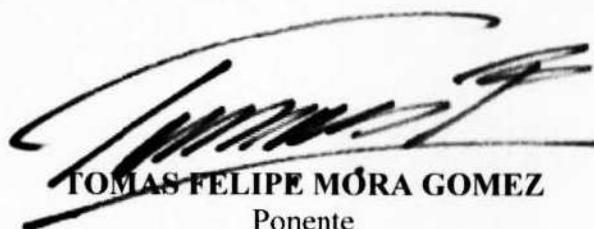
QUINTO: ORDENAR a la Secretaria de este Tribunal hacer las anotaciones en la base de datos Siglo XXI.

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

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** celebrada en 28 de noviembre de 2023.

Los Conjueces:



TOMAS FELIPE MÓRA GOMEZ
Ponente

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Este Despacho procede a estudiar la legalidad del recurso de apelación instaurado por la parte demandada en contra de *la sentencia n° 156 de 13 de octubre de 2023*, con ocasión del medio de control **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, demandante **DANILO ARTURO CAÑAVERAL ARISTIZABAL** contra la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN**.

Revisado el expediente, ninguna de las partes manifestó su voluntad de arreglo y mucho menos, existe solicitud alguna para realizar audiencia de conciliación conforme lo ordena el numeral 2° del artículo 247 del CPACA;

“Art. 247. Modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo a las siguientes reglas:

1)., 2). Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio, total o parcialmente, y contra este se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado ponente, citará a audiencia de conciliación que deberá celebrarse antes de resolverse sobre la concesión del recurso, siempre y cuando las partes de común acuerdo soliciten su realización y propongan fórmula conciliatoria. 3)., 4)., 5)., 6)., y 7).” (subrayas del Despacho).

Conforme la norma anterior, dada la falta de ánimo conciliatorio entre las partes, el Despacho se abstiene de celebrar la diligencia de conciliación del fallo primario y procede a realizar el estudio de legalidad del recurso presentado por la parte demandada.

Así las cosas, Este Despacho emitió sentencia n° 156 de 13 de octubre de 2023, fue notificada a los correos de las partes, demandante y demandada, del Ministerio Público y de la Agencia Territorial para la Defensa Jurídica del Estado el 17 de octubre de 2023. El término de ejecutoria de la sentencia se cumplió el 1 de noviembre de 2023 y la parte demandada allegó al correo

17001233300020180012600

Nulidad y restablecimiento del derecho

Danilo Arturo Cañaverall Aristizábal Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Auto de sustanciación n° 411

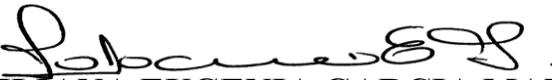
Concede recurso apelación contra sentencia 1°

institucional de esta Sala de Conjueces, el recurso de alzada el 30 de octubre de 2023, lo que indica que el recurso fue interpuesto dentro del término de ejecutoria de la sentencia.

Por último, el recurso de apelación estructura los argumentos que soportan su desacuerdo y concuerdan con la tesis central de la demanda y del proceso. En consecuencia; **SE CONCEDE**, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia n° 156 de 13 de octubre de 2023, que decidió la primera instancia.

Ejecutoriada esta providencia y por Secretaria, envíese el expediente electrónico al Consejo de Estado, para que se resuelva el recurso de alzada.

Notifíquese y Cúmplase.


LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA
Conjuez.

17001333900820180019903

Nulidad y restablecimiento del derecho.
Julián David Márquez Toro Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Sentencia de segunda instancia n° 239

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE CONJUECES
Tomas Felipe Mora Gómez
Conjuez Ponente

Manizales, veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

En ejercicio de la segunda instancia y luego de que el pasado 18 de septiembre del año que avanza pasara a despacho para proferir sentencia, procede la Sala a resolver los recursos de apelación que contra el fallo primario fueron interpuestos por las partes 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° 17001333900820180019903 en el que es demandante **JULIAN DAVID MARQUEZ TORO** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, en Sala de Conjueces, conformada por el Dr. **TOMAS FELIPE MORA GOMEZ** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores **Dr. JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ** y **Dr. JOSE MAURICIO BALDION ALZATE**.

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** por inconstitucional la expresión contenida en el artículo 1° del Decreto 383 de 2013 "*constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*" y en los Decretos que su turno modifique esta norma y que contengan la misma expresión.
2. **DECLARAR** la nulidad de la **Resolución DESAJMZR16-209 de 18 de febrero de 2016**.
3. **DECLARAR** la nulidad de la **Resolución n° 5457 de 22 de agosto de 2017**.

4. **ORDENAR** a la **NACIÓN-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, desde el 1 de enero de 2013 hasta la fecha de presentación de esta demanda y en lo sucesivo, reconocer y pagar en favor del señor **JULIAN DAVID MARQUEZ TORO**, la “Bonificación judicial” señalada en el Decreto 383 de 2013 como factor salarial y prestacional para liquidar salario, y demás emolumentos que fueron por este percibidos durante su vinculación como empleado en la Rama Judicial.
5. **ORDENAR** a la **NACIÓN-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, reconocer y pagar al señor **JULIAN DAVID MARQUEZ TORO**, a partir del 1 de enero de 2013 hasta la fecha de presentación de esta demanda y en lo sucesivo, las diferencias salariales y prestacionales (primas de vacaciones, navidad, de servicios, extralegales, bonificación por servicios, cesantías e intereses a esta, etc), existentes entre las sumas que le fueron canceladas y las que legalmente le corresponden, contabilizando como factor salarial la bonificación judicial creada a través del Decreto 383 de 2013.
6. **INDEXAR** los dineros que se han de cancelar a favor del señor **JULIAN DAVID MARQUEZ TORO**.
7. **CANCELAR** al señor **JULIAN DAVID MARQUEZ TORO**, o a quien o quienes sus derechos representen, los intereses que se generen desde el momento de su causación y hasta que se haga efectivo el pago de las sumas ordenadas cancelar.
8. **ORDENAR** a la demandada que, para el cumplimiento de esta sentencia, dar estricta aplicación a los artículos 192 y 195 del CPACA.
9. **CONDENAR** a la demandada al pago de costas y agencias en derecho que se llegaren a causar.

4. HECHOS

El señor **JULIAN DAVID MARQUEZ TORO**, ha sido servidor público al servicio de la Rama Judicial, en los cargos de Oficial Mayor de Circuito y Auxiliar Judicial I, desde el 26 de octubre de 2012 y a la fecha de presentación de esta demanda, aun continuaba vigente su vínculo laboral con la demandada.

5. FALLO PRIMARIO

El 17 de junio de 2021, el Juzgado 401 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”. **DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de la “imposibilidad material y presupuestal de reconocer las pretensiones de la parte demandante” y “prescripción”.

SEGUNDO: INAPLICAR por inconstitucional la expresión “únicamente” contenida en el artículo 1° de los Decretos 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 DESAJMZR16-209-3 de 18 de febrero de 2016 y de la resolución n° 5457 de 22 de agosto de 2017, 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 **JULIAN DAVID MARQUEZ TORO** la bonificación judicial creada por los Decretos 383 de 2013, como factor salarial, desde el **1 de enero 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 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 fórmula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer los ajustes. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula 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. Se ordena la expedición de las copias que soliciten las partes, conforme a lo previsto en el artículo 114 del CGP.

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 el 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

Demandada.

Notificada la sentencia fue recurrida por la parte demandada, mediante escrito que presentó el 26 de junio de 2021. En esta ocasión, la demandada resalto 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. Frente a la condena en costas, considera que el Aquo se equivocó, pues desconoce la tesis superior, que indica que siempre que las actuaciones de la parte vencida, estén libres de mala fe, no hay lugar a condenarlo por este concepto, agregó que las actuaciones de la demandada están parametrizadas por una directriz a nivel nacional, con suficiente soporte jurídico normativo y jurisprudencial. Solicitó se revoque esta sentencia y en consecuencia se nieguen todas las pretensiones.

7. ALEGATOS DE CONCLUSION

Aprovechando la oportunidad, solo la parte demandante alegó de conclusión. En esta ocasión manifestó su desacuerdo con la decisión del Juez primario de desconocer el carácter de factor salarial de la bonificación frente a las prestaciones sociales “prima de servicios”, “prima de productividad” y “bonificación por servicios prestados” y su reconocimiento al respecto de las otras prestaciones sociales que devenga el demandante. A su juicio consideró que la clase obrera en la que se enlistan los funcionarios públicos, vienen afrontando toda clase de desventajas laborales que han superado, lucha tras lucha, solicitando la protección de principios laborales constitucionales tales como el *in dubio pro operario*, *pro homine*, *condición más beneficiosa*, *irrenunciabilidad*, *primacía de la realidad sobre las formas y*, *principio de favorabilidad*, entre otros; una de estas luchas del sector público -Rama Judicial- se dio en el año 2012, por la evidente y amplia brecha entre los sueldos de los Magistrados de las Altas Cortes al respecto de los demás empleados de la Rama Judicial, en atención a ello y para cerrar un poco esta brecha, con miras a estar más cerca de la igualdad salarial, fue expedido el Decreto 384 y 382 de 2013 que creó la “bonificación judicial” una respuesta del Gobierno Nacional, a la tan solicitada nivelación salarial de los empleados públicos.

A pesar de que esta bonificación se viene pagando desde el mismo día en que entró en vigencia el Decreto 384 de 2013, no ha sido efectivizado completamente, pues según su articulado solo constituye factor salarial, para efectos del pago de los aportes de salud y pensión, pese a que cumple con los requisitos legales que lo estructuran como salario, que es un pago, periódico, habitual e ininterrumpido. Así lo reconoce el Juez Aquo, pero desconociendo la norma constitucional e internacional sobre la materia, limita su carácter de factor salarial a unas prestaciones y deja huérfanas frente a la prestaciones sociales “prima de servicios”, “prima de productividad” y “bonificación por servicios prestados”, desconociendo la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando establece “...que el listado de factores que comprenden el concepto de salario es una noción meramente ilustrativa y bajo ninguna circunstancia puede interpretarse como un criterio absoluto, pues salario constituye todo pago habitual y periódico que se genera como remuneración por la prestación personal de un servicio, de allí, que dentro de este trámite tenga un relevante protagonismo esta figura, a saber que conforme el caso en concreto la interpretación que se da con ocasión a la figura de ‘salario’, su características y su aplicabilidad en materia laboral, ha hecho que a lo largo de este trámite se hayan generado posturas disimiles para su aplicación conforme lo reglado en el Decreto 384 de 2013”.

Dijo además, que la base genérica para el cálculo actuarial es el mismo salario, de cuyas prestaciones sociales se duplican por influencia misma del Decreto 384 de 2013, que en últimas logra la nivelación salarial, objetivo principal de la lucha acaecida en el año 2012 y de la cual nace la iniciativa del Gobierno de emitir el Decreto en mención, y si no es afectando también las prestaciones sociales, donde queda la nivelación salarial deprecada, dicho esto, es la razón de la equivocada tesis del Juez Aquo, al desconocer la condición de salario del Decreto frente a las prestaciones sociales que dejó por fuera de considerarlas salario.

En conclusión, solicitó la modificación de la sentencia primaria y por el contrario el reconocimiento del carácter de factor salarial, para todas las prestaciones sociales a las que tiene derecho el demandante y no solo para algunas.

8. 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 Conjucees, atendiendo la aceptación que, del impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal, hiciera el superior y a la designación que a este Conjuez le correspondió por sorteo de conjucees celebrado el pasado 30 de junio de 2023.

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

La Sala de Conjucees, 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.

Cabe precisar que esta decisión de segunda instancia respeta la tesis que sobre el *principio de non reformatio in pejus*¹, 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."

¹ 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.

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 atacar errores protuberantes de los jueces y, en esa medida, salvaguardar derechos fundamentales².”

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

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, radicado el 26 de enero de 2016.
- b) Resolución DESAJMZR16-209-3 de 18 de febrero de 2016 “*por medio de la cual se resuelve un derecho de petición*” y su constancia de notificación.
- c) Recurso de apelación.
- d) Resolución DESAJMZR16-614 de 5 de abril de 2016 “*por medio de cual de concede un recurso de apelación*” y su constancia de notificación.
- e) Resolución n° 5457 de 22 de agosto de 2017 “*por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación*” y su constancia de notificación.
- f) Constancia laboral n° 250 de 16 de febrero de 2016.
- g) Acta de acuerdo entre el Gobierno Nacional y los representantes de los Empleados de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación del mes de noviembre de 2012.
- h) Solicitud de conciliación extrajudicial.
- i) Resolución n° 0098 de 1 de febrero de 2018 “*por medio de la cual se admite y se declara fallida una conciliación prejudicial*”.

d. PROBLEMA JURIDICO.

² 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.

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

- I. 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.
- II. Cumple la condena en costas con los parámetros legales y jurisprudenciales que regulan la materia.

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 trabajo³.

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 varias interpretaciones...”*⁴

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.⁵

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

³ Sentencia Corte Constitucional C 168 de 1995.

⁴ Sentencia Corte Constitucional T 290 de 2005.

⁵ Sentencia Corte Constitucional T 595 de 2004.

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 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 perjudica⁶.

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

⁶ Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

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 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 por este tema, 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)⁷:

“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

⁷ 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.

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."

De igual manera 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 servicios prestados⁸, 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"⁹.

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

⁸ En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario.

⁹ 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.

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 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,¹⁰ 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

¹⁰ 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.

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"¹¹.

Finalmente, y frente a la naturaleza salarial de la bonificación judicial reclamada, la Saña de Conjueces, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Conjuez Dra. Carmen Anaya de Castellanos, afirmó:

"...la Sala no deja pasar por alto que existe una sólida línea jurisprudencial creada por los Jueces y Magistrados de nuestra jurisdicción, la cual desarrolla el carácter salarial de dicha Bonificación al analizar el concepto de salario, la noción de factor salarial y los criterios que permiten su identificación, tomando como referencia lo que al respecto consagran la ley laboral colombiana y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, indicando que según la ley laboral colombiana el salario lo constituye todo aquello que el trabajador recibe en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio prestado, siempre que sea reconocido de forma habitual y no por mera liberalidad del empleador. Así tenemos, que la susodicha Bonificación Judicial reúne todos los requisitos del salario ya que sin perjuicio de la denominación que se le atribuya, todo pago habitual que reciba el trabajador en contraprestación de su servicio personal constituye salario, incluidas las bonificaciones habituales⁵.

En este orden de ideas, para la Sala es claro que la bonificación judicial creada mediante Decreto No. 0382 de 2013, al ser un pago que reciben los empleados y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, de forma habitual y periódica en contraprestación a sus servicios, no habría motivo alguno para desconocer su carácter salarial, máxime si se tiene en cuenta que fue creada precisamente para materializar una nivelación salarial dispuesta en una Ley marco, Aceptar lo contrario, implicaría desconocer abiertamente los límites a la facultad otorgada por el Congreso al Gobierno Nacional y desatentar principios de rango constitucional como la progresividad, la primacía de la realidad sobre las formas y los límites protectores señalados por el Constituyente en el artículo 53 de la Carta Política."¹²

De lo anterior se deduce, no hay motivos para negar la condición de salario que tiene la bonificación judicial deprecada por la parte actora.

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

¹¹ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Bogotá 6 de abril de 2022. Nulidad y restablecimiento del derecho, 76001233300020180041401(0470-2020), María Elide Acosta Henao Vrs Fiscalía General de la Nación.

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, la prima de servicios y la prima de productividad*, 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 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." (sfi)

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.

a. CONDENA EN CONSTAS.

También; encuentra la Sala su desacuerdo en la condena en costas emitida en el fallo primario, -numeral 7º-, y de antemano de advierte que será revocada esta por completo, toda vez que esta sanción desconoce la tesis jurisprudencial que ha venido protegiendo el Consejo de Estado, cuando afirma que solo procede la condena en costas, cuando se vislumbra mala fe en las actuaciones de la parte vencida;

"...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado¹³, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez."¹⁴

Corolario de lo anterior, según análisis del desarrollo del proceso, la parte vencida -demandada- atendió oportunamente a los llamados realizados por el Juez Aquo, al menos

¹³ Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control n° 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez « (...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de "disponer", es, de pronunciarse sobre su procedencia.

¹⁴ Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2º-Sala de Conjueces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos

aquellos de carácter obligatorio, además en sus actuaciones no se vislumbra temeridad, mala fe y tampoco existen pruebas sobre la causación de aquellos, por ende, se itera el Despacho procederá a revocar la condena que, en materia de costas procesales, impuso el fallo primario.

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 y habitual, toda vez que se ha venido cancelando al demandante **JULIAN DAVID MARQUEZ TORO** mes a mes, ininterrumpidamente, desde la misma fecha en que el decreto 383 de 2013, desde que produce efectos fiscales¹⁵, de ahí que no pueda descartarse, el carácter de factor salarial, de la bonificación reclamada, frente a **TODAS** las prestaciones sociales, no solo para salud y pensión *-como lo dispuso el Gobierno Nacional-*, pues tampoco va en contra de las normas internacionales que como se dijo, entrañan este tema y hacen parte del bloque de constitucionalidad.
2. Ordenar a la demanda la reliquidación de **TODAS** las prestaciones sociales *-sin distinción alguna-* a que ha tenido derecho el demandante **JULIAN DAVID MARQUEZ TORO** desde el *1 de enero 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.
3. Existe la necesidad que la demandada, continúe reconociendo el carácter de factor salarial de la bonificación judicial reclamada, en adelante y mientras al señor **JULIAN DAVID MARQUEZ TORO** ocupé cualquiera de los cargos que ha ocupado en la Rama Judicial u otro incluido por el Decreto 383 de 2013, como beneficiario de esta bonificación.
4. Se revocará la condena en costas-agencias de derecho.

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 1º, 4º y 5º* de la *sentencia de 17 de junio de 2021, preferida por el Juzgado 401 Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales*, los cuales quedarán así;

¹⁵ 1 de enero de 2013.

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de “carencia del derecho reclamado”, “de la imposibilidad material y presupuestal de reconocer las pretensiones de la parte demandante” y “prescripción”.

CUARTO: ACCEDER a las pretensiones de la demanda, en consecuencia; se ordena a la demandada la liquidación y pago de **TODAS** las prestaciones sociales a que tiene derecho la parte demandante, teniendo como factor salarial la bonificación judicial de que trata el Decreto 383 de 2013”.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, **SE ORDENA** a la **NACION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, reconocer, en favor de **JULIAN DAVID MARQUEZ TORO** la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, como factor salarial, desde el **1 de enero 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 los artículos 187 a 195 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: REVOCAR el numeral 7° de la **sentencia de 17 de junio de 2021**, preferida por el **Juzgado 401 Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales** y, en consecuencia, **NO** condenar en costas.

TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales **de la sentencia de 17 de junio de 2021**, preferida por el **Juzgado 401 Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales**, que puso fin a la primera instancia de este proceso.

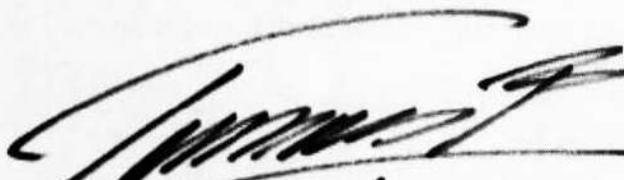
CUARTO: ORDENAR a la secretaria de este Tribunal hacer las anotaciones en la base de datos Siglo XXI.

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

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** celebrada el 28 de noviembre de 2023.

Los Conjueces:



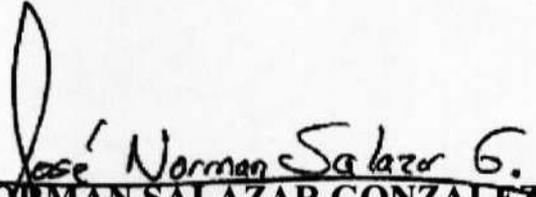
TOMAS FELIPE MORA GOMEZ
Revisor

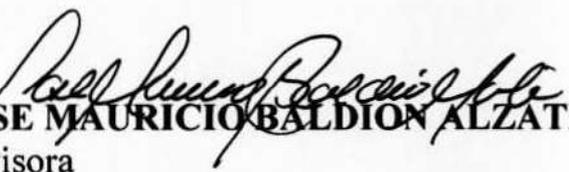
17001333900820180019903

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Julián David Márquez Toro Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Sentencia de segunda instancia n° 239


~~JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ~~
Revisor


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Revisora

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

-Tomas Felipe Mora Gómez-

Conjuez Ponente

Manizales, veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

En ejercicio de la segunda instancia y luego de que el pasado 21 de noviembre de 2023 pasara a despacho para proferir sentencia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación que contra el fallo primario interpuesto por la parte demandada, 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° **17001333300420190035003** en el que es demandante **DANIEL ORTEGA JIMENEZ** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, en Sala de Conjueces, conformada por el **Dr. TOMAS FELIPE MORA GOMEZ** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores **Dr. JOSE MAURICIO BALDION ALZATE** y **Dr. JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ**.

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 los 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 y 247 de 2016, 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 DESAJMAR18-862 de 17 de mayo de 2017*.
3. **DECLARAR** la nulidad del *acto administrativo ficto o presunto negativo*.
4. **RECONOCER** al señor **DANIEL ORTEGA JIMENEZ** identificado con la cedula de ciudadanía n° 1.053.790.306 la bonificación judicial establecida a través del Decreto 383 de 2013, que 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 servicios, prima de vacaciones, cesantías, auxilio de cesantías, y demás emolumentos prestacionales, conforme los cargos que haya desarrollado en la Rama Judicial.
5. **REINTEGRAR** y pagar la diferencia entre el valor a reliquidar y lo pagado a título de salario, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, cesantías, auxilio de cesantías, y demás emolumentos prestacionales, desde que se reconoció la bonificación judicial y hasta que permanezca vinculado a 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 **DANIEL ORTEGA JIMENEZ** identificado con la cedula de ciudadanía n° 1.053.790.306 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** la mayor diferencia de los anteriores valores prestacionales y salariales reliquidados y dejados de percibir.
8. **ACTUALIZAR** las sumas de saldo insoluto dejadas de cancelar, tanto por salario como por prestaciones sociales, conforme el IPC, desde cuando debió surtirse el pago efectivo de la obligación y hasta el pago de la misma.
9. **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 3° del artículo 192 del CPACA.
10. **CONDENAR** a la demandada en costas y agencias en derecho.

4. HECHOS

El señor **DANIEL ORTEGA JIMENEZ** ha sido servidor público de la Rama Judicial, en distintos cargos y a la fecha de presentación de esta demanda, aun se encontraba vigente el vínculo laboral con la demandada.

5. FALLO PRIMARIO

El **31 de mayo de 2022**, el Juzgado 402 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 FUNDADAS, las excepciones: “De la violación de normas presupuestales de reconocerse las pretensiones de la parte demandante” y “ausencia de causa petendi”, formuladas por la parte demandada, por lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: DECLARA FUNDADO el medio exceptivo de “prescripción” propuesto por la parte demandada, por las razones expuestas en precedencia.

TERCERO: 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, 442 de 2020, 986 de 2021 y 471 de 2022, en el entendido que la bonificación judicial si constituye salario para liquidar las prestaciones sociales que devenguen los servidores de la Rama Judicial.

CUARTO: DECLARAR LA NULIDAD de la **resolución DESAJMAR18-862 de 17 de mayo de 2018** y del **acto administrativo ficto presunto negativo**, derivado del silencio administrativo negativo.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, SE CONDENAN a la **NACION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-**, efectuar una nueva liquidación con **TODOS LOS FACTORES PRESTACIONALES Y SALARIALES DEVENGADOS** por el señor **DANIEL ORTEGA JIMENEZ** identificado con la cedula de ciudadanía n° 1.053.790.306 desde el 1 de enero de 2013, pero con efectos fiscales a partir del **3 de mayo de 2015**, por efectos de la prescripción trienal. La liquidación deberá incluir la prima de servicios, la prima de productividad, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por servicios prestados y demás emolumentos percibidos, **TENIENDO COMO PARTE INTEGRANTE DEL SALARIO LA BONIFICACIÓN JUDICIAL**,

atendiendo además al cargo desempeñado. Igualmente, la mencionada **BONIFICACION JUDICIAL** deberá considerarse salario para la liquidación de **TODOS LOS EMOLUMENTOS** que sean percibidos por el señor **DANIEL ORTEGA JIMENEZ** identificado con la cedula de ciudadanía n° 1.053.790.306 mientras se desempeñe como empleado de la **RAMA JUDICIAL**, siempre y cuando el cargo que ejerza sea de aquellos que devenguen tal designación. Las sumas reconocidas deben pagarse de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA, debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del CPACA, es decir, actualizados mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demanda, tendrá en cuenta la formula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer esos ajustes. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la formula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice final es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

SEXTO: NO SE CONDENA EN COSTAS a la parte vencida de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEPTIMO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA y pagará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia.

OCTAVO: EXPEDIR por Secretaria a costa de los **intereses**, las copias auténticas que de esta providencia se requieran, conforme a los lineamientos establecidos en el artículo 114 del CGP.

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

DECIMO: la presente sentencia queda notificada en estados de conformidad con el artículo 203 del CPACA contra la presente sentencia procedente el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA.

DECIMO PRIMERO: En los términos del artículo 75 del CGP, al abogado **JULIAN AUGUSTO GONZALEZ JARAMILLO** identificado con la cedula de ciudadanía n° 75.090.072 de Manizales y portador de la T.P. 116.301 del C.S.J., se le **RECONOCE PERSONERIA** para actuar como apoderado, en nombre y representación de la **NACION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL**, de conformidad con el poder contenido.

Como sustento jurídico consideró que la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, cumple con los parámetros legales nacionales e internacionales y jurisprudenciales, para ser considerada como parte del salario,

además es inadmisible el desconocimiento realizado por la Rama Judicial de este reconocimiento, bajo el sustento de imposibilidad presupuestal. Negó las costas, en respeto a la línea jurisprudencias que sobre este tema viene protegiendo el Consejo de Estado.

6. RECURSO DE ALZADA

Demandada.

Notificada la sentencia fue recurrida por la parte demandada mediante escrito que presentó el 9 de junio de 2022. 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. Ahora bien, respecto de la condena en costas, solicita no sean estimadas, como quiera que no existe conductas temerarias de parte de la demandada y todas sus actuaciones obedecen a un manual de defensa nacional el cual se encuentra basado en argumentos en derecho suficientes para justificar la defensa de la posición asumida por la Rama Judicial. Frente a la condena en costas, informó que todas las actuaciones de la demandada obedecen a una directriz del orden nacional, la cual plantea su defensa y que tiene suficiente sustento normativo y jurisprudencial. 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 153 del CPACA en concordancia con el artículo 247 n° 3, 4, 5, 6, y 7 ibidem, 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 este Conjuez le correspondió por sorteo de conjuces celebrado el pasado 30 de octubre de 2023.

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.

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 de 3 de mayo de 2018.
- b) Resolución DESAJMAR18-862 de 17 de mayo de 2018 *“por medio de la cual se resuelve un derecho de petición”* y su constancia de notificación.
- c) Recurso de apelación.
- d) Resolución DESAJMAR18-1071 de 9 de julio de 2018 *“por medio de la cual se concede un recurso de apelación”* y su constancia de notificación.
- e) Resolución n° 1649 de 6 de diciembre de 2018 *“por medio de la cual se admite y se declara fallida una conciliación prejudicial”*.

b. 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.
- II. Procede la condena en costas emitida por el Aquo en contra de la parte vencida.

c. 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 1° y 2°, 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 1° 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 1º, 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 trabajo¹.

¹ Sentencia Corte Constitucional C 168 de 1995.

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 varias interpretaciones...”*²

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.³

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

² Sentencia Corte Constitucional T 290 de 2005.

³ Sentencia Corte Constitucional T 595 de 2004.

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 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 perjudica⁴."

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

⁴ 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)⁵:

“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.”

⁵ 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.

Seguidamente, 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 prestados⁶, 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"⁷.

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

⁶ En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario.

⁷ 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.

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,⁸ 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"⁹.

Finalmente, y frente a la naturaleza salarial de la bonificación judicial reclamada, la Saña de Conjuces, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Conjuetz Dra. Carmen Anaya de Castellanos, afirmó:

⁸ 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.

⁹ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

“...la Sala no deja pasar por alto que existe una sólida línea jurisprudencial creada por los Jueces y Magistrados de nuestra jurisdicción, la cual desarrolla el carácter salarial de dicha Bonificación al analizar el concepto de salario, la noción de factor salarial y los criterios que permiten su identificación, tomando como referencia lo que al respecto consagran la ley laboral colombiana y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, indicando que según la ley laboral colombiana el salario lo constituye todo aquello que el trabajador recibe en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio prestado, siempre que sea reconocido de forma habitual y no por mera liberalidad del empleador. Así tenemos, que la susodicha Bonificación Judicial reúne todos los requisitos del salario ya que sin perjuicio de la denominación que se le atribuya, todo pago habitual que reciba el trabajador en contraprestación de su servicio personal constituye salario, incluidas las bonificaciones habituales⁵.

En este orden de ideas, para la Sala es claro que la bonificación judicial creada mediante Decreto No. 0382 de 2013, al ser un pago que reciben los empleados y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, de forma habitual y periódica en contraprestación a sus servicios, no habría motivo alguno para desconocer su carácter salarial, máxime si se tiene en cuenta que fue creada precisamente para materializar una nivelación salarial dispuesta en una Ley marco, Aceptar lo contrario, implicaría desconocer abiertamente los límites a la facultad otorgada por el Congreso al Gobierno Nacional y desatentar principios de rango constitucional como la progresividad, la primacía de la realidad sobre las formas y los límites protectores señalados por el Constituyente en el artículo 53 de la Carta Política.”¹⁰

De lo anterior se deduce, no hay motivos para negar la condición de salario que tiene la bonificación judicial deprecada por la parte actora.

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 y habitual, toda vez que se ha venido cancelando a el demandante **DANIEL ORTEGA JIMENEZ** mes a mes, ininterrumpidamente, desde el 1 de enero de 2013¹¹, de ahí que no pueda descartarse, el carácter de factor salarial, de la bonificación reclamada, frente a todas las prestaciones sociales, no solo para salud y pensión -como lo dispuso el Gobierno Nacional- y menos frente la vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías y sus intereses como lo apuntó el Juez Aquo, sino frente a **TODAS** las prestaciones a que tiene

¹⁰Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Bogotá 6 de abril de 2022, Nulidad y restablecimiento del derecho, 76001233300020180041401(0470-2020), Maria Elide Acosta Henao Vrs Fiscalía General de la Nación.

¹¹ Fecha en que produce efectos fiscales el Decreto 383 de 2013.

derecho, incluida la *bonificación por servicios prestados*, pues tampoco va en contra de las normas internacionales que como se dijo, entrañan este tema y hacen parte del bloque de constitucionalidad.

2. Existe la necesidad que la demandada, **CONTINUÉ** reconociendo el carácter de factor salarial de la bonificación judicial reclamada, en adelante y mientras al señor **DANIEL ORTEGA JIMENEZ**, ocupé cualquiera de los cargos que ha ocupado en la Rama Judicial u otro incluido por el Decreto 383 de 2013, como beneficiario de esta bonificación.
3. Ordenar a la demanda la reliquidación de **TODAS** las prestaciones sociales - *sin distinción alguna*- a que ha tenido derecho el demandante **DANIEL ORTEGA JIMENEZ** desde el **3 de mayo de 2015¹²**, 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.
4. Deberá la demandada continuar con la liquidación de las prestaciones sociales, tomando esta bonificación como factor salarial y, después de la ejecutoria de esta sentencia, genere el demandante como contraprestación al desempeño de los cargos ocupados u otro que se encuentre contemplado en el decreto 383 de 2013.

Así las cosas, la **SALA** se encuentra de acuerdo con la sentencia primaria y en consecuencia, se confirmará toda.

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: CONFIRMAR en todo, la *sentencia de 31 de mayo de 2022*, proferida por el *Juzgado 402 Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales*.

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

¹² Por la afectación por el fenómeno prescriptivo de los periodos anteriores al 3 de mayo de 2015, toda vez que la reclamación administrativa inicio el 3 de mayo de 2018.

17001333300420190035003

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Daniel Ortega Jiménez Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

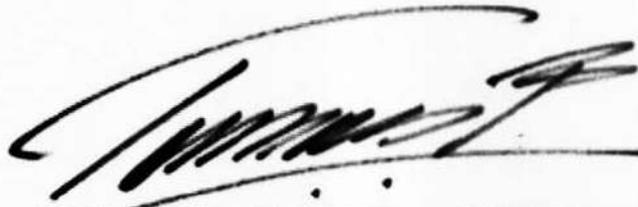
Sentencia de segunda instancia n° 209

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

NOTIFIQUESE y CUMPLASE

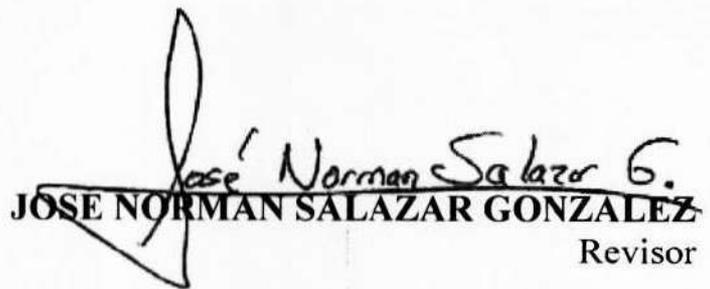
Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** celebrada el 28 de noviembre de 2023.

Los Conjuces;



TOMAS FELIPE MORA GOMEZ

Revisor



JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ

Revisor



JOSE MAURICIO BALDION ALZATE

Revisora

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, fue devuelto del H. Consejo de Estado, confirmando parcialmente la sentencia del 15 de noviembre de 2019 proferida por esta corporación.

Consta de (01) cuaderno.



VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CÁRDENAS
Secretaria

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 17001-23-33-000-2017-00853-00
Demandante: HUGO MARIN MEJIA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DE CALDAS

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

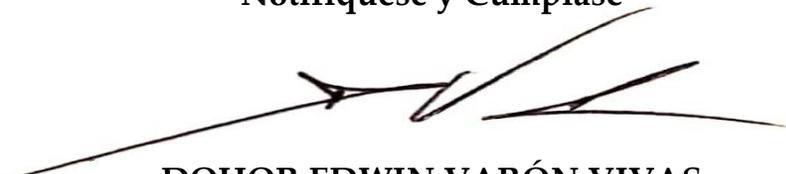
A.S.229

Manizales, veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Estese a lo dispuesto por el Consejo de Estado en providencia del veintidós (22) de junio de dos mil veintitrés (2023), (fls. 173 a 186 C.1) por medio de la cual se confirma parcialmente la sentencia emitida por esta corporación el 15 de noviembre de 2019.

Ejecutoriado el presente auto, liquídense los gastos del proceso y archívese el expediente previo a la correspondiente anotación en el programa informático "Justicia Siglo XXI"

Notifíquese y Cúmplase



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, fue devuelto del H. Consejo de Estado, confirmando el auto del 25 de octubre de 2019 proferido por esta corporación

Consta de (02) cuadernos.



VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CÁRDENAS
Secretaria

Acción: NULIDAD CON RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 17001-23-33-000-2018-00369-00
Demandante: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN
SOCIAL - UGPP
Demandado: MARÍA DE JESÚS SALAZAR RAMÍREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

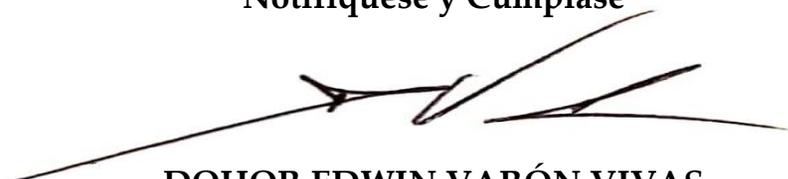
A.S.228

Manizales, veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Estese a lo dispuesto por el Consejo de Estado en providencia del siete (07) de julio de dos mil veintidós (2022), (fls. 469 a 471 C.2) por medio de la cual se confirma el auto emitido por esta corporación el 25 de octubre de 2019.

Ejecutoriado el presente auto, continuar con el trámite regular del proceso.

Notifíquese y Cúmplase



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
CONJUEZ: JOSÉ NICOLAS CASTAÑO GARCÍA**

Manizales, veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

A.S. 302

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: **17001-23-33-000-2018-00131-01**
Demandante: Roberto Arturo Pineda García
Demandada: Nación – DEAJ – Rama Judicial.

De acuerdo con el mandato conferido por parte del Tribunal Administrativo de Caldas, contenida en el acta de sorteo de conjueces del día 30 de Junio de 2023, que me ordena conocer, tramitar y decidir este proceso, por lo tanto, **AVOCO** su conocimiento.

Previo a decidir respecto a la sucesión procesal solicitada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 68, 127 y 293 del CGP, aplicable al presente por remisión expresa del artículo 306 del CPACA; **CÓRRESE TRASLADO A LAS PARTES** por el término COMÚN de TRES (3) días, para que se pronuncien si a bien lo tienen respecto a la sucesión procesal solicitada por los herederos de la parte accionante, obrante en el expediente electrónico.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ NICOLAS CASTAÑO GARCÍA
Conjuez.

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación el Estado Electrónico nº. 212 del 29 de Noviembre de 2023.



VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CÁRDENAS
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
CONJUEZ: JOSÉ NICOLAS CASTAÑO GARCÍA

Manizales, veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

A.S. 303

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: **17001-23-33-000-2018-00298-00**
Demandante: Astrid Liliana González Piedrahita
Demandada: Nación – Procuraduría General de la Nación.

De acuerdo con el mandato conferido por parte del Tribunal Administrativo de Caldas, contenida en el acta de sorteo de conjueces del día 30 de Junio de 2023, que me ordena conocer, tramitar y decidir este proceso, por lo tanto, **AVOCO** su conocimiento.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 180 a 182 del CPACA; **CÓRRESE TRASLADO A LAS PARTES** por el término COMÚN de TRES (3) días, para que se pronuncien si a bien lo tienen respecto a la prueba documental decretada en audiencia inicial de la PARTE DEMANDANTE y ya recaudada, obrante en el expediente electrónico.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ NICOLAS CASTAÑO GARCÍA
Conjuez.

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación el Estado Electrónico nº. 212 del 29 de Noviembre de 2023.



VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CÁRDENAS
Secretario