

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



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

**MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 016**

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Radicado:	17-001-33-33-000-2019-0077-00
Naturaleza:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Emilio Salazar Ríos
Demandado:	Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

La Sala procede a dictar sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto administrativo 7524-6 del 29 de agosto de 2018, expedido por la Secretaria de Educación de Caldas, en cuanto negó el derecho a la cancelación de la pensión de jubilación a los 55 años de edad.

Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de jubilación, equivalente al 75% de los salarios y las primas recibidas, anteriores al cumplimiento del estatus jurídico de pensionado, a partir de 15 de enero de 2015.

Que se ordene a la demandada dar cumplimiento al fallo en el término de 30 días contados desde la comunicación de este; condenarla en costas y al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de los valores adeudados.

Ordenar a la demandada, la inclusión en la nómina de pensionados, el pago de las mesadas atrasadas y el ajuste de valor con motivo de la pérdida del poder adquisitivo.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el accionante nació el 15 de enero de 1957; que fue vinculado como empleado público al Fondo Educativo Regional, del 13 de junio de 1978 al 26 de agosto de 1984 y al Departamento de Caldas, del 1 de mayo de 2000 al 1 de diciembre de 2003 y posteriormente se vinculó como docente desde el 1 de marzo de 2004 hasta la presentación de la demanda.

Que solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión ordinaria de jubilación, la cual fue negada mediante el acto administrativo demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Indicó como vulneradas, la Ley 33 de 1985 Artículo 1 inciso 2; Ley 91 de 1989, Artículo 15 Numerales 1 y 2. Ley 60 de 1993. Artículo 6; Ley 115 de 1993. Artículo 115; Ley 100 de 1993. Artículo 279; Ley 812 de 2003. Artículo 81; Decreto 3752 de 2003. Art. 1 y 2.

Luego de realizar una relación cronológica de las normas aplicables a los docentes nacionalizados en la pensión ordinaria de jubilación concluyó que, el demandante se encuentra vinculado con anterioridad al 23 de junio de 2003 y a partir de ese momento se entiende como vinculado para los efectos del cumplimiento al artículo 81 de la Ley 812 de 2003; que no hay que olvidar que la expresión vinculados, la desarrolla expresamente en la norma; lo que quiso el legislador fue proteger las situaciones de docentes que tuvieran tiempo de servicio anterior, como es el caso del demandante.

2. Pronunciamiento de la entidad demandada

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales – Fomag no contestó la demanda.

3. Alegatos de conclusión

La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda y concluyó que, se trata de un docente que logra acreditar aportes de jubilación antes del 26 de junio de 2003 a Cajanal, de tal manera que, siendo un maestro del orden nacional, su situación pensional debe resolverse no conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, sino conforme a las disposiciones legales que le resultan aplicables a quien desea utilizar aportes realizados antes de esta fecha y hoy resulta ser docente.

Que la transición para el presente asunto, no solo se aplica para un docente que aportaba como servidor público antes del 26 de junio de 2003, sino para aquellas personas que, siendo hoy docente, logra acreditar la aplicación de normas anteriores al año 2003.

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales y el Ministerio Público no se pronunciaron en esta etapa.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la demanda y su contestación, el asunto se centra en establecer: *¿Tiene derecho el accionante a que se le reconozca y pague una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario y de las primas recibidas en el año anterior a la adquisición del estatus?*

2. Tesis del Tribunal

Debido a la condición especial que detenta el demandante, como docente oficial vinculado con **posterioridad** de la Ley 812 de 2003, le resulta aplicable la Ley 33 de 1985, por lo tanto, al verificar el cumplimiento de los requisitos señalados en esta norma, debe reconocerse la pensión de jubilación a partir del 16 de mayo de 2014, calculada en un monto del 75% sobre el ingreso base de liquidación, determinado con el cómputo únicamente de la asignación básica y bonificación por servicios que devengó durante el año anterior a la adquisición de su estatus jurídico respectivo, esto es, desde el 16 de mayo de 2013 al 16 de mayo de 2014. Lo anterior de conformidad con la sentencia de unificación dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 25 de abril de 2019.

Para fundamentar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) los hechos probados; ii) la vinculación docente a través de contratos de prestación de servicios; iii) el régimen pensional aplicable; iv) el ingreso base de liquidación; v) los aportes a pensión durante el periodo en que el demandante estuvo vinculado por contrato de prestación de servicios; vi) el derecho a devengar la pensión de jubilación desde el momento en que consolidó el estatus pensional, de manera simultánea con la asignación salarial y vii) el análisis del caso concreto.

3. Lo probado en el proceso

- El accionante nació el 15 de enero de 1957, (Fl. 31. Archivo: 2021-02-01T162516.pdf).
- De conformidad con el Formato No. 1 “CERTIFICACIÓN DE INFORMACIÓN LABORAL” expedido el 13 de abril de 2018, el demandante se vinculó al “Fondo Educativo Regional FER de Caldas, en calidad de “docente” desde el 13 de junio de 1978 al 26 de agosto de 1984, realizando aportes a la Caja Nacional de Previsión - Cajanal. (Fl. 84 y 85. Archivo: 2021-02-01T162516.pdf).
- El Tribunal Administrativo de Caldas, en sentencia del 30 de mayo de 2013, Magistrado Ponente, Doctor Augusto Ramon Chávez, modificó la sentencia del 30 de noviembre de 2012 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión de Manizales y al encontrar acreditada la existencia del vínculo laboral como docente con el departamento de Caldas, le ordenó: *“pagar al actor una suma equivalente a las prestaciones sociales legales ordinarias pagadas por el Departamento de Caldas a quienes desempeñan empleos de características similares a la actividad cumplida por la demandante, para cual se tomará como base de liquidación el valor y los periodos pactados en los contratos de prestación de servicios suscritos entre mayo de 2000 y diciembre de 2003”*; además ordenó pagar al demandante *“los porcentajes de cotización correspondientes a Pensión y Salud que debió trasladar a los fondos correspondientes durante el periodo acreditado de prestación de sus servicios”*. (Fl. 96-11. Archivo: 2021-02-01T162516.pdf).
- Según Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios del Fomag 1779 de 10 de abril de 2018, el demandante se vinculó al servicio docente mediante Decreto 00059 de 23 de febrero de 2004, tomando posesión del cargo el 10 de marzo de 2004, encontrándose aún en servicio activo. De igual manera, certificó como factores salariales devengados entre el 1.º de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2015, asignación básica, prima de navidad, prima de servicios, bonificación mensual y prima de vacaciones. (Fl. 26-30. Archivo: 2021-02-01T162516.pdf).
- De conformidad con el Decreto 00059 de 23 de febrero de 2004 expedido por la Secretaria de Educación de Caldas, *“POR MEDIO DEL CUAL SE EFECTÚAN UNOS NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES A CARGO DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES EN EL DEPARTAMENTO DE CALDAS”* y considerando, entre otros aspectos que: *“los docentes... que se encontraban vinculados por (OPS) ordenes de prestación de servicios en los establecimientos educativos del Departamento de conformidad con la ley, podrían ser nombrados en provisionalidad si cumplen los requisitos en las vacantes que resultes en el proceso de reorganización del sector educativo...”* y que *“mediante Oficio del 30 de diciembre de 2003, la Dirección de Descentralización del Ministerio de Educación Nacional (MEN) emite concepto de viabilidad para que el Departamento de Caldas, proceda a la adopción de la Planta de cargos docentes... financiados con recursos del Sistema General de Participaciones”*, el demandante fue nombrado para desempeñar el cargo de docente en la Institución Educativa Colegio Francisco José de Caldas del municipio de Risaralda. (Fl. 91-30. Archivo: 2021-02-01T162516.pdf).
- El demandante el 7 de julio de 2018 solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión de vejez conforme a la Ley 33 de 1985, con el 75% de los salarios y primas percibidas

en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada, a partir del 15 de enero de 2015. (Fl. 32-36. Archivo: 2021-02-01T162516.pdf).

- La Secretaria de Educación de Caldas como vocera de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, resolvió: no acceder a la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, argumentando en síntesis que: el docente ingresó al FNPSM en vigencia de la Ley 812 de 2003, a partir del 18 de julio de 2005, por lo que se debe aplicar el régimen de prima media consagrado en la Ley 100 de 1993 que exige haber cumplido 57 años de edad y haber cotizado 1275 semanas a 2014; que así las cosas se ha verificado que el docente cuenta con 5203 días equivalentes a 743 semanas por lo que no se cuenta con el tiempo para pensionarse. (Fl. 37-38. Archivo: 2021-02-01T162516.pdf).

4. Vinculación docente a través de contratos de prestación de servicios

El Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia¹ ha precisado que los educadores que laboran en establecimientos públicos de enseñanza por medio de contratos de prestación de servicios se encuentran sujetos a los elementos propios de la relación laboral tales como la subordinación y la dependencia, toda vez que se hallan inmersas en la gestión que desarrollan; es decir, son consustanciales al ejercicio docente.

La Corte Constitucional en sentencia C-555 de 1994, expresó que, desde el punto de vista de la actividad material que desempeñan los docentes temporales, no parece existir diferencia respecto de la que realizan los docentes-empleados públicos:

[...]Hasta tal grado no existen diferencias entre los dos supuestos estudiados - actividad de los docentes temporales y actividad de los docentes-empleados públicos -, que la única particularidad que exhiben los últimos respecto de los primeros es la de recibir un trato de favor emanado del régimen legal, cuya aplicación exclusiva, en estas condiciones, queda sin explicación distinta de la concesión de un privilegio. Lo que a menudo constituye la otra cara de la discriminación, cuando ella es mirada desde la óptica de los excluidos.

AL no existirt diferencia entre los dos supuestos, el Consejo de Estado² ha tenido en cuenta los tiempos laborados a través de contratos de prestación de servicios para reconocimientos pensionales:

[...] conforme a los precedentes que sobre la materia ha debatido recientemente esta corporación, se han validado esos períodos para que sean computados con el ejercido en propiedad, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, dado que esa situación particular desentraña una verdadera relación de trabajo sobre la apariencia que haya querido ocultarla, y porque los maestros vinculados bajo esa modalidad de contratación cumplen similares funciones a los de planta que están sujetos a un específico régimen legal y reglamentario y, además, porque deben acreditar iguales condiciones de formación y experiencia³.»

Adicionalmente, en materia de aportes pensionales, en la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado de 25 de agosto de 2016⁴, se indicó que «las

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencias del 10 de febrero de 2011, expediente 0080-17 y del 25 de agosto de 2016, expediente 0088-15.

² Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, 23 de febrero de 2017, Radicación número: 15001-23-31-000-2012-00276-01(2922-15).

³ En el mismo sentido se puede consultar: Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, sentencias (i) del 1º de diciembre de 2016, radicación 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014); (ii) del 1º de diciembre de 2016, radicación 15001-23-31-000-2010-01554-01 (3333-2015); y (iii) del 23 de febrero de 2017, radicación 7000123-33-000-2013-00205-01 (3183-2014). Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.

⁴ Proceso radicado 23001233300020130026001 (00882015)

reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA)³⁰, y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que “la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo”.

Establecido lo anterior y se tiene que en este caso el Tribunal Administrativo de Caldas, en sentencia del 30 de mayo de 2013, modificó la sentencia del 30 de noviembre de 2012 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión de Manizales, al encontrar acreditada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y el departamento de Caldas, *entre mayo de 2000 y diciembre de 2003*, por el ejercicio de la actividad docente vinculado a través de contratos de prestación de servicios, por lo que ordenó al departamento de Caldas: *“pagar al actor una suma equivalente a las prestaciones sociales legales ordinarias pagadas por el Departamento de Caldas a quienes desempeñan empleos de características similares a la actividad cumplida por la demandante, para cual se tomará como base de liquidación el valor y los períodos pactados en los contratos de prestación de servicios suscritos entre mayo de 2000 y diciembre de 2003”, además ordenó pagar al demandante “los porcentajes de cotización correspondientes a Pensión y Salud que debió trasladar a los fondos correspondientes durante el período acreditado de prestación de sus servicios”.* (Fl. 96-11. Archivo: 2021-02-01T162516.pdf).

Por lo tanto, no hay duda de que, los tiempos laborados por el demandante al servicio del departamento de Caldas a través de contratos de prestación de servicios entre mayo de 2000 y diciembre de 2003, deben ser tenidos en cuenta para efectos de establecer la vinculación del demandante al servicio docente y los tiempos laborados.

5. Régimen pensional aplicable a la demandante

5.1. Fundamento jurídico

El artículo 81 de la Ley 812 de 2003, respecto del régimen prestacional aplicable a los docentes, contempló dos eventos:

i) Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.

ii) Para los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019 con el fin de sentar jurisprudencia respecto del ingreso base de liquidación para determinar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al FNPSM, señaló:

35. Antes de abordar el estudio de los factores que integran el ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación y de vejez de los servidores públicos vinculados al servicio docente, la Sala considera necesario precisar los siguientes aspectos:

✓ Los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, están exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social, por expresa disposición del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

✓ Al estar exceptuados del Sistema, no son beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como tampoco les aplica el artículo 21 de la citada ley, en materia de ingreso base de liquidación del monto de la mesada pensional.

✓ El régimen pensional para estos docentes está previsto en la Ley 91 de 1989, normativa que no establece condiciones ni requisitos especiales para adquirir la pensión de jubilación, ya que como lo dispuso en el literal B del numeral 2 del artículo 15, gozan del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985.

✓ De acuerdo con la tesis reiterada de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre el régimen de pensiones para los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio exceptuados del Sistema General de Pensiones, esta clase de servidores públicos no gozan de un régimen especial de jubilación, pues ni la Ley 91 de 1989, ni la Ley 60 de 1993 así lo establecieron, y tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994 que ratificó el régimen de jubilación previsto en la Ley 33 de 1985, como norma aplicable para los docentes nacionales. Además, las pensiones de jubilación de los docentes reconocidas en su tiempo al amparo de la Ley 6 de 1945 o el Decreto 3135 1968, antecesoras de la Ley 33 de 1985, lo fueron bajo disposiciones “generales” de pensiones del sector administrativo, que no tuvieron el carácter de “especiales”.

✓ Solo los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, tendrán los derechos del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres. (Se resalta).

Según lo referido, jurisprudencialmente se planteó la importancia de diferenciar cuál es el régimen pensional aplicable a cada docente con observancia de su fecha de vinculación o entrada al servicio público oficial educativo, de suerte que se contemplarían las siguientes opciones:

La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así:

I) Régimen de pensión ordinaria de jubilación de la Ley 33 de 1985 para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial con **anterioridad** a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

II) Régimen pensional de prima media para aquellos docentes que se vincularon **a partir** de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003. A estos docentes, también afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. (Se resalta).

En cuanto a los requisitos para obtener la pensión de jubilación, el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso:

“Artículo 1. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente

al setenta y cinco (75 %) por ciento del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
(...)

Parágrafo 2. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3. En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión”

5.2.Caso concreto

Del material probatorio obrante en el expediente se tiene que: i) el demandante acreditó 55 años de edad el 15 de enero de 2012; ii) el demandante se vinculó al “Fondo Educativo Regional FER de Caldas”⁵, en calidad de “docente” desde el 13 de junio de 1978; iii) de la sumatoria de los tiempos servidos, primero como docente, incluyendo el tiempo como contratista⁶ y luego en propiedad,⁷ hasta la fecha de radicación de la solicitud pensional, se tiene que acreditó más de 20 años de labor, así:

Entidad	Fecha de la Prestación		Tiempo De Servicios
	Desde	Hasta	
Fondo Educativo Regional	13/06/1978	26/08/1984	6 AÑOS 2 MESES 13 DÍAS
Departamento de Caldas	01/05/2000	01/12/2003	3 AÑOS 7 MESES
Secretaria de Educación Departamental	01/03/2004	07/07/2018	14 AÑOS 4 MESES 7 DÍAS
		TOTAL	24 AÑOS 1 MES Y 20 DÍAS

La Secretaria de Educación de Caldas como vocera de la Nación – Ministerio de Educación –

⁵ Decreto 102 de 1976 “por el cual se descentraliza la administración de los planteles nacionales de educación y se dictan otras disposiciones”. Artículo 1º. *Los planteles nacionales de educación, con excepción de las universidades, serán administrados por los Fondos Educativos Regionales - FER, en las condiciones que establece el presente Decreto. Para tal efecto se revisarán y adicionarán los contratos con los Gobernadores, Intendentes, Comisarios y el Alcalde del Distrito Especial de Bogotá, previstos en el Capítulo IV del Decreto 1050 de 1968, mediante los cuales se constituyeron los F.E.R.* Artículo 12. *Los cargos docentes y administrativos de los planteles nacionales cuya administración se delega por virtud del presente Decreto, son cargos nacionales y estarán sometidos al régimen salarial y prestacional del orden nacional docente o administrativo correspondiente.*

⁶ Del 1 de mayo de 2000 al 1 de diciembre de 2003.

⁷ Desde el 21 de marzo de 2004 hasta el 7 de julio de 2018, fecha de la reclamación administrativa.

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el acto administrativo demandado, resolvió: no acceder a la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, argumentando en síntesis que: el docente ingresó al FNPSM en vigencia de la Ley 812 de 2003 a partir de 2005/7/18, por lo que se debe aplicar el régimen de prima media consagrado en la Ley 100 de 1993 por lo que requiere haber cumplido 57 años de edad y haber cotizado 1275 semanas a 2014; que así las cosas se ha verificado que el docente cuenta con 5203 días equivalentes a 743 semanas por lo que no se cuenta con el tiempo para pensionarse. (Fl. 37-38. Archivo: 2021-02-01T162516.pdf).

Como se observa a partir de la motivación del acto administrativo cuestionado, la entidad demandada consideró que la vinculación del demandante a la docencia pública oficial ocurrió solo hasta el 18 de julio de 2005, motivo por el cual aplicó como régimen pensional, el general previsto en la Ley 100 de 1993.

Lo anterior se deriva del error de la entidad al no tener en cuenta: i) la vinculación al “Fondo Educativo Regional FER de Caldas”⁸, en calidad de “docente” desde el 13 de junio de 1978 y ii) la vinculación con base en los contratos de prestación de servicios, que data del 01 de mayo de 2000, lo cual contraría las reglas jurisprudenciales señaladas con antelación.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 18 de noviembre de 2020⁹, en un caso similar señaló:

“Esta errada fundamentación normativa, obedece al hecho de haber concebido como fecha de vinculación a la docencia de la demandante, la del nombramiento formal mediante resolución y posesión. Empero, lo cierto es que según se expuso al inicio de este acápite considerativo, dicha fecha se consolidó desde la ejecución de la primera orden de servicios como maestra el 23 de febrero de 1990, habida cuenta de que la naturaleza y calidad de docente oficial no se desvirtúa por el tipo de vinculación al Estado (contractual o legal y reglamentaria).

Aquella condición se fundamenta en la actividad o funciones propiamente desempeñadas desde la perspectiva propia del cargo o servicio prestado, el cual en todo caso fue el de educadora en planteles públicos, por lo que tal hecho implicaba advertir la fecha aludida y la consecuente aplicación del régimen de la Ley 71 de 1988 por presentarse una acumulación de aportes privados y públicos y no la posición de la demandada respecto de la Ley 100 de 1993 como normativa que regulaba la situación pensional de la libelista.

5.3. Conclusión

En ese orden, la Sala encuentra que el demandante se vinculó al “Fondo Educativo Regional FER de Caldas”¹⁰, en calidad de “docente” desde el 13 de junio de 1978 hasta el 26 de agosto

⁸ Decreto 102 de 1976 “por el cual se descentraliza la administración de los planteles nacionales de educación y se dictan otras disposiciones”. Artículo 1º. Los planteles nacionales de educación, con excepción de las universidades, serán administrados por los Fondos Educativos Regionales - FER, en las condiciones que establece el presente Decreto. Para tal efecto se revisarán y adicionarán los contratos con los Gobernadores, Intendentes, Comisarios y el Alcalde del Distrito Especial de Bogotá, previstos en el Capítulo IV del Decreto 1050 de 1968, mediante los cuales se constituyeron los F.E.R. Artículo 12. Los cargos docentes y administrativos de los planteles nacionales cuya administración se delega por virtud del presente Decreto, son cargos nacionales y estarán sometidos al régimen salarial y prestacional del orden nacional docente o administrativo correspondiente.

⁹ Sección Segunda. Subsección A. C.P.: William Hernández Gómez. Rd.: 66001-23-33-000-2016-00082-01(4676-17).

¹⁰ Decreto 102 de 1976 “por el cual se descentraliza la administración de los planteles nacionales de educación y se dictan otras disposiciones”. Artículo 1º. Los planteles nacionales de educación, con excepción de las universidades, serán administrados por los Fondos Educativos Regionales - FER, en las condiciones que establece el presente Decreto. Para tal efecto se revisarán y adicionarán los contratos con los Gobernadores, Intendentes, Comisarios y el Alcalde del Distrito Especial de Bogotá, previstos en el Capítulo IV del Decreto 1050 de 1968, mediante los cuales se constituyeron los F.E.R. Artículo 12. Los cargos docentes y administrativos de los planteles nacionales cuya administración se delega por virtud del presente Decreto, son cargos nacionales y estarán sometidos al régimen salarial y prestacional del orden nacional docente o administrativo correspondiente.

de 1984; además se vinculó como docente a través de contratos de prestación de servicios desde el 1º de mayo de 2000 esto es, con anterioridad a la Ley 812 de 2003, que entró a regir el 27 de junio de 2003; por lo tanto, le es aplicable el mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985.

Además, el demandante reúne los requisitos para que le sea reconocida la prestación, con base en la referida norma, en tanto para el momento en que agotó vía gubernativa, había cumplido 55 años de edad el 15 de enero de 2012; y acreditó los 20 años de labor el 16 de mayo de 2014. Por lo tanto, consolidó su derecho pensional en esta fecha.

6. Ingreso base de liquidación pensional

6.1. Fundamento jurídico

La Sala de acuerdo con la postura unificada frente al régimen pensional de los docentes oficiales fijada en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, de la Sección Segunda del Consejo de Estado¹¹, se estableció la forma de liquidar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes, prevista en la Ley 91 de 1989, conforme a las siguientes reglas:

a) En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985 y, por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

b) A los docentes vinculados a partir de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

Las reglas fijadas por la Sección Segunda, que tienen carácter vinculante y obligatorio, se sustentaron en los siguientes argumentos:

*“51. En criterio de la Sala, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son **únicamente** los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1º de la Ley 62 de 1985.*

*52. Luego entonces, los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de la pensión de jubilación de los docentes bajo el régimen general de la Ley 33 de 1985 son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.***

53. La Ley 91 de 1989 estableció en el artículo 8º un esquema de cotizaciones o aportes de la Nación como empleadora, y de los docentes como trabajadores, distinto al de los empleados públicos del orden nacional. En el mencionado artículo 8º, que contiene los recursos con los que

¹¹Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de unificación jurisprudencial SUJ-014-CE-S2 -2019. Expediente: 680012333000201500569-01 (0935-17).

se financia el Fomag, se incluyeron en los numerales 1 y 3, el 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo, y el 8 % equivalente al aporte de la Nación sobre “los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes”, respectivamente.

(...)

62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

- En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.*

63. Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

64. De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

65. La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

66. Los docentes, como ya lo precisó la Sala, están exceptuados del Sistema General de Pensiones, por lo que no les aplica el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece un régimen de transición y fija reglas propias para el Ingreso Base de Liquidación al disponer que: “El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor según certificación que expida el DANE”. Por la misma razón, tampoco les aplica la regla sobre Ingreso Base de Liquidación prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que fija en 10 años el periodo que se debe tomar para la liquidación de la mesada pensional.

67. En resumen, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes nacionales y nacionalizados y de los nombrados a partir del 1 de enero de 1990, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas:

- ✓ *Edad: 55 años*
- ✓ *Tiempo de servicios: 20 años*
- ✓ *Tasa de remplazo: 75%*
- ✓ *Ingreso Base de Liquidación: Este componente comprende i) el período del último año de **servicio docente** y ii) los **factores** que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.***

6.2. Caso concreto

De acuerdo con las pruebas aportadas se tiene que, el demandante adquirió el estatus pensional el 16 de mayo de 2014, fecha en que acreditó 20 años de servicio, razón por la cual tiene derecho al reconocimiento de la pensión a partir de esa fecha, y respecto de los factores que harían parte del ingreso base de liquidación, sólo es dable incluir lo señalados en la Ley 62 de 1985 sobre los cuales se hubieran realizado los aportes a pensión.

Según Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios del Fomag 1779 de 10 de abril de 2018, el demandante devengado entre enero de 2013 y diciembre de 2014: *asignación básica, prima de navidad, prima de servicios, bonificación mensual y prima de vacaciones*. (Fl. 26-30. Archivo: 2021-02-01T162516.pdf).

Lo anterior significa que respecto de los factores que harían parte del ingreso base de liquidación de la pensión, sólo es dable incluir *la asignación básica y la bonificación mensual*, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 62 de 1985.

Cabe precisar además, en cuanto a la prima de servicios, que el Decreto 1545 de 2013 que la creó para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, estableció que aquella constituiría factor salarial desde el momento de su causación, **únicamente** para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas: vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad.

6.3. Conclusiones

La pensión de jubilación del demandante en su calidad de docente oficial vinculado con **anterioridad** a la Ley 812 de 2003, debe reconocerse a partir del 16 de mayo de 2014, calculada en un monto del 75% sobre el ingreso base de liquidación, determinado con el cómputo únicamente de la asignación básica y bonificación por servicios que devengó durante el año anterior a la adquisición de su estatus jurídico respectivo, esto es, desde el 16 de mayo de 2013 al 16 de mayo de 2014.

7. Aportes a pensión durante el periodo en que el demandante estuvo vinculado por contrato de prestación de servicios

Según las pruebas obrantes en el plenario el demandante, no cotizó para pensión durante el periodo en que se desempeñó como contratista ni el departamento de Caldas realizó los aportes respectivos.

De conformidad con los numerales 3, 4 y 5 del artículo 5º de la Ley 91 de 1989¹², el artículo

¹² ARTÍCULO 5. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

3. Llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el

112 de la Ley 6 de 1992¹³ y el decreto 2019 de 2000¹⁴ el Ministerio de Educación Nacional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, puede reclamar las cuotas partes que en efecto correspondan a la entidad frente a la cual se hubiesen realizado los aportes a pensión.

En este caso, el Tribunal Administrativo de Caldas, en sentencia del 30 de mayo de 2013, Magistrado Ponente, Doctor Augusto Ramon Chávez, modificó la sentencia del 30 de noviembre de 2012 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión de Manizales, al encontrar acreditada la existencia del vínculo laboral ordenó al departamento de Caldas, pagar al demandante *“los porcentajes de cotización correspondientes a Pensión y Salud que debió trasladar a los fondos correspondientes durante el período acreditado de prestación de sus servicios”*. (Fl. 96-11. Archivo: 2021-02-01T162516.pdf).

Por lo tanto, como quiera que el pago de los aportes patronales a pensión, de dicho periodo fue realizado directamente al demandante y no al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le corresponderá al demandante realizar el pago de la totalidad de los aportes por el periodo indicado, debidamente indexados.

Para tal efecto se autoriza a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontar dichos valores del retroactivo pensional que se reconozca al demandante y en caso de ser insuficiente, podrá descontarlos progresivamente de la mesada pensional, sin que esta pueda resultar inferior al salario mínimo legal mensual.

8. Derecho a devengar la pensión de jubilación desde el momento en que consolidó el estatus pensional, de manera simultánea con la asignación salarial

Respecto a la compatibilidad de la pensión de jubilación con el sueldo que el docente continúa devengando, si bien el artículo 128 de la Constitución Política estableció la prohibición de percibir doble asignación del tesoro público, lo cierto es que el artículo 19 de la Ley 4 de 1992 que desarrolló este precepto determinó como una de las excepciones a esta regla *“Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados”*.

Esta excepción no solo cobija a los docentes que a la fecha de entrada en vigor de la Ley 4 de 1992 se encontraran devengando la pensión, sino a aquellos que posteriormente la adquirieran como quedó debidamente explicado en párrafos precedentes. Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 14 de agosto de 2009 señaló¹⁵:

«Lo expuesto permite concluir que la excepción consagrada en el artículo 19 de la Ley 4

presupuesto en el Ministerio de Hacienda.

4. *Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.*

5. *Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.*

¹³ ARTÍCULO 112. FACULTAD DE COBRO COACTIVO PARA LAS ENTIDADES NACIONALES. <Aparte tachado INEXEQUIBLE, Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> <Ver Notas del Editor> De conformidad con los artículos 68 y 79 del Código Contencioso Administrativo, las entidades públicas del orden nacional como Ministerios, Departamentos Administrativos, organismos adscritos y vinculados, la Contraloría General de la República, La Procuraduría General de la Nación y la Registraduría nacional del Estado Civil, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivos los créditos exigibles a favor de las mencionadas entidades y de la Nación. Para este efecto la respectiva autoridad competente, otorgará poderes a funcionarios abogados de cada entidad

¹⁴ Por el cual se dictan normas para la administración de los recursos de Seguridad Social en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “B”. Radicado Núm. 050012331000200403824 01.

de 1992¹⁶ no sólo cubre a los docentes pensionados con anterioridad a su entrada en vigencia sino también a los que accedan a la pensión ordinaria y/o gracia con posterioridad, dado que es precisamente su condición de pensionados la que les permite acceder a los beneficios consagrados en normas anteriores como el contemplado por el artículo 5 del Decreto 224 según el cual “el ejercicio de la docencia no sería incompatible con el goce de la pensión de jubilación”.

La excepción no está condicionada en el tiempo, como lo afirma la entidad demandada al manifestar que ésta sólo es aplicable a los pensionados con anterioridad a su entrada en vigencia, sino que debe entenderse con respecto a los beneficios que, para la fecha de su entrada en vigencia, 18 de mayo de 1992, cubren a los docentes que adquieran la calidad de pensionados.» (Destacado fuera del texto).

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil de la citada Corporación indicó¹⁷:

«Teniendo en cuenta este antecedente, así como la legislación expedida con posterioridad a la ley 4ª de 1992, la Sala considera que si bien es cierto ella estableció como criterio para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores aludidos, el respeto a los derechos adquiridos por los servidores del Estado tanto de régimen general “como de los regímenes especiales”⁸, como era natural -, también lo es que el literal g) no estableció una excepción a la prohibición, atendiendo un criterio subjetivo, derivado de la locución “beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados”, sino uno de carácter objetivo supeditado a la expresión “exceptuarse las siguientes asignaciones”, que remite a las disposiciones de la legislación anterior que consagraban las excepciones ya mencionadas, esto es, la compatibilidad de devengar pensión y sueldo, o dos pensiones -ordinaria y gracia.

Así, las locuciones citadas entre comillas se remiten a las normas que beneficiaban a los docentes pensionados, es decir, aquéllas que permiten al docente que disfruta de una pensión recibir otra asignación del tesoro público, y no a los docentes que se hallaban pensionados al momento de la vigencia de la ley 4ª de 1992, pues la excepción apunta es a las “asignaciones” y no a los sujetos “docentes pensionados”

De esta manera, un docente se beneficia de la excepción dicha, cuando al cumplir las exigencias legales accede a la pensión y simultáneamente tiene la posibilidad jurídica de devengar sueldo u otra pensión, en los términos ya señalados, [...]»

En ese sentido el artículo 5 del Decreto 224 de 1972 señaló: **«El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario de esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero no se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad.»**

Es decir, para los docentes la pensión de jubilación es compatible con el ejercicio de la docencia de tal manera que pueden recibir la prestación social y el salario, en consecuencia, la pensión no debe estar sujeta al retiro del servicio.

Estas normas, según el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, ratificado por el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 001 de 2005, son aplicables a los docentes que se vinculen con anterioridad a la vigencia de esa norma pues de lo contrario estarían amparados por el régimen pensional de prima media contemplado en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003.

¹⁶ Declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-133 de 1993.

¹⁷ Concepto No. 1.305 de 23 de noviembre de 2000, M.P. Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce, reiterado en concepto No. 1459 de 29 de agosto de 2002.

Por lo expuesto, se ordenará el reconocimiento de la pensión a partir de la fecha en que la demandante adquirió el estatus pensional.

9. Prescripción

Comoquiera que la reclamación administrativa se realizó el 7 de julio de 2018, la pensión será reconocida desde el 16 de mayo de 2014, pero con **efectos fiscales a partir del 7 de julio de 2015**, por prescripción trienal. Por tanto se declarará probada parcialmente esta excepción.

10. Indexación

Las sumas de dinero que resulten a favor del demandante serán canceladas en los términos fijados por los artículos 187 y 192 del CPACA las que serán debidamente actualizadas mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta la fórmula siguiente: **$R = Rh. \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$**

En donde R se determina multiplicando el valor histórico RH que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de pensión de jubilación desde la fecha del primer pago de ésta, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, y vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió de hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula 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.

11. Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, no se impondrá condena en costas teniendo en cuenta que, prosperaron parcialmente las pretensiones de la demandante, y la configuración parcial de la excepción de *prescripción*.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Se declara probada parcialmente la excepción de prescripción.

SEGUNDO: se Declara la nulidad de la Resolución 7524-6 del 29 de agosto de 2018, expedido por la Secretaria de Educación de Caldas, en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del cual denegó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación.

TERCERO: Se ordena como consecuencia de estas declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a: liquidar y pagar a favor del señor Emilio Salazar Ríos, una pensión mensual de jubilación a partir del 16 de mayo de 2014, calculada en un monto del 75% sobre el ingreso base de liquidación, determinado con el cómputo únicamente de la asignación básica y bonificación por servicios que devengó durante el año anterior a la adquisición de su estatus jurídico respectivo, esto es, desde el 16 de mayo de 2013 al 16 de mayo de 2014; ello con efectos fiscales a partir del **7 de julio de 2015**, por prescripción trienal.

El demandante deberá realizar el pago de los aportes a pensión correspondientes al periodo en que se desempeñó como docente bajo la figura de “contratos de prestación de servicios” esto es, del 1º de mayo de 2000 al 1º de diciembre de 2003 y que le fueron pagados directamente por el departamento de Caldas con fundamento en la orden del Tribunal Administrativo de Caldas. Para tal efecto se autoriza a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontar dichos valores del retroactivo pensional que se reconozca al demandante y en caso de ser insuficiente, podrá descontarlos progresivamente de la mesada pensional, sin que esta pueda resultar inferior al salario mínimo legal mensual.

CUARTO: Las sumas resultantes en favor de la demandante se ajustarán en su valor, en aplicación de la fórmula en la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: La Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cumplirá la presente providencia en la forma y términos de los artículos 187, 192 y 195 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Ejecutoriada la presente providencia, por la **Secretaría** se dará cumplimiento a lo previsto en el inciso final de los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

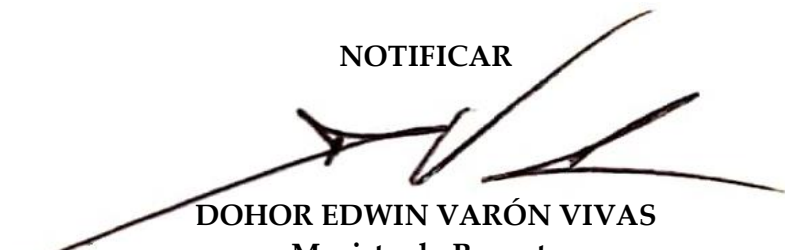
SÉPTIMO: A costa de la parte interesada, expídanse las copias auténticas que solicite de esta providencia, teniendo en cuenta la Secretaría los lineamientos del artículo 114 del C.G.P.

OCTAVO: NO SE CONDENA en costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 07 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control fue devuelto del H. Consejo de Estado. Consta de 4 cuadernos.

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021)



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Radicado: 17001-23-33-000-2013-00155-00
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Jaime Eduardo Vásquez Cardona
Accionado: Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Estése a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado en providencia de 26 de junio de 2020 (fls. 233 a 245 del presente cuaderno), la cual confirmó la sentencia proferida en primera instancia por esta Corporación (fls. 146 a 155).

En consecuencia, una vez ejecutoriado el presente auto líquidense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere y archívese el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 025 del 15 de febrero de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico. Manizales, _____  HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control fue devuelto del H. Consejo de Estado. Consta de 1 cuaderno.

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021)



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Radicado: 17001-23-33-000-2015-00295-00
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Fabián Mauricio Bedoya Muñoz
Accionado: Dirección Territorial de Salud de Caldas

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Estése a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado en providencia de 03 de marzo de 2020 (fls. 49 a 52 del presente cuaderno), mediante la cual se resolvió el recurso de apelación (en el efecto devolutivo) y se confrimó el auto proferido por esta Corporación el 01 de junio de 2019 (fls. 3 a 5).

En consecuencia, una vez ejecutoriado el presente auto, continúese con el trámite de Ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 025 del 15 de febrero de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico. Manizales, _____  HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control fue devuelto del H. Consejo de Estado. Consta de 4 cuadernos.

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021)



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Radicado: 17001-23-33-000-2015-00308-00
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: MABE COLOMBIA S.A.S.
Accionado: DIAN

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Estése a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado en providencia de 14 de noviembre de 2019 (fls. 503 a 517 del presente cuaderno), la cual revocó la sentencia proferida en primera instancia por esta Corporación (fls. 321 a 333).

En consecuencia, una vez ejecutoriado el presente auto liquidense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere y archívese el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 025 del 15 de febrero de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico. Manizales, _____  HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control fue devuelto del H. Consejo de Estado. Consta de 3 cuadernos.

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021)



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Radicado: 17001-23-33-000-2015-00846-00
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Duver Alberto Díaz Ángel
Accionado: SENA

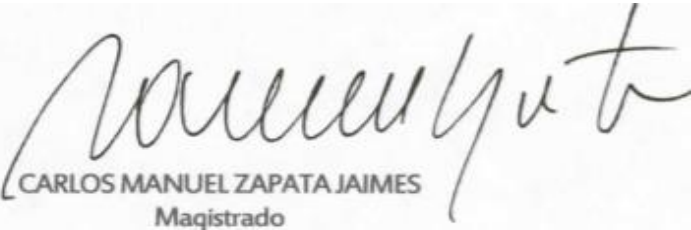
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Estése a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado en providencia de 24 de julio de 2020 (fls. 225 a 233 del presente cuaderno), la cual confirmó con modificaciones la sentencia proferida en primera instancia por esta Corporación (fls. 164 a 181).

En consecuencia, una vez ejecutoriado el presente auto liquidense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere y archívese el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 025 del 15 de febrero de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico. Manizales, _____  HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control fue devuelto del H. Consejo de Estado. Consta de 3 cuadernos.

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021)



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Radicado: 17001-23-33-000-2015-00848-00
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Luis Delio Díaz Ángel
Accionado: SENA

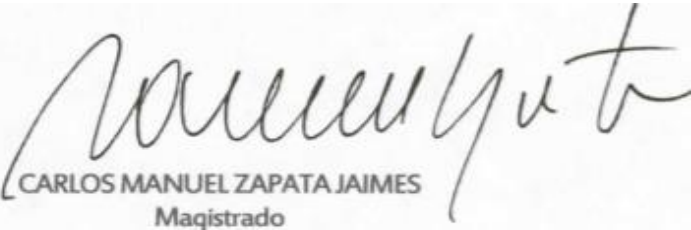
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Estése a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado en providencia de 11 de mayo de 2020 (fls. 207 a 217 del presente cuaderno), la cual confirmó con modificaciones la sentencia proferida en primera instancia por esta Corporación (fls. 152 a 166).

En consecuencia, una vez ejecutoriado el presente auto liquidense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere y archívese el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 025 del 15 de febrero de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico. Manizales, _____  HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE CONJUECES**

Lina María Hoyos Botero
Conjuez Ponente

A.I. 021

Asunto:	Aprueba Conciliación Judicial.
Medio Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17-001-23-33-000-2016-00663-00
Demandante:	Clara Inés Mejía Giraldo.
Demandados:	Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Manizales, doce (12) de febrero del año dos mil veintiuno (2021).

Procede la Sala a decidir, en los términos del artículo 43 de la Ley 640 de 2001, si se aprueba o no el acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes, CLARA INÉS MEJÍA GIRALDO y la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, durante la audiencia que para tal fin se realizó el día el día 18 de diciembre de 2020.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

La señora **CLARA INÉS MEJÍA GIRALDO** a través de apoderado judicial interpuso demanda en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, a fin de que se declare la nulidad de la Resolución No DESAJMZR15- 132 del 05 de febrero del año 2015, y se declare la nulidad de la Resolución No 4160 del 08 de junio del año 2016. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a la entidad accionada desde el día 16 de enero de 2004 y hasta el día 31 de diciembre de 2013, liquidar en debida forma al

accionante el salario y la prima especial de servicios, consagrada en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, equivalente al 30% del ingreso básico mensual, la cual debe adicionarse al salario básico.

2. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

En la audiencia de conciliación celebrada el 18 de diciembre de 2020, por solicitud expresa de las partes, en la que la Rama Judicial manifestó tener ánimo conciliatorio.

El apoderado de la entidad demandada manifestó que el Comité de Defensa Judicial se reunió y convocó a ésta conciliación conforme a la certificación No. 256-20 que se aportó al Despacho, y en la que se lee:

"En el presente asunto resulta PROCEDENTE PRESENTAR FÓRMULA CONCILIATORIA con CLARA INÉS MEJÍA GIRALDO, conforme lo establecido en la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado - SUJ-016-CE-S2-2019, de fecha 2 de septiembre de 2019, radicado No. 41001-23-33-000-2016-00041-02 (2204-2018), y las Políticas de Conciliación establecidas en el Manual Técnico de Defensa Judicial y Conciliación de la Rama Judicial, adoptado mediante Resolución No. 6998 de 31 de diciembre de 2019, así:

1) Se reconocerá las diferencias causadas por concepto de: (i) Reliquidación de prestaciones sociales y laborales con base en el 100% del salario básico mensual; y (ii) El 30% adicional, calculado sobre el 100% del salario básico, por concepto de prima especial del artículo 14 Ley 4ª de 1992, sin carácter salarial.

Lo anterior por los siguientes periodos: i) 21 de enero de 2012 al 12 de julio de 2012 y del 13 de julio de 2012 al 31 de diciembre de 2013 en sus calidades de juez promiscuo y penal municipal respectivamente., teniendo en cuenta que la reclamación administrativa se radicó el día 21 de enero de 2015 por lo que las diferencias causadas con anterioridad al 21 de enero de 2012, se encuentran prescritas.

2) Se reconocerá y pagará lo correspondiente al valor del 70% de la indexación.

Al realizar la liquidación correspondiente se realizarán los descuentos de ley. (...)

Así las cosas, el valor total del acuerdo conciliatorio es de \$45'149.777 correspondiente al 100% del capital más el 70% de la indexación.

De la anterior suma, se harán los descuentos de ley que sean a cargo del empleado.

3) El pago del presente acuerdo conciliatorio se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la radicación ante la Dirección Ejecutiva de

Administración Judicial-Grupo de Pago de Sentencias, por parte del beneficiario, de la totalidad de los documentos necesarios para la reclamación del rubro conciliado, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2469 de 2015 y la Circular DEAJC19-64 de 12 de agosto de 2019

4) Vencido el anterior término, si no se ha realizado el pago, se reconocerán intereses corrientes.

5) Ahora, se considera pertinente aclarar, que un acuerdo únicamente relativo por los periodos que no fueron afectados por la prescripción, sería benéfico siempre y cuando la parte actora acepte conciliar totalmente, y el Magistrado competente profiera el aval o aprobación correspondiente, de manera que se ponga fin al proceso, por acuerdo total."

Acto seguido se le concedió el uso de la palabra al apoderado de la parte demandante, para que se pronunciara sobre la propuesta de la parte demandada, quien al respecto aceptó la misma.

II. CONSIDERACIONES

LA CONCILIACIÓN JUDICIAL EN ASUNTOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS.

La conciliación judicial en asuntos contencioso administrativos se encuentra consagrada en el artículo 66 del Decreto 1818 de 1998, que a la letra dispone:

"La audiencia de conciliación judicial procederá a solicitud de cualquiera de las partes y se celebrará vencido el término probatorio. No obstante, las partes de común acuerdo podrán solicitar su celebración en cualquier estado del proceso".

En materia contenciosa administrativa, podrán conciliarse aquellos asuntos de carácter particular y contenido económico que se ventilen ante la jurisdicción contenciosa administrativa a través de las acciones de nulidad y restablecimiento, reparación directa y contractual.

Ahora bien, el artículo 180 numeral 8 del CPACA., establece:

"POSIBILIDAD DE CONCILIACIÓN: *En cualquier fase de la audiencia el Juez podrá invitar a las partes a conciliar sus diferencias,*

caso en el cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejuzgamiento”.

Aunado a lo anterior, corresponderá al Juez Administrativo la valoración sobre la existencia y validez del acuerdo conciliatorio celebrado por las partes, a fin de impartir la correspondiente aprobación si constata el cumplimiento de los requisitos señalados en el último inciso del artículo 67 del Decreto 1818 de 1998 el cual establece:

Artículo 67. Efectos de la conciliación administrativa. Lo pagado por una entidad pública como resultado de una conciliación debidamente aprobada y aceptada por el servidor o ex servidor público que hubiere sido llamado al proceso, permitirá que aquella repita total o parcialmente contra éste.

La conciliación aprobada, producirá la terminación del proceso en lo conciliado por las partes que la acepten. Si la conciliación fuere parcial, el proceso continuará para dirimir los aspectos no comprendidos en éste. Si el tercero vinculado no consintiere en lo conciliado, el proceso continuará entre la entidad pública y aquél. (Artículo 105 Ley 446 de 1998).

Para que el Juez pueda aprobar el acuerdo al que lleguen las partes, es necesario verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

i) Que no haya operado el fenómeno de la caducidad (art. 61 Ley 23 de 1991, modificado por el art. 81 Ley 446 de 1998.)

En el sub-lite se advierte que fue a través de la resolución 4160 del 08 de junio de 2016 la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto el día 19 de febrero de 2015 contra la Resolución DESAJMZR15-132 del 05 de febrero de 2015 y que la presentación de la demanda, acudiendo a la jurisdicción, se realizó dentro del término establecido por el artículo 136 del C.C.A. para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, teniendo en cuenta la suspensión del término de caducidad que se dio con la solicitud de conciliación prejudicial y que se retomó al día siguiente en que la misma fue realizada por la Procuraduría respectiva.

ii) Que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes (art. 59 ley 23 de 1991 y 70 de la ley 446 de 1998).

En este caso lo reclamado la parte actora es el pago de la prima especial de servicios y reliquidación de prestaciones sociales, por lo cual, la controversia es de carácter particular y de contenido económico, y de los derechos que en ella se discuten puede disponerse, siendo por tanto transigibles, condición *sine qua non* para que éstos sean materia de conciliación de conformidad con lo establecido en el artículo 2 del Decreto 1818 de 1998.

Cabe precisar que el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección segunda, en sentencia del día 14 de junio de 2012 con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve, determinó que en el campo del Derecho Administrativo Laboral, existe la posibilidad de conciliación únicamente sobre derechos inciertos y discutibles, siempre que se respete la irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social y de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales. Así las cosas cuando se logra un acuerdo conciliatorio que comprenda la totalidad del derecho en litigio, perfectamente puede ser avalado o aprobado en sede judicial.

iii) Que las partes estén debidamente representadas y que estos representantes tengan capacidad para conciliar.

Respecto a la representación de las partes y la capacidad de sus representantes para conciliar, se observa que en la conciliación celebrada en audiencia el pasado 18 de diciembre de 2020, las partes actuaron a través de apoderados debidamente constituidos.

De una parte el apoderado de la demandante, contaba con facultad para conciliar de conformidad con el memorial de poder allegada con el expediente. De otra parte, se observa que el poder conferido al apoderado de la entidad demandada, fue debidamente otorgado por el representante legal de la Rama Judicial y cuenta con expresa facultad para conciliar.

iv) Que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público (art. 65 A ley 23 de 1991 y art. 73 ley 446 de 1998, art. 60 Decreto 1818 de 1998)

Revisado el material probatorio visible a folios 32-71 del C.1, encuentra la Sala acreditada que la señora CLARA INÉS MEJÍA GIRALDO se desempeñó como Juez de la República, y que el mismo devengó el salario estipulado en los decretos

salariales.

Legalidad y no lesividad del patrimonio estatal.

Encuentra la Sala que el acuerdo logrado entre las partes no es violatorio de la ley, ni atenta contra el patrimonio público, como quiera que *"Se reconocerá las diferencias causadas por concepto de: (i) Reliquidación de prestaciones sociales y laborales con base en el 100% del salario básico mensual; y (ii) El reconocimiento del 30% adicional, calculado sobre el 100% del salario básico, por concepto de prima especial del artículo 14 Ley 4a de 1992, sin carácter salarial" y se "pagará lo correspondiente al valor del 70% de la indexación"*.

Es de advertir que la suma reconocida, no transgrede precepto legal, ni resulta lesiva al patrimonio del Estado, en tanto el pago en cuestión obedece la formula conciliatoria presentada por el Comité de Defensa Judicial de la Rama Judicial en aplicación a la extensión de jurisprudencia¹, específicamente en las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Conjuez María Carolina Rodríguez Ruiz del veintinueve (29) de abril de dos mil catorce (2014)² y la Sentencia de Unificación SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019, Sección 2º- Sala de Conjueces, C.P. Carmen Anaya de Castellanos. En el acta 256-20 del comité de conciliación, se ratifica la política institucional y se recomienda de manera unánime conciliar el reconocimiento y pago del ajuste de la prima de servicios, la cual reposa en el expediente y está integrada por la liquidación efectuada por la entidad demandada, documento con el cual se respalda el pacto conciliatorio bajo estudio.

En este contexto y en tratándose de la lesividad del patrimonio público, cabe decir que no se observa de manera alguna, un detrimento del tesoro público con la presentación de un acuerdo conciliatorio reseñado, razón por la cual se procederá a avalar el acuerdo logrado entre las partes.

El pago será regulado por lo normado en el artículo 192 y 195 del CPACA, comoquiera que, con el ánimo conciliatorio de las partes y la sentencia de Unificación del Consejo de Estado se encuentra configurado el presupuesto de la probabilidad de condena contra el Estado, motivo por el cual, el hecho de presentar fórmula de arreglo para solucionar de una manera más amigable la codena impuesta, se adecúa a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, en el entendido de que la parte demandante acepta dicho ofrecimiento por considerarlo pertinente y adecuado de acuerdo a sus pretensiones, y de igual forma, la entidad estatal se asegura de que los recursos públicos que administra, se vean asignados

¹ En tal sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en providencia del 26 de Marzo de 2014, radicado No 11001-03-25-000-2012-00544-00 (2062-12), M.P. Gerardo Arenas Monsalve

² EXPEDIENTE No. 11001-03-25-000-2007-00087-00. No. INTERNO: 1686-07

correcta y proporcionalmente frente a condenas judiciales en concreto que serían más cuantiosas y onerosas en caso de no llegar a una fórmula de arreglo con los accionantes.

Efectuada la anterior consideración, la Sala aprobará la conciliación celebrada entre las partes el 18 de diciembre de 2020. En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 66 de la Ley 446 de 1998 y en el artículo 3º del Decreto 1818 de 1998, se dispondrá que la conciliación que se aprueba haga tránsito a cosa juzgada respecto del demandante.

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;

RESUELVE:

PRIMERO: APROBAR el acuerdo conciliatorio al que llegaron la señora **CLARA INÉS MEJÍA GIRALDO** y la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**, por conducto de sus apoderados, en la audiencia de conciliación celebrada el día 18 de diciembre de 2020, de conformidad con las razones aquí expuestas y particularmente por ministerio de la certificación No. 256-20.

SEGUNDO: Como esta providencia hace tránsito a cosa juzgada con respecto a la totalidad de las pretensiones, se expedirá copia de la misma con destino a las partes, así como del acta de la audiencia de conciliación la cual presta mérito ejecutivo, con las debidas autenticaciones. Las sumas serán canceladas dentro de los cuatro (4) meses siguientes, en la forma y los términos previstos por los artículos 192 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

TERCERO: SE DECLARA TERMINADO EL PROCESO, en los términos del artículo 43 de la Ley 640 de 2001.

CUARTO: Por Secretaría una vez ejecutoriada esta providencia, expídanse las copias auténticas con constancia de su ejecutoria de conformidad con el artículo 114 del Código General del Proceso, a solicitud de la parte interesada y sin necesidad de auto que lo ordene.

QUINTO: Por Secretaria hacer las anotaciones en la base de datos SIGLO XXI y **ARCHÍVESE** las diligencias.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Discutida y aprobada en Sala de Decisión del día.

Los Conjueces:



LINA MARÍA HOYOS BOTERO

Conjuez Ponente



DANIEL FERNANDO LOAIZA CORREA

Conjuez Revisor



TOMÁS FELIPE MORA GÓMEZ

Conjuez Revisor

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 n°. 025 del 15 de Febrero de 2021.

A stylized, green, handwritten signature of HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA.

HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE CONJUECES**

Lina María Hoyos Botero
Conjuez Ponente

S. 002

Asunto:	Sentencia
Medio Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17-001-23-33-000-2016-00728-00
Demandante:	HECTOR FERNANDO ALZATE VELEZ
Demandados:	Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura, Consejo Seccional de la Judicatura.

Manizales, doce (12) de febrero del año dos mil veintiuno (2021).

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a emitir la sentencia de primera instancia, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, instaurado por el señor **HECTOR FERNANDO ALZATE VELEZ**, en contra de la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**, con la dirección de la **Doctora LINA MARÍA HOYOS BOTERO**, en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores Doctor **DANIEL FERNANDO LOAIZA CORREA** y Doctor **TOMÁS FELIPE MORA GÓMEZ**.

2. ASUNTO

Actuando a través de apoderado judicial, el demandante **HECTOR FERNANDO ALZATE VELEZ**, instauró demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** contra la **NACION – RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL** solicitando las siguientes **DECLARACIONES Y CONDENAS**:

Que se declare la nulidad de la Resolución No DESAJMZR 15-120 del 5 de febrero de 2015, expedida por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial en la ciudad de Manizales.

La nulidad de la Resolución No 4316 del 14 de junio del año 2016, expedida por la Directora Ejecutiva de Administración Judicial en la ciudad de Bogotá, notificada el día 21 de julio de 2016.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordene a la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, liquidar en debida forma la prima especial de servicios, contabilizándola como factor salarial. Así como la reliquidación de sus prestaciones sobre el 100% del salario.

Que se ordene reconocer y pagar al Dr **HECTOR FERNANDO ALZATE VELEZ**, a partir del 1 de abril de 2003 a la fecha de presentación de la demanda, y en lo sucesivo, las diferencias salariales y prestacionales, teniendo en cuenta como base la totalidad de la remuneración básica mensual de cada año y los demás factores salariales, esto es, sin deducir o descontar de esta remuneración el 30% de la prima especial de servicios.

Se cancelen intereses y se dé cumplimiento a los artículos 192 y 195 del CPACA.

Que se declare el pago de las costas y agencias en favor del demandante.

3. HECHOS

El **DEMANDANTE** labora al servicio de la Rama Judicial, en calidad de Juez de la República desde el 1 de abril de 2003 y a la fecha continúa en el servicio.

En su calidad de Juez percibió salario, prima de servicios y prestaciones sociales.

El salario devengado es el señalado año a año en los decretos expedidos por el Gobierno Nacional.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Mencionó la parte demandante en este acápite del escrito de la demanda, lo siguiente:

Normas Constitucionales vulneradas: artículos 1, 2, 4, 13, 25, 53, 58 y 228.

Normas de carácter nacional vulneradas: artículos 2º, 12, 14º de la ley

4ª de 1992; 152 numeral 7 de la Ley 270 de 1996; artículo 152 de la Ley 270 de 1996; artículo 127 Código Sustantivo del Trabajo; artículo 12 del Decreto 717 de 1978; artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, CPACA.

Aduce que desde el año de 1993 y por cada año subsiguiente, se ha disminuido a los Jueces de la República, y en especial a su mandante, el valor del salario y de las prestaciones sociales y cotizaciones a la seguridad social integral en un porcentaje equivalente al 30% de su remuneración básica mensual, circunstancia que afecta de manera correlativa y directa todos los derechos laborales. Para el efecto trajo a colación las sentencias del Consejo de Estado relativas a la interpretación del pago de la prima especial de servicios.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La **NACIÓN- RAMA JUDICIAL** (fls. 109-112 C1) manifestó que el Consejo de Estado mediante sentencia del 29 de abril de 2014 emitida por la Sala de Conjuces, Sección Segunda, se declaró la nulidad de los artículos en los decretos anuales de salarios de la Rama Judicial comprendidos entre los años 1993 a 2007, los cuales ordenaron que el 30% de la asignación básica para el cargo de Juez de la Republica, entre otros servidores públicos, se consideraba como prima sin carácter salarial.

Informa que, como se observa, fue la misma Ley 4ª y su desarrollo normativo, la que de manera expresa determinó que la prima especial no tiene carácter salarial, de manera que excluyó la misma de la liquidación de los otros derechos laborales que conforman la remuneración de la parte demandante, tales como prima de servicios, navidad, vacaciones, auxilio de cesantía y bonificación por servicios prestados y de las prestaciones sociales.

Aduce que, no es legalmente procedente acceder a las pretensiones de la presente demanda, teniendo en cuenta que la prima del 30% de servicios fue establecida sin carácter salarial por la propia Ley 4ª de 1992, la cual fue declarada conforme con la Constitución en sentencia C-279 de 1996, razón por la cual el Gobierno Nacional está expresamente facultado para expedir los decretos salariales teniendo la potestad de determinar que el 30% de la remuneración mensual sea considerada prima especial sin carácter salarial, y por lo tanto, no contradice los mandatos constitucionales y legales.

Finalmente señala que, la actuación de la Dirección Seccional ha sido ajustada a los lineamientos jurídicos expresados, por cuanto el principio de legalidad al que se encuentran sometidos los agentes del Estado, no le permite a la entidad disponer la liquidación, reconocimiento y pago de condiciones diferentes a las autorizadas por el Gobierno Nacional como única autoridad competente para ello.

Formuló las excepciones de: **i)** ausencia de causa petendi, **ii)** cosa juzgada constitucional y **iii)** prescripción trienal.

6. PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES

Demandante.

Copia de la Resolución Resolución No DESAJMZR 15-120 del 5 de febrero de 2015, *"por medio de la cual se resuelve un derecho de petición"* (folios 32 y 33 C1) expedida por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial en la ciudad de Manizales; Resolución No 4316 del 14 de junio del año 2016 expedida por la Directora Ejecutiva de Administración Judicial en la ciudad de Bogotá (fl. 34 a 42); Solicitud formulada al Director Ejecutivo reclamando el reconocimiento y pago de la prima especial, con fecha 21 de enero de 2015 (folios 43 a 49 C1); Certificación salarial y devengados (folios 50 a 59 C1).

Demandada.

Actuación administrativa (folios 114 a 171 C1).

7. TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES.

El traslado de las excepciones formuladas por la entidad demandada se surtió el día 25 de Septiembre de 2018, respecto de las excepciones: **i).** ausencia de causa petendi, **ii)** cosa juzgada constitucional y **iii)** prescripción trienal (164 c1).

8. ALEGACIONES FINALES

En atención al artículo 13 del Decreto 806 de 2020 se corrió traslado de alegatos de conclusión (fl 181 C1).

Demandante.

Trajo a colación los antecedentes legales de la prima especial de servicios.

Señaló que la Rama Judicial ha dado a la norma una interpretación errada, no solo desconociendo los principios fundantes generadores de la Ley 4 de 1992, sino que está contrariando las normas legales, constitucionales y criterios jurisprudenciales reguladores del tema, al no reconocer y liquidar en debida forma y como factor salarial, el equivalente al 30% del ingreso básico mensual, el cual debe adicionarse al salario básico y no deducirse como se ha hecho, y por

el contrario liquidar los salarios y prestaciones sociales en una base porcentual del 100% de la remuneración mensual y no con el 70% como se ha venido efectuando y como claramente se evidencia en el material documental aportado y decretado dentro del proceso.

Indica que el 30% que se venía descontando a su mandante a título de prima especial de servicios, es un componente de su remuneración mensual, cuyos efectos salariales y prestacionales han sido desconocidos, en virtud a la equivocada y errónea interpretación de la entidad aquí accionada, así las cosas, es claro que se vulneran los derechos laborales de su prohijado al no liquidar en debida forma esta prestación, contrariando a toda luz los principios legales y constitucionales que forjan la seguridad jurídica de los empleados de la Rama Judicial.

Citó la sentencia del 12 de abril de 2016 proferida por el Consejo de Estado, indicando que el término de prescripción solamente es pertinente contabilizarlo desde el momento de la ejecutoria de la sentencia del 29 de abril de 2014, radicado No 11001-03-25-000-2007-00087-00 número interno 1686-07, sección segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, y no como erradamente lo interpreta la administración (fl 185 a 189 C1).

Demandada.

La demandada reafirmó la tesis expuesta en la contestación de la demanda y agregó que, la prima especial de servicios no tiene carácter salarial tal como lo declaró la Corte Constitucional.

Adujo que no es posible acceder a las pretensiones de la parte demandante en el sentido de reconocer y pagar las sumas que eventualmente puedan adeudarse por concepto de prima del 30% en tanto no se han asignado recursos presupuestales al rubro de nómina.

Puso de presente el pronunciamiento de la sentencia de Unificación SUJ-016—CE-SE2019 del 2 de septiembre de 2019 proferida por el Consejo de Estado, referente al término para contabilizar la prescripción, solicitando se declare la misma sobre las sumas de dinero previas al 21 de enero de 2012 (fl. 190 a 193).

9. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a la cuantía de la demanda y al factor territorial y a esta Sala de Conjuces, atendiendo 1). La orden emitida por el Consejo de Estado en auto del 28 de septiembre de 2017 (fls. 83 a 84 C1) que aceptará el impedimento presentado

por la totalidad de los Magistrados que integran esta Corporación y a este Conjuez por sorteo de conjueces realizado el pasado 2 de febrero de 2018 (fls. 92 a 94 C1).

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

Se surte en la presente diligencia de audiencia, y una vez verificada la totalidad de la actuación en el presente proceso, no se encuentra vicio que anule la actuación y tampoco fue propuesto en su momento por las partes en conflicto.

c. PROBLEMAS JURÍDICOS:

Se definen así:

¿Fue liquidado en debida forma el salario devengado por el demandante en calidad de Juez de la República, o bien se descontó del mismo la prima especial de servicios, equivalente al 30% del salario, generando una merma en los salarios devengados?

¿Es procedente la reliquidación y pago de las prestaciones sociales devengadas por el demandante con base en el 100 % de la remuneración básica mensual designada para cada año?

¿Tienen derecho el demandante al reconocimiento de la prima especial de servicios como factor salarial y en consecuencia, a la reliquidación y pago de sus prestaciones sociales?

¿Se le debe declarar la existencia del fenómeno de la prescripción trienal laboral, acorde con los postulados legales que a esta figura regulan?

d. ANALISIS

PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS, artículo 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;*
- 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 en su artículo 14, creó la prima de servicios, así:

ARTÍCULO 14. El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar,

Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los Registradores del Distrito Capital y los niveles Directivo y Asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

PARÁGRAFO. Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad”.

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

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.

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 Prima especial (30%): \$3.000.000 Salario sin prima: \$7.000.000 Total a pagar al servidor: \$10.000.000</i>	<i>Salario básico: \$10.000.000 Prima especial (30%): \$3.000.000 Salario más prima: \$13.000.000 Total a pagar al servidor: \$13.000.000</i>

A su vez en reciente sentencia del Consejo de Estado del dos (2) de septiembre del 2015, Conjuetz Ponente: Carmen Anaya de Castellanos², se señaló al respecto:

"... para esta Sala de Conjuetes es claro que tales normas y actos administrativos demandados, desmejoraron laboralmente los salarios y derechos prestacionales de la actora, puesto que se desconoció, tanto en el procedimiento administrativo como en la sentencia recurrida, el que las primas representan un incremento a la remuneración y no una merma de la misma, contrariando la progresividad en materia laboral. Entonces, en consecuencia, se procederá a ordenar, a título de restablecimiento del derecho, la reliquidación y pago del 30%del salario, con incidencia en la prima y las prestaciones legales devengadas por el señor JOSÉ FERNANDO OSORIO CIFUENTES, durante el período demandado".

De acuerdo a lo anterior, con los criterios normativos establecidos en la ley marco, esto es la Ley 4ª de 1992, es claro que el Gobierno Nacional contravino los criterios fijados por el legislador con la expedición de los decretos demandados anualmente, pues como se pudo observar, el literal a) del artículo 2º de la mencionada Ley estableció que de ninguna manera se podían desmejorar los salarios y prestaciones sociales. Sin embargo, se dio una incorrecta interpretación, aplicando indebidamente la Ley 4ª de 1992 al haber mermado el salario de un grupo de servidores públicos, razón suficiente para determinar que los actos administrativos demandados son contrarios a la Constitución y la Ley, pues desconocen los derechos laborales prestacionales del

² Actor: José Fernando Osorio Cifuentes. No radicación 73001233100020110010202

actor y vulneran principios constitucionales, por lo que es mandatario ordenar el pago íntegro del salario, y la reliquidación de sus derechos laborales y prestacionales, en atención al desarrollo y evolución jurisprudencial que procura la protección de los derechos laborales económicos y constitucionales reclamados.

En reciente sentencia de unificación emitida por el Consejo de Estado³, la cual concluyó que la prima especial de servicios, de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, es una prestación social equivalente al 30% del sueldo básico de estos funcionarios y es adicional a este y no, como lo pretendieron el Gobierno y la demandada, deducirla del sueldo básico, así las cosas, el demandante debió recibir el 100% por ciento de sus salario y una prima adicional equivalente al 30% por ciento del salario básico:

"...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(sic) para la reliquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho..."

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS COMO FACTOR SALARIAL

De igual manera, hace parte de la reclamación realizada por la parte demandante y de la contestación hecha por la demandada, la condición o no, de factor salarial que reviste la prima especial de servicios.

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 modifica la Ley 4 de 1992 y se dictan otras disposiciones"*, señalando que la prima constituiría parte del ingreso base, pero únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación. El artículo en cuestión señala:

³ Sentencia de Unificación SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019, Sección 2ª-Sala de Conjuces, C.P: Carmen Anaya de Castellanos. Actor: Joaquín Vera Pérez Demandado: Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial.

Artículo 1º.- Aclarado por el art. 1, Ley 476 de 1998⁴ La prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4 de 1992, para los funcionarios allí mencionados y para los fiscales de la Fiscalía General de la Nación, con la excepción allí consagrada, que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio harán parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecida por la Ley.

La anterior prima con las mismas limitaciones, también se aplicará a los Magistrados Auxiliares y abogados asistentes de las Altas Cortes, Magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura, Magistrados del Tribunal Nacional, y Magistrados del extinto Tribunal Disciplinario y los Procuradores Delegados de la Procuraduría General de la Nación.⁵

Tal como lo adujo la parte demandada, la Corte Constitucional en sentencia C-279 de 1996 al realizar análisis de constitucionalidad se pronunció sobre los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, declarando la EXEQUIBILIDAD de la frase "sin carácter salarial".

El Consejo de Estado, Sección Segunda⁶, en reciente sentencia adujo que la prima especial de servicios NO tiene carácter salarial:

"Dicha ley marco es la Ley 4ª de 1992, que en el artículo 14 establece una prima especial de servicios sin carácter salarial para diversos servidores públicos, que oscila entre el 30% y el 60% de la remuneración básica mensual⁷.

⁴ Artículo 1º. Aclárese el artículo 1º de la Ley 332 de 1996, en el sentido de que la excepción allí consagrada que hace alusión a la Ley 4ª de 1992, no se refiere a los Fiscales de la Fiscalía General de la Nación que se acogieron a la escala salarial establecida en el Decreto 53 de 1993, ni a quienes se vincularon con posterioridad a dicho decreto. En consecuencia, para estos servidores, la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 6º del Decreto 53 de 1993 y los decretos posteriores que lo subrogan o lo adiciona, tendrá carácter salarial para efectos de la determinación del salario base de liquidación de la pensión de jubilación.

⁵ Texto en Negrita declarado EXEQUIBLE en Sentencia Corte Constitucional 444 de 1997. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE Sentencia Corte Constitucional 129 de 1998

⁶ SECCIÓN SEGUNDA, SALA DE CONJUECES. CONJUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

⁷ Ley 4 de 1992. Artículo 14: "El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial, para los magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los jueces de la República, incluidos los magistrados y fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1) de enero de 1993.

(...) En esta sentencia, que es del año 2014, se anularon todos los decretos expedidos sobre la materia por parte del Gobierno Nacional entre 1993 y el 2007.

Aquí en el caso que nos ocupa se acoge y ratifica esta línea jurisprudencial, con la siguiente precisión: es necesario distinguir la 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, posición que fue confirmada por la sentencia de unificación proferida por la Sala de Conjuces del Consejo de Estado el pasado 2 de septiembre de 2019 y de la que hemos venido hablando:

“...En efecto, la norma previó que dicha prima, no constituiría factor salarial, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-279 de 1996, en la que se adujo:

«el Legislador conserva una cierta libertad para establecer, qué componentes constituyen o no salario; así como definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución. El considerar que los pagos por primas técnicas y especial no constituyen factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado Colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido con la comunidad internacional.»

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los registradores del distrito capital y los niveles directivo y asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil”.

A partir de la expedición de la Ley 332 del 19 de diciembre de 1996, el carácter no salarial de la mencionada prestación, fue modificado en el sentido de que esta debía tenerse en cuenta para efectos de liquidar prestaciones pero únicamente respecto a la pensión de jubilación de los funcionarios señalados en la norma que, a la fecha de su entrada en vigencia, se encontraran vinculados al servicio o que se jubilaran con posterioridad a esta.

El artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 facultó al Gobierno para determinar el porcentaje de la prima especial que, según el legislador, debía oscilar entre el 30 y el 60 % del salario básico, aspecto que ha sido regulado por el ejecutivo anualmente a partir de 1993, al expedir los decretos salariales de los servidores públicos.

En segundo lugar, el ejecutivo reglamentó el régimen salarial ordinario de los servidores públicos, así como previsto en el Decreto 57 de 1993, aplicable a los funcionarios que renunciaron al régimen ordinario y optaron por este y, a quienes se vincularon a partir de su vigencia. Frente al régimen de acogidos al Decreto 57 de 1993, se determinó que «el treinta por ciento (30%) de la remuneración mensual de los siguientes servidores públicos se considera como Prima Especial, sin carácter salarial»⁸.

Y frente al régimen salarial de los no acogidos, se estableció que «los funcionarios a que se refieren los artículos 5 y 6 del presente decreto tendrán derecho a una prima especial mensual equivalente al treinta por ciento (30%) de la asignación básica y los gastos de representación sin carácter salarial y sustituye la prima de que trata el artículo 7 del decreto 903 de 1992»⁹.

En tercer lugar, es importante destacar que el entendimiento del concepto de prima ha sido abordado por el Consejo de Estado¹⁰ al señalar que el título de «primas» significa invariablemente un agregado en el ingreso de los servidores públicos en ocasiones de naturaleza prestacional, salarial o como simple bonificación, con la constante, eso sí, de representar un incremento en los ingresos derivados de la relación laboral. Señaló expresamente la Sala:

«... la noción de "prima" como concepto genérico emerge a título de reconocimientos económicos adicionales para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con

⁸ Artículo 7, Decreto 57 de 1993.

⁹ Artículo 7, Decreto 51 de 1993.

¹⁰ Sentencia del Consejo de Estado – Sección Segunda del 2 de abril de 2009, expediente 11001-03-25-000-2007-00098-00 (1831-07), actor: Luis Esmeldy Patiño López, magistrado ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

todo, implican un aumento en su ingreso laboral, es así, como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima, entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para reconocer un "plus" en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en la definición normativa de esencia, sea o no definido su carácter salarial, prestacional o simplemente bonificadorio.»

Fuerza entonces concluir que por orden de la ley y la jurisprudencia, tanto de nuestro órgano superior como de la Corte Constitucional, la prima especial no le reviste carácter de factor salarial por ende se declarará probada la excepción de *cosa juzgada constitucional*.

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 ésta 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 el demandante ha estado vinculado a la Rama Judicial en el cargo de Juez de la República y de su análisis es claro que de su propio salario, fue extraído el valor de la prima especial de servicios, por tanto tendrá derecho al reconocimiento de la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, al pago de su salario en un cien por ciento (100%), así como y reliquidación de prestaciones sociales sobre el porcentaje del salario disminuido.

PRESCRIPCIÓN TRIENAL LABORAL **-Línea Jurisprudencial del Consejo de Estado-**

La línea jurisprudencial que venía defendiendo el Consejo de Estado años atrás, disponía que la prescripción que deviene de la nulidad de los decretos salariales se debe contar desde la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma. A partir de la sentencia de la nulidad simple, surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales. Al respecto se había señalado con claridad:

"...Sobre 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, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en señalar que la misma se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia 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 antes¹¹. 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

¹¹ 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.

precisado por esta Sección en sentencia del 4 de agosto de 2010¹² 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 períodos 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 porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación. [...] Ocurre sin embargo, que con posterioridad a estas decisiones, surgió para la funcionaria una expectativa legítima de un derecho que finalmente se concretó con la anulación de las normas que le restaban el carácter salarial al 30% que a título de prima especial percibía el servidor, razón por la cual, desde este momento puede decirse que nace para cada uno de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a los que se dirigía la norma anulada, el derecho a que dentro de la base liquidatoria de las prestaciones y las cesantías se incluya el 30% percibido a título de prima especial, es decir, que surge un derecho subjetivo que faculta al administrado para solicitar a la Consecuente con lo administración su reconocimiento. [...] anterior y como la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencia anulatorias citadas, los servidores o ex servidores de la

¹² Cita de cita: Ibídem

Fiscalía General de la Nación, podían reclamar su reconocimiento, sin que se pueda afirmar, como lo hace la primera instancia, que lo pretendido era revivir los términos de caducidad para acudir a la jurisdicción, pues como bien lo dice la demandante, no se está discutiendo el contenido de los actos que le reconocieron anualmente la cesantía, sino la negativa a la inclusión de un derecho económico que surgió con posterioridad a este reconocimiento. Es decir que, existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento [...] De esta manera la Sala se aparta del criterio acogido en algunas decisiones en las que se ha aceptado la configuración de la caducidad que conduce a proferir fallo inhibitorio frente a la pretensión de reliquidación del auxilio de cesantía, porque se insiste, la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencias a que se ha venido haciendo referencia [...]” (Subraya y negrilla fuera de texto).

Tal providencia recogió los argumentos expuestos en varias decisiones proferidas tanto por la Subsección “A” como por la Subsección “B”, en las cuales se expresó que en casos como el aquí analizado, procede el estudio de fondo de las pretensiones porque, se reitera, el derecho surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial¹³. Ahora, si bien la providencia citada se refiere al auxilio de cesantías liquidado definitivamente, tal postulado se aplica también para las otras prestaciones sociales que ya se hubiesen liquidado de forma definitiva. Así lo explicó la Sección Segunda Subsección “B” al manifestar¹⁴: “[...] 1.1.1 Respecto de las demás prestaciones sociales. Siguiendo esta postura y teniendo en cuenta que el término de prescripción (3 años) se cuenta a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, 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

¹³ Cita de cita: Ver las siguientes sentencias: Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”. C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Sentencia del 4 de marzo de 2010. No. Interno 1469-07. Actor. Aura Luz Mesa Herrera. Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B” C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 8 de abril de 2010. No. Interno 0512-08. Actor. María Marlene Bello Sánchez.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2005-08547-01(0132-09). Actor: Álvaro Guillermo Cuellar Romero. Demandado: Fiscalía General de La Nación.

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 ellos¹⁵. [...] 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..."

En este sentido vale la pena traer a colación 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 pasó del tiempo para que opere el fenómeno de la prescripción, es necesario además que el derecho o la acción a los que

¹⁵ 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.

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 operaba contados tres años siguientes a la declaratoria de nulidad. La anterior tesis que fue acogida en la decisión esbozada por el Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección "A" del veintiuno (21) de abril dos mil dieciséis (2016), garantizando el acceso a la administración de justicia y la materialización de los derechos¹⁶.

Sin embargo, un giro a la línea jurisprudencial se dio en el Consejo de Estado, Sección Segunda - Sala de Conjuces¹⁷, en que determinaron que la prescripción debía tomarse contando solo tres (3) años atrás desde el inicio de la reclamación administrativa, y se interrumpe con la solicitud de reliquidación.

"...Pasa la Sala a estudiar la figura de la prescripción; ello hace entrar en línea de cuenta la siguiente pregunta: ¿desde qué fecha hay que reconocer y pagar los salarios y las prestaciones sociales que hubieren sido mal liquidados por concepto de la prima especial de servicios?"

Al respecto hay tres posibles tesis, que se podrían denominar "tesis amplia" (desde 1993), "tesis intermedia" (aplicar la prescripción trienal a partir de la fecha de interrupción de la prescripción), y "tesis estricta" (a partir de la sentencia constitutiva que declare la nulidad). A continuación se explica la justificación y la viabilidad de cada una de estas tres tesis. Primero la justificación:

- *Tesis amplia: los fallos de nulidad tienen efecto ex tunc, es decir, se asume que la norma anulada nunca existió, lo que se traduce en que hay que retrotraerse a la situación anterior a la expedición de la norma anulada. Si ello es así, la situación se remite al 1º de enero de 1993, fecha en que empezó a regir la Ley 4ª de 1992, que introdujo la prima especial de servicios. Es una tesis muy favorable al trabajador, pues se traduce en 25 años de reliquidaciones a partir de hoy.*
- *Tesis intermedia: en materia laboral aplica la prescripción trienal, consagrada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y en el artículo*

¹⁶ SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN "A" Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá, D. C., abril veintiuno (21) de dos mil dieciséis (2016). SE 034 Radicado: 050012331000200301220 01 (0239-2014) Actor: Samuel Correa Quintero Demandado: Nación- Fiscalía General de la Nación.

¹⁷ SECCIÓN SEGUNDA, SALA DE CONJUECES. CONJUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

102 del Decreto 1848 de 1969¹⁸. De conformidad con estas normas, la prescripción de acciones que emanan de derechos laborales tiene un término de tres años contados a partir de la exigibilidad del derecho. Eso significa que, formulada una reclamación que exija el pago de una prestación periódica, se interrumpe la prescripción y entonces el trabajador tiene derecho al reconocimiento de sus prestaciones desde 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)¹⁹.*

Segundo la viabilidad:

¹⁸ Artículo 41. Decreto 3135 de 1968: "Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual".

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

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".

¹⁹ Cita de cita: "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".

- *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 culpa²⁰. Si un actor se demora 15 o 20 años en demandar, como sí 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 se prolongan en el tiempo. Es una tendencia razonable y fiscalmente viable.*
- *De la tesis intermedia: esta tesis se acoge aquí, para lo cual se dispondrá lo pertinente en la parte resolutive. La explícita base legal (criterio formal) y la moderación de la proporción de una solución intermedia (criterio material) hacen que ésta sea la tesis más razonable. Por tanto la prescripción se interrumpe con la solicitud de reliquidación y opera hasta tres años hacia atrás, contados a partir de ese momento.*
- *De la tesis estricta: esta tesis será dejada de lado porque ella fue aplicada por el Consejo de Estado a propósito de un tema diferente: el contrato realidad. Y como este caso es sobre la prima especial de servicios, que es distinto, no se puede extender la tesis jurisprudencial al caso concreto. Por otra parte, es la tesis más desfavorable para los trabajadores.*

²⁰ Cita de cita: Nemo auditur propriam turpitudinem allegans, en latín.

(...) Tercero, la demandante tiene derecho a que se le pague la diferencia entre lo efectivamente recibido y lo dejado de percibir, desde el 14 de julio de 2008, o sea tres años atrás de la fecha en que solicitó el reajuste de sus prestaciones sociales y salariales, debido a la prescripción trienal. Por tanto, no tiene derecho a que se le reliquide desde el día 1º de enero de 1993, como lo indicó el fallo inicial, el cual será en este punto revocado."

Finalmente en 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, fijó una nueva posición frente al fenómeno de la prescripción:

"...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, establecen²¹: (i) que el termino 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.***

*(...)
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).*

²¹ 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, peso 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.

Así las cosas, y sin necesidad de acudir a más discernimientos, esta Sala de Conjuces acoge la última tesis propuesta por el Consejo de Estado en esta materia. Para el caso concreto y de acuerdo a la pauta jurisprudencial de la Sala Plena del Consejo de Estado, sobre la contabilización de la prescripción del derecho a reclamar la prima especial de servicios, se tendrá en cuenta en cada caso la fecha de presentación de la reclamación administrativa y a partir de allí se reconocerá hasta tres años atrás, de conformidad con el Decreto 3135 de 1998 y 1848 de 1969.

Ahora bien, debe señalarse que el término de prescripción de los derechos laborales reclamados es de tres (3) años contados a partir de su exigibilidad se declarará la prescripción. La reclamación administrativa se realizó el día **21 de enero de 2015**, como se puede constatar a folios 32 a 33 del encuadernado, por ende tendría derecho al pago de la diferencia entre lo efectivamente recibido y lo dejado de percibir por concepto de prima especial de servicios y reliquidación de prestaciones sociales, desde el **21 de enero de 2012**, debido a la prescripción trienal.

Siendo los periodos reclamados en esta demanda, los comprendidos entre el **1 de abril de 2003 a la fecha**, pues el demandante aún funge en el cargo de Juez de la República, habrá de declararse que **por el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2003 hasta el 20 de enero de 2012, operó el fenómeno de la prescripción trienal laboral.**

Frente al periodo contemplado **desde el 21 de enero de 2012 hasta la fecha de cumplimiento de esta sentencia y/o hasta cuando haya fungido o funja el demandante como Juez**, se ordenará el debido reconocimiento y pago.

10. CASO CONCRETO Y CONCLUSIONES

Obra prueba dentro del expediente que el demandante **HECTOR FERNANDO ALZATE VELEZ**, ha laborado al servicio de la Rama Judicial, en el cargo de Juez de la República desde el día **1 de abril de 2003** y a la fecha de presentación de la demanda continuaba en el cargo en mención. Por lo tanto y conforme a los antecedentes jurisprudenciales sobre la prima de servicios contemplada en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 se ordenará:

1. La aplicación del régimen previsto para los servidores públicos en calidad de Juez de la República de acuerdo a su categoría, y que excluyeron el pago de la prima regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 en un porcentaje del 30%, pues la misma se descontó del salario, por lo que existe un saldo impago, de ahí que se accederá a la declaración de nulidad de los actos administrativos acusados y se ordenará el reconocimiento y pago del 30% de

su salario básico por concepto de la prima reclamada que fue deducida por la demandada del mismo, así como reliquidar las prestaciones sociales con inclusión del porcentaje que fue descontado del salario, por el periodo reclamado y no prescrito.

2. Atendiendo a que las prestaciones sociales fueron liquidadas sobre el 70% del salario básico, se deben reliquidar las prestaciones, tomando como base de liquidación el 100% del salario básico mensual y pagar la diferencia, por el periodo reclamado y no prescrito.
3. Las Sumas dinerarias que serán liquidadas en favor del actor, deberán ser ajustadas en los términos del artículo 178 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

$$R: Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

4. Según la cual el valor presente se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria está sentencia por el índice inicial). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el numeral 4º del artículo 195 del CPACA.
5. Por tratarse de pagos sucesivos la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada reliquidación prestacional.
6. Al ser factor salarial únicamente para los aportes a pensión, debe ordenarse la reliquidación con inclusión del valor de la prima especial de servicios y el cien por ciento del salario básico (100%) los aportes a pensión por todo el tiempo en que la demandante ha ocupado el cargo de Juez de la República y percibido la prima especial de servicios.
7. Sobre el periodo reclamado operó el fenómeno de la prescripción trienal laboral de manera parcial, por lo que se condenará a la demandada, a realizar los pagos que correspondan conforme lo dicho en precedencia y solo respecto del periodo comprendido entre el **21 de enero de 2012 hasta la fecha de cumplimiento de esta sentencia y/o hasta cuando haya fungido o funja el demandante como Juez.**
8. Se condenará en costas-gastos procesales y no hay lugar a condenar en agencias del derecho.

En este orden de ideas se declarará impróspera la excepción de *ausencia de causa petendi*, probada de excepción de *cosa juzgada constitucional*, y parcialmente probada la de *prescripción*.

11. COSTAS

Se dice que las costas se componen de las Costas procesales y de las Agencias en Derecho, entendida la primera como aquellos gastos procesales en que incurrió la parte demandante, para por así decirlo impulsar el proceso y las segundas son los honorarios del trabajo realizado por el apoderado del demandante, sin embargo para fijar las agencias en derecho, el Consejo Superior de la Judicatura emitió el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016.

Ahora bien, conforme la hoja de gastos procesales visible a folio 98 a 101 del C.1, fue necesario enviar por correo certificado los traslados de la demanda, con oficios nº 1464 a 1465 del 15 de Junio de 2018 por un valor total de SIETE MIL CIEN PESOS (\$7.100.00 M/C) por lo que esta suma será reconocida como gastos procesales.

Al respecto de las agencias en derecho y conforme el nº 1 del artículo 5º del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016;

*"...ARTÍCULO 5º. Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son:
1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.*

*(...).
En primera instancia.*

a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:

(i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.

(...)."

Ahora bien el artículo 25 del C.G.P., frente a las cuantías dice:

"Artículo 25. Cuantía. Cuando la competencia se determine por la cuantía, los procesos son de mayor, de menor y de mínima cuantía. Son de mínima cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que no excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smmlmv).

Son de menor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv) sin exceder el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv).

*Son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv).
(...).”*

Respecto a este tema el Consejo de Estado se pronunció:

“...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 Estado²², 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 procesos sobre la causación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”

De acuerdo con lo anterior al no avizorarse mala fe o maniobras dilatorias por la parte demandada, la Sala de Conjueces considera que no hay lugar a emitir condena en costas-agencias en derecho.

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

²² 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. La mencionada sentencia preciso que si bien es cierto la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en o costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderará tales circunstancia y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada...».

12. FALLA

PRIMERO: Declárase la nulidad de los actos administrativos ***Resolución DESAJMZR15-445 del 26 de Marzo de 2015*** y del ***Acto ficto presunto negativo*** surgido del recurso de apelación formulado el día 13 de abril de 2015, emitidos por las Direcciones Ejecutivas de Administración Judicial de la Rama Judicial Seccional Manizales y por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial Nivel Central.

SEGUNDO: Declárese NO PROBADA la excepción de *ausencia de causa petendi*, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: Declárese PROBADA la excepción de *cosa juzgada constitucional* y parcialmente probada la excepción de *prescripción* sobre los periodos comprendidos entre el **1 de abril de 2003 hasta el 20 de enero de 2012**.

CUARTO: En consecuencia y a título del restablecimiento del derecho se ORDENA a la NACION – RAMA JUDICIAL – DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL, proceda:

a). Al reconocimiento y pago de la totalidad del salario, es decir en un 100%, sin descontar el 30% por concepto de prima (equivalente el 30%) por el periodo comprendido entre el **21 de enero de 2012** hasta la fecha de cumplimiento de esta sentencia y/o hasta cuando funja o haya fungido el demandante, señor HECTOR FERNANDO ALZATE VELEZ, como Juez según la categoría que desempeñe.

b). La prima especial de servicios es un beneficio adicional al salario, que equivale al 30% del mismo, y que debe ser sumado al salario, no restado, para liquidar el ingreso mensual del trabajador, por ende se debe pagar en debida forma el salario en un cien por ciento (100%) y la prima especial de servicios de forma adicional (30%) por el comprendido entre el **21 de enero de 2012** hasta la fecha de cumplimiento de esta sentencia y/o hasta cuando funja o haya fungido el demandante como Juez según la categoría que desempeñe.

c). Atendiendo a que las prestaciones sociales fueron liquidadas sobre el 70% del salario básico, se deben reliquidar las prestaciones sociales y todos los emolumentos percibidos, tomando como base de liquidación el 100% del salario básico mensual, por el periodo comprendido entre el **21 de enero de 2012** hasta la fecha de cumplimiento de esta sentencia y/o hasta cuando funja o haya fungido el demandante como Juez.

d). Al ser factor salarial únicamente para los aportes a pensión, debe ordenarse la reliquidación con inclusión del valor de la prima especial de servicios y el cien por ciento del salario básico (100%), de los aportes a pensión por todo el tiempo

en que el demandante ha ocupado el cargo de Juez de la República y percibido la prima especial de servicios.

QUINTO: CONDENAR a la demandada y a favor del demandante al pago COSTAS así: GASTOS PROCESALES para un total de SIETE MIL CIEN PESOS (\$7.100.00 M/C). NO CONDENAR a la demandada al pago de AGENCIAS EN DERECHO conforme se dijo en la parte considerativa de esta demanda.

SEXTO: ORDENAR a la demandada que para el cumplimiento de la sentencia deberá efectuarse en los términos previstos en los artículos 189 y 192 del CPACA. Las sumas dinerarias que serán liquidadas en favor del actor, deberán ser ajustadas en los términos del artículo 178 del CPACA y los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el numeral 4º del artículo 195 del CPACA, de conformidad como se explica en precedencia.

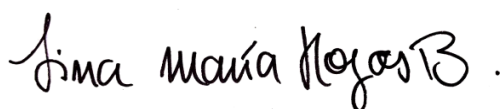
SÉPTIMO: Sin necesidad de auto que lo ordene, ejecutoriada esta sentencia y a petición de parte interesada, emitir COPIAS AUTÉNTICAS. Por SECRETARIA hacer las anotaciones en la base de datos SIGLO XXI.

OCTAVO: Evacuadas todas las etapas procesales de este proceso y una vez este ejecutoriada la última providencia emitida, ARCHÍVESE las diligencias.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en Sala de Decisión del día.

Los Conjueces:



LINA MARIA HOYOS BOTERO

Ponente



DANIEL FERNANDO LOAIZA CORREA

Conjuez Revisor

Con aclaración de voto



TOMÁS FELIPE MORA GÓMEZ
Conjuez Revisor

REPÚBLICA DE COLOMBIA  TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación en el Estado Electrónico nº. 025 del 15 de Febrero de 2021. HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE CONJUECES

Lina María Hoyos Botero
Conjuez Ponente

ACLARACIÓN DE VOTO DEL
CONJUEZ DANIEL FERNANDO LOAIZA CORREA

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Asunto:	ACLARACIÓN DE VOTO
Medio Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17 001 23 33 000 2016 – 00728 00
Demandante:	Héctor Fernando Alzate Vélez
Demandados:	Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Con el mayor respeto por esta Sala de Conjueces, así como por la decisión que por unanimidad adoptamos, me permito presentar aclaración sobre las siguientes consideraciones que hacen parte de la *ratio decidendi* de esta sentencia:

Considero indispensable a efectos de que la sentencia tenga la mejor construcción fáctica y jurídica posible, que se analice y resuelva con absoluta claridad el por qué se invoca el artículo 2535 del Código Civil frente a la prescripción trienal. No porque no esté de acuerdo con la prescripción aplicable al presente asunto, sino por razones de hermenéutica. Si el artículo 103 de la ley 1437 de 2011 establece el objeto y principios que rigen la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues es deber del juez explicar en sus providencias las razones que lo llevan aplicar normas que de ordinario, no suele aplicar en los juicios reglados por el CPACA. Al respecto, era necesario que la Sala diera esa explicación sobre el artículo 2535 del Código Civil y no solamente invocarlo.

Es esta la razón de mi aclaración.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
HECTOR FERNANDO ALZATE VELEZ
Radicado: 17-001-23-33-000-2016-00728-00

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Daniel', with a large, stylized flourish at the end.

DANIEL FERNANDO LOAIZA CORREA
Conjuez

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control fue devuelto del H. Consejo de Estado. Consta de 2 cuadernos.

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021)



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Radicado: 17001-23-33-000-2016-00753-00
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: José Rufino Gallego Sánchez
Accionado: UGPP

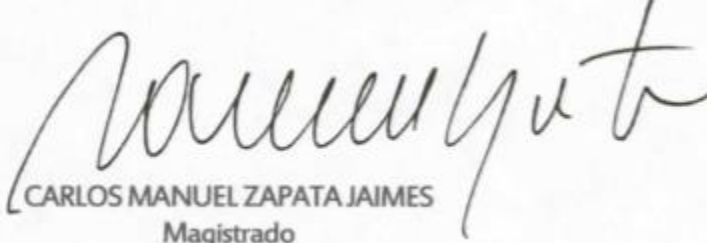
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Estése a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado en providencia de 14 de septiembre de 2020 (fls. 227 a 231 del presente cuaderno), la cual confirmó el auto proferido por esta Corporación el 08 de mayo de 2017 (fls. 207 y 208).

En consecuencia, una vez ejecutoriado el presente auto, continúese con el trámite de Ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a las partes por Estado Electrónico No. 025 del 15 de febrero de 2021. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico. Manizales, _____  HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS SALA DE CONJUECES Lina María Hoyos Botero Conjuez Ponente

S. 001

Asunto:	Sentencia
Medio Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17-001-23-33-000-2017-00183-00
Demandante:	Gladys Eugenia Villareal Carreño
Demandados:	Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura, Consejo Seccional de la Judicatura.

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a emitir la sentencia de primera instancia, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, instaurado por la señora **GLADYS EUGENIA VILLAREAL CARREÑO**, en contra de la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**, con la dirección de **LINA MARÍA HOYOS BOTERO** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores **DANIEL FERNANDO LOAIZA CORREA y TOMÁS FELIPE MORA GÓMEZ**.

2. ASUNTO

Actuando a través de apoderado judicial, la demandante **GLADYS EUGENIA VILLAREAL CARREÑO**, instauró demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** contra la **NACION – RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL**, solicitando se realicen las siguientes **DECLARACIONES Y CONDENAS**:

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Gladys Eugenia Villareal Carreño Vs Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Radicado: 17-001-23-33-000-2017-00183-00

Se inapliquen los decretos 658 de 2008, 723 de 2009, 1388 de 2010, 1039 de 2011, 0874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014, 1257, en lo que respecta a la prima especial servicios.

Se declare la nulidad de la Resolución No DESAJMZR 16-1252 del 18 de julio de 2016, expedida por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial en la ciudad de Manizales y del acto ficto presunto de carácter negativo proveniente del recurso de apelación formulado el día 1 de agosto de 2016.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, reconocer, liquidar y pagar a la señora Gladys Eugenia Villareal Carreño, la prima especial de servicios en cuantía del 30% prevista en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, como adicional a la remuneración básica mensual devengada, desde que esta se ha desempeñado como Juez de la República y en lo sucesivo, dando estricto cumplimiento a la sentencia del Consejo de Estado.

Reliquidar y pagar las prestaciones sociales devengadas, tales como: prima de navidad, prima de servicio, prima de vacaciones, cesantías, auxilio de cesantías, bonificación por actividad judicial, bonificación judicial y demás emolumentos prestacionales (salud y pensión), desde el momento en que su mandante ha sido Juez de la República hasta que permanezca vinculada en la Rama Judicial en dicho cargo, teniendo como base la remuneración básica mensual de cada año y los demás factores salariales, adicionando el 30% que corresponde a la prima especial de servicios.

Seguir cancelando a la señora Gladys Eugenia Villareal Carreño, los salarios y prestaciones sociales, conforme a lo expuesto por la sentencia del Consejo de Estado.

Las sumas de dinero sean actualizadas conforme al IPC, desde cuando debió surtirse el pago efectivo de la obligación y hasta el pago de la misma.

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 3º del artículo 192 del CPACA.

3. HECHOS

La demandante ha laborado al servicio de la Rama Judicial, en calidad de Juez de la República desde el **10 de diciembre de 1993 y el 31 de diciembre de 1993** nuevamente fungió como Juez de la República desde el **1 de Junio de 2009 y aún a la presentación de la demanda, continuaba en dicho cargo.**

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Gladys Eugenia Villareal Carreño Vs Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.
Radicado: 17-001-23-33-000-2017-00183-00

En su calidad de Juez percibió salario, prima de servicios y prestaciones sociales.

El salario devengado fue el señalado año a año en los decretos expedidos por el Gobierno Nacional.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Normas Constitucionales vulneradas: artículos 2, 4, 9, 13, 25, 53, 93, 150, 228 y 230.

Normas de carácter nacional vulneradas: Ley 4ª de 1992; Decreto 270 de 1978, Decreto 717 de 1978, 658 de 2008, 723 de 2009, 1388 de 2010, 1039 de 2011, 0874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014, 1257 de 2015, artículo 12 del Código Sustantivo del Trabajo: artículo 21.

Adujo que la Dirección Seccional de Administración Judicial de Manizales, ha violado de manera sistemática la Constitución Política de Colombia y la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con el imperativo de la movilidad del salario, atendiendo la necesidad de mantener el poder adquisitivo del salario básico de la Dra Gladys Eugenia Villarreal Carreño.

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 encargados de aplicarlos.

Finalmente, de las pruebas que reposan en el antecedente administrativo, concluye que la Dra Gladys Eugenia Villarreal Carreño, ha laborado al servicio de la Rama Judicial en calidad de Juez de la República, por lo que es aplicable los beneficios contenidos en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, en lo relacionado con el reconocimiento y pago de la prima especial.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **NACIÓN – RAMA JUDICIAL** (fls. 68-80 C1) manifestó que el Consejo de Estado mediante sentencia del 29 de abril de 2014 emitida por la Sala de Conjuces, Sección Segunda, declaró la nulidad de los artículos en los decretos anuales de salarios de la Rama Judicial comprendidos entre los años 1993 a

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Gladys Eugenia Villareal Carreño Vs Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Radicado: 17-001-23-33-000-2017-00183-00

2007, los cuales ordenaron que el 30% de la asignación básica para el cargo de Juez de la Republica, entre otros servidores públicos, se consideraba como prima sin carácter salarial.

Informa que, como se observa, fue la misma Ley 4ª y su desarrollo normativo, la que de manera expresa determinó que la prima especial no tiene carácter salarial, de manera que excluyó la misma de la liquidación de los otros derechos laborales que conforman la remuneración de la parte demandante, tales como prima de servicios, navidad, vacaciones, auxilio de cesantía y bonificación por servicios prestados y de las prestaciones sociales.

Aduce que, no es legalmente procedente acceder a las pretensiones de la presente demanda, teniendo en cuenta que la prima del 30% de servicios fue establecida sin carácter salarial por la propia Ley 4ª de 1992, la cual fue declarada conforme con la Constitución en sentencia C-279 de 1996, razón por la cual el Gobierno Nacional está expresamente facultado para expedir los decretos salariales teniendo la potestad de determinar que el 30% de la remuneración mensual sea considerada prima especial sin carácter salarial, y por lo tanto, no contradice los mandatos constitucionales y legales.

Finalmente señala que, la actuación de la Dirección Seccional ha sido ajustada a los lineamientos jurídicos expresados, por cuanto el principio de legalidad al que se encuentran sometidos los agentes del Estado, no le permite a la entidad disponer la liquidación, reconocimiento y pago de condiciones diferentes a las autorizadas por el Gobierno Nacional como única autoridad competente para ello.

6. PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES

Demandante.

Copia de la Resolución DESAJMZR16-1252 del 18 de julio de 2016 “*por medio de la cual se resuelve un derecho de petición*” (folios 29, 30 C1); Copia del recurso de apelación formulado (folios 31 a 32 C1); Certificación de los factores salariales devengados por la señora Gladys Eugenia Villareal Carreño (folios 33 a 37 C1).

Demandada.

Actuación administrativa. (folios 72 a 79)

7. TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES

El traslado de las excepciones formuladas por la entidad demandada se surtió

el día 19 de Septiembre de 2018, respecto de las excepciones: **i)** ausencia de causa petendi, inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido, **ii)** cosa juzgada constitucional y **iii)** prescripción trienal.

8. ALEGACIONES FINALES

Las partes no presentaron alegatos de conclusión.

9. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA:

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a la cuantía de la demanda y al factor territorial y a esta Sala de Conjuces atendiendo: 1) La orden emitida por el Consejo de Estado en auto del 14 de septiembre de 2017 (fl. 45 a 47 C1) que aceptará el impedimento presentado por la totalidad de los Magistrados que integran esta Corporación y, 2) a esta Conjuce por sorteo de conjuces realizado el pasado 8 de noviembre de 2017 (fls. 56 C1), oficiar como ponente.

b. CONTROL DE LEGALIDAD:

Se surte en la presente diligencia de audiencia, y una vez verificada la totalidad de la actuación en el presente proceso, no se encuentra vicio que anule la actuación y tampoco fue propuesto en su momento por las partes en conflicto.

c. PROBLEMAS JURÍDICOS:

Se definen así:

¿Fue liquidado en debida forma el salario devengado por la demandante en calidad de Juez de la República, o bien se descontó del mismo la prima especial de servicios, equivalente al 30% del salario, generando una disminución en los salarios devengados?

¿Es procedente la reliquidación y pago de las prestaciones sociales devengadas por la demandante con base en el 100 % de la remuneración básica mensual designada para cada año?

¿Tiene derecho la demandante al reconocimiento de la prima especial de servicios como factor salarial y en consecuencia, a la reliquidación y pago de sus prestaciones sociales?

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Gladys Eugenia Villareal Carreño Vs Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.
Radicado: 17-001-23-33-000-2017-00183-00

¿Se debe declarar la existencia del fenómeno de la prescripción trienal laboral, acorde con los postulados legales que a esta figura regulan?

d. ANÁLISIS

PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS, artículo 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;*
- 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 en su artículo 14, creó la prima de servicios, así:

ARTÍCULO 14. El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los Registradores del Distrito Capital y los niveles Directivo y Asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

PARÁGRAFO. Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad”.

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

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Gladys Eugenia Villareal Carreño Vs Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Radicado: 17-001-23-33-000-2017-00183-00

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>

A su vez en reciente sentencia del Consejo de Estado del dos (2) de septiembre el 2015, Conjuez Ponente: Carmen Anaya de Castellanos², se señaló al respecto:

¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Conjuez Ponente: María Carolina Rodríguez. 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.

² Actor: José Fernando Osorio Cifuentes. No radicación 73001233100020110010202

"... para esta Sala de Conjuces es claro que tales normas y actos administrativos demandados, desmejoraron laboralmente los salarios y derechos prestacionales de la actora, puesto que se desconoció, tanto en el procedimiento administrativo como en la sentencia recurrida, el que las primas representan un incremento a la remuneración y no una merma de la misma, contrariando la progresividad en materia laboral. Entonces, en consecuencia, se procederá a ordenar, a título de restablecimiento del derecho, la reliquidación y pago del 30% del salario, con incidencia en la prima y las prestaciones legales devengadas por el señor JOSÉ FERNANDO OSORIO CIFUENTES, durante el período demandado".

De acuerdo a lo anterior, con los criterios normativos establecidos en la ley marco, esto es la Ley 4ª de 1992, es claro que el Gobierno Nacional contravino los criterios fijados por el legislador con la expedición de los decretos demandados anualmente, pues como se pudo observar, el literal a) del artículo 2º de la mencionada Ley estableció que de ninguna manera se podían desmejorar los salarios y prestaciones sociales. Sin embargo, se dio una incorrecta interpretación, aplicando indebidamente la Ley 4ª de 1992 al haber mermado el salario de un grupo de servidores públicos, razón suficiente para determinar que los actos administrativos demandados son contrarios a la Constitución y la Ley, pues desconocen los derechos laborales prestacionales del actor y vulneran principios constitucionales, por lo que es mandatario ordenar el pago íntegro del salario, y la reliquidación de sus derechos laborales y prestacionales, en atención al desarrollo y evolución jurisprudencial que procura la protección de los derechos laborales económicos y constitucionales reclamados.

En reciente sentencia de unificación emitida por el Consejo de Estado³, la cual concluyó que la prima especial de servicios, de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, es una prestación social equivalente al 30% del sueldo básico de estos funcionarios y es adicional a este y no, como lo pretendieron el Gobierno y la demandada, deducirla del sueldo básico, así las cosas, el demandante debió recibir el 100% por ciento de sus salario y una prima adicional equivalente al 30% por ciento del salario básico:

"...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

³ Sentencia de Unificación SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019, Sección 2º-Sala de Conjuces, C.P: Carmen Anaya de Castellanos. Actor: Joaquín Vera Pérez Demandado: Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial.

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(sic) para la reliquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho...”

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS COMO FACTOR SALARIAL

De igual manera, hace parte de la reclamación realizada por la parte demandante y de la contestación hecha por la demandada, la condición o no, de factor salarial que reviste la prima especial de servicios.

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 modifica la Ley 4 de 1992 y se dictan otras disposiciones"*, señalando que la prima constituiría parte del ingreso base, pero únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación. El artículo en cuestión señala:

Artículo 1º.- Aclarado por el art. 1, Ley 476 de 1998⁴ La prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4 de 1992, para los funcionarios allí mencionados y para los fiscales de la Fiscalía General de la Nación, con la excepción allí consagrada, que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio harán parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecida por la Ley.

La anterior prima con las mismas limitaciones, también se aplicará a los Magistrados Auxiliares y abogados asistentes de las Altas Cortes, Magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura, Magistrados del Tribunal Nacional, y Magistrados del extinto Tribunal

⁴ Artículo 1º. Aclárese el artículo 1º de la Ley 332 de 1996, en el sentido de que la excepción allí consagrada que hace alusión a la Ley 4ª de 1992, no se refiere a los Fiscales de la Fiscalía General de la Nación que se acogieron a la escala salarial establecida en el Decreto 53 de 1993, ni a quienes se vincularon con posterioridad a dicho decreto. En consecuencia, para estos servidores, la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 6º del Decreto 53 de 1993 y los decretos posteriores que lo subrogan o lo adiciona, tendrá carácter salarial para efectos de la determinación del salario base de liquidación de la pensión de jubilación.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Gladys Eugenia Villareal Carreño Vs Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.
Radicado: 17-001-23-33-000-2017-00183-00

*Disciplinario y los Procuradores Delegados de la Procuraduría General de la Nación.*⁵

Tal como lo adujo la parte demandada, la Corte Constitucional en sentencia C-279 de 1996 al realizar análisis de constitucionalidad se pronunció sobre los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, declarando la EXEQUIBILIDAD de la frase "sin carácter salarial".

El Consejo de Estado, Sección Segunda⁶, en reciente sentencia adujo que la prima especial de servicios NO tiene carácter salarial:

"Dicha ley marco es la Ley 4ª de 1992, que en el artículo 14 establece una prima especial de servicios sin carácter salarial para diversos servidores públicos, que oscila entre el 30% y el 60% de la remuneración básica mensual⁷.

(...) En esta sentencia, que es del año 2014, se anularon todos los decretos expedidos sobre la materia por parte del Gobierno Nacional entre 1993 y el 2007.

Aquí en el caso que nos ocupa se acoge y ratifica esta línea jurisprudencial, con la siguiente precisión: es necesario distinguir la 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

⁵ Texto en Negrita declarado EXEQUIBLE en Sentencia Corte Constitucional 444 de 1997. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE Sentencia Corte Constitucional 129 de 1998

⁶ SECCIÓN SEGUNDA, Sala de Conjuces. Conjuez Ponente: Néstor Raúl Correa Henao. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

⁷ Ley 4 de 1992. Artículo 14: "El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial, para los magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los jueces de la República, incluidos los magistrados y fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1) de enero de 1993. Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los registradores del distrito capital y los niveles directivo y asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil".

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, posición que fue confirmada por la sentencia de unificación proferida por la Sala de Conjuces del Consejo de Estado el pasado 2 de septiembre de 2019 y de la que hemos venido hablando:

“...En efecto, la norma previó que dicha prima, no constituiría factor salarial, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-279 de 1996, en la que se adujo:

«el Legislador conserva una cierta libertad para establecer, qué componentes constituyen o no salario; así como definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución. El considerar que los pagos por primas técnicas y especial no constituyen factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado Colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido con la comunidad internacional.»

A partir de la expedición de la Ley 332 del 19 de diciembre de 1996, el carácter no salarial de la mencionada prestación, fue modificado en el sentido de que esta debía tenerse en cuenta para efectos de liquidar prestaciones pero únicamente respecto a la pensión de jubilación de los funcionarios señalados en la norma que, a la fecha de su entrada en vigencia, se encontraran vinculados al servicio o que se jubilaran con posterioridad a esta.

El artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 facultó al Gobierno para determinar el porcentaje de la prima especial que, según el legislador, debía oscilar entre el 30 y el 60 % del salario básico, aspecto que ha sido regulado por el ejecutivo anualmente a partir de 1993, al expedir los decretos salariales de los servidores públicos.

En segundo lugar, el ejecutivo reglamentó el régimen salarial ordinario de los servidores públicos, así como previsto en el Decreto 57 de 1993, aplicable a los funcionarios que renunciaron al régimen ordinario y optaron por este y, a quienes se vincularon a partir de su vigencia. Frente al régimen de acogidos al Decreto 57 de 1993, se

determinó que «el treinta por ciento (30%) de la remuneración mensual de los siguientes servidores públicos se considera como Prima Especial, sin carácter salarial»⁸.

Y frente al régimen salarial de los no acogidos, se estableció que «los funcionarios a que se refieren los artículos 5 y 6 del presente decreto tendrán derecho a una prima especial mensual equivalente al treinta por ciento (30%) de la asignación básica y los gastos de representación sin carácter salarial y sustituye la prima de que trata el artículo 7 del decreto 903 de 1992»⁹.

En tercer lugar, es importante destacar que el entendimiento del concepto de prima ha sido abordado por el Consejo de Estado¹⁰ al señalar que el título de «primas» significa invariablemente un agregado en el ingreso de los servidores públicos en ocasiones de naturaleza prestacional, salarial o como simple bonificación, con la constante, eso sí, de representar un incremento en los ingresos derivados de la relación laboral. Señaló expresamente la Sala:

«... la noción de "prima" como concepto genérico emerge a título de reconocimientos económicos adicionales para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con todo, implican un aumento en su ingreso laboral, es así, como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima, entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para reconocer un "plus" en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en la definición normativa de esencia, sea o no definido su carácter salarial, prestacional o simplemente bonificadorio.»

Fuerza entonces concluir que por orden de la ley y la jurisprudencia, tanto de nuestro órgano superior como de la Corte Constitucional, la prima especial no le reviste carácter de factor salarial por ende se declarará probada la excepción de *cosa juzgada constitucional*.

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS FRENTE A JUECES DE LA REPUBLICA

⁸ Artículo 7, Decreto 57 de 1993.

⁹ Artículo 7, Decreto 51 de 1993.

¹⁰ Sentencia del Consejo de Estado – Sección Segunda del 2 de abril de 2009, expediente 11001-03-25-000-2007-00098-00 (1831-07), actor: Luis Esmeldy Patiño López, magistrado ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Gladys Eugenia Villareal Carreño Vs Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Radicado: 17-001-23-33-000-2017-00183-00

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 ésta 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 ha estado vinculado a la Rama Judicial en el cargo de Juez de la República y de su análisis es claro que de su propio salario, fue extraído el valor de la prima especial de servicios, por tanto tendrá derecho al reconocimiento de la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, al pago de su salario en un cien por ciento (100%), así como y reliquidación de prestaciones sociales sobre el porcentaje del salario disminuido.

PRESCRIPCIÓN TRIENAL LABORAL **-Línea Jurisprudencial del Consejo de Estado-**

La línea jurisprudencial que venía defendiendo el Consejo de Estado años atrás, disponía que la prescripción que deviene de la nulidad de los decretos salariales se debe contar desde la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma. A partir de la sentencia de la nulidad simple, surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales. Al respecto se había señalado con claridad:

"...Sobre 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, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en señalar que la misma se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia 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 antes¹¹. 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 2010¹² 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 períodos 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

¹¹ 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.

¹² Cita de cita: Ibídem

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 porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación. [...] Ocurre sin embargo, que con posterioridad a estas decisiones, surgió para la funcionaria una expectativa legítima de un derecho que finalmente se concretó con la anulación de las normas que le restaban el carácter salarial al 30% que a título de prima especial percibía el servidor, razón por la cual, desde este momento puede decirse que nace para cada uno de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a los que se dirigía la norma anulada, el derecho a que dentro de la base liquidatoria de las prestaciones y las cesantías se incluya el 30% percibido a título de prima especial, es decir, que surge un derecho subjetivo que faculta al administrado para solicitar a la Consecuente con lo administración su reconocimiento. [...] anterior y como la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencias anulatorias citadas, los servidores o ex servidores de la Fiscalía General de la Nación, podían reclamar su reconocimiento, sin que se pueda afirmar, como lo hace la primera instancia, que lo pretendido era revivir los términos de caducidad para acudir a la jurisdicción, pues como bien lo dice la demandante, no se está discutiendo el contenido de los actos que le reconocieron anualmente la cesantía, sino la negativa a la inclusión de un derecho económico que surgió con posterioridad a este reconocimiento. Es decir que, existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la

viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento [...] De esta manera la Sala se aparta del criterio acogido en algunas decisiones en las que se ha aceptado la configuración de la caducidad que conduce a proferir fallo inhibitorio frente a la pretensión de reliquidación del auxilio de cesantía, porque se insiste, la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencias a que se ha venido haciendo referencia [...]” (Subraya y negrilla fuera de texto).

Tal providencia recogió los argumentos expuestos en varias decisiones proferidas tanto por la Subsección “A” como por la Subsección “B”, en las cuales se expresó que en casos como el aquí analizado, procede el estudio de fondo de las pretensiones porque, se reitera, el derecho surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial¹³. Ahora, si bien la providencia citada se refiere al auxilio de cesantías liquidado definitivamente, tal postulado se aplica también para las otras prestaciones sociales que ya se hubiesen liquidado de forma definitiva. Así lo explicó la Sección Segunda Subsección “B” al manifestar¹⁴: “[...] 1.1.1 Respecto de las demás prestaciones sociales. Siguiendo esta postura y teniendo en cuenta que el término de prescripción (3 años) se cuenta a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, 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 ellos¹⁵. [...] No puede arribarse a una conclusión distinta porque de nada valdría la

¹³ Cita de cita: Ver las siguientes sentencias: Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”. C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Sentencia del 4 de marzo de 2010. No. Interno 1469-07. Actor. Aura Luz Mesa Herrera. Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B” C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 8 de abril de 2010. No. Interno 0512-08. Actor. María Marlene Bello Sánchez.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2005-08547-01(0132-09). Actor: Álvaro Guillermo Cuellar Romero. Demandado: Fiscalía General de La Nación.

¹⁵ 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.

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...”

En este sentido vale la pena traer a colación 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 pasó del tiempo para que opere el fenómeno de la prescripción, es necesario además que el derecho o la acción a los que pretende aplicarse esta forma extintiva sean ya exigibles o ejercitables pues solo desde ese momento podrá contabilizarse el término prescriptivo. 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 operaba contados tres años siguientes a la declaratoria de nulidad. La anterior tesis que fue acogida en la decisión esbozada por el Consejo de Estado, Sección Segunda–Subsección “A” del veintiuno (21) de abril dos mil

dieciséis (2016), garantizando el acceso a la administración de justicia y la materialización de los derechos¹⁶.

Sin embargo, un giro a la línea jurisprudencial se dio en el Consejo de Estado, Sección Segunda - Sala de Conjuces¹⁷, en que determinaron que la prescripción debía tomarse contando solo tres (3) años atrás desde el inicio de la reclamación administrativa, y se interrumpe con la solicitud de reliquidación.

"...Pasa la Sala a estudiar la figura de la prescripción; ello hace entrar en línea de cuenta la siguiente pregunta: ¿desde qué fecha hay que reconocer y pagar los salarios y las prestaciones sociales que hubieren sido mal liquidados por concepto de la prima especial de servicios?

Al respecto hay tres posibles tesis, que se podrían denominar "tesis amplia" (desde 1993), "tesis intermedia" (aplicar la prescripción trienal a partir de la fecha de interrupción de la prescripción), y "tesis estricta" (a partir de la sentencia constitutiva que declare la nulidad). A continuación se explica la justificación y la viabilidad de cada una de estas tres tesis. Primero la justificación:

- *Tesis amplia: los fallos de nulidad tienen efecto ex tunc, es decir, se asume que la norma anulada nunca existió, lo que se traduce en que hay que retrotraerse a la situación anterior a la expedición de la norma anulada. Si ello es así, la situación se remite al 1º de enero de 1993, fecha en que empezó a regir la Ley 4ª de 1992, que introdujo la prima especial de servicios. Es una tesis muy favorable al trabajador, pues se traduce en 25 años de reliquidaciones a partir de hoy.*
- *Tesis intermedia: en materia laboral aplica la prescripción trienal, consagrada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969¹⁸. De conformidad con estas*

¹⁶ SECCIÓN SEGUNDA – Subsección “A” Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Bogotá, D. C., abril veintiuno (21) de dos mil dieciséis (2016). SE 034 Radicado: 050012331000200301220 01 (0239-2014) Actor: Samuel Correa Quintero Demandado: Nación- Fiscalía General de la Nación.

¹⁷ SECCIÓN SEGUNDA, Sala de Conjuces. Conjuces Ponente: Néstor Raúl Correa Henao. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

¹⁸ Artículo 41. Decreto 3135 de 1968: “Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

Artículo 102. Decreto 1848 de 1969: “Prescripción de acciones. 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.

normas, la prescripción de acciones que emanan de derechos laborales tiene un término de tres años contados a partir de la exigibilidad del derecho. Eso significa que, formulada una reclamación que exija el pago de una prestación periódica, se interrumpe la prescripción y entonces el trabajador tiene derecho al reconocimiento de sus prestaciones desde 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)¹⁹.*

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*

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".

¹⁹ Cita de cita: "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".

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 culpa²⁰. Si un actor se demora 15 o 20 años en demandar, como sí 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 se prolongan en el tiempo. Es una tendencia razonable y fiscalmente viable.

- *De la tesis intermedia: esta tesis se acoge aquí, para lo cual se dispondrá lo pertinente en la parte resolutive. La explícita base legal (criterio formal) y la moderación de la proporción de una solución intermedia (criterio material) hacen que ésta sea la tesis más razonable. Por tanto la prescripción se interrumpe con la solicitud de reliquidación y opera hasta tres años hacia atrás, contados a partir de ese momento.*
- *De la tesis estricta: esta tesis será dejada de lado porque ella fue aplicada por el Consejo de Estado a propósito de un tema diferente: el contrato realidad. Y como este caso es sobre la prima especial de servicios, que es distinto, no se puede extender la tesis jurisprudencial al caso concreto. Por otra parte, es la tesis más desfavorable para los trabajadores.*

(...) Tercero, la demandante tiene derecho a que se le pague la diferencia entre lo efectivamente recibido y lo dejado de percibir, desde el 14 de julio de 2008, o sea tres años atrás de la fecha en

²⁰ Cita de cita: Nemo auditur propriam turpitudinem allegans, en latín.

que solicitó el reajuste de sus prestaciones sociales y salariales, debido a la prescripción trienal. Por tanto, no tiene derecho a que se le reliquide desde el día 1º de enero de 1993, como lo indicó el fallo inicial, el cual será en este punto revocado.”

Finalmente en 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, fijó una nueva posición frente al fenómeno de la prescripción:

“...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, establecer²¹: (i) que el termino 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.***

(...)

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).

²¹ 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 por 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.

Así las cosas, y sin necesidad de acudir a más discernimientos, esta Sala de Conjuces acoge la última tesis propuesta por el Consejo de Estado en esta materia. Para el caso concreto y de acuerdo a la pauta jurisprudencial de la Sala Plena del Consejo de Estado, sobre la contabilización de la prescripción del derecho a reclamar la prima especial de servicios, se tendrá en cuenta en cada caso la fecha de presentación de la reclamación administrativa y a partir de allí se reconocerá hasta tres años atrás, de conformidad con el Decreto 3135 de 1998 y 1848 de 1969.

Ahora bien, debe señalarse que el término de prescripción de los derechos laborales reclamados es de tres (3) años contados a partir de su exigibilidad se declarará la prescripción. La reclamación administrativa se realizó el día **22 de junio de 2016**, como se puede constatar a folios 26 a 28 del encuadrado, por ende tendría derecho al pago de la diferencia entre lo efectivamente recibido y lo dejado de percibir por concepto de prima especial de servicios y reliquidación de prestaciones sociales, desde el **22 de junio de 2013**, debido a la prescripción trienal.

Siendo los periodos reclamados en esta demanda, los comprendidos entre el **10 de diciembre de 1993²² a la fecha**, pues la demandante aún funge en el cargo de Juez de la República, habrá de declararse que **por el periodo comprendido entre el 10 de diciembre de 1993 hasta el 21 de junio de 2013, operó el fenómeno de la prescripción trienal laboral.**

Frente al periodo contemplado **desde el 22 de junio de 2013 hasta la fecha de cumplimiento de esta sentencia y/o hasta cuando haya fungido o funja el demandante como Juez**, se ordenará el debido reconocimiento y pago.

10. CASO CONCRETO Y CONCLUSIONES

Obra prueba dentro del expediente que la demandante **GLADYS EUGENIA VILLAREAL CARREÑO**, ha laborado al servicio de la Rama Judicial, en el cargo de Juez de la República desde el día **10 de diciembre de 1993** y a la fecha de presentación de la demanda continuaba en el cargo en mención. Por lo tanto y conforme a los antecedentes jurisprudenciales sobre la prima de servicios contemplada en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 se ordenará:

1. La aplicación del régimen previsto para los servidores públicos en calidad de Juez de la República de acuerdo a su categoría, y que excluyeron el pago de la prima regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 en un porcentaje del 30%, pues la misma se descontó del salario, por lo que existe un saldo impago, de ahí que se accederá a la declaración de nulidad de los actos

²² Fl. 33 C1.

administrativos acusados y se ordenará el reconocimiento y pago del 30% de su salario básico por concepto de la prima reclamada que fue deducida por la demandada del mismo, así como reliquidar las prestaciones sociales con inclusión del porcentaje que fue descontado del salario, por el periodo reclamado y no prescrito.

2. Atendiendo a que las prestaciones sociales fueron liquidadas sobre el 70% del salario básico, se deben reliquidar las prestaciones, tomando como base de liquidación el 100% del salario básico mensual y pagar la diferencia, por el periodo reclamado y no prescrito.
3. Las Sumas dinerarias que serán liquidadas en favor de la actora, deberán ser ajustadas en los términos del artículo 178 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

$$R: Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

4. Según la cual el valor presente se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia por el índice inicial). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el numeral 4º del artículo 195 del CPACA.
5. Por tratarse de pagos sucesivos la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada reliquidación prestacional.
6. Al ser factor salarial únicamente para los aportes a pensión, debe ordenarse la reliquidación con inclusión del valor de la prima especial de servicios y el cien por ciento del salario básico (100%) los aportes a pensión por todo el tiempo en que la demandante ha ocupado el cargo de Juez de la República y percibido la prima especial de servicios.
7. Sobre el periodo reclamado operó el fenómeno de la prescripción trienal laboral de manera parcial, por lo que se condenará a la demandada, a realizar los pagos que correspondan conforme lo dicho en precedencia y solo respecto del periodo comprendido entre el **desde el 22 de junio de 2013 hasta la fecha de cumplimiento de esta sentencia y/o hasta cuando haya fungido o funja el demandante como Juez.**
8. Se condenará en costas-gastos procesales y no hay lugar a condenar en agencias del derecho.

En este orden de ideas se declarará impróspera la excepción de *ausencia de causa petendi, inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido*, probada la excepción de *cosa juzgada constitucional*, y parcialmente probada la de *prescripción*.

11. COSTAS

Se dice que las costas se componen de las Costas procesales y de las Agencias en Derecho, entendida la primera como aquellos gastos procesales en que incurrió la parte demandante, para por así decirlo impulsar el proceso y las segundas son los honorarios del trabajo realizado por el apoderado del demandante, sin embargo para fijar las agencias en derecho, el Consejo Superior de la Judicatura emitió el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016.

Ahora bien, conforme la hoja de gastos procesales visible a folio 63 del C.1, fue necesario enviar por correo certificado los traslados de la demanda, con oficios nº 1522 a 1523 del 15 de Junio de 2018 por un valor total de SIETE MIL CIEN PESOS (\$7.100.00 M/C) por lo que esta suma será reconocida como gastos procesales.

Al respecto de las agencias en derecho y conforme el nº 1 del artículo 5º del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016;

"...ARTÍCULO 5º. Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son:

1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

(...).

En primera instancia.

a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:

(i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.

(...)."

Ahora bien el artículo 25 del C.G.P., frente a las cuantías dice:

"Artículo 25. Cuantía. Cuando la competencia se determine por la cuantía, los procesos son de mayor, de menor y de mínima cuantía.

Son de mínima cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que no excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv).

Son de menor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a cuarenta salarios

mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv) sin exceder el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv).

*Son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv).
(...).”*

Respecto a este tema el Consejo de Estado se pronunció:

“...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 Estado²³, 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 procesos sobre la causación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”

De acuerdo con lo anterior al no avizorarse mala fe o maniobras dilatorias por la parte demandada, la Sala de Conjuces considera que no hay lugar a emitir condena en costas-agencias en derecho.

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

12. FALLA

²³ 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. La mencionada sentencia preciso que si bien es cierto la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en o costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderará tales circunstancia y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada...».

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Gladys Eugenia Villareal Carreño Vs Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Radicado: 17-001-23-33-000-2017-00183-00

PRIMERO: Declárase la nulidad de los actos administrativos ***Resolución No DESAJMZR 16-1252 del 18 de julio de 2016*** y del ***Acto ficto presunto negativo*** surgido del recurso de apelación formulado el día 1 de agosto de 2016, emitidos por las Direcciones Ejecutivas de Administración Judicial de la Rama Judicial Seccional Manizales y por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial Nivel Central.

SEGUNDO: Declárese NO PROBADA las excepciones de *ausencia de causa petendi, inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido* por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: Declárese PROBADA la excepción de *cosa juzgada constitucional* y parcialmente probada la excepción de *prescripción* sobre los periodos comprendidos entre el **10 de diciembre de 1993 hasta el 21 de junio de 2013**

CUARTO: En consecuencia y a título del restablecimiento del derecho se ORDENA a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL, proceda:

a) Al reconocimiento y pago de la totalidad del salario, es decir en un 100%, sin descontar el 30% por concepto de prima (equivalente el 30%) por el periodo comprendido entre el **desde el 22 de junio de 2013** hasta la fecha de cumplimiento de esta sentencia y/o hasta cuando funja o haya fungido la demandante, señora **GLADYS EUGENIA VILLAREAL CARREÑO**, como Juez según la categoría que desempeñe.

b) La prima especial de servicios es un beneficio adicional al salario, que equivale al 30% del mismo, y que debe ser sumado al salario, no restado, para liquidar el ingreso mensual del trabajador, por ende se debe pagar en debida forma el salario en un cien por ciento (100%) y la prima especial de servicios de forma adicional (30%) por el comprendido entre el **desde el 22 de junio de 2013** hasta la fecha de cumplimiento de esta sentencia y/o hasta cuando funja o haya fungido el demandante como Juez según la categoría que desempeñe.

c) Atendiendo a que las prestaciones sociales fueron liquidadas sobre el 70% del salario básico, se deben reliquidar las prestaciones sociales y todos los emolumentos percibidos, tomando como base de liquidación el 100% del salario básico mensual, por el periodo comprendido entre el **desde el 22 de junio de 2013** hasta la fecha de cumplimiento de esta sentencia y/o hasta cuando funja o haya fungido el demandante como Juez.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Gladys Eugenia Villareal Carreño Vs Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Radicado: 17-001-23-33-000-2017-00183-00

d) Al ser factor salarial únicamente para los aportes a pensión, debe ordenarse la reliquidación con inclusión del valor de la prima especial de servicios y el cien por ciento del salario básico (100%), de los aportes a pensión por todo el tiempo en que el demandante ha ocupado el cargo de Juez de la República y percibido la prima especial de servicios.

QUINTO: CONDENAR a la demandada y a favor del demandante al pago COSTAS así: GASTOS PROCESALES para un total de SIETE MIL CIEN PESOS (\$7.100.00 M/C). NO CONDENAR a la demandada al pago de AGENCIAS EN DERECHO conforme se dijo en la parte considerativa de esta demanda.

SEXTO: ORDENAR a la demandada que para el cumplimiento de la sentencia deberá efectuarse en los términos previstos en los artículos 189 y 192 del CPACA. Las sumas dinerarias que serán liquidadas en favor del actor, deberán ser ajustadas en los términos del artículo 178 del CPACA y los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el numeral 4º del artículo 195 del CPACA, de conformidad como se explica en precedencia.

SÉPTIMO: Sin necesidad de auto que lo ordene, ejecutoriada esta sentencia y a petición de parte interesada, emitir COPIAS AUTÉNTICAS. Por SECRETARIA hacer las anotaciones en la base de datos SIGLO XXI.

OCTAVO: Evacuadas todas las etapas procesales de este proceso y una vez este ejecutoriada la última providencia emitida, ARCHÍVESE las diligencias.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en Sala de Decisión del día.

Los Conjueces:



LINA MARIA HOYOS BOTERO

Ponente

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Gladys Eugenia Villareal Carreño Vs Nación – Rama Judicial – Consejo Superior
de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.
Radicado: 17-001-23-33-000-2017-00183-00



DANIEL FERNANDO LOAIZA CORREA
Conjuez Revisor
Con aclaración de voto



TOMÁS FELIPE MORA GÓMEZ
Conjuez Revisor

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Gladys Eugenia Villareal Carreño Vs Nación – Rama Judicial – Consejo Superior
de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.
Radicado: 17-001-23-33-000-2017-00183-00

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE CONJUECES**

*Lina María Hoyos Botero
Conjuez Ponente*

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL
CONJUEZ DANIEL FERNANDO LOAIZA CORREA**

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Asunto:	ACLARACIÓN DE VOTO
Medio Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17 001 23 33 000 2017 – 00183 00
Demandante:	Gladys Eugenia Villareal Carreño
Demandados:	Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Con el mayor respeto por esta Sala de Conjueces, así como por la decisión que por unanimidad adoptamos, me permito presentar aclaración sobre la siguiente consideración que hace parte de la *ratio decidendi* de esta sentencia:

Considero indispensable a efectos de que la sentencia tenga la mejor construcción fáctica y jurídica posible, que se analice y resuelva con absoluta claridad el porqué se invoca el artículo 2535 del Código Civil frente a la prescripción trienal. No porque no esté de acuerdo con la prescripción aplicable al presente asunto, sino por razones de hermenéutica. Si el artículo 103 de la ley 1437 de 2011 establece el objeto y principios que rigen la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues es deber del juez explicar en sus providencias las razones que lo llevan aplicar normas que de ordinario, no suele aplicar en los juicios reglados por el CPACA. Al respecto, era necesario que la Sala diera esa explicación sobre el artículo 2535 del Código Civil y no solamente invocarlo.

Es esta la razón de mi aclaración.



DANIEL FERNANDO LOAIZA CORREA
Conjuez

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Gladys Eugenia Villareal Carreño Vs Nación – Rama Judicial – Consejo Superior
de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.
Radicado: 17-001-23-33-000-2017-00183-00



REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Lina María Hoyos Botero-
Conjuez.

A.I. 020

Asunto:	Acepta Impedimento
Medio Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17-001-23-33-000-2017-00897-00
Demandante:	Jairo Ángel Gómez Peña
Demandados:	Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Decide el Despacho el impedimento presentado por el **Dr. ALEJANDRO RESTREPO CARVAJAL, PROCURADOR ADMINISTRATIVO 28 JUDICIAL II DE MANIZALES**, para conocer este medio de control **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la demandante **JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA**, contra la **NACIÓN-RAMA JUDICIAL- CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**, por encontrarse incurso en la causal contemplada en el nº 1 del artículo 141 del Código General del Proceso en concordancia con los artículos 130 del CPACA y 280 de la Constitución Nacional.

I. ANTECEDENTES

I.I. Lo que se demanda.

En resumen pretende el demandante a título de restablecimiento del derecho, el reconocimiento de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4º de 1992 y extensible a los Magistrados de Tribunal y sus afines, y en consecuencia se ordene a la demandada el reconocimiento y pago de los emolumentos salariales, dejados de percibir por este concepto.

I.II. Actuaciones procesales surtidas.

Hasta la fecha, se han surtido con éxito las etapas procesales contenidas en los artículos 160 a 165 y 171 a 172 de la Ley 1437 de 2011.

I.III. Declaración de impedimento.

Mediante oficio presentado el 23 de julio de 2020, el Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales Dr. Alejandro Restrepo Carvajal, presentó impedimento para intervenir en este medio de control, amparado en el n° 1 del artículo 141 del CGP, en concordancia con los artículos 130 del CPACA y 280 de la C.N, argumenta tener interés directo o indirecto en las resultas de este proceso.

II. CONSIDERACIONES.

II.I. Competencia.

Corresponde a este Despacho conforme lo dispone el artículo 134 del CPACA.

II.II. Análisis del caso en concreto.

Manifiesta el Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales, estar incurso en la causal, contemplada en el artículo 141 n° 1° de la Ley 1564 de 2012, la cual es del siguiente tenor:

"Artículo 141. Causales de recusación.

Son causales de recusación las siguientes:

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.

2., 3., 4., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 12., 13., 14."

Por otro lado, la pretensión principal de este medio de control, gira en torno al restablecimiento del derecho de la prima del 30% que regula el artículo 14 de la Ley 4° de 1992, que a la postre reza:

"Artículo 14: El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para Jueces de la Republica, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (01) de enero de 1993.

(...)." Subrayas propias.

De lo anterior se deduce que la prima del 30% regulada por la Ley 4º de 1992, objeto de debate en este medio de control, también ampara a los **"...Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial..."**, situación que encaja perfectamente en la labor desempeñada por el Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales, delegado para conocer esta causa y es lógico que se aparte de su conocimiento, absteniéndose de emitir cualquier concepto, toda vez que una decisión que acceda a la pretensiones de la demanda, le es favorable como precedente para una eventual controversia que por este mismo tema y en calidad de servidor público, tenga a bien interponer.

En consecuencia, el Despacho aceptará el impedimento propuesto por el procurador, para intervenir en esta causa.

III. DECISIÓN.

Corolario de lo discurrido en precedencia se declara fundado el impedimento presentado por el Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales Dr. Alejandro Restrepo Carvajal.

Aunado a lo anterior, de acuerdo con lo ordenado por la resolución 0032 de 08 de febrero de 2017, por medio de la cual se designa los asuntos de competencia de los Conjueces a los Procuradores Regionales y/o Distritales; en consecuencia se ordena que por Secretaria comuníquese de esta decisión al funcionario que sigue en turno, Procurador Judicial 29 para Asuntos Administrativos.

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

IV. RESUELVE

PRIMERO: DECLARESE fundada la manifestación de impedimento presentada por el **PROCURADOR 28 ADMINISTRATIVO JUDICIAL II DE ESTA CIUDAD, Dr ALEJANDRO RESTREPO CARVAJAL**; en consecuencia, se le separa del conocimiento de este medio de control **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA**, contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL**.

SEGUNDO: COMUNIQUESE de esta decisión al **PROCURADOR JUDICIAL 29 PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS**, para que asuma el conocimiento inmediato de este medio de control, conforme lo que se dijo en precedencia.

TERCERO: EJECUTORIADO este auto y por **SECRETARIA** comunicar esta decisión al Procurador Regional para el departamento de Caldas.

CUARTO: HAGANSEN las anotaciones correspondientes en la base de datos Sistema Siglo XXI.

Notifíquese y Cúmplase.

Lina María Hoyos Botero

LINA MARÍA HOYOS BOTERO
Conjuez.



REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Lina María Hoyos Botero-
Conjuez.

A.I. 019

Asunto: Acepta Impedimento
Medio Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17-001-23-33-000-2017-00898-00
Demandante: Arsenia María Trejos Muñoz
Demandados: Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Decide el Despacho el impedimento presentado por el **Dr. ALEJANDRO RESTREPO CARVAJAL, PROCURADOR ADMINISTRATIVO 28 JUDICIAL II DE MANIZALES**, para conocer este medio de control **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la demandante **ARSENIA MARÍA TREJOS MUÑOZ**, contra la **NACIÓN-RAMA JUDICIAL- CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**, Radicado **17-001-23-33-000-2017-00898-00**, por encontrarse incurso en la causal contemplada en el nº 1 del artículo 141 del Código General del Proceso en concordancia con los artículos 130 del CPACA y 280 de la Constitución Nacional.

I. ANTECEDENTES

I.I. Lo que se demanda.

En resumen pretende el demandante a título de restablecimiento del derecho, el reconocimiento de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4º de 1992 y extensible a los Magistrados de Tribunal y sus afines, y en consecuencia se ordene a la demandada el reconocimiento y pago de los emolumentos salariales, dejados de percibir por este concepto.

I.II. Actuaciones procesales surtidas.

Hasta la fecha, se han surtido con éxito las etapas procesales contenidas en los artículos 160 a 165 y 171 a 172 de la Ley 1437 de 2011.

I.III. Declaración de impedimento.

Mediante oficio presentado el 22 de febrero de 2018 el Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales Dr. Alejandro Restrepo Carvajal, presentó impedimento para intervenir en este medio de control, amparado en el n° 1 del artículo 141 del CGP, en concordancia con los artículos 130 del CPACA y 280 de la C.N, argumenta tener interés directo o indirecto en las resultados de este proceso.

II. CONSIDERACIONES.

II.I. Competencia.

Corresponde a este Despacho conforme lo dispone el artículo 134 del CPACA.

II.II. Análisis del caso en concreto.

Manifiesta el Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales, estar incurso en la causal, contemplada en el artículo 141 n° 1º de la Ley 1564 de 2012, la cual es del siguiente tenor:

"Artículo 141. Causales de recusación.

Son causales de recusación las siguientes:

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.

2., 3., 4., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 12., 13., 14."

Por otro lado, la pretensión principal de este medio de control, gira en torno al restablecimiento del derecho de la prima del 30% que regula el artículo 14 de la Ley 4º de 1992, que a la postre reza:

"Artículo 14: El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para Jueces de la Republica, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (01) de enero de 1993.

(...)." Subrayas propias.

De lo anterior se deduce que la prima del 30% regulada por la Ley 4º de 1992, objeto de debate en este medio de control, también ampara a los **"...Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial..."**, situación que encaja perfectamente en la labor desempeñada por el Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales, delegado para conocer esta causa y es lógico que se aparte de su conocimiento, absteniéndose de emitir cualquier concepto, toda vez que una decisión que acceda a la pretensiones de la demanda, le es favorable como precedente para una eventual controversia que por este mismo tema y en calidad de servidor público, tenga a bien interponer.

En consecuencia, el Despacho aceptará el impedimento propuesto por el procurador, para intervenir en esta causa.

III. DECISIÓN.

Corolario de lo discurrido en precedencia se declara fundado el impedimento presentado por el Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales Dr. Alejandro Restrepo Carvajal.

Aunado a lo anterior, de acuerdo con lo ordenado por la resolución 0032 de 08 de febrero de 2017, por medio de la cual se designa los asuntos de competencia de los Conjueces a los Procuradores Regionales y/o Distritales; en consecuencia se ordena que por Secretaria comuníquese de esta decisión al funcionario que sigue en turno, Procurador Judicial 29 para Asuntos Administrativos.

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

IV. RESUELVE

PRIMERO: DECLARESE fundada la manifestación de impedimento presentada por el **PROCURADOR 28 ADMINISTRATIVO JUDICIAL II DE ESTA CIUDAD, Dr ALEJANDRO RESTREPO CARVAJAL**; en consecuencia, se le separa del conocimiento de este medio de control **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **ARSENIA MARÍA TREJOS MUÑOZ**, contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL**.

SEGUNDO: COMUNIQUESE de esta decisión al **PROCURADOR JUDICIAL 29 PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS**, para que asuma el conocimiento inmediato de este medio de control, conforme lo que se dijo en precedencia.

TERCERO: EJECUTORIADO este auto y por **SECRETARIA** comunicar esta decisión al Procurador Regional para el departamento de Caldas.

CUARTO: HAGANSEN las anotaciones correspondientes en la base de datos Sistema Siglo XXI.

Notifíquese y Cúmplase.

Lina María Hoyos B.

LINA MARÍA HOYOS BOTERO
Conjuez.





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 029

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-006-2018-00095-02
Demandante:	Julieta Rodríguez Jiménez
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 005 del 12 de febrero de 2021

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del doce (12) de junio de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Julieta Rodríguez Jiménez contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²).

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 6 de marzo de 2018 (fls. 3 a 15, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Que se declare la nulidad de la Resolución nº 1612-6 del 7 de febrero de 2018, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional, por no incluir la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados de acuerdo a sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.
2. Que se declare que a la parte actora le asiste derecho a que le sea reconocida y pagada pensión de jubilación a partir del 10 de octubre de 2016 –fecha del status pensional–, incluyendo la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados, reconocidas a través de sentencia del 12 de febrero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.
3. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reliquidar y pagar la pensión de jubilación de la parte demandante, de la manera descrita anteriormente.
4. Que se ordene a la accionada que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de ley para cada año, como lo ordena la Constitución y la ley.
5. Que se ordene a la entidad demandada realizar el respectivo pago de las mesadas atrasadas desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina; y que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.
6. Que se condene a la parte accionada a reconocer y pagar los ajustes de valor a que hubiere lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales ordenadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo y demás emolumentos, conforme al inciso final del artículo 187 del CPACA.
7. Que se ordene a la entidad demandada a reconocer y pagar intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y hasta cuando se cumpla la totalidad de la condena, como lo dispone el inciso 3º del artículo 192 del CPACA.
8. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. La señora Julieta Rodríguez Jiménez laboró más de 20 años al servicio de la docencia oficial y cumplió los requisitos establecidos en la ley para el reconocimiento de una pensión de jubilación.
2. Con Resolución nº 10051-6 del 13 de diciembre de 2016, se reconoció pensión de jubilación, incluyendo en la base de liquidación sólo la asignación básica, la prima de navidad, la prima de vacaciones y la bonificación mensual.
3. La señora Julieta Rodríguez Jiménez adquirió el status jurídico de pensionada el 10 de octubre de 2016.
4. Mediante sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 12 de febrero de 2014, se modificó el fallo del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, y se reconoció a la parte actora la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados, a partir del 13 de junio de 2005 como factores salariales.
5. La parte demandante solicitó ante la entidad accionada la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de los factores salariales reconocidos mediante sentencia.
6. Con el acto administrativo demandado se negó la solicitud efectuada en el anterior sentido.
7. La entidad llamada a restablecer el derecho es la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: Ley 33 de 1985: artículo 1; Ley 62 de 1985; Ley 91 de 1989: artículo 15 y Decreto 1045 de 1978.

Explicó que de conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 que estableció el régimen prestacional de los docentes, el régimen pensional de éstos depende de la fecha de su vinculación. Así, si aquella fue anterior a la entrada en vigencia de la ley referida (27 de junio de 2003), como en el presente caso, el régimen corresponderá al previsto en la Ley 91 de 1989;

pero si se dio de manera posterior, la normativa aplicable será la Ley 100 de 1993.

Indicó que para la liquidación de la pensión de jubilación debe acudir a la Ley 33 de 1985, la cual si bien no estableció de manera taxativa los factores salariales que debían incluirse, lo cierto es que tal circunstancia no es un impedimento para tener en cuenta todo lo devengado por el trabajador en el último año de servicios, tal como lo ha entendido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Adujo que el acto demandado desconoce la previsión hecha por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que remitió al Decreto 1045 de 1978, con base en el cual, la liquidación de la pensión debe incluir la totalidad de los factores devengados por el empleado.

Acotó que en el evento de no haberse realizado los respectivos aportes a pensión por concepto de los factores a incluir, la entidad debe disponer los descuentos correspondientes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG no contestó la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 12 de junio de 2019, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 95 a 101, C.1), a través de la cual negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas a la demandada. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Explicó que dada la fecha de vinculación de la parte actora, el régimen pensional aplicable era la Ley 91 de 1989, que remitió al régimen general de prestaciones sociales del sector público, esto es, a la Ley 33 de 1985.

En cuanto a los factores salariales, indicó que acogía la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019 (radicado: 2015-00569-01), con base en la cual sólo procede la inclusión de aquellos enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, sobre los que se hubiere cotizado.

De conformidad con lo anterior, la Juez *a quo* consideró que no le asistía razón a la parte demandante de solicitar la reliquidación de su pensión de

jubilación, pues los factores reclamados no aparecen en los enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y tampoco hay prueba de que hubieran servido para calcular el monto sobre el cual se hicieron los aportes.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 106 a 109 del cuaderno principal, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando que se acceda a incluir la bonificación por servicios prestados, pues tal factor salarial figura en los enlistados en la Ley 62 de 1985.

Alegó que al empleado no le corresponde verificar si la entidad empleadora ha efectuado los pagos a seguridad social sobre todos los factores salariales.

Sin perjuicio de lo anterior, manifestó que como la sentencia de este Tribunal que ordenó el reconocimiento y pago de la bonificación por servicios prestados ya había sido cumplida, allegaba nuevamente copia de la resolución que dio cumplimiento a la providencia, en la cual consta que se ordenó la cancelación de aportes para pensión por concepto de bonificación por servicios prestados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (fl. 5 a 7, C.2)

Intervino en esta etapa procesal para ratificarse en los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en el recurso de apelación.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG

Guardó silencio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 27 de septiembre de 2019, y allegado el 18 de noviembre del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 3, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 18 de noviembre de 2019 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia (fl. 3, C.2). Sólo la parte actora alegó de conclusión (fls. 5 a 7, C.2). El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 14 de febrero de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 8, C.2), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar los siguientes cuestionamientos:

- *¿Es procedente para el caso concreto reliquidar la pensión de jubilación de la señora Julieta Rodríguez Jiménez, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional?*
- *En caso afirmativo, ¿cuál es la entidad encargada de asumir la reliquidación de la pensión de jubilación de la accionante?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** régimen pensional aplicable; **iii)** ingreso base de liquidación y factores salariales a incluir en la pensión de jubilación de docentes; **iv)** aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes; **v)** reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación de la

parte demandante; y **vi)** entidad responsable de asumir la reliquidación pensional y determinación de responsabilidad por aportes del empleador.

Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. Por Resolución n° 10051-6 del 13 de diciembre de 2016 (fl. 21, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante, en cuantía de \$2'631.691, efectiva a partir del 11 de octubre de 2016.

Para la liquidación de la prestación se aplicó el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio anterior a la consolidación del status pensional, incluyendo además del sueldo, las primas de navidad y de vacaciones y la bonificación mensual.

2. Conforme a la Resolución n° 10051-6 del 13 de diciembre de 2016 (fl. 21, C.1), la señora Julieta Rodríguez Jiménez nació el 10 de octubre de 1961, laboró como docente desde el 5 de mayo de 1980 y adquirió su status pensional el 10 de octubre de 2016.
3. A través de sentencia del 12 de febrero de 2014 (fls. 37 a 43, C.1), el Tribunal Administrativo de Caldas revocó parcialmente el fallo del 26 de julio de 2012 proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales y, en su lugar, declaró la nulidad del acto administrativo allí demandado, ordenando como restablecimiento del derecho el pago de la prima de servicios y de la bonificación por servicios prestados causadas con posterioridad al 13 de junio de 2005.
4. Mediante Resolución n° 9781-6 del 24 de diciembre de 2014 (fls. 22 a 24, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, dio cumplimiento a la sentencia del 12 de febrero de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, con la cual se ordenó el reconocimiento y pago indexado a favor de la parte actora de la prima de servicios y de la bonificación por servicios prestados causadas con posterioridad al 13 de junio de 2005.

En la liquidación efectuada, la entidad territorial reconoce no sólo un valor por prima de servicios y bonificación por servicios prestados, sino

también por prima de vacaciones, prima de navidad y vacaciones. Del mismo modo, reconoce indexación y aplica un descuento con destino a Seguridad Social, sin que se precise sobre qué factor o factores recayó.

5. El 25 de agosto de 2017 la parte accionante elevó solicitud de reliquidación pensional a la entidad demandada, con ocasión de los factores salariales reconocidos en sentencia del 12 de febrero de 2014 – prima de servicios y bonificación por servicios prestados– (fls. 17 a 19, C.1).
6. Con Resolución n° 1612-6 del 7 de febrero de 2018 (fl. 16, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, negó la reliquidación pensional.
7. Según Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios del FOMAG n° 856 del 9 de marzo de 2017 (fls. 46 y 47, C.1), entre el período comprendido entre el 1° de enero de 2015 y el 31 de diciembre de 2016, la parte demandante devengó además de la asignación básica mensual, bonificación mensual, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, prima de navidad y prima de servicios.

Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003³, que reguló dos eventos:

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

El Acto Legislativo n° 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la

³ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

Constitución Política, dispuso en el párrafo transitorio 1º, lo siguiente:

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

ARTÍCULO 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:*

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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

2. Pensiones:

(...)

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

(...) (Negrillas fuera de texto)

Para el caso concreto, de conformidad con lo manifestado en la parte motiva de la Resolución nº 10051-6 del 13 de diciembre de 2016 expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas (fl. 21, C.1), la señora Julieta Rodríguez Jiménez prestó sus servicios en el ramo de la educación **desde el 5 de mayo de 1980**, esto es, con anterioridad a la Ley 812 de 2003. En ese orden de ideas, le es aplicable en materia pensional el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

Así lo precisó igualmente el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación del 25 de abril de 2019⁴, en la que indicó que *“El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados⁵, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁶”*.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso: *“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”*.

Ingreso base de liquidación pensional y factores salariales a reconocer

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

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación y a la manera de establecerlo, debe precisarse que a la parte demandante no le es aplicable la Ley 100 de 1993 ni el régimen de transición previsto en

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Radicado número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-2017).

⁵ Cita de cita: Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

⁶ Cita de cita: “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

dicha normativa en razón de la fecha de su vinculación al servicio docente y, por ende, no le es predicable la regla⁷ y primera subregla⁸ establecidas en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018⁹, relacionadas con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

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

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

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

⁷ De conformidad con la sentencia de unificación, la regla es la siguiente: *“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”* (negrilla es del texto).

⁸ Atendiendo lo indicado en la sentencia de unificación, la primera subregla es la siguiente:

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

- *Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*
- *Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”*

⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 28 de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ).

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

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

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

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

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

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

Para el caso que convoca la atención de esta Sala, se observa que a la señora Julieta Rodríguez Jiménez le reconocieron pensión de jubilación, en cuya liquidación se incluyeron la asignación básica mensual así como las primas de navidad y de vacaciones y la bonificación mensual.

En la demanda promovida, la parte actora reprocha que se hubiera omitido incluir la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados, pues con ocasión de sentencia proferida por esta Corporación, aquellas también

fueron devengadas en el último año de servicio anterior a la adquisición del status pensional.

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

En ese orden de ideas, la parte demandante no tiene derecho a que la prima de servicios se tome como factor salarial, dado que aquella no constituye base de liquidación de los aportes; circunstancia esta que no se ve afectada por el solo hecho que su pago se hubiere reconocido por orden judicial.

Situación diferente se predica de la bonificación por servicios prestados, pues además de que dicho factor sí se encuentra contemplado en la Ley 62 de 1985, sobre el mismo se efectuaron descuentos a pensión, según se infiere de la resolución con la cual se dio cumplimiento al fallo que ordenó su pago (fls. 22 a 24, C.1).

Así pues, la Sala de Decisión encuentra que la reliquidación pensional reclamada procede sólo respecto de la bonificación por servicios prestados.

Aclara el Tribunal que no obstante que la Resolución nº 10051-6 del 13 de diciembre de 2016 tuvo en cuenta las primas de navidad y de vacaciones y la bonificación mensual para liquidar la pensión de jubilación de la parte demandante –factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985–, dicho acto de reconocimiento pensional no puede modificarse en ese aspecto, en tanto no fue demandado y la nulidad solicitada correspondía a la inclusión de la prima de servicios y de la bonificación por servicios prestados como factores adicionales.

Llegar a una conclusión diferente implicaría, como lo sostuvo el Consejo de Estado¹⁰, no sólo desbordar el objeto del litigio fijado sino que afectaría principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

¹⁰ Así lo precisó en la sentencia de unificación del 29 del 25 de abril de 2019 ya citada.

Entidad u órgano competente para reliquidar la pensión de jubilación de los docentes

El Decreto 2277 de 1979 que es el Estatuto Docente, previó en su artículo 36 entre los derechos de los docentes, el relativo a obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de ley.

El artículo 2 de la Ley 91 de 1989, *“por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, estableció en su numeral 5:

Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado [y de los que se vinculen con posterioridad a su promulgación conforme lo dispone artículo 4º] que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles. (Anotación entre corchetes y negrilla son de la Sala).

Según tal norma no cabe duda alguna que las prestaciones sociales del Magisterio a partir de la promulgación de la Ley 91 de 1989, están a cargo de la Nación, y que su pago se hace por medio del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Este es un fondo independiente, como también lo es su contabilidad y estadística, carece de personalidad jurídica, y constituye una cuenta de la Nación, como se desprende del artículo 3 de la misma ley mencionada¹¹.

La Ley 962 de 2005, *“por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”*, estableció en su artículo 56 que:

¹¹ El art. 3 de la Ley 91 de 1989 dispone: *“Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional”*. (Resalta la Sala).

Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial. (Negrillas fuera de texto).

El Decreto 2831 de 2005 reglamentó los artículos 3 y 7 de la Ley 91 de 1989, así como el citado artículo 56 de la Ley 962 de 2005, estableciendo en el capítulo II el “Trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

Conforme a lo anterior se concluye que el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes corresponde exclusivamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quedando las entidades territoriales a través de sus Secretarías de Educación como meras tramitadoras de las solicitudes en la materia, por lo que en este sentido la responsabilidad recae única y exclusivamente en tal fondo y no en el ente local.

Sobre el tema, el Consejo de Estado en providencia del 5 de marzo de 2015, confirmó una decisión proferida en audiencia inicial por este Tribunal, en la cual se declaró infundada la excepción denominada, “no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”¹².

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Auto del 5 de marzo de 2015. Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00654-01. Se indicó en tal ocasión:

De acuerdo con lo regulado por el artículo 61 del Código General del Proceso y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el litisconsorcio se considera necesario cuando tiene la connotación o importancia de impedir que el proceso se adelante si uno de los sujetos que integran la parte activa o pasiva y resulta afectado con la decisión, no está enterado del proceso; entonces, es requisito sine qua non que tal sujeto de la relación jurídica o acto jurídico integre el proceso y pueda ejercer sus derechos de defensa y debido proceso.

En este orden de ideas, se considera que en el caso que se decide, la Secretaría de Educación del ente territorial, no es litisconsorte necesario de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que es a ésta quien por ley está obligada al pago de las prestaciones sociales del magisterio, y que las secretarías de educación de los entes territoriales solo actúan como colaboradoras de la entidad nacional mencionada.

Así, pues, en el sub examine, el proceso se puede tramitar y decidir sin que se requiera la presencia, en este caso, de la Secretaría de Educación de Manizales como lo pretende la excepción formulada por la apoderada de la entidad demandada, pues, se repite, ésta no es litisconsorcio necesario de aquella.

Con fundamento en lo anterior así como en la posición sostenida uniformemente por el Consejo de Estado en su Sección Segunda¹³, esta Corporación reitera el criterio según el cual la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, efectivamente es la entidad legalmente llamada no sólo a pagar las prestaciones sociales de los docentes, entre estas las pensiones de jubilación que los afiliados soliciten a la referida cuenta especial, sino que también le compete hacer el reconocimiento de las mismas.

Prescripción

Respecto al tema de la prescripción de los derechos salariales y prestacionales, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa:

- 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y 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 sólo por un lapso igual. (Negrillas fuera de texto)*

Considera la Sala que el fenómeno de la prescripción se configuró en el asunto bajo examen, toda vez que transcurrieron más de tres años desde el momento en que quedó ejecutoriada la sentencia de este Tribunal que ordenó el reconocimiento y pago de la bonificación por servicios prestados – 21 de febrero de 2014– y la fecha de presentación de la reclamación administrativa –25 de agosto de 2017– y de la demanda –6 de marzo de 2018–.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que su pensión de jubilación se reliquide incluyendo la prima de servicios como factor salarial devengado en el año anterior a la adquisición del status pensional. Sin embargo, sí procede la reliquidación frente a la bonificación por servicios prestados percibida en el mismo lapso.

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 21 de octubre de 2011. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación número: 19001-23-31-000-2003-01299-01(0672-09).

En ese sentido, se modificará la sentencia dictada en primera instancia para acceder parcialmente a las súplicas de la demanda.

Las sumas que resulten a favor de la parte demandante deberán actualizarse por razones de equidad, tal como lo ha sostenido reiteradamente el Consejo de Estado en su Sección Segunda, en los términos del artículo 187 del CPACA, aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la parte accionante desde la fecha en que se retiró del servicio, hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el número que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago, según se dispuso en la parte motiva de esta providencia.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes empezando por la primera mesada pensional que se debió reliquidar, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición en mención.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este Tribunal considera que en el presente asunto no debe condenarse en costas, pues la demanda fue interpuesta conforme a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado para dicha época.

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

FALLA

Primero. **MODIFÍCASE** la sentencia del doce (12) de junio de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Julieta Rodríguez Jiménez contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el sentido de **acceder parcialmente** a las súplicas de la demanda, según se indica a continuación.

Segundo. **DECLÁRANSE infundadas** las excepciones propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que denominó *“INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL”, “INEXISTENCIA DEL DEMANDADO – FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA. FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO”, “BUENA FE” y “GENÉRICA”,* de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. **DECLÁRASE probado parcialmente** el medio exceptivo formulado por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que denominó *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA”,* por lo señalado en este fallo.

Cuarto. **DECLÁRASE probada** la excepción de *“PRESCRIPCIÓN”* propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Quinto. **DECLÁRASE la nulidad** de la Resolución nº 1612-6 del 7 de febrero de 2018, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, en tanto negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora Julieta Rodríguez Jiménez, en el sentido de incluir la bonificación por servicios prestados como factor salarial.

Sexto. En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reliquidar la pensión de jubilación de la señora Julieta Rodríguez Jiménez, con efectos a partir del 25 de agosto de 2014 por prescripción trienal, en cuantía del 75% de todo lo devengado por aquella en el año anterior a la adquisición del status pensional –10 de octubre de 2015 a 10 de octubre de 2016–, incluyendo además de los factores salariales ya reconocidos, la bonificación por servicios prestados.

Séptimo. Las sumas que resulten a favor de la parte demandante serán canceladas de acuerdo con lo antes expresado, y hasta que se haga efectiva la reliquidación pensional dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA y debidamente indexadas mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, se tendrá en cuenta la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberán hacer dichos ajustes. Lo anterior, atendiendo las motivaciones de este fallo.

Octavo. La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición en mención.

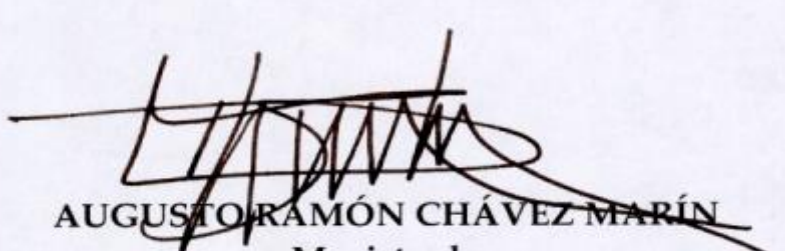
Noveno. CONFÍRMASE la sentencia objeto de apelación en tanto negó las demás pretensiones de la demanda.

Décimo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

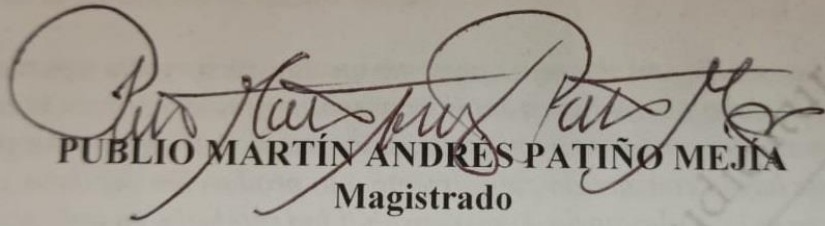
Undécimo. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

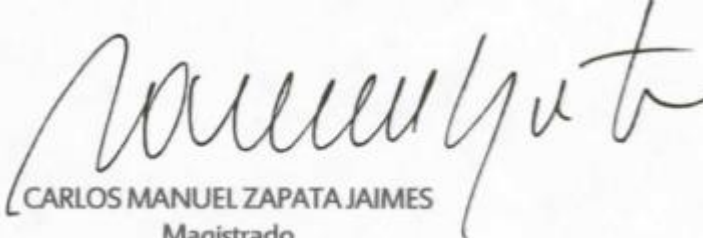
Duodécimo. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen y HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 25
FECHA: 15 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:030

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-004-2018-00256-02
Demandante:	Luis Humberto López Buitrago
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 005 del 12 de febrero de 2021

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Luis Humberto López Buitrago contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²).

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 30 de mayo de 2018 (fls. 4 a 19, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución nº 068 del 9 de febrero de 2015, en tanto la pensión de jubilación de la parte actora fue reconocida sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio anterior al cumplimiento del status pensional y/o subsidiariamente aquellos devengados en el año inmediatamente anterior al retiro definitivo del servicio.
2. Que se declare que a la parte actora le asiste derecho a que le sea reconocida y pagada pensión de jubilación a partir del 9 de diciembre de 2014, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los doce meses anteriores al momento en que adquirió su status pensional y/o subsidiariamente aquellos percibidos en el año inmediatamente anterior al retiro definitivo del servicio.
3. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reliquidar y pagar la pensión de jubilación de la parte demandante, de la manera descrita anteriormente.
4. Que se ordene a la accionada descontar del valor que resulte a favor de la parte demandante, lo reconocido y cancelado en virtud de la Resolución nº 068 del 9 de febrero de 2015.
5. Que se ordene a la demandada que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de ley para cada año, como lo ordena la Constitución y la ley.
6. Que se ordene a la entidad accionada realizar el respectivo pago de las mesadas atrasadas desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina; y que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.
7. Que se ordene a la entidad demandada dar cumplimiento al fallo en los términos previstos en el artículo 192 y siguientes del CPACA.
8. Que se condene a la parte accionada a reconocer y pagar los ajustes de valor a que hubiere lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales ordenadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, tomando como base la variación del IPC.

9. Que se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y hasta cuando se cumpla la totalidad de la condena.
10. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El señor Luis Humberto López Buitrago laboró más de 20 años al servicio de la docencia oficial y cumplió los requisitos establecidos en la ley para el reconocimiento de una pensión de jubilación.
2. La base de liquidación con la cual fue reconocida la prestación incluyó sólo la asignación básica y omitió la prima de navidad, la prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del status jurídico de pensionado.
3. La entidad llamada a restablecer el derecho es la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: Ley 33 de 1985: artículo 1; Ley 62 de 1985; Ley 91 de 1989: artículo 15; y Decreto 1045 de 1978.

Explicó que de conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 que estableció el régimen prestacional de los docentes, el régimen pensional de éstos depende de la fecha de su vinculación. Así, si aquella fue anterior a la entrada en vigencia de la ley referida (27 de junio de 2003), como en el presente caso, el régimen corresponderá al previsto en la Ley 91 de 1989; pero si se dio de manera posterior, la normativa aplicable será la Ley 100 de 1993.

Indicó que para la liquidación de la pensión de jubilación debe acudir a la Ley 33 de 1985, la cual si bien no estableció de manera taxativa los factores salariales que debían incluirse, lo cierto es que tal circunstancia no es un impedimento para tener en cuenta todo lo devengado por el trabajador en el último año de servicios, tal como lo ha entendido la jurisprudencia del

Consejo de Estado.

Adujo que el acto demandado desconoce la previsión hecha por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que remitió al Decreto 1045 de 1978, con base en el cual, la liquidación de la pensión debe incluir la totalidad de los factores devengados por el empleado.

Acotó que en el evento de no haberse realizado los respectivos aportes a pensión por concepto de los factores a incluir, la entidad debe disponer los descuentos correspondientes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término otorgado, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG contestó la demanda (fls. 90 a 103, C.1), para oponerse a las pretensiones de la misma, aduciendo que no tiene obligación alguna de incluir factores salariales distintos a los cotizados para obtener la pensión de jubilación, pues ello comportaría el desconocimiento de la normativa vigente aplicable al reconocimiento y pago de pensiones para educadores.

Manifestó que, en todo caso, el derecho a devolución de aportes se encontraría prescrito, por haber transcurrido más de tres años desde que se hizo exigible la obligación hasta cuando se interpuso la demanda.

Propuso las excepciones que denominó: ***“INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL”***, alegando que la entidad no ostenta potestad nominadora ni administra el personal docente y administrativo de los planteles educativos y, por tanto, no expide actos de reconocimiento de prestaciones sociales, lo cual es función de las secretarías de educación de cada entidad territorial; ***“INEXISTENCIA DEL DEMANDADO –FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA. FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO”***, con fundamento en que no existe relación de causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional y el derecho solicitado por el docente; ***“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA”***, teniendo en cuenta que la obligación que se pretende es ilegal y desconoce lo previsto por el Decreto 3752 de 2003; ***“PRESCRIPCIÓN”*** sobre aquellos derechos económicos

reclamados que superen el lapso de tres años desde que la obligación se hizo exigible hasta la presentación de la demanda; **“BUENA FE”** con la que ha actuado la demandada, siempre con estricto apego a la ley aplicable; y **“GENÉRICA”**, en el evento que en el curso del proceso se hallare como probada cualquier otra excepción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 28 de junio de 2019, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 194 a 200, C.1), a través de la cual: **i)** declaró no probadas las excepciones propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional; **ii)** declaró la nulidad parcial del acto administrativo demandado; **iii)** en consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, ordenó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG reliquidar y pagar los ajustes económicos a la pensión de jubilación de la parte accionante desde el momento de retiro del servicio, incluyendo además de los factores salariales ya reconocidos, la bonificación mensual, con efectos fiscales a partir del 30 de mayo de 2015; y **iv)** condenó en costas parcialmente a la demandada. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Precisó inicialmente que lo relacionado con el reconocimiento y pago de las prestaciones del personal docente nacional o nacionalizado está a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, sin perjuicio de que a las entidades territoriales respectivas las corresponda expedir los actos administrativos correspondientes.

Explicó que dada la fecha de vinculación de la parte actora, el régimen pensional aplicable era la Ley 91 de 1989, que remitió al régimen general de prestaciones sociales del sector público, esto es, a las Leyes 33 y 62 de 1985.

En cuanto a los factores salariales, indicó que acogería la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019 (radicado: 2015-00569-01), con base en la cual sólo procede la inclusión de aquellos enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, sobre los que se hubiere cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

De conformidad con lo anterior, consideró la Juez *a quo* que a la parte demandante le asistía derecho a que se reliquidara su pensión de jubilación únicamente para incluir la bonificación mensual, pues los demás factores reclamados se encuentran por fuera de los establecidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

Explicó que la bonificación mensual constituye factor salarial para los aportes obligatorios según se desprende del inciso 2º del artículo 1 del Decreto 1566 de 2014.

Señaló que se configuraba el fenómeno de la prescripción, habida cuenta que transcurrieron más de tres años entre el reconocimiento de la pensión de jubilación y la presentación de la demanda.

Finalmente condenó parcialmente en costas a la parte demandada, teniendo en cuenta el criterio objetivo que para su imposición viene manejando el Consejo de Estado.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 203 a 210 del cuaderno principal, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, alegando que en desarrollo de lo que la jurisprudencia ha denominado como confianza legítima en la administración de justicia y por respeto al principio de seguridad jurídica, el proceso debe ser resuelto conforme al precedente que existía para el momento en el cual fue radicada la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (fls. 5 a 12, C.3)

Reiteró los planteamientos expuestos en el recurso de apelación, particularmente el relacionado con el principio de seguridad jurídica.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG

Guardó silencio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 10 de septiembre de 2019, y allegado el 13 de noviembre del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 3, C.3).

Admisión y alegatos. Por auto del 13 de noviembre de 2019 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia (fl. 3, C.3). Sólo la parte actora alegó de conclusión (fls. 5 a 12, ibídem). El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 4 de febrero de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 14, C.3), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar los siguientes cuestionamientos:

- *¿Es procedente para el caso concreto reliquidar la pensión de jubilación del señor Luis Humberto López Buitrago, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional?*
- *En caso afirmativo, ¿cuál es la entidad encargada de asumir la reliquidación de la pensión de jubilación de la parte accionante?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** régimen pensional aplicable; **iii)** ingreso base de liquidación y factores salariales a incluir en la pensión de jubilación de docentes; **iv)** aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de jubilación de los

docentes; y v) reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante.

Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. Con Resolución nº 068 del 9 de febrero de 2015 (fls. 21 y 21, C.1), la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante, en cuantía de \$2'282.396, efectiva a partir del 9 de diciembre de 2014.

Para la liquidación de la prestación se aplicó el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio anterior a la consolidación del status pensional, incluyendo además del sueldo, las primas de navidad y de vacaciones.

2. Conforme a la Resolución nº 068 del 9 de febrero de 2015 (fls. 21 y 21, C.1) y a la copia de la cédula de ciudadanía (fl. 22, ibídem), el señor Luis Humberto López Buitrago nació el 8 de diciembre de 1959, laboró como docente desde el 22 de febrero de 1979, y adquirió su status pensional el 8 de diciembre de 2014.
3. Según Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios del FOMAG nº 3330 del 26 de abril de 2019 (fl. 2, C.3), entre el período comprendido entre el 8 de diciembre de 2013 y el 8 de diciembre de 2014, la parte demandante devengó además de la asignación básica mensual, prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación mensual y prima de servicios.

Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003³, que reguló dos eventos:

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el

³ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.

- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

El Acto Legislativo n° 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el párrafo transitorio 1º, lo siguiente:

***PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o.** El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

***ARTÍCULO 15.** A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:*

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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

2. Pensiones:

(...)

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

(...) (Negrillas fuera de texto)

Para el caso concreto, de conformidad con lo manifestado en la parte motiva de la Resolución nº 068 del 9 de febrero de 2015 (fls. 20 y 21, C.1), el señor Luis Humberto López Buitrago prestó sus servicios en el ramo de la educación **desde el 22 de febrero de 1979**, esto es, con anterioridad a la Ley 812 de 2003. En ese orden de ideas, le es aplicable en materia pensional el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

Así lo precisó igualmente el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación del 25 de abril de 2019⁴, en la que indicó que “*El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados⁵, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁶”.*

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso: “*El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”.*

Ingreso base de liquidación pensional y factores salariales a reconocer

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Radicado número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-2017).

⁵ Cita de cita: Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

⁶ Cita de cita: “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

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

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación y a la manera de establecerlo, debe precisarse que a la parte demandante no le es aplicable la Ley 100 de 1993 ni el régimen de transición previsto en dicha normativa en razón de la fecha de su vinculación al servicio docente y, por ende, no le es predicable la regla⁷ y primera subregla⁸ establecidas en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018⁹, relacionadas con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

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

En punto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta en la respectiva liquidación, el Consejo de Estado fijó la siguiente regla en la misma sentencia de unificación referida: *“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los*

⁷ De conformidad con la sentencia de unificación, la regla es la siguiente: *“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”* (negrilla es del texto).

⁸ Atendiendo lo indicado en la sentencia de unificación, la primera subregla es la siguiente:

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

- *Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*
- *Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”*

⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 28 de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ).

servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo”.

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

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

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

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

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

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

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

Para el caso que convoca la atención de esta Sala, se observa que al señor Luis Humberto López Buitrago le reconocieron pensión de jubilación, en cuya liquidación se incluyeron la asignación básica mensual así como las primas de navidad y de vacaciones.

En la demanda promovida, la parte actora reprocha que se hubiera omitido incluir la prima de navidad, la prima de vacaciones y demás factores salariales devengados en el último año de servicio anterior a la adquisición del status pensional.

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

En ese orden de ideas, la parte demandante no tiene derecho a la reliquidación que reclama, pues a excepción de la bonificación mensual, no puede tomarse como factor salarial la prima de servicios, dado que ésta no constituye base de liquidación de los aportes.

En efecto, el Decreto 1545 de 2013 que creó la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, estableció que aquella constituiría factor salarial desde el momento de su causación, únicamente para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas: vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad.

Situación diferente se predica de la bonificación mensual para los servidores públicos docentes, pues de conformidad con el Decreto 1566 de 2014 por el cual fue creada, la misma *“constitu[ye] factor salarial para todos los efectos legales”*, a partir de la fecha de su reconocimiento (1º de junio de 2014) y hasta el 31 de diciembre de 2015.

Con base en lo anterior, en criterio de este Tribunal la inclusión de dicho factor en la liquidación pensional de los docentes es procedente siempre que hubiere sido devengada en el último año anterior al status pensional o último año de servicio, así no esté expresamente contemplada en la Ley 62 de 1985.

Aclara el Tribunal que no obstante que la Resolución nº 068 del 9 de febrero de 2015 tuvo en cuenta las primas de navidad y de vacaciones para liquidar la pensión de jubilación de la parte demandante –factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985–, dicho acto de reconocimiento pensional no puede modificarse en ese aspecto, en tanto la nulidad solicitada respecto del mismo fue parcial y sólo en lo que correspondía a la inclusión de la prima de servicios y la bonificación mensual como factores adicionales.

Llegar a una conclusión diferente implicaría, como lo sostuvo el Consejo de Estado¹⁰, no sólo desbordar el objeto del litigio fijado sino que afectaría principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante sólo le asiste derecho a que su pensión de jubilación se reliquide incluyendo la bonificación mensual devengada en el año anterior a la adquisición del status pensional, mas no así la prima de servicios.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este Tribunal considera que en el presente asunto no debe condenarse en costas, pues la demanda fue interpuesta conforme a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado para dicha época.

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

¹⁰ Así lo precisó en la sentencia de unificación del 29 del 25 de abril de 2019 ya citada.

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Luis Humberto López Buitrago contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNASE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

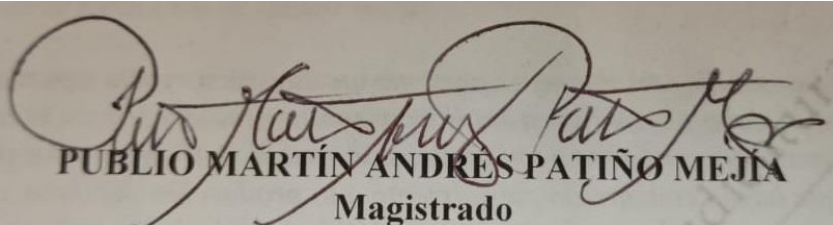
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 25
FECHA: 15 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 035

Asunto:	Sentencia de primera instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2018-00183-00
Demandante:	Marina Gallego Aristizábal
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Departamento de Caldas

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n°
005 del 12 de febrero de 2021**

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, esta Sala de Decisión procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Marina Gallego Aristizábal contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 6 de abril de 2018, se solicitó lo siguiente (fls. 2 a 20, C.1):

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad del artículo quinto de la Resolución n° 9156-6 del 24 de noviembre de 2017, que negó el reconocimiento y pago de

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contado desde los 70 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud de cesantías definitivas y hasta cuando se hizo efectivo el pago total de la prestación.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y al Departamento de Caldas al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que prevén las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contado desde los 70 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud de cesantías definitivas y hasta cuando se hizo efectivo el pago total de las mismas mediante la Resolución nº 9156-6 del 24 de noviembre de 2017.
3. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y al Departamento de Caldas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria referida en el numeral anterior.
4. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y al Departamento de Caldas al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo consecutivo hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria reconocida en esta sentencia.
5. Que se condene en costas a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente (fls. 4 y 5, C.1):

1. El FOMAG fue creado por el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.
2. Conforme al parágrafo 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, al FOMAG le fue asignada la competencia para el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes vinculados a los establecimientos educativos del sector oficial.

3. Atendiendo lo anterior, y al haber laborado como docente en el Departamento de Caldas, la parte actora elevó solicitud el 27 de marzo de 2015 ante la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, tendiente a obtener el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas a que tenía derecho.
4. Con Resolución n° 5845-6 del 23 de junio de 2015, le fueron reconocidas a la parte demandante las cesantías definitivas, teniendo como factores salariales el sueldo mensual, la prima de navidad, la prima de vacaciones y la prima de alimentación.
5. Las referidas cesantías fueron pagadas a la parte actora el 17 de septiembre de 2015, por intermedio de la entidad bancaria BBVA.
6. Mediante Decreto 1545 de 2013, la prima de servicios a favor de los docentes se consagró como factor salarial para efectos de la liquidación de cesantías.
7. En el mismo sentido, el Decreto 1566 de 2014 estableció que la bonificación por servicios a favor de los docentes constituiría factor salarial para todos los efectos legales.
8. Al no haber sido pagada la totalidad de las cesantías al término de la relación laboral, la parte actora elevó solicitud el 4 de agosto de 2017, tendiente a que se reajustaran las cesantías definitivas mediante la inclusión de la prima de servicios y de la bonificación por servicios como factores salariales determinantes del salario base de liquidación. Adicionalmente pidió el reconocimiento de la sanción moratoria desde los 70 días siguientes a la radicación de la petición inicial de las cesantías definitivas, hasta cuando fuere realizado el pago total de la prestación por medio del citado ajuste.
9. Con Resolución n° 9156-6 del 24 de noviembre de 2017, las cesantías definitivas fueron reajustadas teniendo en cuenta la prima de servicios y la bonificación por servicios, y se negó el reconocimiento de la sanción moratoria solicitada, no obstante haber aceptado el no pago total de las cesantías al término de la relación laboral.
10. La solicitud de cesantías definitivas se realizó el 27 de marzo de 2015, por lo que el plazo para cancelarlas finalizaba el 22 de julio de 2015. Hasta la fecha en la cual fue realizado el pago total de las cesantías definitivas con ocasión del ajuste reconocido mediante Resolución n° 9156-6 del 24 de noviembre de 2017, transcurrieron un total de 914 días de mora.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Ley 91 de 1989: artículos 5 y 15; Ley 244 de 1995: artículos 1 y 2; Ley 1071 de 2006: artículos 4 y 5.

Refirió que a través de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 se reguló el pago de las cesantías parciales y definitivas a los servidores públicos, señalando 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 contado a partir de la expedición del acto administrativo correspondiente.

Manifestó que no obstante que la jurisprudencia ha reiterado que entre el reconocimiento y pago de las cesantías no debe superarse un término de 70 días hábiles después de haber radicado la respectiva solicitud, el FOMAG insiste en cancelarlas tardíamente, haciéndose acreedor de la sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora, contado desde que venció el término y hasta cuando se haga efectiva la prestación solicitada.

Como fundamento de lo anterior, trajo a colación apartes de varias providencias proferidas por el Consejo de Estado, insistiendo con ello, en que se acceda a las súplicas de la demanda.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG

No contestó la demanda.

Departamento de Caldas (fls. 72 a 77, C.1)

Dentro del término otorgado, la entidad territorial demandada contestó la demanda de la siguiente manera.

Respecto de los hechos, el Departamento de Caldas tuvo como ciertos algunos, y respecto de los demás aseguró que no le constaban o que no eran supuestos fácticos sino apreciaciones de la parte demandante.

Se opuso a las súplicas de la demanda, con fundamento en los medios exceptivos que denominó: ***FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA***, alegando que es el FOMAG a quien corresponde el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones de los docentes,

mientras que las Secretarías de Educación cumplen funciones meramente operativas o de trámite; ***“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION (sic) CON FUNDAMENTO EN LA LEY”***, en la medida en que, de un lado, luego de que la entidad territorial cumple el trámite previsto en el Decreto 1075 de 2015, no incide en las competencias del FOMAG, y de otro, la sanción moratoria no se aplica en los casos de reajuste de cesantías; ***“BUENA FE”***, indicando que el Departamento de Caldas ha obrado con apego a los términos estipulados en la ley en lo que respecta a sus funciones; ***“MALA FE PARTE DEMANDANTE”***, en tanto pretende sanción moratoria desde el momento en que solicitó el reconocimiento de las cesantías y no desde que pidió su reajuste, pese a que no interpuso recursos contra el acto inicial; y ***“PRESCRIPCION (sic)”***, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 (sic) de 1965.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante y Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG

Guardaron silencio.

Departamento de Caldas (documento nº 004 del expediente digital)

Manifestó que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, conforme a varios pronunciamientos de este Tribunal Administrativo, en los cuales se ha indicado que no es procedente reclamar sanción moratoria por el pago de las diferencias que surjan del ajuste a la liquidación de las cesantías, ya que así no lo dispone expresamente la Ley 1071 de 2006.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL

Reparto. Para conocer del asunto, el expediente fue repartido al Tribunal el 6 de abril de 2018, y allegado el 15 de junio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 40, C.1).

Admisión y contestación. Luego de que se corrigiera la demanda, ésta fue admitida por auto del 8 de marzo de 2019 (fls. 56 y 57, C.1). Hecha la notificación correspondiente, sólo el Departamento de Caldas contestó oportunamente (fls. 72 a 77, ibídem).

Audiencia inicial. El 2 de septiembre de 2019 el proceso ingresó a Despacho para fijar fecha para audiencia inicial (fl. 81, C.1).

Sentencia anticipada. Atendiendo lo previsto por el Decreto Legislativo 806 de 2020 y mediante auto del 3 de agosto de 2020 (documento nº 001 del expediente digital), el Magistrado Ponente de esta providencia se pronunció en relación con las excepciones propuestas y las pruebas solicitadas, llegando finalmente a la conclusión que era procedente dictar sentencia anticipada en este asunto. Para lo anterior, corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y emitir el respectivo concepto.

Alegatos y concepto del Ministerio Público. Durante el término conferido, sólo el Departamento de Caldas alegó de conclusión (documento nº 004 del expediente digital). El Ministerio Público no emitió concepto.

Paso a Despacho para sentencia. El 8 de septiembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para proferir la respectiva sentencia anticipada (documento nº 005 del expediente digital).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Pretende la parte demandante que por esta Corporación se declare la nulidad del artículo quinto de la Resolución nº 9156-6 del 24 de noviembre de 2017, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, con el cual negó el reconocimiento y pago de sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías que fueron objeto de reajuste.

Como consecuencia de tal declaración, solicita la parte accionante se condene a la parte demandada al reconocimiento y pago de la referida sanción moratoria, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contado a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago total de la misma.

Adicionalmente pide la parte actora que se condene a las entidades accionadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria referida en el numeral anterior, así como a los intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo consecutivo hasta que se efectúe el pago de la sanción moratoria reconocida en esta sentencia.

Insta para que se condene en costas a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el *sub examine* se centra en dilucidar lo siguiente:

- *¿Le asiste derecho a la parte actora a que con fundamento en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, se le reconozca y pague sanción moratoria, con ocasión del nuevo pago que hizo la parte demandada en virtud del reajuste de las cesantías ya reconocidas y pagadas?*
- *En caso positivo, deberá establecerse ¿a qué entidad le corresponde el reconocimiento y pago de la sanción moratoria?, ¿cuál es el salario base para liquidar la sanción moratoria?, y si ¿la condena al pago debe reajustarse tal y como lo ordena el inciso final del artículo 187 del CPACA?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** sanción moratoria por el pago extemporáneo de cesantías; **iii)** causación de la sanción moratoria; **iv)** unificación jurisprudencial sobre la materia; **v)** sanción moratoria por el ajuste de la cesantía; y **vi)** examen del caso concreto.

1. Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. El 27 de marzo de 2015, la señora Marina Gallego Aristizábal solicitó el reconocimiento y pago de cesantías definitivas, correspondiente a los servicios prestados como docente en el Departamento de Caldas (fl. 33, C.1).
2. Por Resolución nº 5845-6 del 23 de junio de 2015 (fl. 33, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció a favor de la parte accionante la suma de \$119'230.110 por concepto de liquidación definitiva de cesantías.
3. Según certificación expedida por la FIDUPREVISORA S.A. (fl. 34, C.1), el 17 de septiembre de 2015 fue puesto a disposición de la parte demandante el valor por concepto de cesantías definitivas reconocidas.

4. El 4 de agosto de 2017, la parte actora solicitó reajustar las cesantías reconocidas incluyendo en la liquidación de las mismas la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados. Adicionalmente, pidió el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, desde la fecha de radicación de la solicitud de cesantías hasta el momento en que se realizara el pago del ajuste (fls. 22 a 25, C.1).
5. Con Resolución nº 9156-6 del 24 de noviembre de 2017 (fls. 36 y 37, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas modificó la Resolución nº 5845-6 del 23 de junio de 2015, incrementando el valor a reconocer por liquidación definitiva de cesantías a la suma de \$122'330.103.

En lo que respecta a la sanción moratoria, se indicó que se estaría a lo dispuesto en la resolución de reconocimiento de la prestación, por corresponder a las competencias del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como fundamento de la anterior decisión, la Secretaría de Educación Departamental manifestó que de conformidad con las obligaciones de dicha dependencia en materia de reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes, no le era atribuible la aprobación, pago o mora de las mismas.

Indicó la Secretaría de Educación que remitió el proyecto de acto administrativo de reconocimiento de cesantías definitivas incluyendo como factores salariales la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados; y que la FIDUPREVISORA S.A. al momento de expedir la hoja de revisión y aprobación de la prestación, excluyó dichos factores al considerar que no se encontraban reconocidos en el manual unificado para liquidación de prestaciones sociales de los docentes.

6. Según recibo del banco BBVA (fl. 35, C.1), el 5 de febrero de 2018 fue reclamado el pago correspondiente al reajuste de las cesantías definitivas.

2. Sanción moratoria por el pago extemporáneo de cesantías

El artículo 4 de la Ley 1071 de 2006³ estableció que la entidad a cargo del reconocimiento y pago de las cesantías tiene un plazo máximo de quince (15)

³ “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”.

días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, para expedir la resolución correspondiente, si el solicitante reúne todos los requisitos determinados en la ley⁴.

Por su parte, el artículo 5º de la misma Ley 1071 de 2006, relativo a la mora en el pago de tal prestación, en su primer inciso prevé que para efectuar el pago la entidad dispone de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles contado a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que lo ordena⁵.

Las normas citadas se encuentran dotadas de enunciados propios de las reglas deónticas o regulativas, que mandan, permiten, prohíben o castigan. De ahí que este Tribunal Administrativo haya sostenido en múltiples providencias que la Ley 1071 de 2006 es una típica regla o norma jurídica de acción, destinada a evitar 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 como acaece respecto del reconocimiento y pago oportuno de las cesantías.

En sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 27 de marzo 2007, con ponencia del Dr. Jesús María Lemus Bustamante⁶, se precisó que “(...) la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores. (...)”; afirmación que se predica igualmente frente a la Ley 1071 de 2006, modificatoria de la Ley 244 de 1995.

En la exposición de motivos del proyecto de ley que a la postre se convirtió en la Ley 244 de 1995, la cual fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, se precisó que la finalidad de la norma era la de lograr el pago puntual de las cesantías del servidor público, mediante un cronograma y un

⁴ El artículo 4 de la Ley 1071 de 2006 dispone: “**ARTÍCULO 4o. TÉRMINOS.** Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley. **PARÁGRAFO.** En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes. Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo”.

⁵ Preceptúa el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006: “**ARTÍCULO 5o. MORA EN EL PAGO.** La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la (sic) 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”.

⁶ Rad. 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante.

procedimiento ágil, que evitaran que aquél recibiera una suma devaluada⁷.

La Corte Constitucional ha reconocido en innumerables ocasiones que las cesantías deben pagarse completa y oportunamente a los trabajadores, so pena de violar sus derechos fundamentales⁸.

Por otra parte, debe aclararse que la exigencia contenida en el artículo 14 de la Ley 344 de 1996, en punto al deber de contar con apropiación presupuestal para todo gasto público, no constituye una excusa para no reconocer y pagar oportunamente las cesantías a los trabajadores, pues el tiempo prudencial concedido por la Ley 1071 de 2006 en armonía con el artículo 345 de la Carta Política, que se ha calculado en total en 65 o 70 días, es suficiente para efectuar los trámites administrativos correspondientes.

Adicionalmente, hay que considerar que el reconocimiento y pago oportuno no se opone al cumplimiento del orden en que debe pagarse las cesantías, conforme lo manda el artículo 6 de la Ley 1071 de 2006, porque la teleología de la norma es la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas). No puede olvidarse que las cesantías son ahorros del servidor público, que está administrando el Estado-empleador, para entregar al servidor en el momento que lo necesite, bien cuando quede cesante de manera definitiva, o bien en los eventos contemplados en la ley, que autoriza el anticipo parcial de las mismas, para vivienda o educación, básicamente.

Lo anterior permite colegir que, sin importar que en el trámite para el reconocimiento y pago de las cesantías deban concurrir o no varias entidades, los términos perentorios contenidos en la Ley 1071 de 2006 sobre el particular,

⁷ Ver Gaceta del Congreso 225 de 1995, página 1. En efecto, en aquella oportunidad se indicó: “(...) Si bien es cierto el inciso tercero del artículo 53 de la Constitución Nacional establece que ‘...el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales...’, ello no significa que las demás prestaciones y retribuciones por el trabajo no deban ser pagadas oportunamente. Todo lo contrario, los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados oportunamente entre otras razones porque ese fruto es el sustento de los trabajadores y de sus familias. // No obstante lo anterior, la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites (...)”.

⁸ En la sentencia T-777 de 2008, la Corte expresó lo siguiente sobre las cesantías parciales: “(...) (iv) igualmente reiteró que desde el punto de vista de la entidad pública obligada, ésta, de conformidad con el artículo 345 de la Constitución, no podría efectuar el correspondiente gasto público sin la suficiente disponibilidad presupuestal, pero no lo es menos que, por una parte, el tiempo que transcurra entre la liquidación y el desembolso, inclusive por causas presupuestales, implica un deterioro del poder adquisitivo de la moneda, y por otra, que el costo respectivo no debe asumirlo el trabajador sino el patrono. Si éste desea que tal costo disminuya, habrá de procurar el pronto pago, mediante la agilización de los trámites presupuestales, pero no le será lícito prolongar indefinidamente la iniciación de los mismos, cargando al trabajador con las consecuencias. (...)”.

deben cumplirse so pena de la sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago, que prevé el parágrafo de su artículo 5⁹.

3. Causación de la sanción moratoria

En la sentencia del Consejo de Estado del 27 de marzo de 2007 antes referida, 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. Además, el Alto Tribunal sostuvo que cuando la Administración resuelve la solicitud de liquidación de cesantías en forma tardía, 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, 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 moratoria¹⁰.

Hay que tener en cuenta que cuando el Consejo de Estado en la mencionada sentencia hizo relación a 5 días de ejecutoria, se refería a las disposiciones del anterior Código Contencioso Administrativo, pero actualmente hay que entender que si la solicitud se hace en vigencia de la Ley 1437 de 2011, como la ejecutoria del acto administrativo se configura a los 10 días, deberán sumarse 5 días más para el cálculo que hizo entonces el Alto Tribunal,

⁹ El parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 prevé: *“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”*.

¹⁰ Señaló textualmente en dicha providencia el Consejo de Estado: *“Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 [entiéndase también la Ley 1071 de 2006], el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria. // Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudir a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante”*.

quedando un total de 70 días hábiles.

4. Unificación de jurisprudencia

En sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018¹¹, el Consejo de Estado se pronunció en relación con la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías a los docentes, sentando las siguientes reglas jurisprudenciales:

*3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.*

*3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.*

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

*195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.*

*3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.*

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del 18 de julio de 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15).

3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.” (Resaltado original del texto).

5. Sanción moratoria por el ajuste de la cesantía

En relación con el reconocimiento de sanción moratoria por un nuevo pago hecho en virtud de una reliquidación de las cesantías ya reconocidas y pagadas, el Consejo de Estado se pronunció en providencia del 13 de agosto de 2018¹², en la que expuso:

Sobre la sanción moratoria en relación con la reliquidación de las cesantías

51. Por otra parte, el demandante pretende que se le pague la indemnización moratoria sobre el valor que resulte de la reliquidación de las cesantías con la inclusión de los factores salariales prima de servicios y prima de vacaciones. Al respecto, la corporación ha efectuados pronunciamientos en los cuales ha señalado que las (sic) finalidad del legislador fue determinar el término perentorio dentro del cual, la entidad debe reconocer y pagar las cesantías definitivas de los servidores públicos, y que una diferencia en la liquidación de aquellas no conlleva a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley¹³.

52. Conforme a lo anterior, se tiene que precisar que si bien es cierto que en éste se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías, al no tenerse en cuenta los factores prima de servicio y de vacaciones, también lo es que el pago tardío de dicha diferencia, no se puede considerar como mora en la pago de la prestación y, por ende, tenga la connotación de generar la sanción a que alude la norma, pues, es precisamente ésta la que no contempla esa posibilidad, es decir, que sobre el pago tardío de una diferencia resultante en la liquidación de la cesantía, la entidad pueda ser condenada al pago de la sanción moratoria que fue creada por la ley únicamente para los casos en que exista mora en el reconocimiento y pago de la prestación, y no de su reliquidación. En consecuencia, no hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria en los casos en los cuales haya reliquidación de las cesantías, al no incluirse algún factor salarial. (Líneas fuera de texto).

En igual sentido, dicha Corporación sostuvo lo siguiente en sentencia del 4

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del 13 de agosto de 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00539-01(4485-15).

¹³ Al respecto: Subsección A. Sentencia de 9 de abril de 2014. Rad. 13001-23-31-000-2007-00225-01(1483-13). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.; Subsección B. Sentencia de 8 de septiembre de 2017. Rad. 08001233300020140035501. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En el mismo sentido, sentencias de 17 de agosto de 2017. Rad. 08001233300020140035501; Sentencia de 18 de mayo de 2017. Rad. 66001233300020130021301.

de octubre de 2018¹⁴:

Para tal efecto, la Sala considera que no hay lugar al reconocimiento solicitado conforme a lo prescrito en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el entendido que no se tiene como fundamento el pago tardío del auxilio de cesantías, sino el no pago oportuno de los reajustes salariales y prestacionales, o, lo que es mejor, la diferencia de valor que se generó por el reajuste ordenado tardíamente por la entidad.

Al respecto, esta Corporación, en reiteradas ocasiones, ha sostenido que la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías no procede respecto de las diferencias de valor de dicha prestación, en los siguientes términos:

*En el caso analizado, la entidad demandada sí reconoció oportunamente las prestaciones y cesantías definitivas del demandante al momento de su desvinculación¹⁵; sin embargo, con ocasión de la expedición de la sentencia C- 1433 de 2000 y del Decreto 2720 de diciembre 27 de 2000, se **causó una diferencia en la liquidación de las mismas, pero el pago inoportuno de esa diferencia no puede considerarse mora en la consignación de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma trascrita.***¹⁶ (Resaltado fuera de texto).

Esta Subsección, en sentencia del 17 de octubre de 2017, dentro del expediente con radicación No. 080012333000201200017101 (2839-14), con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló:

“(...) En tal sentido, si bien se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías definitivas, la cancelación pago inoportuna de esa diferencia no puede considerarse mora en la pago de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma señalada.

(...)

*La Sección Segunda del Consejo de Estado, ha sostenido que la finalidad del legislador con la norma aludida, fue determinar el término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos, sin que una diferencia en la liquidación de la prestación social, conlleve a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley*¹⁷. (Negrilla y

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 4 de octubre de 2018. Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00420-01(3490-15).

¹⁵ Cita propia del texto transcrito: Folios 14 a 16.

¹⁶ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de abril de 2014, radicación 13001-23-31-000-2007-00225-01, número interno 1483-13. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁷ Cita propia del texto transcrito: Al respecto: Subsección A. Sentencia de 9 de abril de 2014. Rad.

líneas son del texto).

También en sentencia del 16 de mayo de 2019¹⁸, el Consejo de Estado ratificó la anterior posición de la siguiente manera:

*Sobre el particular, esta Subsección¹⁹ expresó que, «como lo estableció la sentencia de unificación CE-SUJ2 No. 004 de 2016,²⁰ **la sanción moratoria no es accesoria a la prestación social – cesantías**, pues si bien se causan en torno a ella, no dependen directamente de su reconocimiento o en este caso, de un ajuste de la asignación salarial base de liquidación de la prestación social, pues su origen es excepcional y tiene lugar por disposición de la ley a título de correctivo pecuniario por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación del valor correspondiente por el auxilio causado en cada anualidad, tiene como finalidad penalizar a las entidades que incurran en mora, en atención a la importancia de dicho emolumento, según lo señalado por la Corte Constitucional²¹».*

En pocas palabras, por el reajuste de la liquidación de cesantías, después de haberse cancelado el monto que se adeudaba, no puede imponérsele a la Administración una pena de mora tan severa (de un día de salario por uno de retardo), puesto que, además de no estar establecida en disposición legal alguna para los casos de ajuste, desborda la finalidad para la que fue creada: castigar el retraso en el pago.

De lo anterior puede concluirse que el Máximo Tribunal en lo Contencioso Administrativo ha sido reiterativo en considerar que el legislador no previó dentro de los supuestos de hecho que generan la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 o de la Ley 244 de 1995 (modificada por la Ley 1071 de 2006) el pago tardío de reajuste de las cesantías reconocidas en acto anterior, sino que dicha sanción únicamente es procedente frente al reconocimiento y pago tardío de las cesantías liquidadas inicialmente, mas no así, se insiste, en relación con el pago tardío de un reajuste reconocido respecto de las mismas.

13001-23-31-000-2007-00225-01(1483-13). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.; Subsección B. Sentencia de 8 de septiembre de 2017. Rad. 08001233300020140035501. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En el mismo sentido, sentencias de 17 de agosto de 2017. Rad. 08001233300020140035501; Sentencia de 18 de mayo de 2017. Rad. 66001233300020130021301.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia del 16 de mayo de 2019. Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00576-01(4738-14).

¹⁹ Cita de cita: Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sentencia de 8 de septiembre de 2017, expediente: 08001 23 33 000 2014 00355 01 (3310-2015), consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, actor: Filberto Franco Núñez, demandado: departamento del Atlántico, Contraloría General del Atlántico.

²⁰ Cita de cita: Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sentencia de 25 de agosto de 2016, expediente: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14), unificación jurisprudencial CE-SUJ004 de 2016, consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, actora: Yesenia Esther Hereira Castillo.

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-448 de 1996. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

6. Examen del caso concreto

Descendiendo al caso que convoca la atención de esta Sala, se encuentra acreditado que la parte actora presentó una solicitud inicial de reconocimiento de cesantías definitivas el 27 de marzo de 2015, la cual fue resuelta mediante Resolución n° 5845-6 del 23 de junio de 2015, y cuyo pago se puso a disposición de la parte demandante el 17 de septiembre de 2015. Se precisa que en la demanda no se reclama que este desembolso hubiera sido tardío.

Encuentra la Sala que posteriormente la parte actora presentó una petición de reajuste de las cesantías, solicitando además el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, teniendo como punto de partida para esto la fecha de la primera solicitud de reconocimiento de la prestación. Se observa que las cesantías fueron reajustadas y que se negó lo relativo a la sanción moratoria.

Conforme a lo anterior, es claro para este Tribunal que la parte actora solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por estimar que la misma se causa por la liquidación inexacta de las cesantías al no haberse incluido la prima de servicios y la bonificación por servicios, lo que implicó la expedición de un nuevo acto administrativo que reajustó la prestación social.

Al respecto, tal como se anotó en acápite anterior, este Tribunal considera que el reajuste de las cesantías o la diferencia originada por la reliquidación de las mismas, no se encuentra enmarcada dentro de los supuestos normativos para que se genere la sanción moratoria, pues ello no implica que la prestación se hubiese pagado en forma inoportuna o de forma tardía.

Debe tenerse en cuenta que el FOMAG reconoció la cesantía definitiva y la canceló de conformidad con la liquidación que dio a conocer a la parte actora; decisión contra la cual la parte interesada no interpuso recurso alguno y sólo hasta el 4 de agosto de 2017, es decir, más de 2 años después de haberse reconocido las cesantías, solicitó la reliquidación de tal prestación. Por lo anterior, no sería razonable ni ajustado a derecho imponer al Estado una sanción económica por el tiempo durante el cual la parte actora no ejecutó ninguna acción para la defensa de sus intereses y el acto administrativo de reconocimiento se encontraba en firme.

De otra parte, debe advertirse que la mora es una sanción y, por tanto, conforme a la dogmática sancionatoria, se requiere una norma especial que establezca cuál es la causal para imponerla. La Sala observa que en el presente asunto no se invocó por la parte demandante disposición alguna que prevea una sanción moratoria en caso de reliquidación o reajuste de

cesantías, y al no poder aplicarse por analogía la penalidad establecida para el pago tardío de las cesantías iniciales, el derecho reclamado no puede reconocerse.

Finalmente es preciso recordar que este Tribunal Administrativo ya ha emitido pronunciamientos en el mismo sentido en casos semejantes al que convoca la atención de esta Sala.

Conclusión

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, estima esta Corporación que la parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que reclama por la inoportuna consignación del valor reconocido por concepto del reajuste de sus cesantías definitivas, razón por la cual habrán de negarse las pretensiones de la demanda y como consecuencia de ello, la Sala queda liberada de estudiar los demás problemas jurídicos planteados.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP²², se condenará en costas a la parte demandante, por haber resultado vencida en este proceso y además teniendo en cuenta que la parte demandada se vio en la necesidad de asumir su defensa judicial, interviniendo activamente durante todas las etapas del proceso, así como de sufragar los gastos procesales hasta su culminación.

Se fija un 0.5% de la cuantía estimada en este proceso como agencias en derecho a cargo de la parte accionante.

Según lo dispone el artículo 366 del CGP, por la Secretaría de la Corporación, se liquidarán las costas.

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

FALLA

²² En adelante, CGP.

Primero. NIÉGANSE las súplicas de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora Marina Gallego Aristizábal contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento de Caldas.

Segundo. CONDÉNASE en costas en esta instancia a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Corporación, por lo brevemente expuesto. **FÍJASE** un 0.5% de la cuantía estimada en este proceso como agencias en derecho.

Tercero. RECONÓCESE personería jurídica al abogado JUAN FELIPE RÍOS FRANCO, identificado con la cédula de ciudadanía n° 1.053'769.738 expedida en Manizales, y portador de la tarjeta profesional n° 186.376 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación del Departamento de Caldas, en los términos y facultades señaladas en el poder conferido visible a folio 68 del expediente.

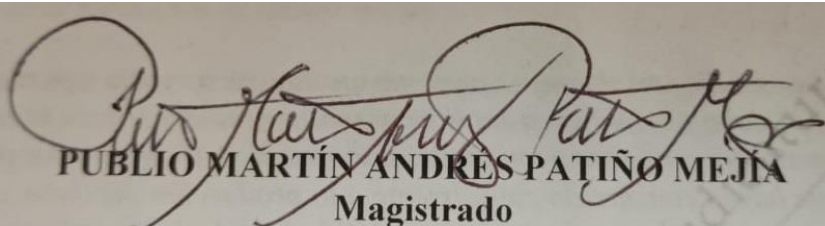
Cuarto. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Quinto. Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

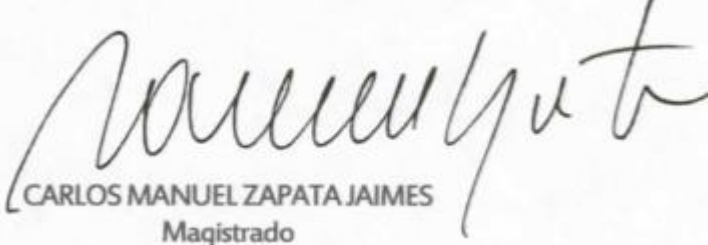
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maestrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 25
FECHA: 15 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 031

Asunto:	Sentencia de primera instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2018-00189-00
Demandante:	Orfa Elena Betancur Arias
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Departamento de Caldas

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n°
005 del 12 de febrero de 2021**

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, esta Sala de Decisión procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Orfa Elena Betancur Arias contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 8 de abril de 2018, se solicitó lo siguiente (fls. 2 a 19, C.1):

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad del artículo quinto de la Resolución n° 9022-6 del 23 de noviembre de 2017, que negó el reconocimiento y pago de

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contado desde los 70 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud de cesantías definitivas y hasta cuando se hizo efectivo el pago total de la prestación.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y al Departamento de Caldas al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que prevén las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contado desde los 70 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud de cesantías definitivas y hasta cuando se hizo efectivo el pago total de las mismas mediante la Resolución nº 9022-6 del 23 de noviembre de 2017.
3. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y al Departamento de Caldas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria referida en el numeral anterior.
4. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y al Departamento de Caldas al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo consecutivo hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria reconocida en esta sentencia.
5. Que se condene en costas a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente (fls. 4 y 5, C.1):

1. El FOMAG fue creado por el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.
2. Conforme al parágrafo 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, al FOMAG le fue asignada la competencia para el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes vinculados a los establecimientos educativos del sector oficial.

3. Atendiendo lo anterior, y al haber laborado como docente en el Departamento de Caldas, la parte actora elevó solicitud el 19 de septiembre de 2014 ante la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, tendiente a obtener el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas a que tenía derecho.
4. Con Resolución n° 7853-6 del 13 de noviembre de 2014, le fueron reconocidas a la parte demandante las cesantías definitivas, teniendo como factores salariales el sueldo mensual, la prima de navidad, la prima de vacaciones y la prima de alimentación.
5. Las referidas cesantías fueron pagadas a la parte actora el 29 de enero de 2015, por intermedio de la entidad bancaria BBVA.
6. Mediante Decreto 1545 de 2013, la prima de servicios a favor de los docentes se consagró como factor salarial para efectos de la liquidación de cesantías.
7. En el mismo sentido, el Decreto 1566 de 2014 estableció que la bonificación por servicios a favor de los docentes constituiría factor salarial para todos los efectos legales.
8. Al no haber sido pagada la totalidad de las cesantías al término de la relación laboral, la parte actora elevó solicitud el 4 (sic) de agosto de 2017, tendiente a que se reajustaran las cesantías definitivas mediante la inclusión de la prima de servicios y de la bonificación por servicios como factores salariales determinantes del salario base de liquidación. Adicionalmente pidió el reconocimiento de la sanción moratoria desde los 70 días siguientes a la radicación de la petición inicial de las cesantías definitivas, hasta cuando fuere realizado el pago total de la prestación por medio del citado ajuste.
9. Con Resolución n° 9022-6 del 23 de noviembre de 2017, las cesantías definitivas fueron reajustadas teniendo en cuenta la prima de servicios y la bonificación por servicios, y se negó el reconocimiento de la sanción moratoria solicitada, no obstante haber aceptado el no pago total de las cesantías al término de la relación laboral.
10. La solicitud de cesantías definitivas se realizó el 19 de septiembre de 2014, por lo que el plazo para cancelarlas finalizaba el 6 de enero de 2015. Hasta la fecha en la cual fue realizado el pago total de las cesantías definitivas con ocasión del ajuste reconocido mediante Resolución n°

9022-6 del 23 de noviembre de 2017, transcurrieron un total de 1.111 días de mora.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Ley 91 de 1989: artículos 5 y 15; Ley 244 de 1995: artículos 1 y 2; Ley 1071 de 2006: artículos 4 y 5.

Refirió que a través de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 se reguló el pago de las cesantías parciales y definitivas a los servidores públicos, señalando 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 contado a partir de la expedición del acto administrativo correspondiente.

Manifestó que no obstante que la jurisprudencia ha reiterado que entre el reconocimiento y pago de las cesantías no debe superarse un término de 70 días hábiles después de haber radicado la respectiva solicitud, el FOMAG insiste en cancelarlas tardíamente, haciéndose acreedor de la sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora, contado desde que venció el término y hasta cuando se haga efectiva la prestación solicitada.

Como fundamento de lo anterior, trajo a colación apartes de varias providencias proferidas por el Consejo de Estado, insistiendo con ello, en que se acceda a las súplicas de la demanda.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG

No contestó la demanda.

Departamento de Caldas (fls. 77 a 82, C.1)

Dentro del término otorgado, la entidad territorial demandada contestó la demanda de la siguiente manera.

Respecto de los hechos, el Departamento de Caldas tuvo como ciertos algunos, y respecto de los demás aseguró que no le constaban o que no eran supuestos fácticos sino apreciaciones de la parte demandante.

Se opuso a las súplicas de la demanda, con fundamento en los medios exceptivos que denominó: ***“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA***

POR PASIVA", alegando que es el FOMAG a quien corresponde el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones de los docentes, mientras que las Secretarías de Educación cumplen funciones meramente operativas o de trámite; **"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION (sic) CON FUNDAMENTO EN LA LEY"**, en la medida en que, de un lado, luego de que la entidad territorial cumple el trámite previsto en el Decreto 1075 de 2015, no incide en las competencias del FOMAG, y de otro, la sanción moratoria no se aplica en los casos de reajuste de cesantías; **"BUENA FE"**, indicando que el Departamento de Caldas ha obrado con apego a los términos estipulados en la ley en lo que respecta a sus funciones; **"MALA FE PARTE DEMANDANTE"**, en tanto pretende sanción moratoria desde el momento en que solicitó el reconocimiento de las cesantías y no desde que pidió su reajuste, pese a que no interpuso recursos contra el acto inicial; y **"PRESCRIPCION (sic)"**, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 (sic) de 1965.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante

Guardó silencio.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG (documento nº 008 del expediente digital)

Intervino para manifestar que no se genera sanción moratoria por el pago de las diferencias que surjan del ajuste a la liquidación de las cesantías, pues así no lo dispone expresamente la Ley 1071 de 2006. Sobre el particular, citó apartes de jurisprudencia del Consejo de Estado.

Por lo anterior, solicitó negar las súplicas de la demanda.

Departamento de Caldas (documento nº 010 del expediente digital)

Manifestó que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, conforme a varios pronunciamientos de este Tribunal Administrativo, en los cuales se ha indicado que no es procedente reclamar sanción moratoria por el pago de las diferencias que surjan del ajuste a la liquidación de las cesantías, ya que así no lo dispone expresamente la Ley 1071 de 2006.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL

Reparto. Para conocer del asunto, el expediente fue repartido al Tribunal el 8 de abril de 2018, y allegado el 15 de junio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 41, C.1).

Admisión y contestación. Luego de que se corrigiera la demanda, ésta fue admitida por auto del 8 de marzo de 2019 (fls. 61 y 62, C.1). Hecha la notificación correspondiente, sólo el Departamento de Caldas contestó oportunamente (fls. 77 a 82, ibídem).

Audiencia inicial. El 2 de septiembre de 2019 el proceso ingresó a Despacho para fijar fecha para audiencia inicial (fl. 86, C.1).

Sentencia anticipada. Atendiendo lo previsto por el Decreto Legislativo 806 de 2020 y mediante auto del 3 de agosto de 2020 (documento nº 001 del expediente digital), el Magistrado Ponente de esta providencia se pronunció en relación con las excepciones propuestas y las pruebas solicitadas, llegando finalmente a la conclusión que era procedente dictar sentencia anticipada en este asunto. Para lo anterior, corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y emitir el respectivo concepto.

Alegatos y concepto del Ministerio Público. Durante el término conferido, el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas alegaron de conclusión (documentos nº 008 y nº 010 del expediente digital). El Ministerio Público no emitió concepto.

Paso a Despacho para sentencia. El 8 de septiembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para proferir la respectiva sentencia anticipada (documento nº 011 del expediente digital).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Pretende la parte demandante que por esta Corporación se declare la nulidad del artículo quinto de la Resolución nº 9022-6 del 23 de noviembre de 2017, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, con el cual negó el reconocimiento y pago de sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías que fueron objeto de reajuste.

Como consecuencia de tal declaración, solicita la parte accionante se condene a la parte demandada al reconocimiento y pago de la referida sanción moratoria, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contado a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago total de la misma.

Adicionalmente pide la parte actora que se condene a las entidades accionadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria referida en el numeral anterior, así como a los intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo consecutivo hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria reconocida en esta sentencia. Insta para que se condene en costas a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el *sub examine* se centra en dilucidar lo siguiente:

- *¿Le asiste derecho a la parte actora a que con fundamento en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, se le reconozca y pague sanción moratoria, con ocasión del nuevo pago que hizo la parte demandada en virtud del reajuste de las cesantías ya reconocidas y pagadas?*
- *En caso positivo, deberá establecerse ¿a qué entidad le corresponde el reconocimiento y pago de la sanción moratoria?, ¿cuál es el salario base para liquidar la sanción moratoria?, y si ¿la condena al pago debe reajustarse tal y como lo ordena el inciso final del artículo 187 del CPACA?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** sanción moratoria por el pago extemporáneo de cesantías; **iii)** causación de la sanción moratoria; **iv)** unificación jurisprudencial sobre la materia; **v)** sanción moratoria por el ajuste de la cesantía; y **vi)** examen del caso concreto.

1. Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. El 19 de septiembre de 2014, la señora Orfa Elena Betancur Arias solicitó el reconocimiento y pago de cesantías definitivas, correspondiente a los servicios prestados como docente en el Departamento de Caldas (fl. 33, C.1).
2. Por Resolución nº 7853-6 del 13 de noviembre de 2014 (fls. 33 y 34, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció a favor de la parte accionante la suma de \$82'803.740 por concepto de liquidación definitiva de cesantías.
3. Según certificación expedida por la FIDUPREVISORA S.A. (fl. 35, C.1), el 29 de enero de 2015 fue puesto a disposición de la parte demandante el valor por concepto de cesantías definitivas reconocidas.
4. El 29 de agosto de 2017, la parte actora solicitó reajustar las cesantías reconocidas incluyendo en la liquidación de las mismas la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados. Adicionalmente, pidió el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, desde la fecha de radicación de la solicitud de cesantías hasta el momento en que se realizara el pago del ajuste (fls. 37 y 38, C.1).
5. Con Resolución nº 9022-6 del 23 de noviembre de 2017 (fls. 37 y 38, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas modificó la Resolución nº 7853-6 del 13 de noviembre de 2014, incrementando el valor a reconocer por liquidación definitiva de cesantías a la suma de \$84'800.620.

En lo que respecta a la sanción moratoria, se indicó que se estaría a lo dispuesto en la resolución de reconocimiento de la prestación, por corresponder a las competencias del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como fundamento de la anterior decisión, la Secretaría de Educación Departamental manifestó que de conformidad con las obligaciones de dicha dependencia en materia de reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes, no le era atribuible la aprobación, pago o mora de las mismas.

Indicó la Secretaría de Educación que remitió el proyecto de acto administrativo de reconocimiento de cesantías definitivas incluyendo como factores salariales la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados; y que la FIDUPREVISORA S.A. al momento de

expedir la hoja de revisión y aprobación de la prestación, excluyó dichos factores al considerar que no se encontraban reconocidos en el manual unificado para liquidación de prestaciones sociales de los docentes.

6. Según recibo del banco BBVA (fl. 36, C.1), el 6 de febrero de 2018 fue reclamado el pago correspondiente al reajuste de las cesantías definitivas.

2. Sanción moratoria por el pago extemporáneo de cesantías

El artículo 4 de la Ley 1071 de 2006³ estableció que la entidad a cargo del reconocimiento y pago de las cesantías tiene 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, si el solicitante reúne todos los requisitos determinados en la ley⁴.

Por su parte, el artículo 5º de la misma Ley 1071 de 2006, relativo a la mora en el pago de tal prestación, en su primer inciso prevé que para efectuar el pago la entidad dispone de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles contado a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que lo ordena⁵.

Las normas citadas se encuentran dotadas de enunciados propios de las reglas deónticas o regulativas, que mandan, permiten, prohíben o castigan. De ahí que este Tribunal Administrativo haya sostenido en múltiples providencias que la Ley 1071 de 2006 es una típica regla o norma jurídica de acción, destinada a evitar 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 como acaece respecto del reconocimiento y pago oportuno de las cesantías.

³ “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”.

⁴ El artículo 4 de la Ley 1071 de 2006 dispone: “**ARTÍCULO 4o. TÉRMINOS.** Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley. **PARÁGRAFO.** En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes. Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo”.

⁵ Preceptúa el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006: “**ARTÍCULO 5o. MORA EN EL PAGO.** La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la (sic) 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”.

En sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 27 de marzo 2007, con ponencia del Dr. Jesús María Lemus Bustamante⁶, se precisó que “(...) la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores. (...)”; afirmación que se predica igualmente frente a la Ley 1071 de 2006, modificatoria de la Ley 244 de 1995.

En la exposición de motivos del proyecto de ley que a la postre se convirtió en la Ley 244 de 1995, la cual fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, se precisó que la finalidad de la norma era la de lograr el pago puntual de las cesantías del servidor público, mediante un cronograma y un procedimiento ágil, que evitaran que aquél recibiera una suma devaluada⁷.

La Corte Constitucional ha reconocido en innumerables ocasiones que las cesantías deben pagarse completa y oportunamente a los trabajadores, so pena de violar sus derechos fundamentales⁸.

Por otra parte, debe aclararse que la exigencia contenida en el artículo 14 de la Ley 344 de 1996, en punto al deber de contar con apropiación presupuestal para todo gasto público, no constituye una excusa para no reconocer y pagar oportunamente las cesantías a los trabajadores, pues el tiempo prudencial concedido por la Ley 1071 de 2006 en armonía con el artículo 345 de la Carta Política, que se ha calculado en total en 65 o 70 días, es suficiente para efectuar los trámites administrativos correspondientes.

⁶ Rad. 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante.

⁷ Ver Gaceta del Congreso 225 de 1995, página 1. En efecto, en aquella oportunidad se indicó: “(...) Si bien es cierto el inciso tercero del artículo 53 de la Constitución Nacional establece que ‘...el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales...’, ello no significa que las demás prestaciones y retribuciones por el trabajo no deban ser pagadas oportunamente. Todo lo contrario, los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados oportunamente entre otras razones porque ese fruto es el sustento de los trabajadores y de sus familias. // No obstante lo anterior, la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites (...)”.

⁸ En la sentencia T-777 de 2008, la Corte expresó lo siguiente sobre las cesantías parciales: “(...) (iv) igualmente reiteró que desde el punto de vista de la entidad pública obligada, ésta, de conformidad con el artículo 345 de la Constitución, no podría efectuar el correspondiente gasto público sin la suficiente disponibilidad presupuestal, pero no lo es menos que, por una parte, el tiempo que transcurra entre la liquidación y el desembolso, inclusive por causas presupuestales, implica un deterioro del poder adquisitivo de la moneda, y por otra, que el costo respectivo no debe asumirlo el trabajador sino el patrono. Si éste desea que tal costo disminuya, habrá de procurar el pronto pago, mediante la agilización de los trámites presupuestales, pero no le será lícito prolongar indefinidamente la iniciación de los mismos, cargando al trabajador con las consecuencias. (...)”.

Adicionalmente, hay que considerar que el reconocimiento y pago oportuno no se opone al cumplimiento del orden en que debe pagarse las cesantías, conforme lo manda el artículo 6 de la Ley 1071 de 2006, porque la teleología de la norma es la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas). No puede olvidarse que las cesantías son ahorros del servidor público, que está administrando el Estado-empleador, para entregar al servidor en el momento que lo necesite, bien cuando quede cesante de manera definitiva, o bien en los eventos contemplados en la ley, que autoriza el anticipo parcial de las mismas, para vivienda o educación, básicamente.

Lo anterior permite colegir que, sin importar que en el trámite para el reconocimiento y pago de las cesantías deban concurrir o no varias entidades, los términos perentorios contenidos en la Ley 1071 de 2006 sobre el particular, deben cumplirse so pena de la sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago, que prevé el parágrafo de su artículo 5⁹.

3. Causación de la sanción moratoria

En la sentencia del Consejo de Estado del 27 de marzo de 2007 antes referida, 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. Además, el Alto Tribunal sostuvo que cuando la Administración resuelve la solicitud de liquidación de cesantías en forma tardía, 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, 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 moratoria¹⁰.

⁹ El parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 prevé: *“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”*.

¹⁰ Señaló textualmente en dicha providencia el Consejo de Estado: *“Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 [entiéndase también la Ley 1071 de 2006], 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*

Hay que tener en cuenta que cuando el Consejo de Estado en la mencionada sentencia hizo relación a 5 días de ejecutoria, se refería a las disposiciones del anterior Código Contencioso Administrativo, pero actualmente hay que entender que si la solicitud se hace en vigencia de la Ley 1437 de 2011, como la ejecutoria del acto administrativo se configura a los 10 días, deberán sumarse 5 días más para el cálculo que hizo entonces el Alto Tribunal, quedando un total de 70 días hábiles.

4. Unificación de jurisprudencia

En sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018¹¹, el Consejo de Estado se pronunció en relación con la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías a los docentes, sentando las siguientes reglas jurisprudenciales:

*3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.*

*3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.*

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al petitionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el petitionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de

cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria. // Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudir a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante”.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del 18 de julio de 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15).

reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA." (Resaltado original del texto).

5. Sanción moratoria por el ajuste de la cesantía

En relación con el reconocimiento de sanción moratoria por un nuevo pago hecho en virtud de una reliquidación de las cesantías ya reconocidas y pagadas, el Consejo de Estado se pronunció en providencia del 13 de agosto de 2018¹², en la que expuso:

Sobre la sanción moratoria en relación con la reliquidación de las cesantías

51. Por otra parte, el demandante pretende que se le pague la indemnización moratoria sobre el valor que resulte de la reliquidación de las cesantías con la inclusión de los factores salariales prima de servicios y prima de vacaciones. Al respecto, la corporación ha efectuados pronunciamientos en los cuales ha señalado que las (sic) finalidad del legislador fue determinar el término perentorio dentro del cual, la entidad debe reconocer y pagar las cesantías definitivas de los servidores públicos, y que una diferencia en la liquidación de aquellas no conlleva a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley¹³.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del 13 de agosto de 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00539-01(4485-15).

¹³ Al respecto: Subsección A. Sentencia de 9 de abril de 2014. Rad. 13001-23-31-000-2007-00225-01(1483-13). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.; Subsección B. Sentencia de 8 de septiembre de 2017. Rad. 08001233300020140035501. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En el mismo sentido, sentencias de 17 de agosto de 2017. Rad. 08001233300020140035501; Sentencia de 18 de mayo de 2017. Rad. 66001233300020130021301.

52. Conforme a lo anterior, se tiene que precisar que si bien es cierto que en éste se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías, al no tenerse en cuenta los factores prima de servicio y de vacaciones, también lo es que el pago tardío de dicha diferencia, no se puede considerar como mora en la pago de la prestación y, por ende, tenga la connotación de generar la sanción a que alude la norma, pues, es precisamente ésta la que no contempla esa posibilidad, es decir, que sobre el pago tardío de una diferencia resultante en la liquidación de la cesantía, la entidad pueda ser condenada al pago de la sanción moratoria que fue creada por la ley únicamente para los casos en que exista mora en el reconocimiento y pago de la prestación, y no de su reliquidación. En consecuencia, no hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria en los casos en los cuales haya reliquidación de las cesantías, al no incluirse algún factor salarial. (Líneas fuera de texto).

En igual sentido, dicha Corporación sostuvo lo siguiente en sentencia del 4 de octubre de 2018¹⁴:

Para tal efecto, la Sala considera que no hay lugar al reconocimiento solicitado conforme a lo prescrito en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el entendido que no se tiene como fundamento el pago tardío del auxilio de cesantías, sino el no pago oportuno de los reajustes salariales y prestacionales, o, lo que es mejor, la diferencia de valor que se generó por el reajuste ordenado tardíamente por la entidad.

Al respecto, esta Corporación, en reiteradas ocasiones, ha sostenido que la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías no procede respecto de las diferencias de valor de dicha prestación, en los siguientes términos:

En el caso analizado, la entidad demandada sí reconoció oportunamente las prestaciones y cesantías definitivas del demandante al momento de su desvinculación¹⁵; sin embargo, con ocasión de la expedición de la sentencia C- 1433 de 2000 y del Decreto 2720 de diciembre 27 de 2000, se causó una diferencia en la liquidación de las mismas, pero el pago inoportuno de esa diferencia no puede considerarse mora en la consignación de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma trascrita.”¹⁶ (Resaltado fuera de texto).

Esta Subsección, en sentencia del 17 de octubre de 2017, dentro del expediente

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 4 de octubre de 2018. Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00420-01(3490-15).

¹⁵ Cita propia del texto transcrito: Folios 14 a 16.

¹⁶ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de abril de 2014, radicación 13001-23-31-000-2007-00225-01, número interno 1483-13. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

con radicación No. 080012333000201200017101 (2839-14), con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló:

“(…) En tal sentido, si bien se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías definitivas, la cancelación pago inoportuna de esa diferencia no puede considerarse mora en la pago de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma señalada.

(…)

La Sección Segunda del Consejo de Estado, ha sostenido que la finalidad del legislador con la norma aludida, fue determinar el término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos, sin que una diferencia en la liquidación de la prestación social, conlleve a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley¹⁷. (Negrilla y líneas son del texto).

También en sentencia del 16 de mayo de 2019¹⁸, el Consejo de Estado ratificó la anterior posición de la siguiente manera:

*Sobre el particular, esta Subsección¹⁹ expresó que, «como lo estableció la sentencia de unificación CE-SUJ2 No. 004 de 2016,²⁰ **la sanción moratoria no es accesoria a la prestación social – cesantías**, pues si bien se causan en torno a ella, no dependen directamente de su reconocimiento o en este caso, de un ajuste de la asignación salarial base de liquidación de la prestación social, pues su origen es excepcional y tiene lugar por disposición de la ley a título de correctivo pecuniario por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación del valor correspondiente por el auxilio causado en cada anualidad, tiene como finalidad penalizar a las entidades que incurran en mora, en atención a la importancia de dicho emolumento, según lo señalado por la Corte Constitucional²¹».*

En pocas palabras, por el reajuste de la liquidación de cesantías, después de

¹⁷ Cita propia del texto transcrito: Al respecto: Subsección A. Sentencia de 9 de abril de 2014. Rad. 13001-23-31-000-2007-00225-01(1483-13). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.; Subsección B. Sentencia de 8 de septiembre de 2017. Rad. 08001233300020140035501. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En el mismo sentido, sentencias de 17 de agosto de 2017. Rad. 08001233300020140035501; Sentencia de 18 de mayo de 2017. Rad. 66001233300020130021301.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia del 16 de mayo de 2019. Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00576-01(4738-14).

¹⁹ Cita de cita: Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sentencia de 8 de septiembre de 2017, expediente: 08001 23 33 000 2014 00355 01 (3310-2015), consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, actor: Filberto Franco Núñez, demandado: departamento del Atlántico, Contraloría General del Atlántico.

²⁰ Cita de cita: Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sentencia de 25 de agosto de 2016, expediente: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14), unificación jurisprudencial CE-SUJ004 de 2016, consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, actora: Yesenia Esther Hereira Castillo.

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-448 de 1996. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

haberse cancelado el monto que se adeudaba, no puede imponérsele a la Administración una pena de mora tan severa (de un día de salario por uno de retardo), puesto que, además de no estar establecida en disposición legal alguna para los casos de ajuste, desborda la finalidad para la que fue creada: castigar el retraso en el pago.

De lo anterior puede concluirse que el Máximo Tribunal en lo Contencioso Administrativo ha sido reiterativo en considerar que el legislador no previó dentro de los supuestos de hecho que generan la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 o de la Ley 244 de 1995 (modificada por la Ley 1071 de 2006) el pago tardío de reajuste de las cesantías reconocidas en acto anterior, sino que dicha sanción únicamente es procedente frente al reconocimiento y pago tardío de las cesantías liquidadas inicialmente, mas no así, se insiste, en relación con el pago tardío de un reajuste reconocido respecto de las mismas.

6. Examen del caso concreto

Descendiendo al caso que convoca la atención de esta Sala, se encuentra acreditado que la parte actora presentó una solicitud inicial de reconocimiento de cesantías definitivas el 19 de septiembre de 2014, la cual fue resuelta mediante Resolución nº 7853-6 del 13 de noviembre de 2014, y cuyo pago se puso a disposición de la parte demandante el 29 de enero de 2015. Se precisa que en la demanda no se reclama que este desembolso hubiera sido tardío.

Encuentra la Sala que posteriormente la parte actora presentó una petición de reajuste de las cesantías, solicitando además el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, teniendo como punto de partida para esto la fecha de la primera solicitud de reconocimiento de la prestación. Se observa que las cesantías fueron reajustadas y que se negó lo relativo a la sanción moratoria.

Conforme a lo anterior, es claro para este Tribunal que la parte actora solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por estimar que la misma se causa por la liquidación inexacta de las cesantías al no haberse incluido la prima de servicios y la bonificación por servicios, lo que implicó la expedición de un nuevo acto administrativo que reajustó la prestación social.

Al respecto, tal como se anotó en acápite anterior, este Tribunal considera que el reajuste de las cesantías o la diferencia originada por la reliquidación de las mismas, no se encuentra enmarcada dentro de los supuestos normativos para que se genere la sanción moratoria, pues ello no implica que la prestación se hubiese pagado en forma inoportuna o de forma tardía.

Debe tenerse en cuenta que el FOMAG reconoció la cesantía definitiva y la canceló de conformidad con la liquidación que dio a conocer a la parte

actora; decisión contra la cual la parte interesada no interpuso recurso alguno y sólo hasta el 29 de agosto de 2017, es decir, más de 2 años después de haberse reconocido las cesantías, solicitó la reliquidación de tal prestación. Por lo anterior, no sería razonable ni ajustado a derecho imponer al Estado una sanción económica por el tiempo durante el cual la parte actora no ejecutó ninguna acción para la defensa de sus intereses y el acto administrativo de reconocimiento se encontraba en firme.

De otra parte, debe advertirse que la mora es una sanción y, por tanto, conforme a la dogmática sancionatoria, se requiere una norma especial que establezca cuál es la causal para imponerla. La Sala observa que en el presente asunto no se invocó por la parte demandante disposición alguna que prevea una sanción moratoria en caso de reliquidación o reajuste de cesantías, y al no poder aplicarse por analogía la penalidad establecida para el pago tardío de las cesantías iniciales, el derecho reclamado no puede reconocerse.

Finalmente es preciso recordar que este Tribunal Administrativo ya ha emitido pronunciamientos en el mismo sentido en casos semejantes al que convoca la atención de esta Sala.

Conclusión

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, estima esta Corporación que la parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que reclama por la inoportuna consignación del valor reconocido por concepto del reajuste de sus cesantías definitivas, razón por la cual habrán de negarse las pretensiones de la demanda y como consecuencia de ello, la Sala queda liberada de estudiar los demás problemas jurídicos planteados.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP²², se condenará en costas a la parte demandante, por haber resultado vencida en este proceso y además teniendo en cuenta que la parte demandada se vio en la necesidad de asumir su defensa judicial, interviniendo activamente durante todas las etapas del proceso, así como de sufragar los gastos procesales hasta su culminación.

Se fija un 0.5% de la cuantía estimada en este proceso como agencias en

²² En adelante, CGP.

derecho a cargo de la parte accionante.

Según lo dispone el artículo 366 del CGP, por la Secretaría de la Corporación, se liquidarán las costas.

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

FALLA

Primero. NIÉGANSE las súplicas de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora Orfa Elena Betancur Arias contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento de Caldas.

Segundo. CONDÉNASE en costas en esta instancia a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Corporación, por lo brevemente expuesto. FÍJASE un 0.5% de la cuantía estimada en este proceso como agencias en derecho.

Tercero. RECONÓCESE personería jurídica al abogado JUAN FELIPE RÍOS FRANCO, identificado con la cédula de ciudadanía n° 1.053'769.738 expedida en Manizales, y portador de la tarjeta profesional n° 186.376 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación del Departamento de Caldas, en los términos y facultades señaladas en el poder conferido visible a folio 73 del expediente.

Cuarto. RECONÓCESE personería jurídica a la abogada JENNY ALEXANDRA ACOSTA RODRÍGUEZ, identificada con la cédula de ciudadanía n° 52'203.675 expedida en Bogotá, y portadora de la tarjeta profesional n° 252.440 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme a la sustitución de poder que obra en el documento n° 004 del expediente digital.

Quinto. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

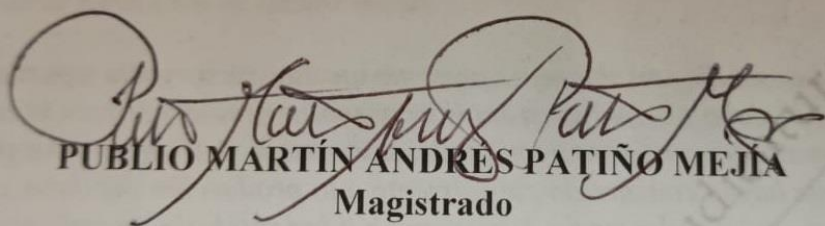
Sexto. Ejecutoriada esta providencia, LIQUÍDENSE los gastos del proceso,

DEVUÉLVANSE los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

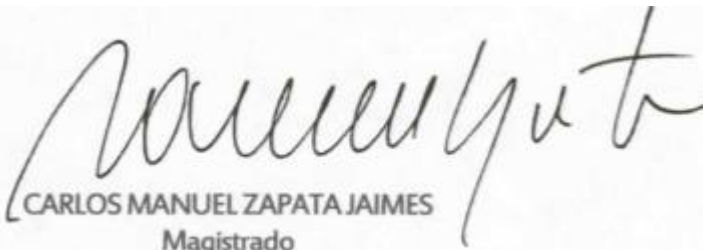
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 25
FECHA: 15 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 032

Asunto:	Sentencia de primera instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2018-00277-00
Demandante:	Silvia Valencia Cardona
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Departamento de Caldas

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n°
005 del 12 de febrero de 2021**

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, esta Sala de Decisión procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Silvia Valencia Cardona contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 24 de mayo de 2018, se solicitó lo siguiente (fls. 2 a 20, C.1):

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad del artículo sexto de la Resolución n° 1108-6 del 29 de enero de 2018, que negó el reconocimiento y pago de sanción

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contado desde los 70 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud de cesantías definitivas y hasta cuando se hizo efectivo el pago total de la prestación.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y al Departamento de Caldas al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que prevén las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contado desde los 70 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud de cesantías definitivas y hasta cuando se hizo efectivo el pago total de las mismas mediante la Resolución nº 1108-6 del 29 de enero de 2018.
3. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y al Departamento de Caldas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria referida en el numeral anterior.
4. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y al Departamento de Caldas al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo consecutivo hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria reconocida en esta sentencia.
5. Que se condene en costas a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente (fls. 4 y 5, C.1):

1. El FOMAG fue creado por el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.
2. Conforme al parágrafo 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, al FOMAG le fue asignada la competencia para el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes vinculados a los establecimientos educativos del sector oficial.

3. Atendiendo lo anterior, y al haber laborado como docente en el Departamento de Caldas, la parte actora elevó solicitud el 27 de febrero de 2015 ante la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, tendiente a obtener el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas a que tenía derecho.
4. Con Resolución nº 3938-6 del 15 (sic) de mayo de 2015, le fueron reconocidas a la parte demandante las cesantías definitivas, teniendo como factores salariales el sueldo mensual, la prima de navidad, la prima de vacaciones y la prima de alimentación.
5. Las referidas cesantías fueron pagadas a la parte actora el 24 de julio de 2015, por intermedio de la entidad bancaria BBVA.
6. Mediante Decreto 1545 de 2013, la prima de servicios a favor de los docentes se consagró como factor salarial para efectos de la liquidación de cesantías.
7. En el mismo sentido, el Decreto 1566 de 2014 estableció que la bonificación por servicios a favor de los docentes constituiría factor salarial para todos los efectos legales.
8. Al no haber sido pagada la totalidad de las cesantías al término de la relación laboral, la parte actora elevó solicitud el 2 de agosto de 2017, tendiente a que se reajustaran las cesantías definitivas mediante la inclusión de la prima de servicios y de la bonificación por servicios como factores salariales determinantes del salario base de liquidación. Adicionalmente pidió el reconocimiento de la sanción moratoria desde los 70 días siguientes a la radicación de la petición inicial de las cesantías definitivas, hasta cuando fuere realizado el pago total de la prestación por medio del citado ajuste.
9. Con Resolución nº 1108-6 del 29 de enero de 2018, las cesantías definitivas fueron reajustadas teniendo en cuenta la prima de servicios y la bonificación por servicios, y se negó el reconocimiento de la sanción moratoria solicitada, no obstante haber aceptado el no pago total de las cesantías al término de la relación laboral.
10. La solicitud de cesantías definitivas se realizó el 27 de febrero de 2015, por lo que el plazo para cancelarlas finalizaba el 17 de junio de 2015. Hasta la fecha en la cual fue realizado el pago total de las cesantías definitivas con ocasión del ajuste reconocido mediante Resolución nº

1108-6 del 29 de enero de 2018, transcurrieron un total de 1.007 días de mora.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Ley 91 de 1989: artículos 5 y 15; Ley 244 de 1995: artículos 1 y 2; Ley 1071 de 2006: artículos 4 y 5.

Refirió que a través de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 se reguló el pago de las cesantías parciales y definitivas a los servidores públicos, señalando 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 contado a partir de la expedición del acto administrativo correspondiente.

Manifestó que no obstante que la jurisprudencia ha reiterado que entre el reconocimiento y pago de las cesantías no debe superarse un término de 70 días hábiles después de haber radicado la respectiva solicitud, el FOMAG insiste en cancelarlas tardíamente, haciéndose acreedor de la sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora, contado desde que venció el término y hasta cuando se haga efectiva la prestación solicitada.

Como fundamento de lo anterior, trajo a colación apartes de varias providencias proferidas por el Consejo de Estado, insistiendo con ello, en que se acceda a las súplicas de la demanda.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG

No contestó la demanda.

Departamento de Caldas (fls. 72 a 75, C.1)

Dentro del término otorgado, la entidad territorial demandada contestó la demanda de la siguiente manera.

Respecto de los hechos, el Departamento de Caldas tuvo como ciertos algunos, y respecto de los demás aseguró que no le constaban o que no eran supuestos fácticos sino apreciaciones de la parte demandante.

Se opuso a las súplicas de la demanda, con fundamento en los medios exceptivos que denominó: ***“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA***

POR PASIVA", alegando que es el FOMAG a quien corresponde el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones de los docentes, mientras que las Secretarías de Educación cumplen funciones meramente operativas o de trámite; **"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION (sic) CON FUNDAMENTO EN LA LEY"**, en la medida en que, de un lado, luego de que la entidad territorial cumple el trámite previsto en el Decreto 1075 de 2015, no incide en las competencias del FOMAG, y de otro, la sanción moratoria no se aplica en los casos de reajuste de cesantías; **"BUENA FE"**, indicando que el Departamento de Caldas ha obrado con apego a los términos estipulados en la ley en lo que respecta a sus funciones; **"MALA FE PARTE DEMANDANTE"**, en tanto pretende sanción moratoria desde el momento en que solicitó el reconocimiento de las cesantías y no desde que pidió su reajuste, pese a que no interpuso recursos contra el acto inicial; y **"PRESCRIPCION (sic)"**, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 (sic) de 1965.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante y Departamento de Caldas

Guardaron silencio.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG (documento nº 04 del expediente digital)

Intervino para manifestar que no se genera sanción moratoria por el pago de las diferencias que surjan del ajuste a la liquidación de las cesantías, pues así no lo dispone expresamente la Ley 1071 de 2006. Sobre el particular, citó apartes de jurisprudencia del Consejo de Estado.

Por lo anterior, solicitó negar las súplicas de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público emitió concepto en este asunto (documento nº 08 del expediente digital), a través del cual solicitó negar las pretensiones de la demanda, por considerar que la sanción moratoria no se extiende vía analógica a situaciones no previstas en la ley, como sería el caso de las diferencias en los reajustes de las liquidaciones parciales o definitivas de cesantías. Sobre el particular, citó apartes de jurisprudencia del Consejo de Estado.

TRÁMITE PROCESAL

Reparto. Para conocer del asunto, el expediente fue repartido al Tribunal el 24 de mayo de 2018, y allegado el 13 de julio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 38, C.1).

Admisión y contestación. Luego de que se corrigiera la demanda, ésta fue admitida por auto del 9 de octubre de 2019 (fls. 59 y 60, C.1). Hecha la notificación correspondiente, sólo el Departamento de Caldas contestó oportunamente (fls. 72 a 75, ibídem).

Audiencia inicial. El 10 de septiembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para fijar fecha para audiencia inicial (fl. 78, C.1).

Sentencia anticipada. Atendiendo lo previsto por el Decreto Legislativo 806 de 2020 y mediante auto del 29 de octubre de 2020 (documento n° 01 del expediente digital), el Magistrado Ponente de esta providencia se pronunció en relación con las excepciones propuestas y las pruebas solicitadas, llegando finalmente a la conclusión que era procedente dictar sentencia anticipada en este asunto. Para lo anterior, corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y emitir el respectivo concepto.

Alegatos y concepto del Ministerio Público. Durante el término conferido, sólo el Ministerio de Educación Nacional presentó alegatos (documento n° 04 del expediente digital). El Ministerio Público emitió concepto (documento n° 08, ibídem).

Paso a Despacho para sentencia. El 4 de diciembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para proferir la respectiva sentencia anticipada (documento n° 09 del expediente digital).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Pretende la parte demandante que por esta Corporación se declare la nulidad del artículo sexto de la Resolución n° 1108-6 del 29 de enero de 2018, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, con el cual negó el reconocimiento y pago de sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías que fueron objeto de reajuste.

Como consecuencia de tal declaración, solicita la parte accionante se condene a la parte demandada al reconocimiento y pago de la referida sanción moratoria, equivalente a un día de salario por cada día de retardo,

contado a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago total de la misma.

Adicionalmente pide la parte actora que se condene a las entidades accionadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria referida en el numeral anterior, así como a los intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo consecutivo hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria reconocida en esta sentencia. Insta para que se condene en costas a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el *sub examine* se centra en dilucidar lo siguiente:

- *¿Le asiste derecho a la parte actora a que con fundamento en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, se le reconozca y pague sanción moratoria, con ocasión del nuevo pago que hizo la parte demandada en virtud del reajuste de las cesantías ya reconocidas y pagadas?*
- *En caso positivo, deberá establecerse ¿a qué entidad le corresponde el reconocimiento y pago de la sanción moratoria?, ¿cuál es el salario base para liquidar la sanción moratoria?, y si ¿la condena al pago debe reajustarse tal y como lo ordena el inciso final del artículo 187 del CPACA?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** sanción moratoria por el pago extemporáneo de cesantías; **iii)** causación de la sanción moratoria; **iv)** unificación jurisprudencial sobre la materia; **v)** sanción moratoria por el ajuste de la cesantía; y **vi)** examen del caso concreto.

1. Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. El 27 de febrero de 2015, la señora Silvia Valencia Cardona solicitó el reconocimiento y pago de cesantías definitivas, correspondiente a los servicios prestados como docente en el Departamento de Caldas (fl. 32, C.1).

2. Por Resolución nº 3938-6 del 14 de mayo de 2015 (fl. 32, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció a favor de la parte accionante la suma de \$111'465.503 por concepto de liquidación definitiva de cesantías.
3. Según certificación expedida por la FIDUPREVISORA S.A. (fl. 33, C.1), el 24 de julio de 2015 fue puesto a disposición de la parte demandante el valor por concepto de cesantías definitivas reconocidas.
4. El 2 de agosto de 2017, la parte actora solicitó reajustar las cesantías reconocidas incluyendo en la liquidación de las mismas la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados. Adicionalmente, pidió el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, desde la fecha de radicación de la solicitud de cesantías hasta el momento en que se realizara el pago del ajuste (fls. 22 a 25, C.1).
5. Con Resolución nº 1108-6 del 29 de enero de 2018 (fls. 34 y 35, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas modificó la Resolución nº 3938-6 del 14 de mayo de 2015, incrementando el valor a reconocer por liquidación definitiva de cesantías a la suma de \$114'364.094.

En lo que respecta a la sanción moratoria, se indicó que se estaría a lo dispuesto en la resolución de reconocimiento de la prestación, por corresponder a las competencias del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como fundamento de la anterior decisión, la Secretaría de Educación Departamental manifestó que de conformidad con las obligaciones de dicha dependencia en materia de reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes, no le era atribuible la aprobación, pago o mora de las mismas.

Indicó la Secretaría de Educación que remitió el proyecto de acto administrativo de reconocimiento de cesantías definitivas incluyendo como factores salariales la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados; y que la FIDUPREVISORA S.A. al momento de expedir la hoja de revisión y aprobación de la prestación, excluyó dichos factores al considerar que no se encontraban reconocidos en el manual unificado para liquidación de prestaciones sociales de los docentes.

6. Según recibo del banco BBVA (fl. 36, C.1), el 3 de abril de 2018 fue reclamado el pago correspondiente al reajuste de las cesantías definitivas.

2. Sanción moratoria por el pago extemporáneo de cesantías

El artículo 4 de la Ley 1071 de 2006³ estableció que la entidad a cargo del reconocimiento y pago de las cesantías tiene 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, si el solicitante reúne todos los requisitos determinados en la ley⁴.

Por su parte, el artículo 5º de la misma Ley 1071 de 2006, relativo a la mora en el pago de tal prestación, en su primer inciso prevé que para efectuar el pago la entidad dispone de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles contado a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que lo ordena⁵.

Las normas citadas se encuentran dotadas de enunciados propios de las reglas deónticas o regulativas, que mandan, permiten, prohíben o castigan. De ahí que este Tribunal Administrativo haya sostenido en múltiples providencias que la Ley 1071 de 2006 es una típica regla o norma jurídica de acción, destinada a evitar 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 como acaece respecto del reconocimiento y pago oportuno de las cesantías.

En sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 27 de marzo 2007, con ponencia del Dr. Jesús María Lemus Bustamante⁶, se precisó que “(...) la

³ “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”.

⁴ El artículo 4 de la Ley 1071 de 2006 dispone: “**ARTÍCULO 4o. TÉRMINOS.** Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley. **PARÁGRAFO.** En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes. Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo”.

⁵ Preceptúa el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006: “**ARTÍCULO 5o. MORA EN EL PAGO.** La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la (sic) 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”.

⁶ Rad. 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante.

Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores. (...)"; afirmación que se predica igualmente frente a la Ley 1071 de 2006, modificatoria de la Ley 244 de 1995.

En la exposición de motivos del proyecto de ley que a la postre se convirtió en la Ley 244 de 1995, la cual fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, se precisó que la finalidad de la norma era la de lograr el pago puntual de las cesantías del servidor público, mediante un cronograma y un procedimiento ágil, que evitaran que aquél recibiera una suma devaluada⁷.

La Corte Constitucional ha reconocido en innumerables ocasiones que las cesantías deben pagarse completa y oportunamente a los trabajadores, so pena de violar sus derechos fundamentales⁸.

Por otra parte, debe aclararse que la exigencia contenida en el artículo 14 de la Ley 344 de 1996, en punto al deber de contar con apropiación presupuestal para todo gasto público, no constituye una excusa para no reconocer y pagar oportunamente las cesantías a los trabajadores, pues el tiempo prudencial concedido por la Ley 1071 de 2006 en armonía con el artículo 345 de la Carta Política, que se ha calculado en total en 65 o 70 días, es suficiente para efectuar los trámites administrativos correspondientes.

Adicionalmente, hay que considerar que el reconocimiento y pago oportuno no se opone al cumplimiento del orden en que debe pagarse las cesantías, conforme lo manda el artículo 6 de la Ley 1071 de 2006, porque la teleología de

⁷ Ver Gaceta del Congreso 225 de 1995, página 1. En efecto, en aquella oportunidad se indicó: "(...) Si bien es cierto el inciso tercero del artículo 53 de la Constitución Nacional establece que '...el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales...', ello no significa que las demás prestaciones y retribuciones por el trabajo no deban ser pagadas oportunamente. Todo lo contrario, los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados oportunamente entre otras razones porque ese fruto es el sustento de los trabajadores y de sus familias. // No obstante lo anterior, la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites (...)".

⁸ En la sentencia T-777 de 2008, la Corte expresó lo siguiente sobre las cesantías parciales: "(...) (iv) igualmente reiteró que desde el punto de vista de la entidad pública obligada, ésta, de conformidad con el artículo 345 de la Constitución, no podría efectuar el correspondiente gasto público sin la suficiente disponibilidad presupuestal, pero no lo es menos que, por una parte, el tiempo que transcurra entre la liquidación y el desembolso, inclusive por causas presupuestales, implica un deterioro del poder adquisitivo de la moneda, y por otra, que el costo respectivo no debe asumirlo el trabajador sino el patrono. Si éste desea que tal costo disminuya, habrá de procurar el pronto pago, mediante la agilización de los trámites presupuestales, pero no le será lícito prolongar indefinidamente la iniciación de los mismos, cargando al trabajador con las consecuencias. (...)".

la norma es la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas). No puede olvidarse que las cesantías son ahorros del servidor público, que está administrando el Estado-empleador, para entregar al servidor en el momento que lo necesite, bien cuando quede cesante de manera definitiva, o bien en los eventos contemplados en la ley, que autoriza el anticipo parcial de las mismas, para vivienda o educación, básicamente.

Lo anterior permite colegir que, sin importar que en el trámite para el reconocimiento y pago de las cesantías deban concurrir o no varias entidades, los términos perentorios contenidos en la Ley 1071 de 2006 sobre el particular, deben cumplirse so pena de la sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago, que prevé el parágrafo de su artículo 5⁹.

3. Causación de la sanción moratoria

En la sentencia del Consejo de Estado del 27 de marzo de 2007 antes referida, 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. Además, el Alto Tribunal sostuvo que cuando la Administración resuelve la solicitud de liquidación de cesantías en forma tardía, 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, 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 moratoria¹⁰.

⁹ El parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 prevé: *“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”*.

¹⁰ Señaló textualmente en dicha providencia el Consejo de Estado: *“Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 [entiéndase también la Ley 1071 de 2006], el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria. // Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudir a este medio, el cometido proteccionista de los derechos*

Hay que tener en cuenta que cuando el Consejo de Estado en la mencionada sentencia hizo relación a 5 días de ejecutoria, se refería a las disposiciones del anterior Código Contencioso Administrativo, pero actualmente hay que entender que si la solicitud se hace en vigencia de la Ley 1437 de 2011, como la ejecutoria del acto administrativo se configura a los 10 días, deberán sumarse 5 días más para el cálculo que hizo entonces el Alto Tribunal, quedando un total de 70 días hábiles.

4. Unificación de jurisprudencia

En sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018¹¹, el Consejo de Estado se pronunció en relación con la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías a los docentes, sentando las siguientes reglas jurisprudenciales:

*3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.*

*3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.*

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

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”.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del 18 de julio de 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15).

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA." (Resaltado original del texto).

5. Sanción moratoria por el ajuste de la cesantía

En relación con el reconocimiento de sanción moratoria por un nuevo pago hecho en virtud de una reliquidación de las cesantías ya reconocidas y pagadas, el Consejo de Estado se pronunció en providencia del 13 de agosto de 2018¹², en la que expuso:

Sobre la sanción moratoria en relación con la reliquidación de las cesantías

51. Por otra parte, el demandante pretende que se le pague la indemnización moratoria sobre el valor que resulte de la reliquidación de las cesantías con la inclusión de los factores salariales prima de servicios y prima de vacaciones. Al respecto, la corporación ha efectuado pronunciamientos en los cuales ha señalado que las (sic) finalidad del legislador fue determinar el término perentorio dentro del cual, la entidad debe reconocer y pagar las cesantías definitivas de los servidores públicos, y que una diferencia en la liquidación de aquellas no conlleva a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley¹³.

52. Conforme a lo anterior, se tiene que precisar que si bien es cierto que en éste se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías, al no tenerse en cuenta los factores prima de servicio y de vacaciones, también lo es que el pago tardío de dicha diferencia, no se puede considerar como mora en la pago de la

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del 13 de agosto de 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00539-01(4485-15).

¹³ Al respecto: Subsección A. Sentencia de 9 de abril de 2014. Rad. 13001-23-31-000-2007-00225-01(1483-13). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.; Subsección B. Sentencia de 8 de septiembre de 2017. Rad. 08001233300020140035501. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En el mismo sentido, sentencias de 17 de agosto de 2017. Rad. 08001233300020140035501; Sentencia de 18 de mayo de 2017. Rad. 66001233300020130021301.

prestación y, por ende, tenga la connotación de generar la sanción a que alude la norma, pues, es precisamente ésta la que no contempla esa posibilidad, es decir, que sobre el pago tardío de una diferencia resultante en la liquidación de la cesantía, la entidad pueda ser condenada al pago de la sanción moratoria que fue creada por la ley únicamente para los casos en que exista mora en el reconocimiento y pago de la prestación, y no de su reliquidación. En consecuencia, no hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria en los casos en los cuales haya reliquidación de las cesantías, al no incluirse algún factor salarial. (Líneas fuera de texto).

En igual sentido, dicha Corporación sostuvo lo siguiente en sentencia del 4 de octubre de 2018¹⁴:

Para tal efecto, la Sala considera que no hay lugar al reconocimiento solicitado conforme a lo prescrito en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el entendido que no se tiene como fundamento el pago tardío del auxilio de cesantías, sino el no pago oportuno de los reajustes salariales y prestacionales, o, lo que es mejor, la diferencia de valor que se generó por el reajuste ordenado tardíamente por la entidad.

Al respecto, esta Corporación, en reiteradas ocasiones, ha sostenido que la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías no procede respecto de las diferencias de valor de dicha prestación, en los siguientes términos:

En el caso analizado, la entidad demandada sí reconoció oportunamente las prestaciones y cesantías definitivas del demandante al momento de su desvinculación¹⁵; sin embargo, con ocasión de la expedición de la sentencia C- 1433 de 2000 y del Decreto 2720 de diciembre 27 de 2000, se causó una diferencia en la liquidación de las mismas, pero el pago inoportuno de esa diferencia no puede considerarse mora en la consignación de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma trascrita.”¹⁶ (Resaltado fuera de texto).

Esta Subsección, en sentencia del 17 de octubre de 2017, dentro del expediente con radicación No. 080012333000201200017101 (2839-14), con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló:

“(…) En tal sentido, si bien se causó una diferencia en la liquidación de

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 4 de octubre de 2018. Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00420-01(3490-15).

¹⁵ Cita propia del texto transcrito: Folios 14 a 16.

¹⁶ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de abril de 2014, radicación 13001-23-31-000-2007-00225-01, número interno 1483-13. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

las cesantías definitivas, la cancelación pago inoportuna de esa diferencia no puede considerarse mora en la pago de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma señalada.

(...)

La Sección Segunda del Consejo de Estado, ha sostenido que la finalidad del legislador con la norma aludida, fue determinar el término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos, sin que una diferencia en la liquidación de la prestación social, conlleve a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley¹⁷. (Negrilla y líneas son del texto).

También en sentencia del 16 de mayo de 2019¹⁸, el Consejo de Estado ratificó la anterior posición de la siguiente manera:

*Sobre el particular, esta Subsección¹⁹ expresó que, «como lo estableció la sentencia de unificación CE-SUJ2 No. 004 de 2016,²⁰ **la sanción moratoria no es accesoria a la prestación social – cesantías**, pues si bien se causan en torno a ella, no dependen directamente de su reconocimiento o en este caso, de un ajuste de la asignación salarial base de liquidación de la prestación social, pues su origen es excepcional y tiene lugar por disposición de la ley a título de correctivo pecuniario por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación del valor correspondiente por el auxilio causado en cada anualidad, tiene como finalidad penalizar a las entidades que incurran en mora, en atención a la importancia de dicho emolumento, según lo señalado por la Corte Constitucional²¹».*

En pocas palabras, por el reajuste de la liquidación de cesantías, después de haberse cancelado el monto que se adeudaba, no puede imponérsele a la Administración una pena de mora tan severa (de un día de salario por uno de retardo), puesto que, además de no estar establecida en disposición legal alguna para los casos de ajuste, desborda la finalidad para la que fue creada: castigar el

¹⁷ Cita propia del texto transcrito: Al respecto: Subsección A. Sentencia de 9 de abril de 2014. Rad. 13001-23-31-000-2007-00225-01(1483-13). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.; Subsección B. Sentencia de 8 de septiembre de 2017. Rad. 08001233300020140035501. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En el mismo sentido, sentencias de 17 de agosto de 2017. Rad. 08001233300020140035501; Sentencia de 18 de mayo de 2017. Rad. 66001233300020130021301.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia del 16 de mayo de 2019. Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00576-01(4738-14).

¹⁹ Cita de cita: Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sentencia de 8 de septiembre de 2017, expediente: 08001 23 33 000 2014 00355 01 (3310-2015), consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, actor: Filberto Franco Núñez, demandado: departamento del Atlántico, Contraloría General del Atlántico.

²⁰ Cita de cita: Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sentencia de 25 de agosto de 2016, expediente: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14), unificación jurisprudencial CE-SUJ004 de 2016, consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, actora: Yesenia Esther Hereira Castillo.

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-448 de 1996. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

retraso en el pago.

De lo anterior puede concluirse que el Máximo Tribunal en lo Contencioso Administrativo ha sido reiterativo en considerar que el legislador no previó dentro de los supuestos de hecho que generan la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 o de la Ley 244 de 1995 (modificada por la Ley 1071 de 2006) el pago tardío de reajuste de las cesantías reconocidas en acto anterior, sino que dicha sanción únicamente es procedente frente al reconocimiento y pago tardío de las cesantías liquidadas inicialmente, mas no así, se insiste, en relación con el pago tardío de un reajuste reconocido respecto de las mismas.

6. Examen del caso concreto

Descendiendo al caso que convoca la atención de esta Sala, se encuentra acreditado que la parte actora presentó una solicitud inicial de reconocimiento de cesantías definitivas el 27 de febrero de 2015, la cual fue resuelta mediante Resolución n° 3938-6 del 14 de mayo de 2015, y cuyo pago se puso a disposición de la parte demandante el 24 de julio de 2015. Se precisa que en la demanda no se reclama que este desembolso hubiera sido tardío.

Encuentra la Sala que posteriormente la parte actora presentó una petición de reajuste de las cesantías, solicitando además el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, teniendo como punto de partida para esto la fecha de la primera solicitud de reconocimiento de la prestación. Se observa que las cesantías fueron reajustadas y que se negó lo relativo a la sanción moratoria.

Conforme a lo anterior, es claro para este Tribunal que la parte actora solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por estimar que la misma se causa por la liquidación inexacta de las cesantías al no haberse incluido la prima de servicios y la bonificación por servicios, lo que implicó la expedición de un nuevo acto administrativo que reajustó la prestación social.

Al respecto, tal como se anotó en acápite anterior, este Tribunal considera que el reajuste de las cesantías o la diferencia originada por la reliquidación de las mismas, no se encuentra enmarcada dentro de los supuestos normativos para que se genere la sanción moratoria, pues ello no implica que la prestación se hubiese pagado en forma inoportuna o de forma tardía.

Debe tenerse en cuenta que el FOMAG reconoció la cesantía definitiva y la canceló de conformidad con la liquidación que dio a conocer a la parte actora; decisión contra la cual la parte interesada no interpuso recurso alguno y sólo hasta el 2 de agosto de 2017, es decir, más de 2 años después de haberse reconocido las cesantías, solicitó la reliquidación de tal prestación.

Por lo anterior, no sería razonable ni ajustado a derecho imponer al Estado una sanción económica por el tiempo durante el cual la parte actora no ejecutó ninguna acción para la defensa de sus intereses y el acto administrativo de reconocimiento se encontraba en firme.

De otra parte, debe advertirse que la mora es una sanción y, por tanto, conforme a la dogmática sancionatoria, se requiere una norma especial que establezca cuál es la causal para imponerla. La Sala observa que en el presente asunto no se invocó por la parte demandante disposición alguna que prevea una sanción moratoria en caso de reliquidación o reajuste de cesantías, y al no poder aplicarse por analogía la penalidad establecida para el pago tardío de las cesantías iniciales, el derecho reclamado no puede reconocerse.

Finalmente es preciso recordar que este Tribunal Administrativo ya ha emitido pronunciamientos en el mismo sentido en casos semejantes al que convoca la atención de esta Sala.

Conclusión

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, estima esta Corporación que la parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que reclama por la inoportuna consignación del valor reconocido por concepto del reajuste de sus cesantías definitivas, razón por la cual habrán de negarse las pretensiones de la demanda y como consecuencia de ello, la Sala queda liberada de estudiar los demás problemas jurídicos planteados.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP²², se condenará en costas a la parte demandante, por haber resultado vencida en este proceso y además teniendo en cuenta que la parte demandada se vio en la necesidad de asumir su defensa judicial, interviniendo activamente durante todas las etapas del proceso, así como de sufragar los gastos procesales hasta su culminación.

Se fija un 0.5% de la cuantía estimada en este proceso como agencias en derecho a cargo de la parte accionante.

Según lo dispone el artículo 366 del CGP, por la Secretaría de la

²² En adelante, CGP.

Corporación, se liquidarán las costas.

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

FALLA

Primero. NIÉGANSE las súplicas de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora Silvia Valencia Cardona contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento de Caldas.

Segundo. CONDÉNASE en costas en esta instancia a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Corporación, por lo brevemente expuesto. FÍJASE un 0.5% de la cuantía estimada en este proceso como agencias en derecho.

Tercero. RECONÓCESE personería jurídica al abogado JUAN FELIPE RÍOS FRANCO, identificado con la cédula de ciudadanía n° 1.053'769.738 expedida en Manizales, y portador de la tarjeta profesional n° 186.376 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación del Departamento de Caldas, en los términos y facultades señaladas en el poder conferido visible a folio 68 del expediente.

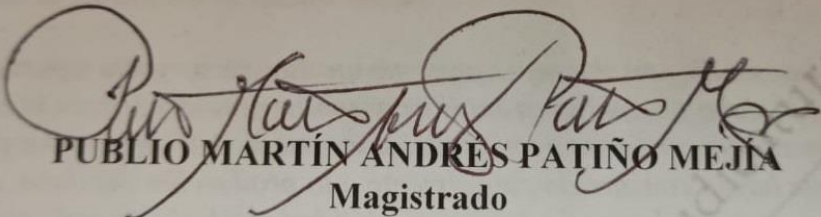
Cuarto. RECONÓCESE personería jurídica a la abogada VERA CABRALES SOTO, identificada con la cédula de ciudadanía n° 1.047'377.064 expedida en Cartagena, y portadora de la tarjeta profesional n° 228.214 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme a la sustitución de poder que obra en el documento n° 05 del expediente digital.

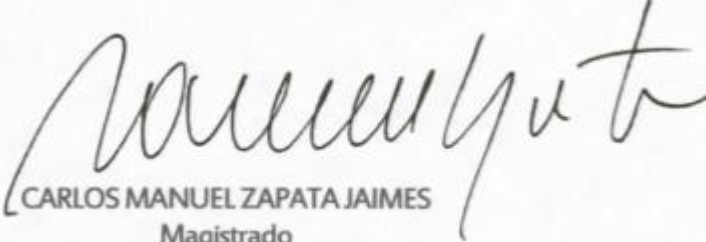
Quinto. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Sexto. Ejecutoriada esta providencia, LIQUÍDENSE los gastos del proceso, DEVUÉLVANSE los remanentes si los hubiere y ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase


AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 25
FECHA: 15 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 033

Asunto:	Sentencia de primera instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2018-00282-00
Demandante:	Gloria Gil Zuluaga
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Departamento de Caldas

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n°
005 del 12 de febrero de 2021**

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, esta Sala de Decisión procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Gloria Gil Zuluaga contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 25 de mayo de 2018, se solicitó lo siguiente (fls. 2 a 19, C.1):

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad del artículo sexto de la Resolución n° 0326-6 del 12 de enero de 2018, que negó el reconocimiento y pago de sanción

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contado desde los 70 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud de cesantías definitivas y hasta cuando se hizo efectivo el pago total de la prestación.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y al Departamento de Caldas al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que prevén las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contado desde los 70 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud de cesantías definitivas y hasta cuando se hizo efectivo el pago total de las mismas mediante la Resolución nº 0326-6 del 12 de enero de 2018.
3. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y al Departamento de Caldas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria referida en el numeral anterior.
4. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y al Departamento de Caldas al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo consecutivo hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria reconocida en esta sentencia.
5. Que se condene en costas a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente (fls. 4 y 5, C.1):

1. El FOMAG fue creado por el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.
2. Conforme al parágrafo 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, al FOMAG le fue asignada la competencia para el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes vinculados a los establecimientos educativos del sector oficial.

3. Atendiendo lo anterior, y al haber laborado como docente en el Departamento de Caldas, la parte actora elevó solicitud el 29 de febrero de 2016 ante la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, tendiente a obtener el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas a que tenía derecho.
4. Con Resolución nº 4380-6 del 2 de junio de 2016, le fueron reconocidas a la parte demandante las cesantías definitivas, teniendo como factores salariales el sueldo mensual, la prima de navidad, la prima de vacaciones, la bonificación por servicios y la prima de alimentación.
5. Las referidas cesantías fueron pagadas a la parte actora el 5 de septiembre de 2016, por intermedio de la entidad bancaria BBVA.
6. Mediante Decreto 1545 de 2013, la prima de servicios a favor de los docentes se consagró como factor salarial para efectos de la liquidación de cesantías.
7. Al no haber sido pagada la totalidad de las cesantías al término de la relación laboral, la parte actora elevó solicitud el 2 de agosto de 2017, tendiente a que se reajustaran las cesantías definitivas mediante la inclusión de la prima de servicios como factores salariales determinantes del salario base de liquidación. Adicionalmente pidió el reconocimiento de la sanción moratoria desde los 70 días siguientes a la radicación de la petición inicial de las cesantías definitivas, hasta cuando fuere realizado el pago total de la prestación por medio del citado ajuste.
8. Con Resolución nº 0326-6 del 12 de enero de 2018, las cesantías definitivas fueron reajustadas teniendo en cuenta la prima de servicios, y se negó el reconocimiento de la sanción moratoria solicitada, no obstante haber aceptado el no pago total de las cesantías al término de la relación laboral.
9. La solicitud de cesantías definitivas se realizó el 29 de febrero de 2016, por lo que el plazo para cancelarlas finalizaba el 14 de junio de 2016. Hasta la fecha en la cual fue realizado el pago total de las cesantías definitivas con ocasión del ajuste reconocido mediante Resolución nº 0326-6 del 12 de enero de 2018, transcurrieron un total de 662 días de mora.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Ley

91 de 1989: artículos 5 y 15; Ley 244 de 1995: artículos 1 y 2; Ley 1071 de 2006: artículos 4 y 5.

Refirió que a través de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 se reguló el pago de las cesantías parciales y definitivas a los servidores públicos, señalando 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 contado a partir de la expedición del acto administrativo correspondiente.

Manifestó que no obstante que la jurisprudencia ha reiterado que entre el reconocimiento y pago de las cesantías no debe superarse un término de 70 días hábiles después de haber radicado la respectiva solicitud, el FOMAG insiste en cancelarlas tardíamente, haciéndose acreedor de la sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora, contado desde que venció el término y hasta cuando se haga efectiva la prestación solicitada.

Como fundamento de lo anterior, trajo a colación apartes de varias providencias proferidas por el Consejo de Estado, insistiendo con ello, en que se acceda a las súplicas de la demanda.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG

No contestó la demanda.

Departamento de Caldas (fls. 75 a 78, C.1)

Dentro del término otorgado, la entidad territorial demandada contestó la demanda de la siguiente manera.

Respecto de los hechos, el Departamento de Caldas tuvo como ciertos algunos, y respecto de los demás aseguró que no le constaban o que no eran supuestos fácticos sino apreciaciones de la parte demandante.

Se opuso a las súplicas de la demanda, con fundamento en los medios exceptivos que denominó: ***“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”***, alegando que es el FOMAG a quien corresponde el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones de los docentes, mientras que las Secretarías de Educación cumplen funciones meramente operativas o de trámite; ***“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION (sic) CON FUNDAMENTO EN LA LEY”***, en la medida en que, de un lado, luego de que la entidad territorial cumple el trámite previsto en el Decreto 1075 de

2015, no incide en las competencias del FOMAG, y de otro, la sanción moratoria no se aplica en los casos de reajuste de cesantías; *“BUENA FE”*, indicando que el Departamento de Caldas ha obrado con apego a los términos estipulados en la ley en lo que respecta a sus funciones; *“MALA FE PARTE DEMANDANTE”*, en tanto pretende sanción moratoria desde el momento en que solicitó el reconocimiento de las cesantías y no desde que pidió su reajuste, pese a que no interpuso recursos contra el acto inicial; y *“PRESCRIPCION (sic)”*, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 (sic) de 1965.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante y Departamento de Caldas

Guardaron silencio.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG (documento nº 04 del expediente digital)

Intervino para manifestar que no se genera sanción moratoria por el pago de las diferencias que surjan del ajuste a la liquidación de las cesantías, pues así no lo dispone expresamente la Ley 1071 de 2006. Sobre el particular, citó apartes de jurisprudencia del Consejo de Estado.

Por lo anterior, solicitó negar las súplicas de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público emitió concepto en este asunto (documento nº 09 del expediente digital), a través del cual solicitó negar las pretensiones de la demanda, por considerar que la sanción moratoria no se extiende vía analógica a situaciones no previstas en la ley, como sería el caso de las diferencias en los reajustes de las liquidaciones parciales o definitivas de cesantías. Sobre el particular, citó apartes de jurisprudencia del Consejo de Estado.

TRÁMITE PROCESAL

Reparto. Para conocer del asunto, el expediente fue repartido al Tribunal el 25 de mayo de 2018, y allegado el 13 de julio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 40, C.1).

Admisión y contestación. Luego de que se corrigiera la demanda, ésta fue

admitida por auto del 9 de octubre de 2019 (fls. 61 y 62, C.1). Hecha la notificación correspondiente, sólo el Departamento de Caldas contestó oportunamente (fls. 75 a 78, ibídem).

Audiencia inicial. El 10 de septiembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para fijar fecha para audiencia inicial (fl. 81, C.1).

Sentencia anticipada. Atendiendo lo previsto por el Decreto Legislativo 806 de 2020 y mediante auto del 29 de octubre de 2020 (documento n° 01 del expediente digital), el Magistrado Ponente de esta providencia se pronunció en relación con las excepciones propuestas y las pruebas solicitadas, llegando finalmente a la conclusión que era procedente dictar sentencia anticipada en este asunto. Para lo anterior, corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y emitir el respectivo concepto.

Alegatos y concepto del Ministerio Público. Durante el término conferido, sólo el Ministerio de Educación Nacional presentó alegatos (documento n° 04 del expediente digital). El Ministerio Público emitió concepto (documento n° 09, ibídem).

Paso a Despacho para sentencia. El 4 de diciembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para proferir la respectiva sentencia anticipada (documento n° 10 del expediente digital).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Pretende la parte demandante que por esta Corporación se declare la nulidad del artículo sexto de la Resolución n° 0326-6 del 12 de enero de 2018, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, con el cual negó el reconocimiento y pago de sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías que fueron objeto de reajuste.

Como consecuencia de tal declaración, solicita la parte accionante se condene a la parte demandada al reconocimiento y pago de la referida sanción moratoria, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contado a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago total de la misma.

Adicionalmente pide la parte actora que se condene a las entidades accionadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo

de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria referida en el numeral anterior, así como a los intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo consecutivo hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria reconocida en esta sentencia. Insta para que se condene en costas a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el *sub examine* se centra en dilucidar lo siguiente:

- *¿Le asiste derecho a la parte actora a que con fundamento en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, se le reconozca y pague sanción moratoria, con ocasión del nuevo pago que hizo la parte demandada en virtud del reajuste de las cesantías ya reconocidas y pagadas?*
- *En caso positivo, deberá establecerse ¿a qué entidad le corresponde el reconocimiento y pago de la sanción moratoria?, ¿cuál es el salario base para liquidar la sanción moratoria?, y si ¿la condena al pago debe reajustarse tal y como lo ordena el inciso final del artículo 187 del CPACA?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** sanción moratoria por el pago extemporáneo de cesantías; **iii)** causación de la sanción moratoria; **iv)** unificación jurisprudencial sobre la materia; **v)** sanción moratoria por el ajuste de la cesantía; y **vi)** examen del caso concreto.

1. Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. El 29 de febrero de 2016, la señora Gloria Gil Zuluaga solicitó el reconocimiento y pago de cesantías definitivas, correspondiente a los servicios prestados como docente en el Departamento de Caldas (fl. 34, C.1).
2. Por Resolución nº 4380-6 del 2 de junio de 2016 (fl. 34, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció a favor de la parte accionante la suma de \$145'424.911 por concepto de liquidación definitiva de cesantías.

3. Según recibo del banco BBVA (fl. 35, C.1), el 5 de septiembre de 2016 fue reclamado el pago correspondiente al reajuste de las cesantías definitivas.
4. El 2 de agosto de 2017, la parte actora solicitó reajustar las cesantías reconocidas incluyendo en la liquidación de las mismas la prima de servicios. Adicionalmente, pidió el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, desde la fecha de radicación de la solicitud de cesantías hasta el momento en que se realizara el pago del ajuste (fls. 21 a 24, C.1).
5. Con Resolución nº 0326-6 del 12 de enero de 2018 (fls. 36 y 37, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas modificó la Resolución nº 4380-6 del 2 de junio de 2016, incrementando el valor a reconocer por liquidación definitiva de cesantías a la suma de \$150'768.258.

En lo que respecta a la sanción moratoria, se indicó que se estaría a lo dispuesto en la resolución de reconocimiento de la prestación, por corresponder a las competencias del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como fundamento de la anterior decisión, la Secretaría de Educación Departamental manifestó que de conformidad con las obligaciones de dicha dependencia en materia de reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes, no le era atribuible la aprobación, pago o mora de las mismas.

Indicó la Secretaría de Educación que remitió el proyecto de acto administrativo de reconocimiento de cesantías definitivas incluyendo como factores salariales la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados; y que la FIDUPREVISORA S.A. al momento de expedir la hoja de revisión y aprobación de la prestación, excluyó dichos factores al considerar que no se encontraban reconocidos en el manual unificado para liquidación de prestaciones sociales de los docentes.

6. Según recibo del banco BBVA (fl. 36, C.1), el 5 de marzo de 2018 fue reclamado el pago correspondiente al reajuste de las cesantías definitivas.
- 2. Sanción moratoria por el pago extemporáneo de cesantías**

El artículo 4 de la Ley 1071 de 2006³ estableció que la entidad a cargo del reconocimiento y pago de las cesantías tiene 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, si el solicitante reúne todos los requisitos determinados en la ley⁴.

Por su parte, el artículo 5º de la misma Ley 1071 de 2006, relativo a la mora en el pago de tal prestación, en su primer inciso prevé que para efectuar el pago la entidad dispone de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles contado a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que lo ordena⁵.

Las normas citadas se encuentran dotadas de enunciados propios de las reglas deónticas o regulativas, que mandan, permiten, prohíben o castigan. De ahí que este Tribunal Administrativo haya sostenido en múltiples providencias que la Ley 1071 de 2006 es una típica regla o norma jurídica de acción, destinada a evitar 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 como acaece respecto del reconocimiento y pago oportuno de las cesantías.

En sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 27 de marzo 2007, con ponencia del Dr. Jesús María Lemus Bustamante⁶, se precisó que “(...) la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores. (...)”; afirmación que se predica igualmente frente a la Ley 1071 de 2006, modificatoria de la Ley 244 de 1995.

³ “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”.

⁴ El artículo 4 de la Ley 1071 de 2006 dispone: “**ARTÍCULO 4o. TÉRMINOS.** Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley. **PARÁGRAFO.** En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes. Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo”.

⁵ Preceptúa el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006: “**ARTÍCULO 5o. MORA EN EL PAGO.** La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la (sic) 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”.

⁶ Rad. 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante.

En la exposición de motivos del proyecto de ley que a la postre se convirtió en la Ley 244 de 1995, la cual fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, se precisó que la finalidad de la norma era la de lograr el pago puntual de las cesantías del servidor público, mediante un cronograma y un procedimiento ágil, que evitaran que aquél recibiera una suma devaluada⁷.

La Corte Constitucional ha reconocido en innumerables ocasiones que las cesantías deben pagarse completa y oportunamente a los trabajadores, so pena de violar sus derechos fundamentales⁸.

Por otra parte, debe aclararse que la exigencia contenida en el artículo 14 de la Ley 344 de 1996, en punto al deber de contar con apropiación presupuestal para todo gasto público, no constituye una excusa para no reconocer y pagar oportunamente las cesantías a los trabajadores, pues el tiempo prudencial concedido por la Ley 1071 de 2006 en armonía con el artículo 345 de la Carta Política, que se ha calculado en total en 65 o 70 días, es suficiente para efectuar los trámites administrativos correspondientes.

Adicionalmente, hay que considerar que el reconocimiento y pago oportuno no se opone al cumplimiento del orden en que debe pagarse las cesantías, conforme lo manda el artículo 6 de la Ley 1071 de 2006, porque la teleología de la norma es la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas). No puede olvidarse que las cesantías son ahorros del servidor público, que está administrando el Estado-empleador, para entregar al servidor en el momento que lo necesite, bien cuando quede cesante de manera definitiva, o bien en los eventos contemplados en la ley, que autoriza el anticipo parcial de las mismas, para vivienda o educación, básicamente.

⁷ Ver Gaceta del Congreso 225 de 1995, página 1. En efecto, en aquella oportunidad se indicó: “(...) Si bien es cierto el inciso tercero del artículo 53 de la Constitución Nacional establece que ‘...el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales...’, ello no significa que las demás prestaciones y retribuciones por el trabajo no deban ser pagadas oportunamente. Todo lo contrario, los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados oportunamente entre otras razones porque ese fruto es el sustento de los trabajadores y de sus familias. // No obstante lo anterior, la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites (...)”.

⁸ En la sentencia T-777 de 2008, la Corte expresó lo siguiente sobre las cesantías parciales: “(...) (iv) igualmente reiteró que desde el punto de vista de la entidad pública obligada, ésta, de conformidad con el artículo 345 de la Constitución, no podría efectuar el correspondiente gasto público sin la suficiente disponibilidad presupuestal, pero no lo es menos que, por una parte, el tiempo que transcurra entre la liquidación y el desembolso, inclusive por causas presupuestales, implica un deterioro del poder adquisitivo de la moneda, y por otra, que el costo respectivo no debe asumirlo el trabajador sino el patrono. Si éste desea que tal costo disminuya, habrá de procurar el pronto pago, mediante la agilización de los trámites presupuestales, pero no le será lícito prolongar indefinidamente la iniciación de los mismos, cargando al trabajador con las consecuencias. (...)”.

Lo anterior permite colegir que, sin importar que en el trámite para el reconocimiento y pago de las cesantías deban concurrir o no varias entidades, los términos perentorios contenidos en la Ley 1071 de 2006 sobre el particular, deben cumplirse so pena de la sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago, que prevé el parágrafo de su artículo 5º.

3. Causación de la sanción moratoria

En la sentencia del Consejo de Estado del 27 de marzo de 2007 antes referida, 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. Además, el Alto Tribunal sostuvo que cuando la Administración resuelve la solicitud de liquidación de cesantías en forma tardía, 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, 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 moratoria¹⁰.

Hay que tener en cuenta que cuando el Consejo de Estado en la mencionada sentencia hizo relación a 5 días de ejecutoria, se refería a las disposiciones

⁹ El parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 prevé: *“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”*.

¹⁰ Señaló textualmente en dicha providencia el Consejo de Estado: *“Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 [entiéndase también la Ley 1071 de 2006], 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”*.

del anterior Código Contencioso Administrativo, pero actualmente hay que entender que si la solicitud se hace en vigencia de la Ley 1437 de 2011, como la ejecutoria del acto administrativo se configura a los 10 días, deberán sumarse 5 días más para el cálculo que hizo entonces el Alto Tribunal, quedando un total de 70 días hábiles.

4. Unificación de jurisprudencia

En sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018¹¹, el Consejo de Estado se pronunció en relación con la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías a los docentes, sentando las siguientes reglas jurisprudenciales:

*3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.*

*3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.*

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

*195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.*

*3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el*

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del 18 de julio de 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15).

salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

3.5.4 ***Sentar jurisprudencia***, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.” (Resaltado original del texto).

5. Sanción moratoria por el ajuste de la cesantía

En relación con el reconocimiento de sanción moratoria por un nuevo pago hecho en virtud de una reliquidación de las cesantías ya reconocidas y pagadas, el Consejo de Estado se pronunció en providencia del 13 de agosto de 2018¹², en la que expuso:

Sobre la sanción moratoria en relación con la reliquidación de las cesantías

51. Por otra parte, el demandante pretende que se le pague la indemnización moratoria sobre el valor que resulte de la reliquidación de las cesantías con la inclusión de los factores salariales prima de servicios y prima de vacaciones. Al respecto, la corporación ha efectuados pronunciamientos en los cuales ha señalado que las (sic) finalidad del legislador fue determinar el término perentorio dentro del cual, la entidad debe reconocer y pagar las cesantías definitivas de los servidores públicos, y que una diferencia en la liquidación de aquellas no conlleva a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley¹³.

52. Conforme a lo anterior, se tiene que precisar que si bien es cierto que en éste se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías, al no tenerse en cuenta los factores prima de servicio y de vacaciones, también lo es que el pago tardío de dicha diferencia, no se puede considerar como mora en la pago de la prestación y, por ende, tenga la connotación de generar la sanción a que alude la norma, pues, es precisamente ésta la que no contempla esa posibilidad, es decir, que sobre el pago tardío de una diferencia resultante en la liquidación de la cesantía, la entidad pueda ser condenada al pago de la sanción moratoria que fue creada por la ley únicamente para los casos en que exista mora en el reconocimiento y pago de la prestación, y no de su reliquidación. En

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del 13 de agosto de 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00539-01(4485-15).

¹³ Al respecto: Subsección A. Sentencia de 9 de abril de 2014. Rad. 13001-23-31-000-2007-00225-01(1483-13). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.; Subsección B. Sentencia de 8 de septiembre de 2017. Rad. 08001233300020140035501. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En el mismo sentido, sentencias de 17 de agosto de 2017. Rad. 08001233300020140035501; Sentencia de 18 de mayo de 2017. Rad. 66001233300020130021301.

consecuencia, no hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria en los casos en los cuales haya reliquidación de las cesantías, al no incluirse algún factor salarial. (Líneas fuera de texto).

En igual sentido, dicha Corporación sostuvo lo siguiente en sentencia del 4 de octubre de 2018¹⁴:

Para tal efecto, la Sala considera que no hay lugar al reconocimiento solicitado conforme a lo prescrito en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el entendido que no se tiene como fundamento el pago tardío del auxilio de cesantías, sino el no pago oportuno de los reajustes salariales y prestacionales, o, lo que es mejor, la diferencia de valor que se generó por el reajuste ordenado tardíamente por la entidad.

Al respecto, esta Corporación, en reiteradas ocasiones, ha sostenido que la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías no procede respecto de las diferencias de valor de dicha prestación, en los siguientes términos:

*En el caso analizado, la entidad demandada sí reconoció oportunamente las prestaciones y cesantías definitivas del demandante al momento de su desvinculación¹⁵; sin embargo, con ocasión de la expedición de la sentencia C- 1433 de 2000 y del Decreto 2720 de diciembre 27 de 2000, **se causó una diferencia en la liquidación de las mismas, pero el pago inoportuno de esa diferencia no puede considerarse mora en la consignación de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma transcrita.***¹⁶ (Resaltado fuera de texto).

Esta Subsección, en sentencia del 17 de octubre de 2017, dentro del expediente con radicación No. 080012333000201200017101 (2839-14), con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló:

“(…) En tal sentido, si bien se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías definitivas, la cancelación pago inoportuna de esa diferencia no puede considerarse mora en la pago de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma señalada.

(…)

La Sección Segunda del Consejo de Estado, ha sostenido que la finalidad del legislador con la norma aludida, fue determinar el término perentorio

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 4 de octubre de 2018. Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00420-01(3490-15).

¹⁵ Cita propia del texto transcrito: Folios 14 a 16.

¹⁶ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de abril de 2014, radicación 13001-23-31-000-2007-00225-01, número interno 1483-13. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

*para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos, sin que una diferencia en la liquidación de la prestación social, conlleve a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley*¹⁷. (Negrilla y líneas son del texto).

También en sentencia del 16 de mayo de 2019¹⁸, el Consejo de Estado ratificó la anterior posición de la siguiente manera:

*Sobre el particular, esta Subsección¹⁹ expresó que, «como lo estableció la sentencia de unificación CE-SUJ2 No. 004 de 2016,²⁰ **la sanción moratoria no es accesoria a la prestación social – cesantías**, pues si bien se causan en torno a ella, no dependen directamente de su reconocimiento o en este caso, de un ajuste de la asignación salarial base de liquidación de la prestación social, pues su origen es excepcional y tiene lugar por disposición de la ley a título de correctivo pecuniario por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación del valor correspondiente por el auxilio causado en cada anualidad, tiene como finalidad penalizar a las entidades que incurran en mora, en atención a la importancia de dicho emolumento, según lo señalado por la Corte Constitucional²¹».*

En pocas palabras, por el reajuste de la liquidación de cesantías, después de haberse cancelado el monto que se adeudaba, no puede imponérsele a la Administración una pena de mora tan severa (de un día de salario por uno de retardo), puesto que, además de no estar establecida en disposición legal alguna para los casos de ajuste, desborda la finalidad para la que fue creada: castigar el retraso en el pago.

De lo anterior puede concluirse que el Máximo Tribunal en lo Contencioso Administrativo ha sido reiterativo en considerar que el legislador no previó dentro de los supuestos de hecho que generan la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 o de la Ley 244 de 1995 (modificada por la Ley 1071 de 2006) el

¹⁷ Cita propia del texto transcrito: Al respecto: Subsección A. Sentencia de 9 de abril de 2014. Rad. 13001-23-31-000-2007-00225-01(1483-13). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.; Subsección B. Sentencia de 8 de septiembre de 2017. Rad. 08001233300020140035501. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En el mismo sentido, sentencias de 17 de agosto de 2017. Rad. 08001233300020140035501; Sentencia de 18 de mayo de 2017. Rad. 66001233300020130021301.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia del 16 de mayo de 2019. Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00576-01(4738-14).

¹⁹ Cita de cita: Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sentencia de 8 de septiembre de 2017, expediente: 08001 23 33 000 2014 00355 01 (3310-2015), consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, actor: Filberto Franco Núñez, demandado: departamento del Atlántico, Contraloría General del Atlántico.

²⁰ Cita de cita: Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sentencia de 25 de agosto de 2016, expediente: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14), unificación jurisprudencial CE-SUJ004 de 2016, consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, actora: Yesenia Esther Hereira Castillo.

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-448 de 1996. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

pago tardío de reajuste de las cesantías reconocidas en acto anterior, sino que dicha sanción únicamente es procedente frente al reconocimiento y pago tardío de las cesantías liquidadas inicialmente, mas no así, se insiste, en relación con el pago tardío de un reajuste reconocido respecto de las mismas.

6. Examen del caso concreto

Descendiendo al caso que convoca la atención de esta Sala, se encuentra acreditado que la parte actora presentó una solicitud inicial de reconocimiento de cesantías definitivas el 29 de febrero de 2016, la cual fue resuelta mediante Resolución nº 4380-6 del 2 de junio de 2016, y cuyo pago se puso a disposición de la parte demandante el 5 de septiembre de 2016. Se precisa que en la demanda no se reclama que este desembolso hubiera sido tardío.

Encuentra la Sala que posteriormente la parte actora presentó una petición de reajuste de las cesantías, solicitando además el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, teniendo como punto de partida para esto la fecha de la primera solicitud de reconocimiento de la prestación. Se observa que las cesantías fueron reajustadas y que se negó lo relativo a la sanción moratoria.

Conforme a lo anterior, es claro para este Tribunal que la parte actora solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por estimar que la misma se causa por la liquidación inexacta de las cesantías al no haberse incluido la prima de servicios, lo que implicó la expedición de un nuevo acto administrativo que reajustó la prestación social.

Al respecto, tal como se anotó en acápite anterior, este Tribunal considera que el reajuste de las cesantías o la diferencia originada por la reliquidación de las mismas, no se encuentra enmarcada dentro de los supuestos normativos para que se genere la sanción moratoria, pues ello no implica que la prestación se hubiese pagado en forma inoportuna o de forma tardía.

Debe tenerse en cuenta que el FOMAG reconoció la cesantía definitiva y la canceló de conformidad con la liquidación que dio a conocer a la parte actora; decisión contra la cual la parte interesada no interpuso recurso alguno y sólo hasta el 2 de agosto de 2017, es decir, más de 1 año después de haberse reconocido las cesantías, solicitó la reliquidación de tal prestación. Por lo anterior, no sería razonable ni ajustado a derecho imponer al Estado una sanción económica por el tiempo durante el cual la parte actora no ejecutó ninguna acción para la defensa de sus intereses y el acto administrativo de reconocimiento se encontraba en firme.

De otra parte, debe advertirse que la mora es una sanción y, por tanto,

conforme a la dogmática sancionatoria, se requiere una norma especial que establezca cuál es la causal para imponerla. La Sala observa que en el presente asunto no se invocó por la parte demandante disposición alguna que prevea una sanción moratoria en caso de reliquidación o reajuste de cesantías, y al no poder aplicarse por analogía la penalidad establecida para el pago tardío de las cesantías iniciales, el derecho reclamado no puede reconocerse.

Finalmente es preciso recordar que este Tribunal Administrativo ya ha emitido pronunciamientos en el mismo sentido en casos semejantes al que convoca la atención de esta Sala.

Conclusión

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, estima esta Corporación que la parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que reclama por la inoportuna consignación del valor reconocido por concepto del reajuste de sus cesantías definitivas, razón por la cual habrán de negarse las pretensiones de la demanda y como consecuencia de ello, la Sala queda liberada de estudiar los demás problemas jurídicos planteados.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP²², se condenará en costas a la parte demandante, por haber resultado vencida en este proceso y además teniendo en cuenta que la parte demandada se vio en la necesidad de asumir su defensa judicial, interviniendo activamente durante todas las etapas del proceso, así como de sufragar los gastos procesales hasta su culminación.

Se fija un 0.5% de la cuantía estimada en este proceso como agencias en derecho a cargo de la parte accionante.

Según lo dispone el artículo 366 del CGP, por la Secretaría de la Corporación, se liquidarán las costas.

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

²² En adelante, CGP.

FALLA

Primero. NIÉGANSE las súplicas de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora Gloria Gil Zuluaga contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento de Caldas.

Segundo. CONDÉNASE en costas en esta instancia a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Corporación, por lo brevemente expuesto. FÍJASE un 0.5% de la cuantía estimada en este proceso como agencias en derecho.

Tercero. RECONÓCESE personería jurídica al abogado JUAN FELIPE RÍOS FRANCO, identificado con la cédula de ciudadanía n° 1.053'769.738 expedida en Manizales, y portador de la tarjeta profesional n° 186.376 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación del Departamento de Caldas, en los términos y facultades señaladas en el poder conferido visible a folio 71 del expediente.

Cuarto. RECONÓCESE personería jurídica a la abogada TANIA HIRLENY CELEITA BOLAÑOS, identificada con la cédula de ciudadanía n° 1.018'469.452 expedida en Bogotá, y portadora de la tarjeta profesional n° 274.993 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme a la sustitución de poder que obra en el documento n° 05 del expediente digital.

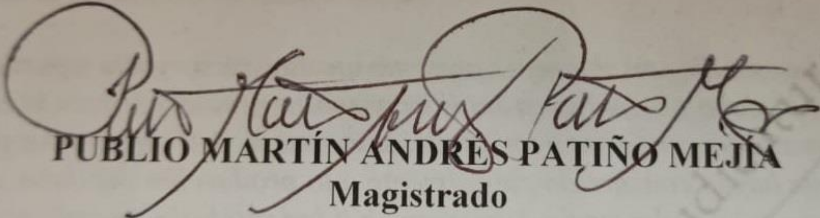
Quinto. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

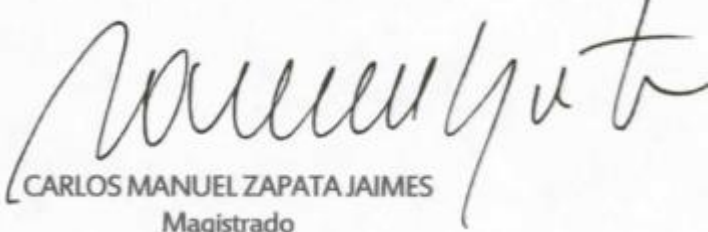
Sexto. Ejecutoriada esta providencia, LIQUÍDENSE los gastos del proceso, DEVUÉLVANSE los remanentes si los hubiere y ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 25
FECHA: 15 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 034

Asunto:	Sentencia de primera instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2018-00558-00
Demandante:	Amparo Tabares Osorio
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Departamento de Caldas

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n°
005 del 12 de febrero de 2021**

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, esta Sala de Decisión procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Amparo Tabares Osorio contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 13 de noviembre de 2018, se solicitó lo siguiente (fls. 2 a 19, C.1):

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad del artículo sexto de la Resolución n° 5987-6 del 10 de julio de 2018, que negó el reconocimiento y pago de sanción

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contado desde los 70 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud de cesantías definitivas y hasta cuando se hizo efectivo el pago total de la prestación.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y al Departamento de Caldas al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que prevén las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contado desde los 70 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud de cesantías definitivas y hasta cuando se hizo efectivo el pago total de las mismas mediante la Resolución nº 5987-6 del 10 de julio de 2018.
3. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y al Departamento de Caldas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria referida en el numeral anterior.
4. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y al Departamento de Caldas al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo consecutivo hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria reconocida en esta sentencia.
5. Que se condene en costas a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente (fls. 4 y 5, C.1):

1. El FOMAG fue creado por el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.
2. Conforme al parágrafo 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, al FOMAG le fue asignada la competencia para el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes vinculados a los establecimientos educativos del sector oficial.

3. Atendiendo lo anterior, y al haber laborado como docente en el Departamento de Caldas, la parte actora elevó solicitud el 25 de febrero de 2015 ante la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, tendiente a obtener el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas a que tenía derecho.
4. Con Resolución nº 2938-6 del 8 de abril de 2015, le fueron reconocidas a la parte demandante las cesantías definitivas, teniendo como factores salariales el sueldo mensual, la prima de navidad y la prima de vacaciones.
5. Las referidas cesantías fueron pagadas a la parte actora el 23 de junio de 2015, por intermedio de la entidad bancaria BBVA.
6. Mediante Decreto 1545 de 2013, la prima de servicios a favor de los docentes se consagró como factor salarial para efectos de la liquidación de cesantías.
7. En el mismo sentido, el Decreto 1566 de 2014 estableció que la bonificación por servicios a favor de los docentes constituiría factor salarial para todos los efectos legales.
8. Al no haber sido pagada la totalidad de las cesantías al término de la relación laboral, la parte actora elevó solicitud el 3 de mayo de 2018, tendiente a que se reajustaran las cesantías definitivas mediante la inclusión de la prima de servicios y de la bonificación por servicios como factores salariales determinantes del salario base de liquidación. Adicionalmente pidió el reconocimiento de la sanción moratoria desde los 70 días siguientes a la radicación de la petición inicial de las cesantías definitivas, hasta cuando fuere realizado el pago total de la prestación por medio del citado ajuste.
9. Con Resolución nº 5987-6 del 10 de julio de 2018, las cesantías definitivas fueron reajustadas teniendo en cuenta la prima de servicios y la bonificación por servicios, y se negó el reconocimiento de la sanción moratoria solicitada, no obstante haber aceptado el no pago total de las cesantías al término de la relación laboral.
10. La solicitud de cesantías definitivas se realizó el 25 de febrero de 2015, por lo que el plazo para cancelarlas finalizaba el 9 de junio de 2015. Hasta la fecha en la cual fue realizado el pago total de las cesantías definitivas con ocasión del ajuste reconocido mediante Resolución nº 5987-6 del 10

de julio de 2018, transcurrieron un total de 1.176 días de mora.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Ley 91 de 1989: artículos 5 y 15; Ley 244 de 1995: artículos 1 y 2; Ley 1071 de 2006: artículos 4 y 5.

Refirió que a través de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 se reguló el pago de las cesantías parciales y definitivas a los servidores públicos, señalando 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 contado a partir de la expedición del acto administrativo correspondiente.

Manifestó que no obstante que la jurisprudencia ha reiterado que entre el reconocimiento y pago de las cesantías no debe superarse un término de 70 días hábiles después de haber radicado la respectiva solicitud, el FOMAG insiste en cancelarlas tardíamente, haciéndose acreedor de la sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora, contado desde que venció el término y hasta cuando se haga efectiva la prestación solicitada.

Como fundamento de lo anterior, trajo a colación apartes de varias providencias proferidas por el Consejo de Estado, insistiendo con ello, en que se acceda a las súplicas de la demanda.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG

No contestó la demanda.

Departamento de Caldas (fls. 50 a 53, C.1)

Dentro del término otorgado, la entidad territorial demandada contestó la demanda de la siguiente manera.

Respecto de los hechos, el Departamento de Caldas tuvo como ciertos algunos, y respecto de los demás aseguró que no le constaban o que no eran supuestos fácticos sino apreciaciones de la parte demandante.

Se opuso a las súplicas de la demanda, con fundamento en los medios exceptivos que denominó: ***“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”***, alegando que es el FOMAG a quien corresponde el

reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones de los docentes, mientras que las Secretarías de Educación cumplen funciones meramente operativas o de trámite; ***“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION (sic) CON FUNDAMENTO EN LA LEY”***, en la medida en que, de un lado, luego de que la entidad territorial cumple el trámite previsto en el Decreto 1075 de 2015, no incide en las competencias del FOMAG, y de otro, la sanción moratoria no se aplica en los casos de reajuste de cesantías; ***“BUENA FE”***, indicando que el Departamento de Caldas ha obrado con apego a los términos estipulados en la ley en lo que respecta a sus funciones; ***“MALA FE PARTE DEMANDANTE”***, en tanto pretende sanción moratoria desde el momento en que solicitó el reconocimiento de las cesantías y no desde que pidió su reajuste, pese a que no interpuso recursos contra el acto inicial; y ***“PRESCRIPCION (sic)”***, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 (sic) de 1965.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante y Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG

Guardaron silencio.

Departamento de Caldas (documento nº 04 del expediente digital)

Intervino para manifestar que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, conforme a varios pronunciamientos de este Tribunal Administrativo, en los cuales se ha indicado que no es procedente reclamar sanción moratoria por el pago de las diferencias que surjan del ajuste a la liquidación de las cesantías, ya que así no lo dispone expresamente la Ley 1071 de 2006.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL

Reparto. Para conocer del asunto, el expediente fue repartido al Tribunal el 13 de noviembre de 2018, y allegado el 17 de enero de 2019 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 37, C.1).

Admisión y contestación. Por auto del 3 de julio de 2019 se admitió la demanda (fls. 38 y 39, C.1). Hecha la notificación correspondiente, sólo el Departamento de Caldas contestó oportunamente (fls. 50 a 53, ibídem).

Audiencia inicial. El 25 de noviembre de 2019 el proceso ingresó a Despacho para fijar fecha para audiencia inicial (fl. 56, C.1).

Sentencia anticipada. Atendiendo lo previsto por el Decreto Legislativo 806 de 2020 y mediante auto del 3 de agosto de 2020 (documento nº 01 del expediente digital), el Magistrado Ponente de esta providencia se pronunció en relación con las excepciones propuestas y las pruebas solicitadas, llegando finalmente a la conclusión que era procedente dictar sentencia anticipada en este asunto. Para lo anterior, corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión y emitir el respectivo concepto.

Alegatos y concepto del Ministerio Público. Durante el término conferido, sólo el Departamento de Caldas presentó alegatos (documento nº 04 del expediente digital). El Ministerio Público no emitió concepto.

Paso a Despacho para sentencia. El 8 de septiembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para proferir la respectiva sentencia anticipada (documento nº 05 del expediente digital).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Pretende la parte demandante que por esta Corporación se declare la nulidad del artículo sexto de la Resolución nº 5987-6 del 10 de julio de 2018, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, con el cual negó el reconocimiento y pago de sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías que fueron objeto de reajuste.

Como consecuencia de tal declaración, solicita la parte accionante se condene a la parte demandada al reconocimiento y pago de la referida sanción moratoria, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contado a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago total de la misma.

Adicionalmente pide la parte actora que se condene a las entidades accionadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria referida en el numeral anterior, así como a los intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo consecutivo hasta que se efectuó el pago de la sanción moratoria reconocida en esta sentencia.

Insta para que se condene en costas a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el *sub examine* se centra en dilucidar lo siguiente:

- *¿Le asiste derecho a la parte actora a que con fundamento en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, se le reconozca y pague sanción moratoria, con ocasión del nuevo pago que hizo la parte demandada en virtud del reajuste de las cesantías ya reconocidas y pagadas?*
- *En caso positivo, deberá establecerse ¿a qué entidad le corresponde el reconocimiento y pago de la sanción moratoria?, ¿cuál es el salario base para liquidar la sanción moratoria?, y si ¿la condena al pago debe reajustarse tal y como lo ordena el inciso final del artículo 187 del CPACA?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** sanción moratoria por el pago extemporáneo de cesantías; **iii)** causación de la sanción moratoria; **iv)** unificación jurisprudencial sobre la materia; **v)** sanción moratoria por el ajuste de la cesantía; y **vi)** examen del caso concreto.

1. Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. El 25 de febrero de 2015, la señora Amparo Tabares Osorio solicitó el reconocimiento y pago de cesantías definitivas, correspondiente a los servicios prestados como docente en el Departamento de Caldas (fl. 29, C.1).
2. Por Resolución nº 2938-6 del 8 de abril de 2015 (fls. 29 y 30, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció a favor de la parte accionante la suma de \$104'631.572 por concepto de liquidación definitiva de cesantías.
3. Según recibo del banco BBVA (fl. 31, C.1), el 23 de junio de 2015 fue reclamado el pago correspondiente a las cesantías definitivas reconocidas.

4. El 3 de mayo de 2018, la parte actora solicitó reajustar las cesantías reconocidas incluyendo en la liquidación de las mismas la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados. Adicionalmente, pidió el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, desde la fecha de radicación de la solicitud de cesantías hasta el momento en que se realizara el pago del ajuste (fls. 22 a 25, C.1).
5. Con Resolución nº 5987-6 del 10 de julio de 2018 (fls. 32 y 33, C.1), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas modificó la Resolución nº 2938-6 del 8 de abril de 2015, incrementando el valor a reconocer por liquidación definitiva de cesantías a la suma de \$107'351.956.

En lo que respecta a la sanción moratoria, se indicó que se estaría a lo dispuesto en la resolución de reconocimiento de la prestación, por corresponder a las competencias del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como fundamento de la anterior decisión, la Secretaría de Educación Departamental manifestó que de conformidad con las obligaciones de dicha dependencia en materia de reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes, no le era atribuible la aprobación, pago o mora de las mismas.

Indicó la Secretaría de Educación que remitió el proyecto de acto administrativo de reconocimiento de cesantías definitivas incluyendo como factores salariales la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados; y que la FIDUPREVISORA S.A. al momento de expedir la hoja de revisión y aprobación de la prestación, excluyó dichos factores al considerar que no se encontraban reconocidos en el manual unificado para liquidación de prestaciones sociales de los docentes.

Finalmente expuso que para establecer la viabilidad del reconocimiento de la sanción moratoria era necesario que se encontrara pagado el ajuste a la cesantía definitiva, ya que la fecha de pago de dicha prestación determina la existencia o no de mora en el pago.

6. Según recibo del banco BBVA (fl. 36, C.1), el 30 de agosto de 2018 fue reclamado el pago correspondiente al reajuste de las cesantías definitivas.

2. Sanción moratoria por el pago extemporáneo de cesantías

El artículo 4 de la Ley 1071 de 2006³ estableció que la entidad a cargo del reconocimiento y pago de las cesantías tiene 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, si el solicitante reúne todos los requisitos determinados en la ley⁴.

Por su parte, el artículo 5º de la misma Ley 1071 de 2006, relativo a la mora en el pago de tal prestación, en su primer inciso prevé que para efectuar el pago la entidad dispone de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles contado a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que lo ordena⁵.

Las normas citadas se encuentran dotadas de enunciados propios de las reglas deónticas o regulativas, que mandan, permiten, prohíben o castigan. De ahí que este Tribunal Administrativo haya sostenido en múltiples providencias que la Ley 1071 de 2006 es una típica regla o norma jurídica de acción, destinada a evitar 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 como acaece respecto del reconocimiento y pago oportuno de las cesantías.

En sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 27 de marzo 2007, con ponencia del Dr. Jesús María Lemus Bustamante⁶, se precisó que “(...) la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores. (...)”; afirmación que se predica igualmente frente a la Ley 1071 de 2006, modificatoria de la Ley 244 de 1995.

³ “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”.

⁴ El artículo 4 de la Ley 1071 de 2006 dispone: “**ARTÍCULO 4o. TÉRMINOS.** Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley. **PARÁGRAFO.** En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes. Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo”.

⁵ Preceptúa el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006: “**ARTÍCULO 5o. MORA EN EL PAGO.** La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la (sic) 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”.

⁶ Rad. 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante.

En la exposición de motivos del proyecto de ley que a la postre se convirtió en la Ley 244 de 1995, la cual fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, se precisó que la finalidad de la norma era la de lograr el pago puntual de las cesantías del servidor público, mediante un cronograma y un procedimiento ágil, que evitaran que aquél recibiera una suma devaluada⁷.

La Corte Constitucional ha reconocido en innumerables ocasiones que las cesantías deben pagarse completa y oportunamente a los trabajadores, so pena de violar sus derechos fundamentales⁸.

Por otra parte, debe aclararse que la exigencia contenida en el artículo 14 de la Ley 344 de 1996, en punto al deber de contar con apropiación presupuestal para todo gasto público, no constituye una excusa para no reconocer y pagar oportunamente las cesantías a los trabajadores, pues el tiempo prudencial concedido por la Ley 1071 de 2006 en armonía con el artículo 345 de la Carta Política, que se ha calculado en total en 65 o 70 días, es suficiente para efectuar los trámites administrativos correspondientes.

Adicionalmente, hay que considerar que el reconocimiento y pago oportuno no se opone al cumplimiento del orden en que debe pagarse las cesantías, conforme lo manda el artículo 6 de la Ley 1071 de 2006, porque la teleología de la norma es la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas). No puede olvidarse que las cesantías son ahorros del servidor público, que está administrando el Estado-empleador, para entregar al servidor en el momento que lo necesite, bien cuando quede cesante de manera definitiva, o bien en los eventos contemplados en la ley, que autoriza

⁷ Ver Gaceta del Congreso 225 de 1995, página 1. En efecto, en aquella oportunidad se indicó: “(...) Si bien es cierto el inciso tercero del artículo 53 de la Constitución Nacional establece que ‘...el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales...’, ello no significa que las demás prestaciones y retribuciones por el trabajo no deban ser pagadas oportunamente. Todo lo contrario, los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados oportunamente entre otras razones porque ese fruto es el sustento de los trabajadores y de sus familias. // No obstante lo anterior, la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites (...)”.

⁸ En la sentencia T-777 de 2008, la Corte expresó lo siguiente sobre las cesantías parciales: “(...) (iv) igualmente reiteró que desde el punto de vista de la entidad pública obligada, ésta, de conformidad con el artículo 345 de la Constitución, no podría efectuar el correspondiente gasto público sin la suficiente disponibilidad presupuestal, pero no lo es menos que, por una parte, el tiempo que transcurra entre la liquidación y el desembolso, inclusive por causas presupuestales, implica un deterioro del poder adquisitivo de la moneda, y por otra, que el costo respectivo no debe asumirlo el trabajador sino el patrono. Si éste desea que tal costo disminuya, habrá de procurar el pronto pago, mediante la agilización de los trámites presupuestales, pero no le será lícito prolongar indefinidamente la iniciación de los mismos, cargando al trabajador con las consecuencias. (...)”.

el anticipo parcial de las mismas, para vivienda o educación, básicamente.

Lo anterior permite colegir que, sin importar que en el trámite para el reconocimiento y pago de las cesantías deban concurrir o no varias entidades, los términos perentorios contenidos en la Ley 1071 de 2006 sobre el particular, deben cumplirse so pena de la sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago, que prevé el parágrafo de su artículo 5º.

3. Causación de la sanción moratoria

En la sentencia del Consejo de Estado del 27 de marzo de 2007 antes referida, 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. Además, el Alto Tribunal sostuvo que cuando la Administración resuelve la solicitud de liquidación de cesantías en forma tardía, 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, 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 moratoria¹⁰.

Hay que tener en cuenta que cuando el Consejo de Estado en la mencionada

⁹ El parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 prevé: *“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”*.

¹⁰ Señaló textualmente en dicha providencia el Consejo de Estado: *“Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 [entiéndase también la Ley 1071 de 2006], el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria. // Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudir a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante”*.

sentencia hizo relación a 5 días de ejecutoria, se refería a las disposiciones del anterior Código Contencioso Administrativo, pero actualmente hay que entender que si la solicitud se hace en vigencia de la Ley 1437 de 2011, como la ejecutoria del acto administrativo se configura a los 10 días, deberán sumarse 5 días más para el cálculo que hizo entonces el Alto Tribunal, quedando un total de 70 días hábiles.

4. Unificación de jurisprudencia

En sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018¹¹, el Consejo de Estado se pronunció en relación con la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías a los docentes, sentando las siguientes reglas jurisprudenciales:

*3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.*

*3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.*

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

*195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.*

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del 18 de julio de 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15).

3.5.3 ***Sentar jurisprudencia*** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

3.5.4 ***Sentar jurisprudencia***, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.” (Resaltado original del texto).

5. Sanción moratoria por el ajuste de la cesantía

En relación con el reconocimiento de sanción moratoria por un nuevo pago hecho en virtud de una reliquidación de las cesantías ya reconocidas y pagadas, el Consejo de Estado se pronunció en providencia del 13 de agosto de 2018¹², en la que expuso:

Sobre la sanción moratoria en relación con la reliquidación de las cesantías

51. Por otra parte, el demandante pretende que se le pague la indemnización moratoria sobre el valor que resulte de la reliquidación de las cesantías con la inclusión de los factores salariales prima de servicios y prima de vacaciones. Al respecto, la corporación ha efectuado pronunciamientos en los cuales ha señalado que las (sic) finalidad del legislador fue determinar el término perentorio dentro del cual, la entidad debe reconocer y pagar las cesantías definitivas de los servidores públicos, y que una diferencia en la liquidación de aquellas no conlleva a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley¹³.

52. Conforme a lo anterior, se tiene que precisar que si bien es cierto que en éste se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías, al no tenerse en cuenta los factores prima de servicio y de vacaciones, también lo es que el pago tardío de dicha diferencia, no se puede considerar como mora en la pago de la prestación y, por ende, tenga la connotación de generar la sanción a que alude la norma, pues, es precisamente ésta la que no contempla esa posibilidad, es decir, que sobre el pago tardío de una diferencia resultante en la liquidación de la cesantía, la entidad pueda ser condenada al pago de la sanción moratoria que fue creada por la ley únicamente para los casos en que exista mora en el

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del 13 de agosto de 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00539-01(4485-15).

¹³ Al respecto: Subsección A. Sentencia de 9 de abril de 2014. Rad. 13001-23-31-000-2007-00225-01(1483-13). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.; Subsección B. Sentencia de 8 de septiembre de 2017. Rad. 08001233300020140035501. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En el mismo sentido, sentencias de 17 de agosto de 2017. Rad. 08001233300020140035501; Sentencia de 18 de mayo de 2017. Rad. 66001233300020130021301.

reconocimiento y pago de la prestación, y no de su reliquidación. En consecuencia, no hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria en los casos en los cuales haya reliquidación de las cesantías, al no incluirse algún factor salarial. (Líneas fuera de texto).

En igual sentido, dicha Corporación sostuvo lo siguiente en sentencia del 4 de octubre de 2018¹⁴:

Para tal efecto, la Sala considera que no hay lugar al reconocimiento solicitado conforme a lo prescrito en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el entendido que no se tiene como fundamento el pago tardío del auxilio de cesantías, sino el no pago oportuno de los reajustes salariales y prestacionales, o, lo que es mejor, la diferencia de valor que se generó por el reajuste ordenado tardíamente por la entidad.

Al respecto, esta Corporación, en reiteradas ocasiones, ha sostenido que la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías no procede respecto de las diferencias de valor de dicha prestación, en los siguientes términos:

*En el caso analizado, la entidad demandada sí reconoció oportunamente las prestaciones y cesantías definitivas del demandante al momento de su desvinculación¹⁵; sin embargo, con ocasión de la expedición de la sentencia C- 1433 de 2000 y del Decreto 2720 de diciembre 27 de 2000, se **causó una diferencia en la liquidación de las mismas, pero el pago inoportuno de esa diferencia no puede considerarse mora en la consignación de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma trascrita.***¹⁶ (Resaltado fuera de texto).

Esta Subsección, en sentencia del 17 de octubre de 2017, dentro del expediente con radicación No. 080012333000201200017101 (2839-14), con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló:

“(…) En tal sentido, si bien se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías definitivas, la cancelación pago inoportuna de esa diferencia no puede considerarse mora en la pago de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma señalada.

(…)

La Sección Segunda del Consejo de Estado, ha sostenido que la finalidad

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 4 de octubre de 2018. Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00420-01(3490-15).

¹⁵ Cita propia del texto transcrito: Folios 14 a 16.

¹⁶ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de abril de 2014, radicación 13001-23-31-000-2007-00225-01, número interno 1483-13. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

*del legislador con la norma aludida, fue determinar el término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos, sin que una diferencia en la liquidación de la prestación social, conlleve a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley*¹⁷. (Negrilla y líneas son del texto).

También en sentencia del 16 de mayo de 2019¹⁸, el Consejo de Estado ratificó la anterior posición de la siguiente manera:

*Sobre el particular, esta Subsección¹⁹ expresó que, «como lo estableció la sentencia de unificación CE-SUJ2 No. 004 de 2016,²⁰ **la sanción moratoria no es accesoria a la prestación social – cesantías**, pues si bien se causan en torno a ella, no dependen directamente de su reconocimiento o en este caso, de un ajuste de la asignación salarial base de liquidación de la prestación social, pues su origen es excepcional y tiene lugar por disposición de la ley a título de correctivo pecuniario por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación del valor correspondiente por el auxilio causado en cada anualidad, tiene como finalidad penalizar a las entidades que incurran en mora, en atención a la importancia de dicho emolumento, según lo señalado por la Corte Constitucional²¹».*

En pocas palabras, por el reajuste de la liquidación de cesantías, después de haberse cancelado el monto que se adeudaba, no puede imponérsele a la Administración una pena de mora tan severa (de un día de salario por uno de retardo), puesto que, además de no estar establecida en disposición legal alguna para los casos de ajuste, desborda la finalidad para la que fue creada: castigar el retraso en el pago.

De lo anterior puede concluirse que el Máximo Tribunal en lo Contencioso Administrativo ha sido reiterativo en considerar que el legislador no previó dentro de los supuestos de hecho que generan la sanción moratoria de la Ley

¹⁷ Cita propia del texto transcrito: Al respecto: Subsección A. Sentencia de 9 de abril de 2014. Rad. 13001-23-31-000-2007-00225-01(1483-13). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.; Subsección B. Sentencia de 8 de septiembre de 2017. Rad. 08001233300020140035501. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En el mismo sentido, sentencias de 17 de agosto de 2017. Rad. 08001233300020140035501; Sentencia de 18 de mayo de 2017. Rad. 66001233300020130021301.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia del 16 de mayo de 2019. Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00576-01(4738-14).

¹⁹ Cita de cita: Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sentencia de 8 de septiembre de 2017, expediente: 08001 23 33 000 2014 00355 01 (3310-2015), consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, actor: Filberto Franco Núñez, demandado: departamento del Atlántico, Contraloría General del Atlántico.

²⁰ Cita de cita: Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sentencia de 25 de agosto de 2016, expediente: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14), unificación jurisprudencial CE-SUJ004 de 2016, consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, actora: Yesenia Esther Hereira Castillo.

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-448 de 1996. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

50 de 1990 o de la Ley 244 de 1995 (modificada por la Ley 1071 de 2006) el pago tardío de reajuste de las cesantías reconocidas en acto anterior, sino que dicha sanción únicamente es procedente frente al reconocimiento y pago tardío de las cesantías liquidadas inicialmente, mas no así, se insiste, en relación con el pago tardío de un reajuste reconocido respecto de las mismas.

6. Examen del caso concreto

Descendiendo al caso que convoca la atención de esta Sala, se encuentra acreditado que la parte actora presentó una solicitud inicial de reconocimiento de cesantías definitivas el 25 de febrero de 2015, la cual fue resuelta mediante Resolución nº 2938-6 del 8 de abril de 2015, y cuyo pago se puso a disposición de la parte demandante el 23 de junio de 2015. Se precisa que en la demanda no se reclama que este desembolso hubiera sido tardío.

Encuentra la Sala que posteriormente la parte actora presentó una petición de reajuste de las cesantías, solicitando además el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, teniendo como punto de partida para esto la fecha de la primera solicitud de reconocimiento de la prestación. Se observa que las cesantías fueron reajustadas y que se negó lo relativo a la sanción moratoria.

Conforme a lo anterior, es claro para este Tribunal que la parte actora solicita el reconocimiento de la sanción moratoria por estimar que la misma se causa por la liquidación inexacta de las cesantías al no haberse incluido la prima de servicios y la bonificación por servicios, lo que implicó la expedición de un nuevo acto administrativo que reajustó la prestación social.

Al respecto, tal como se anotó en acápite anterior, este Tribunal considera que el reajuste de las cesantías o la diferencia originada por la reliquidación de las mismas, no se encuentra enmarcada dentro de los supuestos normativos para que se genere la sanción moratoria, pues ello no implica que la prestación se hubiese pagado en forma inoportuna o de forma tardía.

Debe tenerse en cuenta que el FOMAG reconoció la cesantía definitiva y la canceló de conformidad con la liquidación que dio a conocer a la parte actora; decisión contra la cual la parte interesada no interpuso recurso alguno y sólo hasta el 3 de mayo de 2018, es decir, más de 3 años después de haberse reconocido las cesantías, solicitó la reliquidación de tal prestación. Por lo anterior, no sería razonable ni ajustado a derecho imponer al Estado una sanción económica por el tiempo durante el cual la parte actora no ejecutó ninguna acción para la defensa de sus intereses y el acto administrativo de reconocimiento se encontraba en firme.

De otra parte, debe advertirse que la mora es una sanción y, por tanto, conforme a la dogmática sancionatoria, se requiere una norma especial que establezca cuál es la causal para imponerla. La Sala observa que en el presente asunto no se invocó por la parte demandante disposición alguna que prevea una sanción moratoria en caso de reliquidación o reajuste de cesantías, y al no poder aplicarse por analogía la penalidad establecida para el pago tardío de las cesantías iniciales, el derecho reclamado no puede reconocerse.

Finalmente es preciso recordar que este Tribunal Administrativo ya ha emitido pronunciamientos en el mismo sentido en casos semejantes al que convoca la atención de esta Sala.

Conclusión

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, estima esta Corporación que la parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que reclama por la inoportuna consignación del valor reconocido por concepto del reajuste de sus cesantías definitivas, razón por la cual habrán de negarse las pretensiones de la demanda y como consecuencia de ello, la Sala queda liberada de estudiar los demás problemas jurídicos planteados.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP²², se condenará en costas a la parte demandante, por haber resultado vencida en este proceso y además teniendo en cuenta que la parte demandada se vio en la necesidad de asumir su defensa judicial, interviniendo activamente durante todas las etapas del proceso, así como de sufragar los gastos procesales hasta su culminación.

Se fija un 0.5% de la cuantía estimada en este proceso como agencias en derecho a cargo de la parte accionante.

Según lo dispone el artículo 366 del CGP, por la Secretaría de la Corporación, se liquidarán las costas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la

²² En adelante, CGP.

República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. NIÉGANSE las súplicas de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora Amparo Tabares Osorio contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento de Caldas.

Segundo. CONDÉNASE en costas en esta instancia a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Corporación, por lo brevemente expuesto. FÍJASE un 0.5% de la cuantía estimada en este proceso como agencias en derecho.

Tercero. RECONÓCESE personería jurídica al abogado JUAN FELIPE RÍOS FRANCO, identificado con la cédula de ciudadanía n° 1.053'769.738 expedida en Manizales, y portador de la tarjeta profesional n° 186.376 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación del Departamento de Caldas, en los términos y facultades señaladas en el poder conferido visible a folio 46 del expediente.

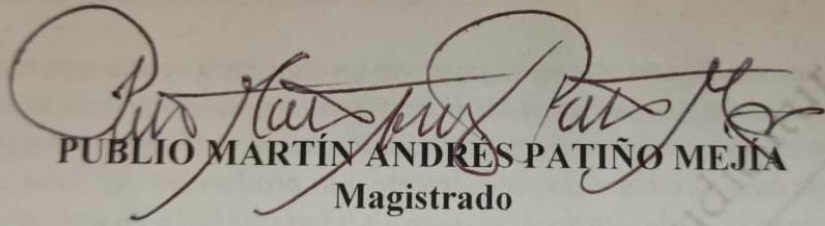
Cuarto. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

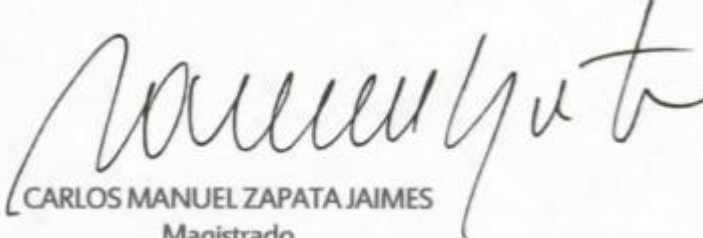
Quinto. Ejecutoriada esta providencia, LIQUÍDENSE los gastos del proceso, DEVUÉLVANSE los remanentes si los hubiere y ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 25
FECHA: 15 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 029

Asunto:	Admite demanda
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2019-00410-00
Demandante:	Sergio Torres Díaz.
Demandada:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 171 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, procede este Despacho a decidir sobre la admisión de la demanda que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho regulado en el artículo 138 *ibídem*, instauró el señor Sergio Torres Díaz contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

LA DEMANDA

El 23 de agosto de 2019 fue interpuesto el medio de control de la referencia (fls. 2 a 17, C.1), con el fin de obtener lo siguiente:

1. Que se INAPLIQUE por inconstitucional el artículo 17 del Acuerdo PSAA15-10402 de La Sala Administrativa del Consejo Superior de La Judicatura, en cuanto a la denominación "GRADO 23" asignada al cargo de ABOGADO ASESOR creado mediante dicho Acuerdo, por no existir razón alguna que indique que los ABOGADOS ASESORES de Tribunal judicial tengan un tratamiento salarial; y prestacional diferente al asignado por el Gobierno Nacional (fl. 2, C.1).

¹ En adelante, CPACA.

2. La declaratoria de nulidad de nulidad de la Resolución n° DESAJMAR18-1250 del 14 de agosto de 2018 con la cual el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Manizales negó la reclamación administrativa tendiente a obtener las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el cargo de Abogado Asesor de Tribunal y el de Abogado Asesor Grado 23.
3. La declaratoria de nulidad de nulidad de la Resolución n° DESAJMAR18-1672 del 1 de octubre de 2018 con la cual el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Manizales concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Resolución n° DESAJMAR18-1250 del 14 de agosto de 2018.
4. La declaratoria de nulidad del acto administrativo negativo ficto o presunto, al no haber sido resuelto el recurso de apelación interpuesto contra la resolución n° DESAJMAR18-1250 expedida el 14 de agosto de 2018 por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Manizales.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de las diferencias salariales y prestacionales antes mencionadas, durante el tiempo en que se desempeñó como Abogado Asesor de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Reclamó así mismo la indexación de las sumas reconocidas; el reconocimiento y pago de intereses moratorios; y condenar en costas a la entidad accionada.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Examinados los presupuestos procesales de la acción, considera el Despacho que se reúnen los requisitos previstos para la admisión de la demanda propuesta, en tanto **i)** el Tribunal es competente, **ii)** la accionante tiene capacidad para ser parte y para comparecer al proceso, **iii)** se acreditó el derecho de postulación, **iv)** las partes están legitimadas en la causa por activa y pasiva, **v)** la demanda fue presentada en forma según lo dispuesto en los artículos 162, 163 y 166 del CPACA, y **vi)** se acreditaron los requisitos de procedibilidad exigidos.

Se precisa que la demanda no se admite frente a la Resolución n° DESAJMAR18-1661 del 1º de octubre de 2018, pues la misma no corresponde a un acto administrativo definitivo susceptible de ser demandable ante esta Jurisdicción, sino a uno de mero trámite.

Así pues, se procederá de conformidad con el artículo 171 del CPACA.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

Primero. Atendiendo la precisión hecha en la parte motiva de esta providencia, **ADMÍTESE** la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó el señor Sergio Torres Díaz contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. En consecuencia, se dispone:

1. **NOTIFÍQUESE** el presente auto a la parte demandante por estado electrónico, según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA, modificado por el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021.
2. **REQUIÉRESE** a la parte demandante para que dentro del término de cinco (5) días siguientes a la notificación por estado del presente auto, allegue constancia del envío de la demanda y los anexos de la misma a la parte demandada y al Ministerio Público, so pena de dar aplicación a lo consagrado en el artículo 178 del CPACA sobre desistimiento tácito.
3. Una vez se allegue la referida constancia, por la Secretaría de la Corporación, **NOTIFÍQUESE** personalmente esta providencia al Director Ejecutivo de Administración Judicial, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a los buzones de correo electrónico para notificaciones judiciales que reposen en los archivos de la Secretaría del Tribunal, a través de mensaje de datos que contendrá copia de este auto admisorio, en la forma y términos indicados en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
4. **CÓRRASE** traslado de la demanda a la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado por el término de treinta (30) días, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 172 del CPACA; plazo que comenzará a correr transcurridos dos (2) días de enviado el mensaje de datos de notificación, conforme lo establece el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de

2021.

5. **PREVÉNGASE** al Nación – Rama Judicial Dirección Ejecutiva de Administración Judicial para que durante el término de traslado de la demanda y de conformidad con el parágrafo 1º del artículo 175 del CPACA, allegue copia del expediente administrativo completo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso, so pena de que el funcionario encargado incurra en falta disciplinaria gravísima.

Segundo. RECONÓCESE personería jurídica al abogado JOSÉ FERNANDO MEJÍA MAYA, identificado con la cédula de ciudadanía n° 75'102.000 expedida en Manizales, y portador de la tarjeta profesional n° 295.081 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado de la parte demandante conforme al poder obrante a folio 1 del expediente.

Tercero. ADVIÉRTESE a las partes y demás intervinientes que el único correo electrónico habilitado para allegar la contestación de la demanda, poderes, sustituciones de poder, memoriales y demás información es el siguiente: sgtadminclld@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección electrónica, se tendrá por no presentado.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 25

FECHA: 15 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 036

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-003-2019-00029-02
Demandante:	Diva Nelly Ríos Morales
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 005 del 12 de febrero de 2021

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del cuatro (4) de febrero de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Diva Nelly Ríos Morales contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²).

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 29 de enero de 2019 (página 3 del documento n° 01 del expediente digital), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución n° 10254-6 del 26 de diciembre de 2018, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional, por no incluir la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados de acuerdo con sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, así como la prima de navidad a partir de la fecha de status pensional (6 de julio de 2013).
2. Que se declare que a la parte actora le asiste derecho a que le sea reconocida y pagada pensión de jubilación a partir del 6 de julio de 2013 –fecha del status pensional–, incluyendo la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados, reconocidas a través de sentencia del 3 de julio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, así como la prima de navidad.
3. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reliquidar y pagar la pensión de jubilación de la parte demandante, de la manera descrita anteriormente.
4. Que se ordene a la accionada que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de ley para cada año, como lo ordena la Constitución y la ley.
5. Que se ordene a la entidad demandada realizar el respectivo pago de las mesadas atrasadas desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina; y que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.
6. Que se condene a la parte accionada a reconocer y pagar los ajustes de valor a que hubiere lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales ordenadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo y demás emolumentos, conforme al inciso final del artículo 187 del CPACA.
7. Que se ordene a la entidad demandada a reconocer y pagar intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y hasta cuando se cumpla la totalidad de la condena, como lo dispone el inciso 3° del artículo 192 del CPACA.
8. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. La señora Diva Nelly Ríos Morales laboró más de 20 años al servicio de la docencia oficial y cumplió los requisitos establecidos en la ley para el reconocimiento de una pensión de jubilación.
2. La señora Diva Nelly Ríos Morales adquirió el status jurídico de pensionada el 6 de julio de 2013.
3. A la parte accionante le fue reconocida pensión de jubilación, incluyendo en la base de liquidación sólo la asignación básica y la prima de vacaciones.
4. Mediante sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 3 de julio de 2014, se modificó el fallo del Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales, y se reconoció a la parte actora la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados, a partir del 11 de diciembre de 2005 como factores salariales.
5. Con Resolución nº 9633-6 del 12 de diciembre de 2017, la parte actora fue retirada del servicio a partir del 31 de diciembre de 2017.
6. Por Resolución nº 7116-6 del 15 de agosto de 2018 fue reliquidada la pensión de jubilación de la parte accionante por retiro definitivo del servicio, en la cual se incluyó la asignación básica, la prima de vacaciones y la bonificación mensual, pero se omitió la prima de servicios, la bonificación por servicios prestados y la prima de navidad.
7. La parte demandante solicitó ante la entidad accionada la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de los factores salariales señalados anteriormente.
8. Con el acto administrativo demandado se negó la solicitud efectuada en el anterior sentido.
9. La entidad llamada a restablecer el derecho es la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: Ley 33 de 1985: artículo 1; Ley 62 de 1985; Ley 91 de 1989: artículo 15 y Decreto 1045 de 1978.

Explicó que de conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 que estableció el régimen prestacional de los docentes, el régimen pensional de éstos depende de la fecha de su vinculación. Así, si aquella fue anterior a la entrada en vigencia de la ley referida (27 de junio de 2003), como en el presente caso, el régimen corresponderá al previsto en la Ley 91 de 1989; pero si se dio de manera posterior, la normativa aplicable será la Ley 100 de 1993.

Indicó que para la liquidación de la pensión de jubilación debe acudir a la Ley 33 de 1985, la cual si bien no estableció de manera taxativa los factores salariales que debían incluirse, lo cierto es que tal circunstancia no es un impedimento para tener en cuenta todo lo devengado por el trabajador en el último año de servicios, tal como lo ha entendido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Adujo que el acto demandado desconoce la previsión hecha por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que remitió al Decreto 1045 de 1978, con base en el cual, la liquidación de la pensión debe incluir la totalidad de los factores devengados por el empleado.

Acotó que en el evento de no haberse realizado los respectivos aportes a pensión por concepto de los factores a incluir, la entidad debe disponer los descuentos correspondientes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término otorgado, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG contestó la demanda (páginas 126 a 136 del documento n° 01 del expediente digital), para oponerse a las pretensiones de la misma, aduciendo que al caso concreto son aplicables las Leyes 33 y 62 de 1985, que previeron expresamente los factores salariales a incluir en la liquidación pensional, y que no pueden adicionarse como lo pretende la parte actora, so pena de desconocer los principios constitucionales de sostenibilidad financiera y solidaridad.

Aclaró que de conformidad con la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, los factores a incluir en las pensiones de los

docentes son aquellos previstos en la Ley 33 de 1985 y sobre los que se hubiere realizado el aporte o cotización.

Propuso las excepciones que denominó: “**COBRO DE LO NO DEBIDO**”, con fundamento en que la pensión de jubilación fue liquidada conforme a las normas vigentes y aplicables al caso concreto; “**PRESCRIPCIÓN DE MESADAS**” conforme al artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, en el evento de que se acceda a las pretensiones de la demanda; y “**RECONOCIMIENTO OFICIOSO O GENERICA** (sic)”, de resultar probados hechos que configuren una excepción previa.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 4 de febrero de 2020, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (páginas 148 a 157 del documento nº 01 del expediente digital), a través de la cual negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas a la demandada. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Explicó que dada la fecha de vinculación de la parte actora, el régimen pensional aplicable era la Ley 91 de 1989, que remitió al régimen general de prestaciones sociales del sector público, esto es, a la Ley 33 de 1985.

En cuanto a los factores salariales, indicó que acogería la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019 (radicado: 2015-00569-01), con base en la cual sólo procede la inclusión de aquellos enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, sobre los que se hubiere cotizado.

De conformidad con lo anterior, el Juez *a quo* consideró que no le asistía razón a la parte demandante de solicitar la reliquidación de su pensión de jubilación, pues los factores reclamados no aparecen en los enlistados en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y tampoco hay prueba de que hubieran servido para calcular el monto sobre el cual se hicieron los aportes.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante en las páginas 169 a 171 del documento nº 01 del expediente digital, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando que se acceda a incluir la bonificación por servicios prestados, pues tal factor salarial figura en los enlistados en la Ley 62 de 1985.

Alegó que al empleado no le corresponde verificar si la entidad empleadora ha efectuado los pagos a seguridad social sobre todos los factores salariales.

Sin perjuicio de lo anterior, manifestó que como la sentencia de este Tribunal que ordenó el reconocimiento y pago de la bonificación por servicios prestados ya había sido cumplida, allegaba comprobante de pago en el cual consta que se ordenó la cancelación de aportes para pensión por concepto de bonificación por servicios prestados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (documento nº 13 del expediente digital)

Intervino en esta etapa procesal para ratificarse en los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en el recurso de apelación.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG (documento nº 15 del expediente digital)

Solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, pues acatando lo señalado en sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, para la liquidación de la pensión de la parte actora sólo deben ser tenidos en cuenta aquellos factores salariales sobre los cuales se hubiera realizado las respectivas cotizaciones o aportes y estén expresamente consagrados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 10 de septiembre de 2020 (documento nº 09 del expediente digital), y allegado el 21 de octubre del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (documento nº 10, ibídem).

Admisión y alegatos. Por auto del 21 de octubre de 2020 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia (documento nº 10 del expediente digital). Ambas partes alegaron de conclusión

(documentos nº 13 y nº 15, ibídem). El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 4 de diciembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (documento nº 16 del expediente digital), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar los siguientes cuestionamientos:

- *¿Es procedente para el caso concreto reliquidar la pensión de jubilación de la señora Diva Nelly Ríos Morales, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios?*
- *En caso afirmativo, ¿cuál es la entidad encargada de asumir la reliquidación de la pensión de jubilación de la accionante?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** régimen pensional aplicable; **iii)** ingreso base de liquidación y factores salariales a incluir en la pensión de jubilación de docentes; **iv)** aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes; **v)** reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante; y **vi)** entidad responsable de asumir la reliquidación pensional y determinación de responsabilidad por aportes del empleador.

Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. Por Resolución nº 8152-6 del 20 de diciembre de 2013 (páginas 43 a 45 del documento nº 01 del expediente digital), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante, efectiva a partir del 7 de julio de 2013.

Para la liquidación de la prestación se aplicó el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio anterior a la consolidación del status pensional, incluyendo además del sueldo, la prima de vacaciones.

2. Conforme a la Resolución nº 8152-6 del 20 de diciembre de 2013 (páginas 43 a 45 del documento nº 01 del expediente digital), la señora Diva Nelly Ríos Morales nació el 6 de julio de 1958, laboró como docente desde el 1º de marzo de 1993 y adquirió su status pensional el 6 de julio de 2013.
3. A través de sentencia del 3 de julio de 2014 (páginas 72 a 86 del documento nº 01 del expediente digital), el Tribunal Administrativo de Caldas revocó el fallo del 17 de enero de 2013 proferido por el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales y, en su lugar, declaró la nulidad del acto administrativo allí demandado, ordenando como restablecimiento del derecho el pago de la prima de servicios y de la bonificación por servicios prestados causadas con posterioridad al 11 de diciembre de 2005.
4. Con Resolución nº 7116-6 del 15 de agosto de 2018 (páginas 47 y 48 del documento nº 01 del expediente digital), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reliquidó la pensión de jubilación a favor de la parte accionante por retiro definitivo del servicio, efectiva a partir del 31 de diciembre de 2017.

Para la reliquidación de la prestación se aplicó el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio, incluyendo además del sueldo, la prima de vacaciones y la bonificación mensual.

5. El 13 de diciembre de 2018 la parte accionante elevó solicitud de reliquidación pensional a la entidad demandada, con ocasión de los

factores salariales reclamados en la demanda (páginas 36 a 39 del documento n° 01 del expediente digital).

6. Con Resolución n° 10254-6 del 26 de diciembre de 2018 (páginas 32 a 34 del documento n° 01 del expediente digital), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, negó la reliquidación pensional.
7. Según Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios del FOMAG n° 5305 del 6 de noviembre de 2018 (páginas 51 y 52 del documento n° 01 del expediente digital), entre el período comprendido entre el 1° de enero de 2016 y el 30 de diciembre de 2017, la parte demandante devengó además de la asignación básica mensual, prima de navidad, prima de servicios, bonificación mensual y prima de vacaciones.

Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003³, que reguló dos eventos:

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

El Acto Legislativo n° 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el párrafo transitorio 1º, lo siguiente:

***PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o.** El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo*

³ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

ARTÍCULO 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:*

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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

2. Pensiones:

(...)

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

(...) (Negrillas fuera de texto)

Para el caso concreto, de conformidad con lo manifestado en la parte motiva de la Resolución nº 8152-6 del 20 de diciembre de 2013 expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas (páginas 43 a 45 del documento nº 01 del expediente digital), la señora Diva Nelly Ríos Morales prestó sus servicios en el ramo de la educación **desde el 1º de marzo de 1993,**

esto es, con anterioridad a la Ley 812 de 2003. En ese orden de ideas, le es aplicable en materia pensional el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

Así lo precisó igualmente el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación del 25 de abril de 2019⁴, en la que indicó que *“El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados⁵, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁶”*.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso: *“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”*.

Ingreso base de liquidación pensional y factores salariales a reconocer

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

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación y a la manera de establecerlo, debe precisarse que a la parte demandante no le es aplicable la Ley 100 de 1993 ni el régimen de transición previsto en dicha normativa en razón de la fecha de su vinculación al servicio docente y, por ende, no le es predicable la regla⁷ y primera subregla⁸ establecidas en la

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Radicado número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-2017).

⁵ Cita de cita: Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

⁶ Cita de cita: “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

⁷ De conformidad con la sentencia de unificación, la regla es la siguiente: *“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”*

sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018⁹, relacionadas con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

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

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

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

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

(negrilla es del texto).

⁸ Atendiendo lo indicado en la sentencia de unificación, la primera subregla es la siguiente:

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

- *Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*
- *Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”*

⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 28 de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ).

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

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

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

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

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

Para el caso que convoca la atención de esta Sala, se observa que a la señora Diva Nelly Ríos Morales le reliquidaron pensión de jubilación por retiro definitivo del servicio, incluyendo la asignación básica mensual así como la prima de vacaciones y la bonificación mensual.

En la demanda promovida, la parte actora reprocha que se hubiera omitido incluir, además de la prima de navidad, la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados que se reconocieron con ocasión de sentencia proferida por esta Corporación, y que fueron devengadas en el último año de servicio.

Conforme a la regla fijada por el Consejo de Estado en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes

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

En ese orden de ideas, la parte demandante no tiene derecho a que la prima de navidad y la prima de servicios se tomen como factores salariales, dado que no constituyen base de liquidación de los aportes; circunstancia esta que no se ve afectada por el solo hecho que el pago de la prima de servicios se hubiere reconocido por orden judicial.

Situación diferente se predica de la bonificación por servicios prestados, pues además de que dicho factor sí se encuentra contemplado en la Ley 62 de 1985 y, por tanto, se infiere que sobre el mismo se efectuaron descuentos a pensión.

Así pues, la Sala de Decisión encuentra que la reliquidación pensional reclamada procede sólo respecto de la bonificación por servicios prestados.

Aclara el Tribunal que no obstante que la Resolución nº 7116-6 del 15 de agosto de 2018 tuvo en cuenta la prima de vacaciones y la bonificación mensual para reliquidar la pensión de jubilación de la parte demandante – factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985–, dicho acto de reliquidación pensional no puede modificarse en ese aspecto, en tanto no fue demandado y además las pretensiones de la parte actora se dirigen a obtener la inclusión de la prima de navidad, la prima de servicios y de la bonificación por servicios prestados como factores adicionales.

Llegar a una conclusión diferente implicaría, como lo sostuvo el Consejo de Estado¹⁰, no sólo desbordar el objeto del litigio fijado sino que afectaría principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

Entidad u órgano competente para reliquidar la pensión de jubilación de los docentes

¹⁰ Así lo precisó en la sentencia de unificación del 29 del 25 de abril de 2019 ya citada.

El Decreto 2277 de 1979 que es el Estatuto Docente, previó en su artículo 36 entre los derechos de los docentes, el relativo a obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de ley.

El artículo 2 de la Ley 91 de 1989, “*por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, estableció en su numeral 5:

Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado [y de los que se vinculen con posterioridad a su promulgación conforme lo dispone artículo 4º] que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles. (Anotación entre corchetes y negrilla son de la Sala).

Según tal norma no cabe duda alguna que las prestaciones sociales del Magisterio a partir de la promulgación de la Ley 91 de 1989, están a cargo de la Nación, y que su pago se hace por medio del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Este es un fondo independiente, como también lo es su contabilidad y estadística, carece de personalidad jurídica, y constituye una cuenta de la Nación, como se desprende del artículo 3 de la misma ley mencionada¹¹.

La Ley 962 de 2005, “*por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos*”, estableció en su artículo 56 que:

Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución

¹¹ El art. 3 de la Ley 91 de 1989 dispone: “*Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional*”. (Resalta la Sala).

que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.
(Negrillas fuera de texto).

El Decreto 2831 de 2005 reglamentó los artículos 3 y 7 de la Ley 91 de 1989, así como el citado artículo 56 de la Ley 962 de 2005, estableciendo en el capítulo II el *“Trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*.

Conforme a lo anterior se concluye que el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes corresponde exclusivamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quedando las entidades territoriales a través de sus Secretarías de Educación como meras tramitadoras de las solicitudes en la materia, por lo que en este sentido la responsabilidad recae única y exclusivamente en tal fondo y no en el ente local.

Sobre el tema, el Consejo de Estado en providencia del 5 de marzo de 2015, confirmó una decisión proferida en audiencia inicial por este Tribunal, en la cual se declaró infundada la excepción denominada, *“no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”*¹².

Con fundamento en lo anterior así como en la posición sostenida uniformemente por el Consejo de Estado en su Sección Segunda¹³, esta

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Auto del 5 de marzo de 2015. Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00654-01. Se indicó en tal ocasión:

De acuerdo con lo regulado por el artículo 61 del Código General del Proceso y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el litisconsorcio se considera necesario cuando tiene la connotación o importancia de impedir que el proceso se adelante si uno de los sujetos que integran la parte activa o pasiva y resulta afectado con la decisión, no está enterado del proceso; entonces, es requisito sine qua non que tal sujeto de la relación jurídica o acto jurídico integre el proceso y pueda ejercer sus derechos de defensa y debido proceso.

En este orden de ideas, se considera que en el caso que se decide, la Secretaría de Educación del ente territorial, no es litisconsorte necesario de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que es a ésta quien por ley está obligada al pago de las prestaciones sociales del magisterio, y que las secretarías de educación de los entes territoriales solo actúan como colaboradoras de la entidad nacional mencionada.

Así, pues, en el sub examine, el proceso se puede tramitar y decidir sin que se requiera la presencia, en este caso, de la Secretaría de Educación de Manizales como lo pretende la excepción formulada por la apoderada de la entidad demandada, pues, se repite, ésta no es litisconsorcio necesario de aquella.

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 21 de octubre de 2011. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación número: 19001-23-31-000-2003-01299-01(0672-09).

Corporación reitera el criterio según el cual la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, efectivamente es la entidad legalmente llamada no sólo a pagar las prestaciones sociales de los docentes, entre estas las pensiones de jubilación que los afiliados soliciten a la referida cuenta especial, sino que también le compete hacer el reconocimiento de las mismas.

Prescripción

Respecto al tema de la prescripción de los derechos salariales y prestacionales, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa:

- 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y 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 sólo por un lapso igual. (Negrillas fuera de texto)*

Considera la Sala que el fenómeno de la prescripción se configuró en el asunto bajo examen, toda vez que transcurrieron más de tres años desde el momento en que se profirió –no hay constancia de la fecha de ejecutoria– la sentencia de este Tribunal que ordenó el reconocimiento y pago de la bonificación por servicios prestados –3 de julio de 2014– y la fecha de presentación de la reclamación administrativa –13 de diciembre de 2018– y de la demanda –29 de enero de 2019–.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que su pensión de jubilación se reliquide incluyendo la prima de navidad y la prima de servicios como factores salariales devengados en el año anterior al retiro definitivo del servicio. Sin embargo, sí procede la reliquidación frente a la bonificación por servicios prestados percibida en el mismo lapso.

En ese sentido, se modificará la sentencia dictada en primera instancia para acceder parcialmente a las súplicas de la demanda.

Las sumas que resulten a favor de la parte demandante deberán actualizarse por razones de equidad, tal como lo ha sostenido reiteradamente el Consejo

de Estado en su Sección Segunda, en los términos del artículo 187 del CPACA, aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la parte accionante desde la fecha en que se retiró del servicio, hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el número que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago, según se dispuso en la parte motiva de esta providencia.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes empezando por la primera mesada pensional que se debió reliquidar, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición en mención.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este Tribunal considera que en el presente asunto no debe condenarse en costas, pues la demanda fue interpuesta conforme a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado para dicha época.

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

FALLA

Primero. MODIFÍCASE la sentencia del cuatro (4) de febrero de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Diva Nelly Ríos Morales contra la Nación –

Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el sentido de **acceder parcialmente** a las súplicas de la demanda, según se indica a continuación.

Segundo. DECLÁRASE probada parcialmente la excepción propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que denominó “**COBRO DE LO NO DEBIDO**”.

Tercero. DECLÁRASE probado el medio exceptivo de “**PRESCRIPCIÓN DE MESADAS**” formulado por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Cuarto. DECLÁRASE la nulidad de la Resolución nº 10254-6 del 26 de diciembre de 2018, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, en tanto negó la reliquidación de la pensión de jubilación de la señora Diva Nelly Ríos Morales, en el sentido de incluir la bonificación por servicios prestados como factor salarial.

Quinto. En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reliquidar la pensión de jubilación de la señora Diva Nelly Ríos Morales, con efectos a partir del 13 de diciembre de 2015 por prescripción trienal, en cuantía del 75% de todo lo devengado por aquella en el último año de servicio –31 de diciembre de 2016 a 31 de diciembre de 2017–, incluyendo además de los factores salariales ya reconocidos, la bonificación por servicios prestados.

Sexto. Las sumas que resulten a favor de la parte demandante serán canceladas de acuerdo con lo antes expresado, y hasta que se haga efectiva la reliquidación pensional dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA y debidamente indexadas mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, se tendrá en cuenta la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberán hacer dichos ajustes. Lo anterior, atendiendo las motivaciones de este fallo.

Séptimo. La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición en mención.

Octavo. CONFÍRMASE la sentencia objeto de apelación en tanto negó las demás pretensiones de la demanda.

Noveno. **ABSTIÉNESE** de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

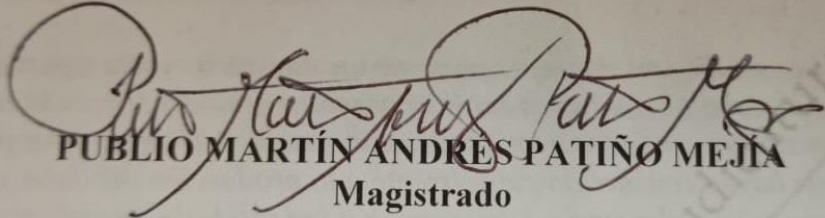
Décimo. **NOTIFÍQUESE** conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. **25**
FECHA: **15 de febrero de 2021**



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 037

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-003-2019-00132-02
Demandante:	Gilma Dallos Ríos
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 005 del 12 de febrero de 2021

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del doce (12) de febrero de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Gilma Dallos Ríos contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²).

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 25 de febrero de 2019 (página 3 del documento nº 01 del expediente digital), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución n° 00000798 del 23 de diciembre de 2015, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos por la parte demandante en el último año de servicio al momento del retiro definitivo de la docencia.
2. Que se declare que a la parte actora le asiste derecho a que le sea reconocida y pagada pensión de jubilación a partir del 30 de junio de 2015, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los doce meses anteriores al momento del retiro definitivo de la docencia, particularmente la prima de servicios –según Decreto n° 1545 de 2013– y la bonificación mensual –acorde con el Decreto n° 1566 de 2014–.
3. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reliquidar y pagar la pensión de jubilación de la demandante, de la manera descrita anteriormente.
4. Que se ordene a la accionada que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de ley para cada año, como lo ordena la Constitución y la ley.
5. Que se ordene a la entidad demandada realizar el respectivo pago de las mesadas atrasadas desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina; y que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.
6. Que se condene a la parte accionada a reconocer y pagar los ajustes de valor a que hubiere lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales ordenadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo y demás emolumentos, conforme al inciso final del artículo 187 del CPACA.
7. Que se ordene a la entidad demandada a reconocer y pagar intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y hasta cuando se cumpla la totalidad de la condena, como lo dispone el inciso 3° del artículo 192 del CPACA.
8. Que se condene en costas a la parte accionada.

9. Que de las sumas que resultaren a favor de la demandante, se descuenta lo cancelado en virtud de la resolución que reconoció el derecho a la pensión de jubilación.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. La señora Gilma Dallos Ríos laboró más de 20 años al servicio de la docencia oficial y cumplió los requisitos establecidos en la ley para el reconocimiento de una pensión de jubilación.
2. Después de que le fue reconocido su derecho pensional a partir del 29 de septiembre de 2005 mediante Resolución nº 000028 del 2 de febrero de 2006, la parte accionante continuó prestando sus servicios como docente hasta el 30 de junio de 2015, momento en el cual se retiró definitivamente.
3. Antes de su retiro del servicio, con Resolución nº 00899 del 13 de noviembre de 2014, se dio cumplimiento a sentencia que ordenó reajustar la pensión de jubilación incluyendo la prima de navidad y la prima de vacaciones.
4. La reliquidación pensional no incluyó la prima de servicios y la bonificación mensual, percibidas por la actividad docente desarrollada durante el último año de servicios.
5. La entidad llamada a restablecer el derecho es la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: Ley 33 de 1985: artículo 1; Ley 62 de 1985; Ley 91 de 1989: artículo 15 y Decreto 1045 de 1978.

Explicó que de conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 que estableció el régimen prestacional de los docentes, el régimen pensional de éstos depende de la fecha de su vinculación. Así, si aquella fue anterior a la entrada en vigencia de la ley referida (27 de junio de 2003), como en el presente caso, el régimen corresponderá al previsto en la Ley 91 de 1989;

pero si se dio de manera posterior, la normativa aplicable será la Ley 100 de 1993.

Indicó que para la liquidación de la pensión de jubilación debe acudir a la Ley 33 de 1985, la cual si bien no estableció de manera taxativa los factores salariales que debían incluirse, lo cierto es que tal circunstancia no es un impedimento para tener en cuenta todo lo devengado por el trabajador en el último año de servicio anterior a la adquisición del status pensional, tal como lo ha entendido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Adujo que el acto demandado desconoce la previsión hecha por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que remitió al Decreto 1045 de 1978, con base en el cual, la liquidación de la pensión debe incluir la totalidad de los factores devengados por el empleado.

Acotó que en el evento de no haberse realizado los respectivos aportes a pensión por concepto de los factores a incluir, la entidad debe disponer los descuentos correspondientes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG no contestó la demanda (página 51 del documento nº 01 del expediente digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 12 de febrero de 2020, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (páginas 60 a 68 del documento nº 01 del expediente digital), a través de la cual negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas a la demandada. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Explicó que dada la fecha de vinculación de la parte actora, el régimen pensional aplicable era la Ley 91 de 1989, que remitió al régimen general de prestaciones sociales del sector público, esto es, a la Ley 33 de 1985.

En cuanto a los factores salariales, indicó que acogería la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019 (radicado: 2015-00569-01), con base en la cual sólo procede la inclusión de aquellos enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, sobre los que se hubiere cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

De conformidad con lo anterior, consideró el Juez *a quo* que no le asistía razón a la parte demandante de solicitar la reliquidación de su pensión de jubilación, pues los factores reclamados se encuentran por fuera de los establecidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y además no se aportó prueba que indique que sobre dichos factores se hubiesen efectuado cotizaciones y que pese a ello no fueron incluidos en la respectiva liquidación.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante en las páginas 84 a 87 del documento nº 10 del expediente digital, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando que se acceda a incluir la bonificación mensual como factor salarial.

Manifestó que en providencias de tutela el Consejo de Estado ha protegido los derechos fundamentales de los demandantes frente a sentencias que han negado la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional en la liquidación de la pensión de jubilación.

Indicó que conforme a la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la bonificación mensual de que trata el Decreto 1566 de 2014 debe incluirse en la liquidación pensional por tratarse de un factor sobre el cual se efectuaron aportes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (documento nº 13 del expediente digital)

Intervino en esta etapa procesal para ratificarse en los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en el recurso de apelación.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG (documento nº 15 del expediente digital)

Solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, pues acatando lo señalado en sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, para la liquidación de la pensión de la parte actora sólo deben ser tenidos en cuenta aquellos factores salariales sobre los cuales se hubiera realizado las respectivas cotizaciones o aportes y estén expresamente consagrados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 10 de septiembre de 2020 (documento n° 09 del expediente digital), y allegado el 21 de octubre del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (documento n° 10, ibídem).

Admisión y alegatos. Por auto del 21 de octubre de 2020 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia (documento n° 10 del expediente digital). Ambas partes alegaron de conclusión (documentos n° 13 y n° 15, ibídem). El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 4 de diciembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (documento n° 19 del expediente digital), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar los siguientes cuestionamientos:

- *¿Es procedente para el caso concreto reliquidar la pensión de jubilación de la*

señora Gilma Dallos Ríos, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios?

- *En caso afirmativo, ¿cuál es la entidad encargada de asumir la reliquidación de la pensión de jubilación de la accionante?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** régimen pensional aplicable; **iii)** ingreso base de liquidación y factores salariales a incluir en la pensión de jubilación de docentes; **iv)** aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes; **v)** reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante; y **vi)** entidad responsable de asumir la reliquidación pensional y determinación de responsabilidad por aportes del empleador.

Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. Por Resolución nº 000028 del 2 de febrero de 2006 (páginas 25 a 27 del documento nº 01 del expediente digital), la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante, efectiva a partir del 30 de septiembre de 2005.

Para la liquidación de la prestación se aplicó el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio anterior a la consolidación del status pensional, incluyendo únicamente la asignación mensual.

2. Conforme a la Resolución nº 000028 del 2 de febrero de 2006 (páginas 25 a 27 del documento nº 01 del expediente digital) y al Formato Único para la Expedición de Historia Laboral del FOMAG nº 1244 del 22 de febrero de 2019 (páginas 32 a 34, ibídem), la señora Gilma Dallos Ríos nació el 29 de septiembre de 1950, laboró como docente desde el 30 de enero de 1975, y adquirió su status pensional el 29 de septiembre de 2005.
3. Mediante Resolución nº 00899 del 13 de noviembre de 2014 (páginas 28 a 31 del documento nº 01 del expediente digital), la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reajustó la pensión de jubilación de la parte actora en cumplimiento de fallo judicial que

ordenó incluir en la liquidación de la prestación la prima de navidad y la prima de vacaciones.

4. Con Resolución nº 00000798 del 23 de diciembre de 2015 (páginas 22 a 24 del documento nº 01 del expediente digital), la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reliquidó la pensión de jubilación de la parte accionante por retiro definitivo del servicio, efectiva a partir del 30 de junio de 2015.

Para la reliquidación de la prestación se aplicó el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio, incluyendo además del sueldo, la prima de navidad y la prima de vacaciones.

5. Según Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios del FOMAG nº 1244 del 22 de febrero de 2019 (páginas 36 y 37 del documento nº 01 del expediente digital), entre el período comprendido entre el 1º de enero de 2014 y el 30 de junio de 2015, la parte demandante devengó además de la asignación básica mensual, bonificación mensual, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones.

Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003³, que reguló dos eventos:

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

³ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

El Acto Legislativo nº 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el parágrafo transitorio 1º, lo siguiente:

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

ARTÍCULO 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:*

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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

2. Pensiones:

(...)

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

(...) (Negrillas fuera de texto)

Para el caso concreto, de conformidad con lo manifestado en el Formato Único para la Expedición de Historia Laboral del FOMAG n° 1244 del 22 de febrero de 2019 (páginas 32 a 34 del documento n° 01 del expediente digital), la señora Gilma Dallos Ríos prestó sus servicios en el ramo de la educación **desde el 30 de enero de 1975**, esto es, con anterioridad a la Ley 812 de 2003. En ese orden de ideas, le es aplicable en materia pensional el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

Así lo precisó igualmente el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación del 25 de abril de 2019⁴, en la que indicó que *“El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados⁵, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁶”*.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso: *“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”*.

Ingreso base de liquidación pensional y factores salariales a reconocer

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

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación y a la manera de establecerlo, debe precisarse que a la parte demandante no

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Radicado número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-2017).

⁵ Cita de cita: Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

⁶ Cita de cita: “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

le es aplicable la Ley 100 de 1993 ni el régimen de transición previsto en dicha normativa en razón de la fecha de su vinculación al servicio docente y, por ende, no le es predicable la regla⁷ y primera subregla⁸ establecidas en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018⁹, relacionadas con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

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

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

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

⁷ De conformidad con la sentencia de unificación, la regla es la siguiente: *“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”* (negrilla es del texto).

⁸ Atendiendo lo indicado en la sentencia de unificación, la primera subregla es la siguiente:

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

- *Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*
- *Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”*

⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 28 de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ).

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

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

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

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

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

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

Para el caso que convoca la atención de esta Sala, se observa que a la señora Gilma Dallos Ríos le reliquidaron su pensión de jubilación por retiro definitivo del servicio, incluyendo además de la asignación básica mensual, la prima de navidad y la prima de vacaciones.

En la demanda promovida, la parte actora reprocha que se hubiera omitido incluir la prima de servicios y la bonificación mensual, pues también fueron devengadas en el último año de servicio.

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

En ese orden de ideas, la parte demandante no tiene derecho a la reliquidación que reclama, pues no puede tomarse como factor salarial la prima de servicios, dado que aquella no constituye base de liquidación de los aportes.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 1566 de 2014 que creó una bonificación mensual para los servidores públicos docentes, ésta “*constitu[ye] factor salarial para todos los efectos legales*”, circunstancia que en criterio de este Tribunal permite inferir que a partir de la fecha de su reconocimiento (1º de junio de 2014) y hasta el 31 de diciembre de 2015, siempre que hubiere sido devengada en el último año anterior al status pensional o último año de servicio, debe incluirse en la liquidación pensional de los docentes, así no esté expresamente contemplada en la Ley 62 de 1985.

Situación diferente se predica de la prima de servicios, pues el Decreto 1545 de 2013 que la creó para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, estableció que aquella constituiría factor salarial desde el momento de su causación, únicamente para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas: vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad.

Así pues, la Sala de Decisión encuentra que la reliquidación pensional reclamada procede sólo respecto de la bonificación mensual.

Aclara el Tribunal que no obstante que la Resolución nº 00000798 del 23 de diciembre de 2015 tuvo en cuenta la prima de navidad y la prima de vacaciones para reliquidar la pensión de jubilación de la parte demandante –

factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985—, dicho acto de reliquidación pensional no puede modificarse en ese aspecto, en tanto la nulidad solicitada respecto del mismo fue parcial y sólo en lo que correspondía a la inclusión de la prima de servicios y la bonificación mensual como factores adicionales.

Llegar a una conclusión diferente implicaría, como lo sostuvo el Consejo de Estado¹⁰, no sólo desbordar el objeto del litigio fijado sino que afectaría principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

Entidad u órgano competente para reliquidar la pensión de jubilación de los docentes

El Decreto 2277 de 1979 que es el Estatuto Docente, previó en su artículo 36 entre los derechos de los docentes, el relativo a obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de ley.

El artículo 2 de la Ley 91 de 1989, “*por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, estableció en su numeral 5:

Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado [y de los que se vinculen con posterioridad a su promulgación conforme lo dispone artículo 4º] que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles. (Anotación entre corchetes y negrilla son de la Sala).

Según tal norma no cabe duda alguna que las prestaciones sociales del Magisterio a partir de la promulgación de la Ley 91 de 1989, están a cargo de la Nación, y que su pago se hace por medio del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Este es un fondo independiente, como también lo es su contabilidad y estadística, carece de personalidad jurídica, y constituye una cuenta de la Nación, como se desprende del artículo 3 de la misma ley mencionada¹¹.

¹⁰ Así lo precisó en la sentencia de unificación del 29 del 25 de abril de 2019 ya citada.

¹¹ El art. 3 de la Ley 91 de 1989 dispone: “*Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de*

La Ley 962 de 2005, “por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”, estableció en su artículo 56 que:

Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial. (Negrillas fuera de texto).

El Decreto 2831 de 2005 reglamentó los artículos 3 y 7 de la Ley 91 de 1989, así como el citado artículo 56 de la Ley 962 de 2005, estableciendo en el capítulo II el “Trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

Conforme a lo anterior se concluye que el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes corresponde exclusivamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quedando las entidades territoriales a través de sus Secretarías de Educación como meras tramitadoras de las solicitudes en la materia, por lo que en este sentido la responsabilidad recae única y exclusivamente en tal fondo y no en el ente local.

Sobre el tema, el Consejo de Estado en providencia del 5 de marzo de 2015, confirmó una decisión proferida en audiencia inicial por este Tribunal, en la cual se declaró infundada la excepción denominada, “no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”¹².

economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional”. (Resalta la Sala).

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Auto del 5 de marzo de 2015. Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00654-01. Se indicó en tal ocasión:

De acuerdo con lo regulado por el artículo 61 del Código General del Proceso y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el litisconsorcio se considera necesario cuando tiene la connotación o importancia de impedir que el proceso se adelante si uno de los sujetos que integran la parte activa o pasiva y resulta afectado con la decisión, no está enterado del proceso; entonces, es requisito sine qua non que tal sujeto de la relación jurídica o acto jurídico integre el proceso y pueda ejercer sus derechos de defensa y debido proceso.

Con fundamento en lo anterior así como en la posición sostenida uniformemente por el Consejo de Estado en su Sección Segunda¹³, esta Corporación reitera el criterio según el cual la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, efectivamente es la entidad legalmente llamada no sólo a pagar las prestaciones sociales de los docentes, entre estas las pensiones de jubilación que los afiliados soliciten a la referida cuenta especial, sino que también le compete hacer el reconocimiento de las mismas.

Prescripción

Respecto al tema de la prescripción de los derechos salariales y prestacionales, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa:

1. *Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y 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 sólo por un lapso igual. (Negrillas fuera de texto)*

Considera la Sala que el fenómeno de la prescripción se configuró en el asunto bajo examen, toda vez que transcurrieron más de tres años desde el momento en que se notificó la resolución que reliquidó la pensión de jubilación de la parte demandante –12 de enero de 2016– y la fecha de presentación de la demanda –25 de febrero de 2019–.

Conclusión

En este orden de ideas, se considera que en el caso que se decide, la Secretaría de Educación del ente territorial, no es litisconsorte necesario de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que es a ésta quien por ley está obligada al pago de las prestaciones sociales del magisterio, y que las secretarías de educación de los entes territoriales solo actúan como colaboradoras de la entidad nacional mencionada.

Así, pues, en el sub examine, el proceso se puede tramitar y decidir sin que se requiera la presencia, en este caso, de la Secretaría de Educación de Manizales como lo pretende la excepción formulada por la apoderada de la entidad demandada, pues, se repite, ésta no es litisconsorcio necesario de aquella.

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 21 de octubre de 2011. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación número: 19001-23-31-000-2003-01299-01(0672-09).

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que su pensión de jubilación se reliquide en los términos por ella solicitados, esto es, incluyendo la prima de servicios como factor salarial devengado en el año anterior a la adquisición del status pensional. Sin embargo, sí procede la reliquidación frente a la bonificación mensual percibida en el mismo lapso.

En ese sentido, se modificará la sentencia dictada en primera instancia en el sentido de acceder parcialmente a las súplicas de la demanda.

Las sumas que resulten a favor de la parte demandante deberán actualizarse por razones de equidad, tal como lo ha sostenido reiteradamente el Consejo de Estado en su Sección Segunda, en los términos del artículo 187 del CPACA, aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la parte accionante desde la fecha en que se retiró del servicio, hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el número que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago, según se dispuso en la parte motiva de esta providencia.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes empezando por la primera mesada pensional que se debió reliquidar, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición en mención.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este Tribunal considera que en el presente asunto no debe condenarse en costas, pues la demanda fue interpuesta conforme a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado para dicha época.

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

FALLA

Primero. MODIFÍCASE la sentencia del doce (12) de febrero de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Gilma Dallos Ríos contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el sentido de **acceder parcialmente** a las súplicas de la demanda, según se indica a continuación.

Segundo. DECLÁRASE probada de oficio la excepción de prescripción.

Tercero. DECLÁRASE la nulidad parcial de la Resolución n° 00000798 del 23 de diciembre de 2015, expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, en tanto no incluyó la bonificación mensual en la liquidación de la pensión de jubilación de la parte accionante, conforme a las consideraciones de esta sentencia.

Cuarto. En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reliquidar la pensión de jubilación de la señora Gilma Dallos Ríos, con efectos a partir del 25 de febrero de 2016 por prescripción trienal, en cuantía del 75% de todo lo devengado por aquella en el último año de servicio –30 de junio de 2014 a 30 de junio de 2015–, incluyendo además de los factores salariales ya reconocidos, la bonificación mensual.

Quinto. Las sumas que resulten a favor de la parte demandante serán canceladas de acuerdo con lo antes expresado, y hasta que se haga efectiva la reliquidación pensional dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA y debidamente indexadas mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, se tendrá en cuenta la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberán hacer dichos ajustes. Lo anterior, atendiendo las motivaciones de este fallo.

Sexto. La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición en mención.

Séptimo. CONFÍRMASE la sentencia objeto de apelación en tanto negó las demás pretensiones de la demanda.

Octavo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

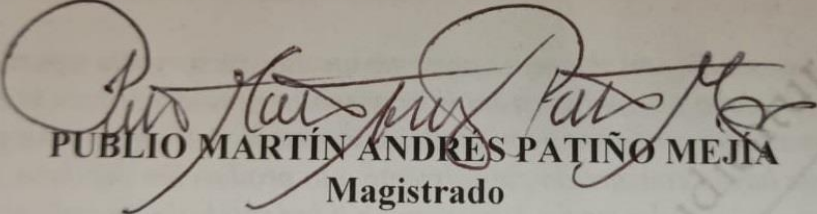
Noveno. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

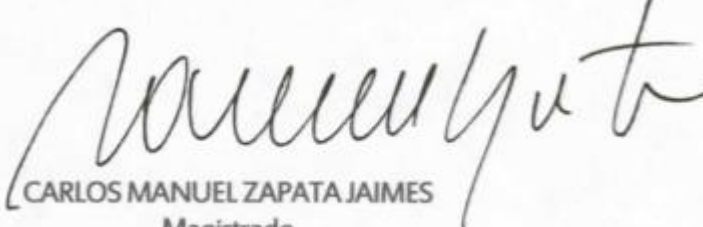
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 25

FECHA: 15 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 038

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-006-2018-00495-02
Demandante:	Francisco Edgar Loaiza Arias
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 005 del 12 de febrero de 2021

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del cinco (5) de febrero de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Francisco Edgar Loaiza Arias contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²).

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 12 de octubre de 2018 (documento 03 del expediente digital), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución n° 648 del 24 de septiembre de 2018, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos por la parte demandante en el último año de servicio al momento del retiro definitivo de la docencia.
2. Que se declare que a la parte actora le asiste derecho a que le sea reconocida y pagada pensión de jubilación a partir del 31 de diciembre de 2014, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los doce meses anteriores al momento del retiro definitivo de la docencia, particularmente el sobresueldo adicional por doble jornada (20%) y la prima de servicios acorde con el Decreto n° 1545 de 2013.
3. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reliquidar y pagar la pensión de jubilación de la parte demandante, de la manera descrita anteriormente.
4. Que se ordene a la accionada que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de ley para cada año, como lo ordena la Constitución y la ley.
5. Que se ordene a la entidad demandada realizar el respectivo pago de las mesadas atrasadas desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina; y que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.
6. Que se condene a la parte accionada a reconocer y pagar los ajustes de valor a que hubiere lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales ordenadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo y demás emolumentos, conforme al inciso final del artículo 187 del CPACA.
7. Que se ordene a la entidad demandada a reconocer y pagar intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y hasta cuando se cumpla la totalidad de la condena, como lo dispone el inciso 3° del artículo 192 del CPACA.
8. Que se condene en costas a la parte accionada.
9. Que de las sumas que resultaren a favor de la parte demandante, se

descuento lo cancelado en virtud de la resolución que reconoció el derecho a la pensión de jubilación.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El señor Francisco Edgar Loaiza Arias laboró más de 20 años al servicio de la docencia oficial y cumplió los requisitos establecidos en la ley para el reconocimiento de una pensión de jubilación.
2. Después de que le fue reconocido su derecho pensional a partir del 28 de febrero de 2001 mediante Resolución nº 0293 del 11 de diciembre de 2006, la parte accionante continuó prestando sus servicios como docente hasta el 31 de diciembre de 2014, momento en el cual se retiró definitivamente.
3. La base de liquidación con la cual fue reconocida la prestación incluyó sólo la asignación básica, la prima de navidad, la prima de vacaciones, sobresueldo nacional, sobresueldo doble jornada y la bonificación mensual, pero omitió el sobresueldo por doble jornada (20%) y la prima de servicios según Decreto nº 1545 de 2013, percibidos por la actividad docente desarrollada durante el último año de servicios anterior al retiro definitivo.
4. La entidad llamada a restablecer el derecho es la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: Ley 33 de 1985: artículo 1; Ley 62 de 1985; Ley 91 de 1989: artículo 15 y Decreto 1045 de 1978.

Explicó que de conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 que estableció el régimen prestacional de los docentes, el régimen pensional de éstos depende de la fecha de su vinculación. Así, si aquella fue anterior a la entrada en vigencia de la ley referida (27 de junio de 2003), como en el presente caso, el régimen corresponderá al previsto en la Ley 91 de 1989; pero si se dio de manera posterior, la normativa aplicable será la Ley 100 de 1993.

Indicó que para la liquidación de la pensión de jubilación debe acudirse a la Ley 33 de 1985, la cual si bien no estableció de manera taxativa los factores salariales que debían incluirse, lo cierto es que tal circunstancia no es un impedimento para tener en cuenta todo lo devengado por el trabajador en el último año de servicios, tal como lo ha entendido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Adujo que el acto demandado desconoce la previsión hecha por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que remitió al Decreto 1045 de 1978, con base en el cual, la liquidación de la pensión debe incluir la totalidad de los factores devengados por el empleado.

Acotó que en el evento de no haberse realizado los respectivos aportes a pensión por concepto de los factores a incluir, la entidad debe disponer los descuentos correspondientes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG no contestó la demanda (documento n° 05 del expediente digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 5 de febrero de 2020, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (documento n° 09 del expediente digital), a través de la cual negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Explicó que para los docentes vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, el régimen pensional es el previsto en la Ley 91 de 1989, que remitió a la Ley 33 de 1985.

Indicó que el Consejo de Estado profirió sentencia de unificación el 25 de abril de 2019 (radicado: 2015-00569-01), con base en la cual sólo procede la inclusión de aquellos factores salariales enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, sobre los que se hubiere cotizado.

De conformidad con lo anterior, consideró la Juez *a quo* que no le asistía razón a la parte demandante de solicitar la reliquidación de su pensión de jubilación, pues los factores cuya inclusión se pretende no se encuentran enlistados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

Finalmente sostuvo que se abstendría de condenar en costas, teniendo en cuenta la variación de la postura jurisprudencial sobre la materia.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante en el documento nº 10 del expediente digital, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando que se acceda a incluir el sobresueldo adicional por doble jornada (20%).

Manifestó que en providencias de tutela el Consejo de Estado ha protegido los derechos fundamentales de los demandantes frente a sentencias que han negado la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional en la liquidación de la pensión de jubilación.

Indicó que conforme a la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, el sobresueldo adicional por doble jornada (20%) debe incluirse en la liquidación pensional por tratarse de un factor que se devengó en el año anterior al status.

Precisó que no puede ser una carga para el servidor verificar que la entidad empleadora haga la cotización de aportes para pensión, por lo que no puede privársele del derecho al reconocimiento pensional con todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios previo a la adquisición del status pensional, pues se premiaría al empleador por su omisión.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (documento nº 16 del expediente digital)

Intervino en esta etapa procesal para ratificarse en los fundamentos de hecho y de derecho formulados en el recurso de apelación interpuesto.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG

Guardó silencio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 31 de julio de 2020 (documento nº 01 del expediente digital), y allegado el 17 de septiembre del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (documento nº 13, ibídem).

Admisión y alegatos. Por auto del 21 de septiembre de 2020 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia (documento nº 13 del expediente digital). Sólo la parte actora alegó de conclusión (documento nº 16, ibídem). El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 18 de noviembre de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (documento nº 17 del expediente digital), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar los siguientes cuestionamientos:

- *¿Es procedente para el caso concreto reliquidar la pensión de jubilación del señor Francisco Edgar Loaiza Arias, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior al retiro definitivo de la docencia?*
- *En caso afirmativo, ¿cuál es la entidad encargada de asumir la reliquidación de la pensión de jubilación de la accionante?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** régimen pensional aplicable; **iii)** ingreso base de liquidación y factores salariales a incluir en la pensión de jubilación de docentes; **iv)** aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes; y **v)** reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante.

Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. Por Resolución nº 0293 del 11 de diciembre de 2006 (páginas 3 a 5 del documento nº 03 del expediente digital), la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante, efectiva a partir del 28 de febrero de 2006.

Para la liquidación de la prestación se aplicó el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio anterior a la consolidación del status pensional, incluyendo además del sueldo, el sobresueldo, la prima de vacaciones y la prima de navidad.

2. Con Resolución nº 648 del 24 de septiembre de 2018 (páginas 1 y 2 del documento nº 03 del expediente digital), la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reliquidó la pensión de jubilación reconocida a la parte accionante por retiro definitivo, a partir del 31 de diciembre de 2014.

Para la reliquidación de la prestación se aplicó el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio, incluyendo además del sueldo, el sobresueldo nacional, el sobresueldo doble y triple jornada, la prima de navidad, la prima de vacaciones y la bonificación por servicios.

3. Conforme a la Resolución nº 0293 del 11 de diciembre de 2006 (páginas 3 a 5 del documento nº 03 del expediente digital), el señor Francisco Edgar Loaiza Arias nació el 28 de febrero de 1951 y adquirió su status pensional el 28 de febrero de 2001.

4. Según Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios del FOMAG n° 12265 del 28 de diciembre de 2017 (páginas 6 y 7 del documento n° 03 del expediente digital), entre el período comprendido entre el 1° de enero de 2013 y el 31 de diciembre de 2014, la parte demandante devengó además de la asignación básica mensual, asignación adicional doble jornada (25%), asignación adicional rector (30%), prima de navidad, prima de vacaciones, asignación adicional doble jornada (20%), bonificación mensual y prima de servicios.

Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003³, que reguló dos eventos:

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

El Acto Legislativo n° 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el parágrafo transitorio 1°, lo siguiente:

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de

³ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

Prestaciones Sociales del Magisterio”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

ARTÍCULO 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:*

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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

2. Pensiones:

(...)

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

(...) (Negrillas fuera de texto)

Para el caso concreto, de conformidad con lo manifestado en la parte motiva de la Resolución nº 0293 del 11 de diciembre de 2006 (páginas 3 a 5 del documento nº 03 del expediente digital), el señor Francisco Edgar Loaiza Arias prestó sus servicios en el ramo de la educación por más de 20 años, esto es, con anterioridad a la Ley 812 de 2003. En ese orden de ideas, le es aplicable en materia pensional el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

Así lo precisó igualmente el Consejo de Estado en reciente sentencia de

unificación del 25 de abril de 2019⁴, en la que indicó que *“El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados⁵, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁶”*.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso: *“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”*.

Ingreso base de liquidación pensional y factores salariales a reconocer

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

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación y a la manera de establecerlo, debe precisarse que a la parte demandante no le es aplicable la Ley 100 de 1993 ni el régimen de transición previsto en dicha normativa en razón de la fecha de su vinculación al servicio docente y, por ende, no le es predicable la regla⁷ y primera subregla⁸ establecidas en la

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Radicado número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-2017).

⁵ Cita de cita: Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

⁶ Cita de cita: “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

⁷ De conformidad con la sentencia de unificación, la regla es la siguiente: *“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”* (negrilla es del texto).

⁸ Atendiendo lo indicado en la sentencia de unificación, la primera subregla es la siguiente:

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

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

sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018⁹, relacionadas con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

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

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

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

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

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

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

⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 28 de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ).

de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

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

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

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

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

Para el caso que convoca la atención de esta Sala, se observa que al señor Francisco Edgar Loaiza Arias le reliquidaron su pensión de jubilación por retiro definitivo y en la liquidación de la prestación se incluyeron el sobresueldo nacional, el sobresueldo doble y triple jornada, la prima de navidad, la prima de vacaciones y la bonificación por servicios.

En la demanda promovida, la parte actora reprocha que se hubiera omitido incluir el sobresueldo adicional por doble jornada (20%) y la prima de servicios, pues también fueron devengados en el último año de servicio.

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

prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En ese orden de ideas, la parte demandante no tiene derecho a la reliquidación que reclama, pues no pueden tomarse como factores salariales el sobresueldo adicional por doble jornada (20%) y la prima de servicios, dado que éstos no constituyen base de liquidación de los aportes.

En relación con la prima de servicios, debe indicarse que el Decreto 1545 de 2013 que la creó para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, estableció que aquella constituiría factor salarial desde el momento de su causación, únicamente para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas: vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad.

Aclara el Tribunal que no obstante que la Resolución nº 648 del 24 de septiembre de 2018 tuvo en cuenta el sobresueldo nacional, el sobresueldo doble y triple jornada, la prima de navidad y la prima de vacaciones para reliquidar la pensión de jubilación de la parte demandante –factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985–, dicho acto no puede modificarse en ese aspecto, pues las pretensiones de la demanda versan sólo respecto de la inclusión del sobresueldo por doble jornada (20%) y la prima de servicios como factores adicionales.

Llegar a una conclusión diferente implicaría, como lo sostuvo el Consejo de Estado¹⁰, no sólo desbordar el objeto del litigio fijado sino que afectaría principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que su pensión de jubilación se reliquide en los términos por ella solicitados, esto es, incluyendo el sobresueldo adicional por doble jornada (20%) y la prima de servicios como factores salariales devengados en el año anterior al retiro definitivo del servicio.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia.

¹⁰ Así lo precisó en la sentencia de unificación del 29 del 25 de abril de 2019 ya citada.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este Tribunal considera que en el presente asunto no debe condenarse en costas, pues la demanda fue interpuesta conforme a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado para dicha época.

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

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del cinco (5) de febrero de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Francisco Edgar Loaiza Arias contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

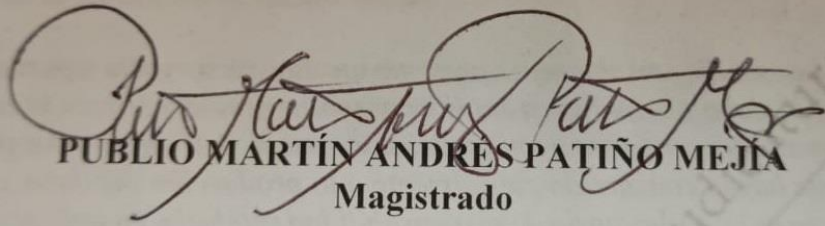
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

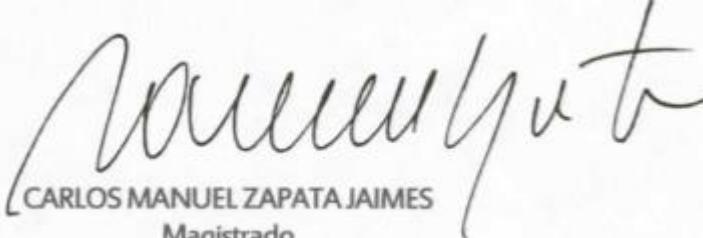
Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 25
FECHA: 15 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 028

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-007-2016-00084-02
Demandante:	Raúl Gómez Gómez
Demandado:	Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 005 del 12 de febrero de 2021

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del veintiséis (26) de junio de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió a las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Raúl Gómez Gómez contra la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES².

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 11 de marzo de 2016 (fls. 3 a 9, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución n° 4661 del 24 de noviembre de 2011, expedida por el Instituto de Seguros Sociales – ISS

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, COLPENSIONES.

liquidado³, con la cual reconoció pensión de jubilación a la parte demandante sin incluir en la liquidación todos los factores salariales indicados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y la bonificación por servicios.

2. Que se declare la nulidad de las Resoluciones nº GNR 302690 del 14 de noviembre de 2013 y nº VPB 17544673 (sic) del 26 de febrero de 2015, proferidas por COLPENSIONES y con las cuales resolvió desfavorablemente, en su orden, los recursos de reposición y de apelación interpuestos contra el acto de reconocimiento.
3. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada reliquidar la pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales contemplados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, esto es, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones y bonificación por servicios, devengados por la parte accionante en el último año de servicios, comprendido entre el 1º de julio de 1999 y el 30 de junio de 2000.
4. Que se ordene a la entidad demandada indexar las sumas reconocidas desde el 23 de marzo de 2010 y en adelante mientras subsista el derecho a la pensión.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente (fls. 4 y 5, C.1):

1. Por Resolución nº 4661 del 24 de noviembre de 2011, el ISS reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor del señor Raúl Gómez Gómez conforme a la Ley 33 de 1985, esto es, inferior al equivalente al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicio, fijando la cuantía en \$535.600.
2. La renuncia de la parte actora fue aceptada a partir del 1º de julio de 2000, lo que significa que el último año de servicio está comprendido entre el 1º de julio de 1999 y el 30 de junio de 2000.
3. La liquidación de la pensión de jubilación se realizó sobre un ingreso base de \$856.537, al cual se le aplicó sin más el 75%, arrojando una mesada de \$535.600, que realmente debió ser de \$642.402,75.

³ En adelante, ISS.

4. Para la liquidación no se tuvieron en cuenta los factores salariales contemplados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, concretamente la prima de navidad, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios y la prima de vacaciones.
5. Conforme al acto de reconocimiento pensional, la mesada se incluiría en nómina a partir de enero de 2012, cancelada en febrero del mismo año.
6. Contra el anterior acto administrativo, la parte actora interpuso los recursos de ley, para que se incluyeran todos los factores que constituyen salario, en especial los indicados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y la bonificación por actividad judicial.
7. Con Resoluciones nº GNR 302690 del 14 de noviembre de 2013 y nº VPB 17544 del 26 de febrero de 2015, COLPENSIONES resolvió desfavorablemente los recursos de reposición y de apelación interpuestos contra la Resolución nº 4661 del 24 de noviembre de 2011, confirmándola en todas sus partes.
8. La mesada que recibe la parte actora debe ser reajustada al salario real y adicionada con los factores salariales reclamados.
9. El Decreto 3900 del 7 de octubre de 2008 estableció expresamente que la prima de vacaciones constituiría factor salarial para determinar el ingreso base de cotización del Sistema General de Pensiones.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante invocó como vulneradas las siguientes disposiciones: Constitución Política: artículos 2, 13, 46 y 53; y Decreto 1045 de 1978: artículo 45.

Manifestó que han sido muchos los pronunciamientos del Consejo de Estado, del Tribunal Administrativo de Caldas y de los Juzgados Administrativos, en los que se ha accedido al reconocimiento de todos los factores salariales devengados, conforme al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Anotó que si la parte actora tiene derecho a que su pensión se reconozca en los lineamientos previstos por la Ley 33 de 1985, también le asiste derecho a que para fijar el monto de la prestación se incluyan todos los factores que constituyen salario y no solo la asignación básica.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actuando debidamente representada y dentro del término otorgado para tal efecto, COLPENSIONES contestó la demanda a través de escrito que obra de folios 59 a 64 del cuaderno principal, para oponerse a la prosperidad de las pretensiones de la misma, con fundamento en las excepciones que denominó: ***“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”***, en tanto los actos atacados fueron proferidos con base en la normativa aplicable, esto es, conforme a la Ley 33 de 1985 por tratarse de régimen de transición, teniendo en cuenta los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994; ***“EXCEPCIÓN DE BUENA FE”***, como quiera que al negar la reliquidación pensional, la entidad obró bajo el convencimiento de hacerlo conforme a la ley; ***“IMPOSIBILIDAD JURIDICA (sic) PARA CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES PRETENDIDAS”***, pues COLPENSIONES no puede reconocer derechos y prerrogativas por mera liberalidad; ***“(…) INNOMINADA”***, frente a todo hecho a favor de la entidad que constituya una excepción frente a las pretensiones; y ***“PRESCRIPCIÓN”***, en los términos de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código de Procedimiento Laboral.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 26 de junio de 2018 el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en primera instancia (fls. 85 a 88, C.1), a través de la cual: **i)** declaró no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada; **ii)** declaró la nulidad de los actos atacados; **iii)** en consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, ordenó a COLPENSIONES reliquidar y pagar la pensión de jubilación de la parte actora tomando el 75% del promedio de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio (prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y bonificación por servicios), sin perjuicio del descuento por aportes que deba realizar la entidad frente a los factores sobre los que no se cotizó. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Analizó el régimen pensional aplicable a la parte demandante y estableció que ésta se encontraba cobijada por el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que le asistía derecho a que su pensión de jubilación fuera reconocida con base en la norma que regía con anterioridad, esto es, la Ley 33 de 1985.

En punto a los factores a incluir en la base de liquidación pensional, el Juez de primera instancia indicó que se apartaría de las sentencias SU-230 de 2015

y C-258 de 2013, y que acogería la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, reiterada en otros pronunciamientos de la misma Alta Corporación, con base en los cuales deben tenerse en cuenta todos los factores devengados en el último año de servicio.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 90 a 101 del cuaderno principal, la parte accionada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, manifestando que los actos demandados no son violatorios de ninguna norma del ordenamiento jurídico, pues guardan consonancia con las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia SU-230 de 2015, que constituyen precedente obligatorio, de conformidad con el artículo 10 del CPACA.

En ese sentido, sostuvo que el IBL no es un aspecto del régimen de transición y, por tanto, deben aplicarse las reglas establecidas en la Ley 100 de 1993 para determinar el monto de la pensión, con independencia del régimen especial al que se pertenezca, e incluyendo los factores taxativos del Decreto 1158 de 1994.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante

Guardó silencio.

Parte demandada (fls. 11 a 20, C.2)

Reiteró los planteamientos hechos en su recurso de apelación; al tiempo que señaló que el Consejo de Estado dictó sentencia de unificación el 28 de agosto de 2018, en la cual establece expresamente que el IBL no hace parte del régimen de transición e indicó que los factores salariales a incluir son sólo aquellos sobre los que se hubieren efectuado aportes.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el asunto de la referencia.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 11 de diciembre de 2018, y allegado el 21 de enero de 2019 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 3, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 26 de febrero de 2019 se admitió el recurso de apelación (fl. 4, C.2); posteriormente se corrió traslado para alegatos (fl. 8, ibídem), derecho del cual hizo uso sólo la parte accionada (fls. 11 a 20, C.2). El Ministerio Público no intervino en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 18 de junio de 2019 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 22, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar la siguiente cuestión:

¿Le asiste derecho al señor Raúl Gómez Gómez, a que su pensión de jubilación se reliquide con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados por aquel en el último año de servicio?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** régimen pensional aplicable a la parte actora; **iii)** elementos del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; **iv)** aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los elementos del régimen de transición al caso concreto; y **v)** factores salariales a incluir en la liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante.

1. Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. El señor Raúl Gómez Gómez nació el 23 de marzo de 1955 (fl. 30, C.1).

2. De conformidad con el certificado expedido el 27 de agosto de 2015 por la ESE Hospital Geriátrico San Isidro (fls. 28 y 29, C.1), la parte accionante prestó sus servicios en dicha institución como auxiliar administrativo desde el 6 de junio de 1980 hasta el 30 de agosto de 2000.
3. El 5 de abril de 2010, la parte demandante solicitó ante el ISS el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación (fl. 12, C.1).
4. Por Resolución nº 4661 del 24 de noviembre de 2011 (fls. 12 a 15, C.1), el ISS reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante, en cuantía de \$535.600, efectiva a partir del 31 de diciembre de 2011.

El reconocimiento pensional se hizo conforme a la Ley 33 de 1985 en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Se aplicó entonces el 75% del ingreso base de liquidación del promedio de cotizaciones de los últimos 10 años.

5. Contra la anterior decisión, la parte accionante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación.
6. Mediante Resolución nº GNR 302690 del 14 de noviembre de 2013 (fls. 17 a 22, C.1), COLPENSIONES resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto, indicando que conforme a jurisprudencia de la Corte Constitucional, el IBL no hace parte del régimen de transición y, en tal sentido, no procede acudir al salario promedio del último año de servicio.
7. Por Resolución nº VPB 17544 del 26 de febrero de 2015 (fls. 24 a 26, C.1), COLPENSIONES desató el recurso de apelación, confirmando en todas sus partes el acto recurrido.
8. En certificado obrante a folios 28 y 29 del expediente, se encuentra consignado lo devengado por el señor Raúl Gómez Gómez en su último año de servicio, comprendido entre el 30 de agosto de 1999 y el 30 de agosto de 2000.

2. Régimen pensional aplicable

La Ley 100 de 1993⁴ en su artículo 11, modificado por el artículo 1º de la Ley 797 de 2003, determinó su campo de aplicación, conservando en todo caso los derechos adquiridos conforme a disposiciones anteriores.

⁴ Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones.

De acuerdo con el artículo 2 del Decreto 691 de 1994, el Sistema General de Pensiones previsto por la Ley 100 de 1993 entró a regir el 1º de abril de 1994 para los servidores públicos del orden nacional incorporados mediante el artículo 1º de dicho Decreto. Respecto de los servidores públicos departamentales, municipales y distritales, y de sus entidades descentralizadas, se estableció como entrada en vigencia, “(...) a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha en que así lo determine el respectivo Gobernador o Alcalde.”

Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagró el régimen de transición como una especial protección de quienes se encontraran próximos a obtener la pensión de jubilación⁵, atendiendo lo expresado por el Consejo de Estado⁶ y por la Corte Constitucional⁷, en cuanto a que los tránsitos legislativos debían ser razonables y proporcionales⁸.

El artículo 48 de la Carta Política, adicionado por el Acto Legislativo nº 01 de 2005, en relación con el régimen de transición, dispuso en el párrafo transitorio 4, lo siguiente:

PARÁGRAFO TRANSITORIO 4o. *El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.*

⁵ “**Artículo 36. Régimen de Transición.** La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley. (...)”.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero. Sentencia del 13 de marzo de 2003. Radicación: 17001-23-31-000-1999-0627-01(4526-01).

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-789 de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

⁸ En efecto, la citada norma dispuso: “**Artículo 36. Régimen de Transición.** La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. // La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley. (...)”.

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen.

Atendiendo lo expuesto, y descendiendo al caso concreto se encuentra acreditado que: **i)** al 25 de julio de 2005, fecha en la que entró a regir el Acto Legislativo nº 01 de 2005, la parte accionante había cumplido un total de 25 años y 19 días, esto es, más del equivalente en tiempo de servicio a 750 semanas cotizadas (14.42 años); y **ii)** al 30 de junio de 1995⁹, la parte demandante contaba con 40 años de edad y 15 años y 25 días de servicio, cumpliendo así los dos requisitos posibles previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para acceder al régimen de transición.

Lo anterior significa que la parte accionante cumple los presupuestos fácticos del citado artículo 36 y por lo tanto le son aplicables las disposiciones que hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 gobernaron el régimen pensional con las correspondientes condiciones relativas a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión.

Para la Sala es claro, tal como lo ha precisado el Consejo de Estado¹⁰, que la norma que regía al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 era la Ley 33 de 1985, que reguló de manera general y ordinaria el derecho pensional de todos los empleados del sector oficial y que, en tal sentido, debe ser aplicada en su integridad a la parte demandante, toda vez que ésta se encuentra amparada, se itera, por el multicitado régimen de transición.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso: *“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”.*

3. Elementos del régimen de transición

Con ocasión de la sentencia SU-230 de 2015 emanada de la Corte

⁹ Fecha a partir de la cual entró a regir el Sistema General de Pensiones, tratándose de servidores públicos territoriales.

¹⁰ Así lo ha precisado el Consejo de Estado: *“Para quienes a la fecha de vigencia de la ley 100 de 1993 no tenían su situación jurídica consolidada, en la forma indicada (régimen de transición), el régimen aplicable es el contenido en las leyes 33 de 1985 y 71 de 1988”.* Lo mismo para los jubilados que *“hubieren definido su situación jurídica en departamentos y municipios en donde no se expidieron disposiciones sobre esta materia”.* (Rad. 827/96). (Subrayado fuera del texto).

Constitucional, se generó una amplia discusión no sólo sobre la procedencia de incluir el ingreso base de liquidación como parte de los aspectos que por el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 deben ser respetados y reconocidos conforme a la legislación anterior aplicable, sino también acerca de los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta en la respectiva liquidación, esto es, si deben ser solamente aquellos en relación con los cuales se hubieren hecho los correspondientes aportes.

En efecto, en varios pronunciamientos, el Consejo de Estado reiteró que, de un lado, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contempla como elementos constitutivos del régimen de transición la edad, el tiempo de servicio y el monto, entendiendo que este último comprende no sólo el IBL del último año de servicios sino también el porcentaje asignado por la ley; y, de otra parte, la única excepción a lo que debe entenderse por monto aplica para las pensiones de los congresistas y asimilados, en virtud de la cosa juzgada constitucional con ocasión de la sentencia C-258 de 2013.

En sentencia SU-395 de 2017¹¹, la Corte Constitucional nuevamente insiste en que el régimen de transición contemplado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, abarca edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, entendiendo por este último la tasa de reemplazo, es decir, el porcentaje correspondiente y no el ingreso base de liquidación, el cual debe ser promediado, para todos los efectos, con la base del régimen general; y que sólo pueden incluirse los factores de liquidación de la pensión sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.

Posteriormente, el Consejo de Estado profirió sentencia de unificación el 28 de agosto de 2018¹², en la que precisó lo siguiente:

1. El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985.

2. Para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

¹¹ Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado Ponente: Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sentencia SU-395 del 22 de junio de 2017.

¹² Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 28 de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ).

- *Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*
- *Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

3. Los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Ante los reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional en relación con la manera como deben liquidarse las pensiones de jubilación reconocidas por el régimen de transición contemplado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y teniendo en cuenta el cambio de jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia, esta Corporación ha decidido, en aras de procurar el respeto de los principios de seguridad jurídica y de sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, modificar la posición que venía adoptando en estos temas de reliquidación pensional, para en su lugar acogerse a la postura planteada por el Máximo Tribunal Constitucional y por el Consejo de Estado en la actualidad, tal como lo ha hecho ya en varias sentencias desde el año 2018.

4. Aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los elementos del régimen de transición al caso concreto

En la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 ya citada, el Consejo de Estado precisó los efectos de la decisión con la cual se fijaron las reglas jurisprudenciales en materia de aplicación del régimen de transición. Indicó que el nuevo criterio señalado se aplicaría en forma retrospectiva, esto es, a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias, salvo aquellos en los que hubiere operado la cosa juzgada, que en virtud del principio de seguridad jurídica resultarían inmodificables.

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

5. Factores salariales a incluir en la liquidación pensional de la parte demandante

Dado que en el presente asunto la parte actora discute que para la liquidación de su pensión de jubilación no se incluyeron la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicio, esta Sala de Decisión limitará su estudio a dicho aspecto.

Conforme al precedente constitucional desarrollado con amplitud en la sentencia SU-395 de 2017 y el precedente vertical obligatorio de la sentencia emanada del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, los únicos factores que pueden incluirse para determinar el IBL son aquellos devengados durante el tiempo de liquidación que corresponda y que sirvieron de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones conforme al Decreto 1158 de 1994.

Analizados los actos atacados se observa que para la liquidación de la pensión de jubilación reconocida a la parte demandante, COLPENSIONES no hizo especificación alguna al respecto sino que se limitó a afirmar que aplicaría lo señalado en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, el 75% del IBL del promedio de cotizaciones de los últimos 10 años.

En ese orden de ideas, según el criterio jurisprudencial antes expuesto, los factores que hubiere percibido el señor Raúl Gómez Gómez, no sólo durante el último año de servicio sino por el tiempo que le hacía falta para adquirir su derecho pensional, y que no se encontraran contemplados por el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, que subrogó el artículo 6º del Decreto 691 de 1994¹³, no podían ser incluidos en la respectiva liquidación pensional.

Conviene precisar que la parte actora no hizo esfuerzo probatorio alguno por acreditar que durante los últimos 10 años de servicio devengó alguno de

¹³ La citada norma es del siguiente tenor:

ARTICULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización".

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) La bonificación por servicios prestados;

los factores enlistados en el Decreto 1158 de 1994, y que éstos no fueron tenidos en cuenta por la entidad accionada en la liquidación pensional.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte actora no le asiste derecho a la reliquidación pensional que reclama, en tanto la liquidación de las pensiones de jubilación sujetas a régimen de transición se efectúa conforme a la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta sólo los factores contemplados en el Decreto 1158 de 1994 sobre los cuales se hubiere cotizado.

En ese sentido, se revocará la sentencia dictada en primera instancia, para en su lugar, declarar probada la excepción propuesta por COLPENSIONES y que denominó *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”* y, en su lugar, negar las súplicas de la demanda.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este Tribunal considera que en el presente asunto no debe condenarse en costas, pues la demanda fue interpuesta conforme a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado para dicha época.

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

FALLA

Primero. REVÓCASE la sentencia del veintiséis (26) de junio de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Raúl Gómez Gómez contra la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

En su lugar,

Segundo. DECLÁRASE fundada la excepción propuesta por COLPENSIONES dentro del proceso de la referencia, y que denominó *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO"*.

Tercero. NIÉGANSE las súplicas de la demanda por las razones expuestas en precedencia.

Cuarto. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

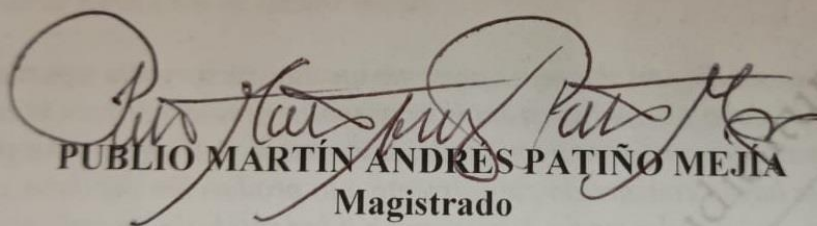
Quinto. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 25

FECHA: 15 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 039

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-007-2018-00110-02
Demandante:	Beatriz Castaño Salazar
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 005 del 12 de febrero de 2021

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Beatriz Castaño Salazar contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²).

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 13 de marzo de 2018 (fls. 4 a 16, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución nº 0623 del 8 de octubre de 2015, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos por la parte demandante en el último año de servicio anterior al cumplimiento del status pensional.
2. Que se declare que a la parte actora le asiste derecho a que le sea reconocida y pagada pensión de invalidez a partir del 26 de junio de 2015, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los doce meses anteriores al momento en que adquirió el status pensional, particularmente la prima de servicios –según Decreto nº 1545 de 2013– y la bonificación mensual –acorde con el Decreto nº 1566 de 2014–.
3. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reliquidar y pagar la pensión de invalidez de la demandante, de la manera descrita anteriormente.
4. Que se ordene a la accionada que sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de ley para cada año, como lo ordena la Constitución y la ley.
5. Que se ordene a la entidad demandada realizar el respectivo pago de las mesadas atrasadas desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en nómina; y que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.
6. Que se condene a la parte accionada a reconocer y pagar los ajustes de valor a que hubiere lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales ordenadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo y demás emolumentos, conforme al inciso final del artículo 187 del CPACA.
7. Que se ordene a la entidad demandada a reconocer y pagar intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y hasta cuando se cumpla la totalidad de la condena, como lo dispone el inciso 3º del artículo 192 del CPACA.
8. Que se condene en costas a la parte accionada.
9. Que de las sumas que resultaren a favor de la demandante, se

descuento lo cancelado en virtud de la resolución que reconoció el derecho a la pensión de invalidez.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. La señora Beatriz Castaño Salazar laboró al servicio de la docencia oficial y cumplió los requisitos establecidos en la ley para el reconocimiento de una pensión de invalidez.
2. A la parte actora le fue reconocida pensión de jubilación a partir del 12 de octubre de 2004, mediante Resolución nº 01043 del 3 de diciembre de 2004.
3. Con Resolución nº 0753 del 21 de diciembre de 2012, se dio cumplimiento a sentencia que ordenó reajustar la pensión de jubilación incluyendo factores que no habían sido tenidos en cuenta.
4. Mediante Resolución nº 0623 del 8 de octubre de 2015, le fue suspendida a la parte actora la pensión de jubilación, y se le reconoció pensión de invalidez por principio de favorabilidad a partir del 26 de junio de 2015 (sic), momento en el que se da su retiro definitivo del servicio.
5. La base de liquidación pensional incluyó sólo la asignación básica, la prima de navidad y la prima de vacaciones, y omitió tener en cuenta la prima de servicios y la bonificación mensual, percibidas por la actividad docente desarrollada durante el último año de servicios anterior a la adquisición del status pensional.
6. La entidad llamada a restablecer el derecho es la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estimó como violadas las siguientes disposiciones: Ley 33 de 1985: artículo 1; Ley 62 de 1985; Ley 91 de 1989: artículo 15 y Decreto 1045 de 1978.

Explicó que de conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 que estableció el régimen prestacional de los docentes, el régimen pensional de

éstos depende de la fecha de su vinculación. Así, si aquella fue anterior a la entrada en vigencia de la ley referida (27 de junio de 2003), como en el presente caso, el régimen corresponderá al previsto en la Ley 91 de 1989; pero si se dio de manera posterior, la normativa aplicable será la Ley 100 de 1993.

Indicó que para la liquidación de la pensión de invalidez debe acudir a la Ley 33 de 1985, la cual si bien no estableció de manera taxativa los factores salariales que debían incluirse, lo cierto es que tal circunstancia no es un impedimento para tener en cuenta todo lo devengado por el trabajador en el último año de servicio anterior a la adquisición del status pensional, tal como lo ha entendido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Adujo que el acto demandado desconoce la previsión hecha por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que remitió al Decreto 1045 de 1978, con base en el cual, la liquidación de la pensión debe incluir la totalidad de los factores devengados por el empleado.

Acotó que en el evento de no haberse realizado los respectivos aportes a pensión por concepto de los factores a incluir, la entidad debe disponer los descuentos correspondientes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término otorgado, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG contestó la demanda (fls. 38 a 51, C.1), para oponerse a las pretensiones de la misma, aduciendo que no tiene obligación alguna de incluir factores salariales distintos a los cotizados para obtener la pensión de jubilación, pues ello comportaría el desconocimiento de la normativa vigente aplicable al reconocimiento y pago de pensiones para educadores.

Manifestó que, en todo caso, el derecho a devolución de aportes se encontraría prescrito, por haber transcurrido más de tres años desde que se hizo exigible la obligación hasta cuando se interpuso la demanda.

Propuso las excepciones que denominó: ***“INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL”***, alegando que la entidad no ostenta potestad nominadora ni administra el personal docente y administrativo de los planteles educativos y, por tanto, no expide actos de reconocimiento de prestaciones sociales, lo cual es función de las secretarías de educación de cada entidad territorial; ***“INEXISTENCIA DEL DEMANDADO –FALTA DE RELACIÓN CON EL***

RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA. FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO", con fundamento en que no existe relación de causalidad o vínculo entre la Nación – Ministerio de Educación Nacional y el derecho solicitado por el docente; **"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA"**, teniendo en cuenta que la obligación que se pretende es ilegal y desconoce lo previsto por el Decreto 3752 de 2003; **"PRESCRIPCIÓN"** sobre aquellos derechos económicos reclamados que superen el lapso de tres años desde que la obligación se hizo exigible hasta la presentación de la demanda; **"BUENA FE"** con la que ha actuado la demandada, siempre con estricto apego a la ley aplicable; y **"GENÉRICA"**, en el evento que en el curso del proceso se hallare como probada cualquier otra excepción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 11 de julio de 2019, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia (fls. 71 a 75, C.1), a través de la cual negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas a la demandada. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Explicó que dada la fecha de vinculación de la parte actora, el régimen pensional aplicable era la Ley 91 de 1989, que remitió al régimen general de prestaciones sociales del sector público, esto es, a la Ley 33 de 1985.

En cuanto a los factores salariales, indicó que acogería la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019 (radicado: 2015-00569-01), con base en la cual sólo procede la inclusión de aquellos enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, sobre los que se hubiere cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

De conformidad con lo anterior, consideró la Juez *a quo* que no le asistía razón a la parte demandante de solicitar la reliquidación de su pensión de invalidez, pues los factores reclamados se encuentran por fuera de los establecidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 y además no se aportó prueba que indique que sobre dichos factores se hubiesen efectuado cotizaciones y que pese a ello no fueron incluidos en la respectiva liquidación.

Precisó que aunque la bonificación mensual constituye factor salarial, lo cierto es que sobre la misma no se realizan descuentos para pensión, pues no se encuentra enlista en la Ley 62 de 1985.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 84 a 87 del cuaderno principal, la parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, solicitando que se acceda a incluir la bonificación mensual como factor salarial.

Manifestó que en providencias de tutela el Consejo de Estado ha protegido los derechos fundamentales de los demandantes frente a sentencias que han negado la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional en la liquidación de la pensión de jubilación.

Indicó que conforme a la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la bonificación mensual de que trata el Decreto 1566 de 2014 debe incluirse en la liquidación pensional por tratarse de un factor sobre el cual se efectuaron aportes.

Acotó que no puede imponérsele al servidor verificar que la entidad empleadora haga la cotización de aportes que corresponde, privando al trabajador de obtener una pensión con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios previo a la adquisición del status pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante (fl. 24, C.2)

Intervino en esta etapa procesal para ratificarse en los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en el recurso de apelación.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG (fls. 26 y 27)

Manifestó que al caso concreto son aplicables las Leyes 33 y 62 de 1985, que previeron expresamente los factores salariales a incluir en la liquidación pensional, y que no pueden adicionarse como lo pretende la parte actora, so pena de desconocer los principios constitucionales de sostenibilidad financiera y solidaridad.

Aclaró que de conformidad con la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, los factores a incluir en las pensiones de los docentes son aquellos previstos en la Ley 33 de 1985 y sobre los que se hubiere realizado el aporte o cotización.

Adujo entonces que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 22 de octubre de 2019, y allegado el 27 de enero de 2020 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (fl. 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 27 de enero de 2020 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia (fl. 20, C.2). Ambas partes alegaron de conclusión (fls. 24 y 26 a 27, ibídem). El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 10 de marzo de 2020 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (fl. 33, C.2), la que se dicta en seguida, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

El asunto jurídico a resolver en el sub examine se centra en dilucidar los siguientes cuestionamientos:

- *¿Es procedente para el caso concreto reliquidar la pensión de invalidez de la señora Beatriz Castaño Salazar, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios?*
- *En caso afirmativo, ¿cuál es la entidad encargada de asumir la reliquidación de la pensión de invalidez de la accionante?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** régimen pensional aplicable; **iii)** ingreso base de liquidación y factores salariales a incluir en la pensión de jubilación de docentes; **iv)** aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes; **v)** reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez de la parte demandante; y **vi)** entidad responsable de asumir la reliquidación pensional y determinación de responsabilidad por aportes del empleador.

Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. Por Resolución nº 01043 del 3 de diciembre de 2004 (fl. 20, C.1), la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció pensión de jubilación a favor de la parte accionante, efectiva a partir del 13 de octubre de 2004.

Para la liquidación de la prestación se aplicó el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio anterior a la consolidación del status pensional, incluyendo únicamente la asignación mensual.

2. Conforme a la Resolución nº 01043 del 3 de diciembre de 2004 (fl. 20, C.1) y al Formato Único para la Expedición de Historia Laboral del FOMAG nº 417 del 28 de diciembre de 2017 (fl. 26, ibídem), la señora Beatriz Castaño Salazar nació el 12 de octubre de 1949, laboró como docente desde el 2 de agosto de 1972, y adquirió su status pensional el 12 de octubre de 2004.

3. Mediante Resolución nº 0753 del 21 de diciembre de 2012 (fls. 21 y 22, C.1), la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reajustó la pensión de jubilación de la parte actora en cumplimiento de fallo judicial que ordenó incluir en la liquidación de la prestación la prima de navidad y la prima de vacaciones.
4. Por Resolución nº 225 del 27 de enero de 2015 (fl. 24, C.1), la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales retiró del servicio a la parte actora por pérdida de capacidad laboral, a partir del 27 de enero de 2015.
5. Con Resolución nº 0623 del 8 de octubre de 2015 (fls. 17 a 19, C.1), la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, suspendió la pensión de jubilación reconocida a la parte accionante y le reconoció pensión de invalidez por favorabilidad, efectiva a partir del 27 de enero de 2015.

Para la liquidación de la prestación se aplicó el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año anterior a la adquisición del status pensional, incluyendo además del sueldo, la prima de vacaciones y la prima de navidad.

6. Según Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios del FOMAG nº 417 del 28 de diciembre de 2017 (fl. 26, C.1), entre el período comprendido entre el 1º de enero de 2014 y el 26 de enero de 2015, la parte demandante devengó además de la asignación básica mensual, bonificación mensual, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones.

Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003³, que reguló dos eventos:

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.

³ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

El Acto Legislativo n° 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el párrafo transitorio 1º, lo siguiente:

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

ARTÍCULO 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:*

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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

2. Pensiones:

(...)

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

(...) (Negrillas fuera de texto)

Para el caso concreto, de conformidad con lo manifestado en el Formato Único para la Expedición de Historia Laboral del FOMAG n° 417 del 28 de diciembre de 2017 (fl. 26, C.1), la señora Beatriz Castaño Salazar prestó sus servicios en el ramo de la educación **desde el 2 de agosto de 1972**, esto es, con anterioridad a la Ley 812 de 2003. En ese orden de ideas, le es aplicable en materia pensional el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

Así lo precisó igualmente el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación del 25 de abril de 2019⁴, en la que indicó que *“El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados⁵, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁶”*.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso: *“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”*.

Ingreso base de liquidación pensional y factores salariales a reconocer

Como se indicó anteriormente, el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Radicado número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-2017).

⁵ Cita de cita: Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

⁶ Cita de cita: “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

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

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación y a la manera de establecerlo, debe precisarse que a la parte demandante no le es aplicable la Ley 100 de 1993 ni el régimen de transición previsto en dicha normativa en razón de la fecha de su vinculación al servicio docente y, por ende, no le es predicable la regla⁷ y primera subregla⁸ establecidas en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018⁹, relacionadas con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

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

En punto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta en la respectiva liquidación, el Consejo de Estado fijó la siguiente regla en la misma sentencia de unificación referida: *“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que*

⁷ De conformidad con la sentencia de unificación, la regla es la siguiente: *“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”* (negrilla es del texto).

⁸ Atendiendo lo indicado en la sentencia de unificación, la primera subregla es la siguiente:

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

- *Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*
- *Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”*

⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 28 de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ).

se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo”.

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

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

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

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

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

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

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

Para el caso que convoca la atención de esta Sala, se observa que a la señora Beatriz Castaño Salazar le reconocieron pensión de invalidez, incluyendo además de la asignación básica mensual, la prima de navidad y la prima de vacaciones.

En la demanda promovida, la parte actora reprocha que se hubiera omitido incluir la prima de servicios y la bonificación mensual, pues también fueron devengadas en el último año de servicio.

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

En ese orden de ideas, la parte demandante no tiene derecho a la reliquidación que reclama, pues no puede tomarse como factor salarial la prima de servicios, dado que aquella no constituye base de liquidación de los aportes.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 1566 de 2014 que creó una bonificación mensual para los servidores públicos docentes, ésta “*constitu[ye] factor salarial para todos los efectos legales*”, circunstancia que en criterio de este Tribunal permite inferir que a partir de la fecha de su reconocimiento (1º de junio de 2014) y hasta el 31 de diciembre de 2015, siempre que hubiere sido devengada en el último año anterior al status pensional o último año de servicio, debe incluirse en la liquidación pensional de los docentes, así no esté expresamente contemplada en la Ley 62 de 1985.

Situación diferente se predica de la prima de servicios, pues el Decreto 1545 de 2013 que la creó para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, estableció que aquella constituiría factor salarial desde el momento de su causación, únicamente para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas: vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad.

Así pues, la Sala de Decisión encuentra que la reliquidación pensional reclamada procede sólo respecto de la bonificación mensual.

Aclara el Tribunal que no obstante que la Resolución nº 0623 del 8 de octubre de 2015 tuvo en cuenta la prima de navidad y la prima de vacaciones para reliquidar la pensión de invalidez de la parte demandante –factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985–, dicho acto no puede modificarse en ese aspecto, en tanto la nulidad solicitada respecto del mismo fue parcial y sólo en lo que correspondía a la inclusión de la prima de servicios y la bonificación mensual como factores adicionales.

Llegar a una conclusión diferente implicaría, como lo sostuvo el Consejo de Estado¹⁰, no sólo desbordar el objeto del litigio fijado sino que afectaría principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

Entidad u órgano competente para reliquidar la pensión de invalidez de los docentes

El Decreto 2277 de 1979 que es el Estatuto Docente, previó en su artículo 36 entre los derechos de los docentes, el relativo a obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de ley.

El artículo 2 de la Ley 91 de 1989, “*por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, estableció en su numeral 5:

Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado [y de los que se vinculen con posterioridad a su promulgación conforme lo dispone artículo 4º] que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles. (Anotación entre corchetes y negrilla son de la Sala).

Según tal norma no cabe duda alguna que las prestaciones sociales del Magisterio a partir de la promulgación de la Ley 91 de 1989, están a cargo de la Nación, y que su pago se hace por medio del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Este es un fondo independiente, como

¹⁰ Así lo precisó en la sentencia de unificación del 29 del 25 de abril de 2019 ya citada.

también lo es su contabilidad y estadística, carece de personalidad jurídica, y constituye una cuenta de la Nación, como se desprende del artículo 3 de la misma ley mencionada¹¹.

La Ley 962 de 2005, “por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”, estableció en su artículo 56 que:

Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.
(Negrillas fuera de texto).

El Decreto 2831 de 2005 reglamentó los artículos 3 y 7 de la Ley 91 de 1989, así como el citado artículo 56 de la Ley 962 de 2005, estableciendo en el capítulo II el “Trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

Conforme a lo anterior se concluye que el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes corresponde exclusivamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quedando las entidades territoriales a través de sus Secretarías de Educación como meras tramitadoras de las solicitudes en la materia, por lo que en este sentido la responsabilidad recae única y exclusivamente en tal fondo y no en el ente local.

Sobre el tema, el Consejo de Estado en providencia del 5 de marzo de 2015, confirmó una decisión proferida en audiencia inicial por este Tribunal, en la cual se declaró infundada la excepción denominada, “no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”¹².

¹¹ El art. 3 de la Ley 91 de 1989 dispone: “Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional”. (Resalta la Sala).

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Auto del 5 de marzo de 2015. Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00654-01. Se indicó en tal ocasión:

Con fundamento en lo anterior así como en la posición sostenida uniformemente por el Consejo de Estado en su Sección Segunda¹³, esta Corporación reitera el criterio según el cual la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, efectivamente es la entidad legalmente llamada no sólo a pagar las prestaciones sociales de los docentes, entre estas las pensiones de invalidez que los afiliados soliciten a la referida cuenta especial, sino que también le compete hacer el reconocimiento de las mismas.

Prescripción

Respecto al tema de la prescripción de los derechos salariales y prestacionales, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa:

1. *Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y 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 sólo por un lapso igual. (Negrillas fuera de texto)*

Considera la Sala que el fenómeno de la prescripción no se configuró en el asunto bajo examen, toda vez que no transcurrieron más de tres años desde el momento en que se notificó la resolución que reconoció pensión de

De acuerdo con lo regulado por el artículo 61 del Código General del Proceso y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el litisconsorcio se considera necesario cuando tiene la connotación o importancia de impedir que el proceso se adelante si uno de los sujetos que integran la parte activa o pasiva y resulta afectado con la decisión, no está enterado del proceso; entonces, es requisito sine qua non que tal sujeto de la relación jurídica o acto jurídico integre el proceso y pueda ejercer sus derechos de defensa y debido proceso.

En este orden de ideas, se considera que en el caso que se decide, la Secretaría de Educación del ente territorial, no es litisconsorte necesario de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que es a ésta quien por ley está obligada al pago de las prestaciones sociales del magisterio, y que las secretarías de educación de los entes territoriales solo actúan como colaboradoras de la entidad nacional mencionada.

Así, pues, en el sub examine, el proceso se puede tramitar y decidir sin que se requiera la presencia, en este caso, de la Secretaría de Educación de Manizales como lo pretende la excepción formulada por la apoderada de la entidad demandada, pues, se repite, ésta no es litisconsorcio necesario de aquella.

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 21 de octubre de 2011. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación número: 19001-23-31-000-2003-01299-01(0672-09).

invalidez a la parte demandante –4 de diciembre de 2015– y la fecha de presentación de la demanda –13 de marzo de 2018–.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que su pensión de invalidez se reliquide en los términos por ella solicitados, esto es, incluyendo la prima de servicios como factor salarial devengado en el año anterior a la adquisición del status pensional. Sin embargo, sí procede la reliquidación frente a la bonificación mensual percibida en el mismo lapso.

En ese sentido, se modificará la sentencia dictada en primera instancia en el sentido de acceder parcialmente a las súplicas de la demanda.

Las sumas que resulten a favor de la parte demandante deberán actualizarse por razones de equidad, tal como lo ha sostenido reiteradamente el Consejo de Estado en su Sección Segunda, en los términos del artículo 187 del CPACA, aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la parte accionante desde la fecha en que se retiró del servicio, hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el número que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago, según se dispuso en la parte motiva de esta providencia.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes empezando por la primera mesada pensional que se debió reliquidar, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición en mención.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este Tribunal considera que en el presente asunto no debe condenarse en costas, pues la demanda fue interpuesta conforme a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado para dicha época.

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

FALLA

Primero. MODIFÍCASE la sentencia del once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Beatriz Castaño Salazar contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el sentido de **acceder parcialmente** a las súplicas de la demanda, según se indica a continuación.

Segundo. DECLÁRANSE infundadas las excepciones propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que denominó **“INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL”, “INEXISTENCIA DEL DEMANDADO – FALTA DE RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO, CONEXO O DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA. FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO Y RECONOCER EL DERECHO RECLAMADO”, “PRESCRIPCIÓN”, “BUENA FE” y “GENÉRICA”,** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. DECLÁRASE probado parcialmente el medio exceptivo formulado por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que denominó **“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA”,** por lo señalado en este fallo.

Cuarto. DECLÁRASE la nulidad parcial de la Resolución nº 0623 del 8 de octubre de 2015, expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, en tanto no incluyó la bonificación mensual en la liquidación de la pensión de invalidez de la parte accionante, conforme a las consideraciones de esta sentencia.

Quinto. En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reliquidar la pensión de invalidez de la señora Beatriz Castaño Salazar, en cuantía del 75% de todo lo devengado por aquella en el último año de servicio –27 de enero de 2014 a 27 de enero de 2015–, incluyendo además de los factores salariales ya reconocidos, la bonificación mensual.

Sexto. Las sumas que resulten a favor de la parte demandante serán canceladas de acuerdo con lo antes expresado, y hasta que se haga efectiva la reliquidación pensional dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA y debidamente indexadas mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, se tendrá en cuenta la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberán hacer dichos ajustes. Lo anterior, atendiendo las motivaciones de este fallo.

Séptimo. La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición en mención.

Octavo. CONFÍRMASE la sentencia objeto de apelación en tanto negó las demás pretensiones de la demanda.

Noveno. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

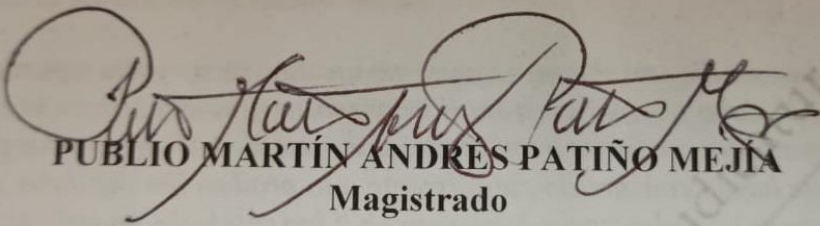
Décimo. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

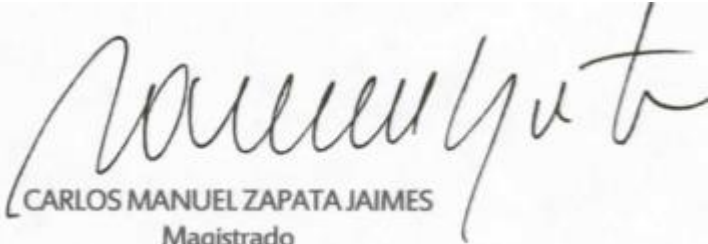
Undécimo. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 25
FECHA: 15 de febrero de 2021



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
ACCIÓN:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTES:	RUBY MEDINA GÓMEZ
DEMANDADO:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
LLAMADO EN GARANTÍA:	DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA – DANE
RADICACIÓN:	17001333300220160016302
Acto judicial:	Sentencia 010

Manizales, ocho (08) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto aprobado en la sala de la presente fecha.

ASUNTO

§01. Procede la Sala del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 13 de agosto del 2019 por la Señoría del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por la señora **RUBY MEDINA GÓMEZ**, en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EN ADELANTE UGPP-**, que negó las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1.LA DEMANDA (fs. 3 a 18 c. 1)

§02. Se pretende la nulidad de las **Resoluciones RDP 038799 del 22 de septiembre de 2015 RDP 047831 del 18 de noviembre de 2015 y RDP 052912 del 14 de diciembre de 2015**, emitidas por CAJANAL en liquidación y la UGPP, que negaron en vía administrativa y en apelación la reliquidación de la pensión de vejez de la parte demandante, con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios; en restablecimiento se condene a la demandada a reconocer la totalidad de factores percibidos el último año de servicios, incluido los ajustes de ley debidamente indexados con el pago de la diferencias a su favor, conforme a las Leyes 33 de 1985, 62 de 1985 y 71 de 1988.

§03. Describió el demandante que prestó sus servicios al **como Enfermera Auxiliar Grado III, en el Instituto Nacional de Cancerología**, por más de 20 años, por lo que le fue reconocida una pensión vitalicia de vejez mediante Resolución 42891 del 14 de septiembre de 2007, en cuantía de \$ 1.070.413.44 efectiva a partir del 19 de enero de 2007, donde solo se tuvo en cuenta en la liquidación los factores únicamente el 75% del ingreso base de liquidación, dominicales y feriados, la bonificación por servicios prestados, incrementos por antigüedad y recargo nocturno, omitiendo tener en cuenta los demás factores salariales.

§04. Mediante derecho de petición radicada ante CAJANAL EICE- HOY UGPP en fecha del **09 de diciembre de 2014 y posteriormente el 8 de mayo de 2015**, solicitó la revisión de la pensión en pos de tener en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, siendo negada por los actos demandados en instancias administrativa, de reposición y apelación.

§05. Aseveró que las sumas reconocidas con ocasión a la Resolución 42891 del 14 de septiembre de 2007, perdieron valor adquisitivo con el paso del tiempo, a causa del error cometido por la demandada por lo que asevera que es viable la indexación de los valores generados desde el momento de su status jurídico de pensionado.

§06. Como fundamentos de derecho invocó los artículos 2, 5 ,6 ,13, 25, 46, y 58 de la CP, 11,18,del CC, 3 numeral 3 de la Ley 33 de 1985, 1 numeral 3 de la Ley 62 de 1985; 71 de 1988; Decreto 3135 de 1968.

§07. Como concepto de violación aludió al principio de igualdad contemplado en el artículo 13, 46, 48 y 53 de la Constitución política; además, precisó que la Ley 62 de 1985 enuncia en forma no taxativa los factores salariales a tener en cuenta en el cálculo del monto de la pensión.

§08. Expuso los pronunciamientos jurisprudenciales contenidos en las sentencias proferidas por el Honorable Consejo de Estado, mediante el cual se unificó el criterio del ingreso base de liquidación de la Ley 33 de 1985 modificado por la Ley 62 de 1985, y a su vez resaltó que las pensiones de jubilación deben liquidarse con todos los factores salariales por el trabajador en el último año.

1.2.CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fs. 107 a 116 c.1)

§09. Aceptó los hechos referidos a los actos administrativos que concedieron la pensión, resolvieron la petición de reliquidación, y se opuso a las pretensiones.

§10. Como normas aplicables enunció las Leyes, 100 de 1993, 1437 DE 2011, 1437 de 2011, SU 230 del 29 de abril de 2015, SU 427 del 11 de agosto de 2016 proferidas por la corte constitucional, Decretos 1158 DE 1994 y 1653 DE 1977.

§11. Propuso como medios exceptivos:

§11.1. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO.

Hizo alusión a los artículos 36 de la Ley 100 de 1993 que establece el monto para calcular el ingreso base de liquidación para aquellos beneficiarios de dicha norma. Preciso que las sentencias SU 230 del 29 de abril de 2015 y SU 427 de 2016 de la Corte Constitucional concluyeron que el ingreso base de liquidación no es un aspecto de transición por lo que será determinado por el inciso 3 del artículo 36 dispuesto en la Ley 100 de 1993.

§11.2. **PRESCRIPCIÓN:** Solicitó la prescripción de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1848 de 1969 reglamentario del Decreto 3135 de 1968 y en los artículos 488 del C. S. del T. y el 151 del C. P. del T.

§11.3. GENÉRICA.

§12. Llamó en garantía a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, el cual fue admitido por auto del 22 de mayo de 2017 (f. 9 a 10 c. 2).

1.3. VEREDICTO RECURRIDO (fs. 137 a 149 vto. c. 1)

§13. La Juez Segundo Administrativo del Circuito de Manizales resolvió:

“PRIMERO: DECLÁRASE FUNDADA la excepción denominada “Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido “, formulada por la UGPP, por lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: SE NIEGAN las pretensiones de la demanda instaurada en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por la señora RUBY MEDINA GÓMEZ en contra de la UGPP.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, en favor de la parte demandada, en los términos indicados en la parte motiva. Su liquidación, se efectuará por la Secretaría del Despacho en los términos señalados en el artículo 366 del C.G.P.

§14. El juzgado consideró los siguientes problemas jurídicos:

¿Tiene derecho la parte demandante a que la UGPP le reliquide la pensión de jubilación sustituida, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios en aplicación de la Ley 33 de 1985 y normas concordantes?

En caso afirmativo, ¿Se configuró la prescripción de las mesadas?

Adicionalmente, en el evento de prosperar las pretensiones se deberá establecer lo siguiente:

¿Debe el Instituto Nacional de Cancerología ESE a asumir total o parcialmente el monto de los aportes por nuevos factores el monto de los aportes por nuevos factores por nuevos factores reconocidos en la base de la liquidación pensional?

§15. Hizo un análisis del régimen pensional aplicable conforme a la situación particular de la parte demandante señor RUBY MEDINA GÓMEZ a quien le reconocieron pensión de vejez mediante Resolución 42891 del 14 de septiembre de 2007 a partir del 19 de enero de 2007, por un monto de \$1.070.413, liquidada con el 75% del promedio de devengado en los últimos 3 años y nueve meses de servicio.

§16. Mencionó dos tesis jurisprudenciales de la Sección Segunda del Consejo de estado; la primera de ellas aclara que la duda en la aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debía ser resuelta en aras de los principios de inescindibilidad de la norma y favorabilidad; afirmó que la providencia de unificación que la Ley 33 de 1985 no indica de forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional por tanto no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador; y la segunda prohíja el criterio que para fijar el monto pensional de los beneficiarios del régimen de transición debe aplicarse el IBL contenido en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

§17. Señaló que la parte actora era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en cuanto a la edad, tiempo y monto de la pensión, y el cálculo de del monto pensional, el IBL corresponde al promedio de salarios o rentas sobre

las cuales cotizó la afiliada, según lo estipula el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

§18. Sostuvo en cuanto al cálculo del ingreso base de liquidación de la pensión de la parte demandante efectuado por la entidad fue realizado sobre los factores salariales devengados entre el 01 de abril de 1994 y el 30 de diciembre de 1997 incluyendo la asignación básica, dominicales, feriados, bonificación por servicios prestados, incrementos por antigüedad y recargo nocturno, por lo cual no procedía la reliquidación tomando como IBL la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios.

1.4. LA APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE (fs.163 164 y ss)

§19. Solicitó se revoque la sentencia, porque la parte demandante tiene derecho al reconocimiento de la reliquidación de la pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al retiro, para lo cual debe aplicarse el artículo 3 numeral 3º de la Ley 33 de 1985 y el artículo 1 numeral 3º de la Ley 62 de 1985.

§20. Respaldó sus argumentos en la sentencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado C.P Víctor Hernando Alvarado en la que se aclaró que el contenido del artículo 3º de la Ley 33 de 1985 era enunciativo por tanto el IBL de la pensión debe incluir los demás conceptos que el trabajador devengó durante el último año de servicios si lo recibió de forma habitual.

§21. Finalmente solicitó revocar la condena en costas porque al momento de presentarse la demanda la jurisprudencia aceptaba esta postura.

1.7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN E INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.

§22. La parte actora Instituto Nacional de Cancerología y UGPP presentaron alegatos de conclusión, la parte demandante y el Ministerio Público no se pronunciaron.

§23. **Instituto Nacional de Cancerología (fs. 5-7. c.3):** señaló que la entidad que reconoció la mesada pensional post Mortem a la demandante fue la UGPP, y por ende no es pertinente aceptar el llamamiento en garantía.

§24. **UGPP (fs. 8 a 16 c.3):** Reafirmó los argumentos de la contestación de la demanda.

2. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA

§25. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación, conforme al artículo 153 del CPACA¹.

§26. “...(E)l marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia”; los límites impuestos por los principios de congruencia y

¹ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#153

de la no REFORMATIO IN PEIUS, “... junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.”²

§27. Al respecto no están en controversia estos puntos:

§27.1. El tiempo de servicios de la demandante RUBY MEDINA GÓMEZ en el Instituto Nacional de Cancerología, fue desde el 10 de diciembre 1973 hasta el 30 de diciembre de 1997, (fl. 19-22 c. 1); que nació el 19 de enero de 1952, el último cargo que desempeñó fue de enfermera auxiliar grado III, y adquirió el estatus pensional el 19 de enero de 2007³; que su liquidación se efectuó con el 75% del salario promedio de años 9 meses, incluyendo los factores salariales de **asignación básica dominicales y feriados, bonificación por servicios prestados, recargo nocturno y incrementos por antigüedad**, conforme a la Resolución 42891 del 14 de septiembre de 2007 expedida por Cajanal que reconoció la pensión efectiva a partir del 19 de enero de 2007. (fs. 20 a 22 vto. c. 1).

§27.2. La señora RUBY MEDINA GÓMEZ percibió entre el 1 de enero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 1997 devengó los siguientes elementos salariales: **sueldo, vacaciones, dif, sueldo, incremento antigüedad, recargo nocturno dif. recargo nocturno, dominical y festivo, dif. i. antigüedad, dif. Vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, bonificación por servicios, prima de vacaciones, dif. prima de vacaciones**; de acuerdo al certificado expedido por el Instituto Nacional de Cancerología (fl. 39-40 c. 1).

2.2. PROBLEMAS JURÍDICOS

§28. ¿El problema jurídico a resolver por parte de esta Sala, se contrae a determinar si se debe reliquidar la pensión de jubilación de RUBY MEDINA GÓMEZ, con el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, teniendo en cuenta todos los factores salariales percibidos el último año de servicios?

§29. En caso afirmativo ¿Es procedente pronunciarse sobre el llamado en garantía conforme a los motivos expuestos por el apelante?

§30. ¿Era procedente la condena en costas en primera instancia?

2.3. PROBLEMA JURÍDICO: SE DEBE RELIQUIDAR LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN CON EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993, TENIENDO EN CUENTA TODOS LOS FACTORES SALARIALES PERCIBIDOS EL ÚLTIMO AÑO DE SERVICIOS.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21.060, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Reiterada en Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero. Rad No. 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460). En el mismo sentido sentencias 25279, 36.863 y 30.782

³ Folio 19-21, c. 1

§31. Conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁴ quienes para la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, tuvieran 35 o más años de edad si son mujeres, o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, esto es, la edad para acceder a la prestación pensional, el tiempo de servicio y el monto de la prestación.

§32. Para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, 1º de abril de 1994 (para empleados nacionales) o al 30 de junio de 1995 (para empleados territoriales), conforme a lo probado, la parte demandante se hallaba dentro del régimen de transición, pues contaba el 1º de abril de 1994 con más de 40 años de edad, lo que permitiría aplicarle en principio el régimen pensional anterior.

§33. El Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución dispuso que *“El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”*.

§34. Por lo que las personas cobijadas por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, que no consoliden su derecho pensional antes de las fechas de expiración antes mencionadas, dejan de ser sujetos de este régimen, y en consecuencia se regirán por las normas de la Ley 100 de 1993.

§35. En el *sub lite*, la parte demandante cumplió la edad pensional del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1994, por tanto le es aplicable la Ley 33 de 1985⁵, que exige para empleados del sector público, haber cumplido 20 años continuos o discontinuos y tener 55 años de edad; a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994, contaba con más de 40 años de edad por haber nacido **el 19 de enero 1952**⁶.

§36. El estatus pensional lo adquirió en el año **2007**, o sea, después del acto legislativo 01 de 2005, pero como al **retiro del servicio, que fue el 31 de diciembre de 1997** tenía más de 1235 semanas, superaba las 750 semanas exigidas por el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo está dentro del régimen de transición. (f. 20 c.1)

2.3.1. ELEMENTOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN A TENER EN CUENTA. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. TESIS ACOGIDA POR EL TRIBUNAL

§37. Con ocasión de la sentencia SU-230 de 2015 emanada de la Honorable Corte Constitucional, se ha generado una amplia discusión sobre si al régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es procedente incluir en el ingreso base de liquidación los factores salariales percibidos el último año de servicios, por lo que en

⁴ “Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley”.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”

⁵ artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso: *“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”*.

⁶ Folio 18, c1

recientes providencias del Tribunal Administrativo de Caldas⁷ se evaluaron los pronunciamientos hechos hasta ese momento por los Altos Tribunales Constitucional y Administrativo, acogiendo la de esta última expuesta en las sentencias de unificación del 4 de agosto de 2010, del 25 de febrero de 2016, de extensión de jurisprudencia del 24 de noviembre de 2016 y del 9 de febrero de 2017, en el sentido que el monto de la pensión comprende el IBL del último año de servicios y el porcentaje asignado por la ley, siendo la única excepción las pensiones de los congresistas y asimilados, en virtud de la cosa juzgada constitucional con ocasión de la sentencia C-258 de 2013.

§38. La sentencia SU-395 de 2017⁸ de la Honorable Corte Constitucional insistió en que el monto de la pensión se refiere a la tasa de reemplazo o porcentaje correspondiente y no el ingreso base de liquidación, el cual debe ser promediado, para todos los efectos, con la base del régimen general; y que sólo pueden incluirse los factores de liquidación de la pensión sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas. Y se dispuso el marco normativo aplicable para liquidar el IBL, teniendo en cuenta los factores salariales contemplados en el Régimen General de Pensiones, en efecto:

“(…) Conforme con ello, se ha entendido en sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional, que cuando el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se refiere a “monto de pensión” como una de las prerrogativas que se mantienen del régimen anterior, está refiriéndose al porcentaje aplicable al Ingreso Base de Liquidación. Lo anterior, tiene sentido no sólo desde el punto de vista del lenguaje sino también con fundamento en el alcance, finalidad y concepto del régimen de transición.

En la medida en que si el inciso tercero de la norma bajo análisis expresamente establece cuál debe ser el Ingreso Base de Liquidación para los beneficiarios del régimen de transición, entonces el monto se refiere al porcentaje aplicable a esa base que será el señalado por la normativa anterior que rija el caso concreto. En igual sentido, los factores salariales, al no determinar el monto de la pensión sino parte de la base de liquidación de la misma, serán los señalados por la normativa actual, en este caso, por el Decreto 1158 de 1994.

(...)

A este respecto, la sentencia impugnada concluyó que el inciso tercero sólo se habilita cuando el régimen anterior aplicable en el caso concreto no establece una norma expresa que determine el ingreso base de liquidación. Así las cosas, encontró también que el monto de la pensión incluía no sólo la tasa de reemplazo, sino también el Ingreso Base de Liquidación, los factores salariales y los demás elementos constitutivos de la liquidación. Perspectiva bajo la cual se advierte un defecto sustantivo por desconocimiento del texto legal al otorgarle un alcance no previsto por el legislador, acompañado además de una violación directa de la Constitución.

(...)

*En este orden de ideas, es posible concluir que de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el Constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del Sistema de Seguridad Social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, la interpretación constitucionalmente admisible es **aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993. (...)**”*

⁷ Al respecto, pueden consultarse las providencias del 8 de septiembre de 2017, radicadas con los números 17001-33-33-001-2014-00205-02 y 17001-33-33-001-2014-00480-02, con ponencia del Magistrado Augusto Ramón Chávez Marín.

⁸ Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado Ponente: Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sentencia SU-395 del 22 de junio de 2017.

(Resaltado por la Sala).

§39. Conforme a dichas disposiciones, si al 1º de abril de 1994 (para empleados nacionales) o al 30 de junio de 1995 (para empleados territoriales), la persona beneficiaria del régimen de transición **le faltare menos de 10 años para adquirir el derecho pensional**, la liquidación de éste será el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para acceder a la prestación, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior. Lo anterior, con la correspondiente actualización con base en la variación del IPC; si por el contrario a la persona beneficiaria del régimen de transición le faltare **más de 10 años para adquirir el derecho pensional**, la liquidación de éste será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales hubiere cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si éste fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del IPC.

§40. Ahora bien, el Honorable Consejo de Estado, respecto a los factores salariales y el IBL, para liquidar las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición de la Ley 33 de 1985, en sentencias de unificación del 4 de agosto de 2010, y del 25 de febrero de 2015, señaló que se calculan con los factores salariales devengados en el último año de servicios, aunque no se haya mención taxativamente en la norma, y reiteró que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 debe interpretarse de manera armónica, integral y en aplicación del principio de inescindibilidad de la norma.

§41. Además, afirmó que la sentencia C-258 de 2013 no constituye precedente para extender la interpretación que allí se dispuso a la generalidad de las pensiones del régimen de transición, en tanto que los argumentos de la sentencia de constitucionalidad se limitaban a las normas de la Ley 4ª de 1992 artículo 17 y no a la interpretación de múltiples normas jurídicas en que se ha sustentado la liquidación de las pensiones del régimen de transición de los regímenes especiales del sector público. Así mismo, ha sido posición del Alto Tribunal Administrativo desde hace 20 años, que el beneficio del régimen de transición establecido en el inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, incluye no solamente la edad, el tiempo de cotización o servicios, sino además la expresión “monto”, y que el término monto implica no solamente el porcentaje a aplicar, sino la base sobre la cual se aplica, esto es, el Ingreso Base de Liquidación.

§42. Más recientemente, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado en providencia de unificación del 28 de agosto de 2018⁹, sentó jurisprudencia de esta forma:

“Primero: Sentar como jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que consagra el régimen de transición pensional, lo siguiente:

1. El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985.

2. Para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: William Hernández Gómez, Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 11001-03-15-000-2018-01102-00(AC). <http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscar-jurisprudencia/>

falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

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

3. Los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia, en relación con los temas objeto de unificación, son obligatorias para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Tercero: Las pensiones que han sido reconocidas o reliquidada en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, no pueden considerarse que lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley.

§43. Así las cosas, conforme a la interpretación sobre el régimen de transición ha hecho, se entiende que en aplicación de éste, deben respetarse las condiciones de edad, tiempo de servicio y **monto (tasa de reemplazo)** de la pensión que consagraba el régimen pensional anterior, en este caso la Ley 33 de 1985.

§44. Ante los reiterados pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional en relación con la manera como deben liquidarse las pensiones de jubilación reconocidas por el régimen de transición contemplado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esta Corporación ha decidido, en aras de procurar el respeto de los principios de seguridad jurídica y de sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, modificar la posición que se había venido adoptando en estos temas de reliquidación pensional, para en su lugar acogerse a la postura planteada por el Máximo Tribunal Constitucional, tal como lo ha hecho ya en sentencia del 23 de abril de 2018¹⁰.

2.3.2. DEL TIEMPO A TENERSE EN CUENTA PARA LA LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN

§45. Por tanto, para la liquidación de la prestación debe acudirse a lo dispuesto por el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por el artículo 21 de la misma norma, dependiendo del tiempo que le faltare al interesado a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para adquirir el derecho a la pensión.

§46. Ahora bien, cuando el beneficiario del régimen de transición hubiere cotizado 1.250 semanas como mínimo, puede optar por el promedio de los ingresos de toda su vida laboral actualizados con base en la variación del IPC, siempre y cuando este resultado sea superior al obtenido de la manera descrita en el párrafo anterior, **esto es, a los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión.**

¹⁰ Tribunal Administrativo de Caldas. Sala de Decisión. Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín. Sentencia del 23 de abril de 2018. Radicación número: 17001-23-33-000-2016-00716-00.

§47. En consecuencia, se colige que la liquidación de la pensión de jubilación debe realizarse en los términos previstos en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, la liquidación de éste será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales hubiere cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si éste fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del IPC.

§48. De esta forma no se puede acceder a tener en cuenta únicamente todos los elementos salariales percibidos el último año de servicios, como pretende la parte demandante.

2.3.3. DE LOS FACTORES A TENERSE EN CUENTA EN LA LIQUIDACIÓN

§49. Bajo las disposiciones adoptadas en las sentencias de unificación del Máximo Órgano Constitucional, atinente a los factores salariales que pueden incluirse para determinar el IBL, son los devengados por la parte actora, durante el tiempo de liquidación referido y que sirvieron de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones conforme al Decreto 1158 de 1994 que subrogó el artículo 6° del Decreto 691 de 1994¹¹.

§50. En total, habrá que confirmarse la sentencia de primera instancia en estos aspectos.

§51. Como no se accede a las pretensiones, no se hará pronunciamiento sobre el llamamiento en garantía.

2.4. PROBLEMA JURÍDICO: ¿ES PROCEDENTE LA CONDENA EN COSTAS CONTRA LA PARTE DEMANDANTE?

§52. La presente colegiatura ha tomado la postura que en casos de cambio jurisprudencial durante el proceso no se condenará en costa a las partes, por lo que será revocada la condena en costas hecha en primera instancia.

2.5. COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

§53. En cuanto a las costas de segunda instancia no se condenará en costas a la parte demandada, en atención a que la sentencia se debe a un cambio jurisprudencial.

§54. Por lo discurrido, la Sala Sexta de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de agosto de 2019 por la Señoría del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora **RUBY MEDINA GÓMEZ** en contra

de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales –UGPP, excepto la condena en costas proferida en el numeral tercero de la parte resolutive del veredicto que se revoca.

SEGUNDO: No se impondrá condena en esta instancia.

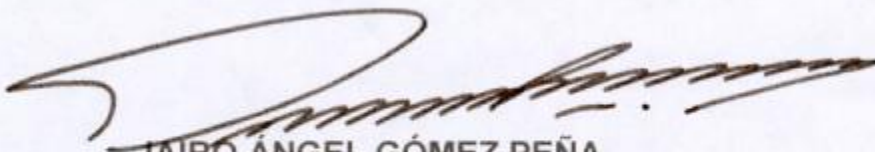
TERCERO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado


JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No. 025
FECHA: 15/02/2021

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD DE MANIZALES-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: **eda4c1be2a43b2edfd2a18a5ba5934c5db3172400a96a6e5e233077570d5ffc4**

Documento generado en 12/02/2021 02:20:16 PM

República de Colombia
Rama Judicial
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas

Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de Segunda Instancia

ACCION: Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Laboral
DEMANDANTE: José Joaquín Suárez Méndez
DEMANDADO: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
RADICADO: 17001333300320180035202
Acto judicial: Sentencia 007

Manizales, ocho (08) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto aprobado en la sala de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** El actor suboficial retirado de la Policía, solicita se aplique a la asignación de retiro el incremento ordenado por la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992. La sentencia del juzgado negó las pretensiones. La apelación del demandante insistió en su posición y que se revoque la condena en costas. La sala confirma la sentencia de primera instancia porque el principio de oscilación prohíbe la aplicación de ajustes que regulen otros regímenes pensionales, salvo autorización legal. Se revoca la condena en costas de primera instancia.

§02. Esta Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía de recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 06 de agosto de 2019, por la Señoría del Juzgado Tercero Administrativo del circuito de Manizales, con lo cual negó las pretensiones formuladas por la parte actora.

1. Antecedentes

1.1. La demanda¹

§03. Solicitó se declare la nulidad total del acto administrativo E-00003-201803153 del 21 de febrero de 2018 expedida por CASUR. Como restablecimiento se condene a CASUR a reconocer el reajuste pensional conforme la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992.

§04. Además, que se condene a la demandada al pago de las diferencias que resulten de las mesadas pensionales de los reajustes pensionales conforme el artículo 116 de la Ley 6 de 1992 y el artículo 1 del Decreto 2108 de 1992, con prescripción trienal, reconociendo la indexación y las costas.

¹ Fls. 3 a 13; 44 A 53, C1

§05. El demandante describió que le fue reconocida una asignación de retiro por CASUR mediante Resolución 6193 del 09 de noviembre de 1984, efectiva a partir del 17 de agosto de 1984.

§06. El 05 de febrero de 2018 el actor solicitó reconocimiento y pago del reajuste de a las mesadas pensionales conforme la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, solicitud negada por la entidad mediante el Acto Administrativo E-00003-201803153 del 21 de febrero de 2018.

§07. Como fundamentos de derecho se invocaron los artículos 1, 2, 4, 6, 11, 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Política; 190 y siguientes del Código Contencioso Administrativo; la Ley 6 de 1992; y la Decreto 2108 de 1992.

§08. Con apoyo en providencia del 11 de junio de 1998 y del 11 de diciembre de 1995, proferidas por el Consejo de Estado, precisó que CASUR no le realizó a los pensionados los ajustes de la Ley 6 de 1992 y del artículo 116 del Decreto 2108 de 1992. En efecto, dichas normas se aplican a todas las entidades nacionales, por lo que los mismos reajustes deben ser aplicados a quienes reciben la asignación de retiro de la Policía Nacional.

1.2. CASUR se opuso a las pretensiones²

§09. La demandada negó las pretensiones y admitió los hechos referidos a los actos demandados.

§10. Propuso como medios exceptivos los siguientes:

§10.1. **Inepta demanda:** Se indicó que no se cumplieron los requisitos formales de la demanda (art. 163 del CPACA).

§10.2. **Incorrecta interpretación de las normas que contemplan los regímenes pensionales generales del sector público y la asignación de retiro.** Aseveró que el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante se realizó de forma continua, conforme el Decreto 613 de 1977, norma especial aplicable a los agentes de la Policía Nacional, vigente al retiro del demandante.

§10.3. **Imposibilidad de aplicación del artículo 116 de la Ley 6 de 1992 y su Decreto.** Resaltó la diferencia entre la asignación mensual de retiro a las pensiones de jubilación y de vejez.

§10.4. **Inexistencia del Derecho.** Afirmó que al demandante no le es aplicable la Ley 6 de 1992, por lo que no se le transgredió ningún derecho.

§10.5. **Cobro de lo no debido.** Afirmó que CASUR no adeuda ningún rubro al demandante.

§10.6. **Prescripción.** Conforme el artículo 177 del Decreto 2063 de 1984, es decir, 4 años.

² Fls. 80 a 105 C1

1.3. La sentencia que negó las pretensiones ³

§11. El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 06 de agosto de 2019, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: Declarar fundada las excepciones de “Inexistencia del derecho” y “cobro de lo no debido”, propuesta por Casur.

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda dentro del medio de control Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurado por el señor José Joaquín Suárez Méndez en contra de Casur.

TERCERO: Condenar en costas a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el C.G.P. Se fijan agencias en derecho, en la suma de \$226.700.”

§12. El juez de primera instancia definió como problema jurídico el siguiente: *¿El artículo 116 de la Ley 6 de 1992 y el artículo 1 del Decreto 2108 de 1992, respectivamente, son aplicables para efectos de reajustar la asignación de retiro del demandante?*

§13. Realizó un análisis normativo de la Ley 6 de 1992 y su Decreto Reglamentario. Citó la sentencia C-531 de 1995 que declaró inexecutable el artículo 116 de dicha ley. Y precisó el régimen especial aplicable a la fecha de retiro del actor de la Policía Nacional, específicamente los artículos 55 y 62 del Decreto 613 de 1977.

§14. Respecto al reajuste en la asignación de retiro solicitada por el demandante, expuso que para la aplicación de la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992 deben concurrir 3 circunstancias: i) haber sido reconocida la pensión antes del 1 de enero de 1989, lo que efectivamente ocurrió según la Resolución 6193 del 09 de noviembre de 1984; ii) ser pensionados del sector público nacional, presupuesto que no se cumple pues el actor hace parte de un régimen pensional especial, no del régimen general; y iii) presentar diferencias con los aumentos de salarios.

§15. Citó sentencias de la Corte Constitucional sobre el principio de igualdad en la existencia de regímenes prestacionales diferentes. Y la jurisprudencia del Consejo de Estado con relación al principio de inescindibilidad de la norma. Por lo que el juzgado concluyó que resulta inadmisibles que una persona amparada por un régimen especial se le extiendan los efectos de una regulación general.

§16. El Juez negó las pretensiones de la demanda, al no haberse probado la infracción de las normas legales y constitucionales.

1.4. La apelación del demandante que insiste en la aplicación del Decreto 2108 de 1992⁴

§17. El demandante solicitó se revocara la sentencia. Hizo énfasis en los artículos 116 de la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, sobre los reajustes a las pensiones de jubilación de todo el sector público, incluso las fuerzas armadas. Citó la sentencia C -531 de 1995 que declaró la inexecutable del artículo 116 de la Ley 6 de 1992 con efectos hacia el futuro.

³ Fls. 114 a 119 C1

⁴ Fls. 124 a 129 C1

§18. Argumentó que los reajustes ordenados por la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992 están dirigidas a todas las pensiones consolidadas antes del 31 de diciembre de 1988.

§19. Adicionalmente, solicitó que se revocara la condena en costas.

1.5. Actuación de segunda instancia

§20. Mediante proveído del 07 de octubre de 2019⁵, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora⁶ y se corrió traslado de alegatos de conclusión.

1.6. Alegatos de conclusión:

§21. La parte demandante y el Ministerio Público permanecieron silentes.⁷

§22. **Parte Demandada**⁸: Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, referente a la inaplicación de la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, para reconocer el derecho al reajuste pensional, solicitado por la parte actora.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§23. Conforme al artículo 153 del CPACA este Tribunal es competente para conocer del presente asunto.

2.2. Problemas Jurídicos

§24. ¿El señor José Joaquín Suárez Méndez, en calidad de beneficiario de la asignación de retiro a cargo de CASUR, tiene derecho al reajuste consagrado en los artículos 116 de la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992?

2.3. Lo demostrado en el proceso

§25. La Resolución 6193 del 09 de noviembre de 1984 expedida por CASUR, reconoció la asignación mensual de retiro al señor José Joaquín Suárez Méndez, en cuantía del 85% con base en el Decreto 613 de 1977 y demás normas concordantes.⁹

§26. La liquidación de asignación de retiro del 04 de septiembre de 1984 del señor José Joaquín Suárez Méndez, ascendió a \$26.158, efectiva a partir del 17 de agosto de 1984.¹⁰

⁵ Fl 2 C2

⁶ Fl. 2 C2

⁷ Fl 25 C2

⁸ Fls. 5 a 24 C2

⁹ Fls 37 a 38 C1

¹⁰ Fls. 21 a 22 C1

§27. Liquidación de la asignación de retiro de los años 1988 a 1996 se hizo sobre el 85% al 1 de enero de cada anualidad.¹¹ Y sobre los factores salariales de los años 1996 a 2017.¹²

§28. El 5 de febrero de 2018 el actor solicitó a CASUR el reajuste de la asignación de retiro conforme al Decreto 2108 de 1993.¹³

§29. CASUR negó la solicitud por el Oficio E-01524-201802362-Casur del 13 de febrero de 2018.¹⁴ Esta negación fue reiterada en el oficio E-00003-201803153- del 21 de febrero de 2018¹⁵.

2.4. Reajuste Pensional ordenado en el Decreto 2108 de 1992

§30. El artículo 116 de la Ley 6 de 1992¹⁶, reguló normas en materia tributaria y dispuso sobre el reajuste de pensiones del sector nacional lo siguiente:

“Artículo 116. Ajuste a pensiones del sector público nacional.

Para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación del sector público nacional, efectuados con anterioridad al año 1989, el Gobierno Nacional dispondrá gradualmente el reajuste de dichas pensiones, siempre que se hayan reconocido con anterioridad al 1° de enero de 1989.

Los reajustes ordenados en este artículo comenzarán a regir a partir de la fecha dispuesta en el decreto reglamentario correspondiente y no producirán efecto retroactivo. (Negrilla de la Sala).

§31. La Ley 6ª de 1992, fue reglamentada mediante el Decreto 2108 de 1992 estableciendo el porcentaje de los ajustes que se realizarían a las pensiones reconocidas con anterioridad al 1° de enero de 1989 durante los años 1993 a 1995. El tenor literal de los artículos 1° y 2° es el siguiente:

«Artículo 1. Las pensiones de jubilación del Sector Público del Orden Nacional reconocidas con anterioridad al 1 de enero de 1989 que presenten diferencias con los aumentos de salarios serán reajustadas a partir del 1 de enero de 1993, 1994 y 1995 así:

Año de causación del derecho a la pensión	Porcentaje del reajuste aplicable a partir del 1° de enero del año:		
	1993	1994	1995
1981 y anteriores 28% distribuidos así:	12	12	4
1982 hasta 1988 14% distribuidos			

¹¹ Fls. 25 a 33 C1

¹² Fls. 34 a 36 C1

¹³ Fls. 15 a 18 C1

¹⁴ Fls. 9 a 20, C1.

¹⁵ Fs.

¹⁶ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0006_1992_pr002.html#116

así:	7	7	--

Artículo 2. Las entidades de previsión social o los organismos o entidades que están encargadas del pago de las pensiones de jubilación tomarán el valor de la pensión mensual a partir de diciembre de 1992 y le aplicarán el porcentaje del incremento señalado para el año de 1993 cuando se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 1.

El 1 de enero de 1994 y 1995 se seguirá el mismo procedimiento con el valor de la pensión mensual a 1 de diciembre de los años 1993 y 1994 respectivamente, tomando como base el porcentaje de la columna correspondiente a dichos años señalada en el artículo anterior.

Estos reajustes pensionales son compatibles con los incrementos decretados por el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 71 de 1988.»

§32. El artículo 116 de la Ley 6 de 1992 tuvo una vigencia desde el 30 de junio de 1992 hasta el 20 de noviembre de 1995, fecha en que fue declarado inexecutable por la sentencia C-531 de la Corte Constitucional. El sentido de la sentencia fue el siguiente:

“(…) La Corte ha señalado que es a ella a quien corresponde fijar los efectos de sus sentencias, a fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución.

En este caso, esta Corporación considera que, en virtud de los principios de la buena fe (CP Art. 83) y protección de los derechos adquiridos (CP Art. 58), la declaración de inexecutable de la parte resolutive de esta sentencia sólo tendrá efectos hacia el futuro y se hará efectiva a partir de la notificación del presente fallo. Esto significa, en particular, que la presente declaratoria de inexecutable no implica que las entidades de previsión social o los organismos encargados del pago de las pensiones puedan dejar de aplicar aquellos incrementos pensionales que fueron ordenados por la norma declarada inexecutable y por el Decreto 2108 de 1992, pero que no habían sido realizados al momento de notificarse esta sentencia, por la ineficiencia de esas mismas entidades, o de las instancias judiciales en caso de controversia.

En efecto, de un lado el derecho de estos pensionados al reajuste es ya una situación jurídica consolidada, que goza entonces de protección constitucional (C.P. Art. 58). Mal podría entonces invocarse una decisión de esta Corte, que busca garantizar la integridad de la Constitución, para desconocer un derecho que goza de protección constitucional. De otro lado en virtud del principio de efectividad de los derechos (CP Art. 2) y eficacia y celeridad de la función pública (CP art. 209), la ineficiencia de las autoridades no puede ser razón válida para desconocer los derechos de los particulares. Nótese en efecto que tanto el artículo 116 de la Ley 6 de 1992 como el Decreto 2108 de 1992 ordenaban una nivelación oficiosa de aquellas pensiones reconocidas antes de 1989 que presentaran diferencias con los aumentos de salarios, por lo cual sería discriminatorio impedir, con base en esta sentencia de inexecutable, que se haga efectivo el incremento a aquellos pensionados que tengan derecho a ello. (...)”¹⁷.

§33. En dicha providencia, señaló que la declaratoria de inexecutable, no es óbice para que se realice el reajuste pensional ordenado, atendiendo la consolidación del derecho y la actuación oficiosa de la administración para su reconocimiento y pago.

¹⁷ Corte constitucional sentencia C-531 del

§34. Al respecto, sobre la aplicación del Decreto 2108 de 1992, el Consejo de Estado en sentencia del 11 de diciembre de 1997 expuso:

“Manifestó que se aplica a todos los pensionados del Estado, sin distingo alguno. Inaplicó la expresión «del orden nacional» contenida en el artículo 1º del Decreto 2108 de 1992, por considerar que tal discriminación violaba el derecho a la igualdad, lo que significa que la citada disposición, durante su vigencia y según los efectos señalados en los párrafos precedentes, gobernó la situación de los pensionados de los órdenes nacional y territorial.

§35. Sobre este aspecto, dicha Corporación expresó:

*“De esta manera y como el derecho al reajuste se consolidó antes de la declaratoria de inexequibilidad de la norma que lo creó, el argumento que expone la entidad sobre la imposibilidad de aplicar al derecho pensional de la demandante la Ley 6ª de 1992 y su Decreto Reglamentario No. 2108 de 1992, dada la inexequibilidad de dichas normas, no tiene sustento máxime cuando la misma Corte Constitucional al retirar la ley del mundo jurídico **previó que los derechos adquiridos bajo la vigencia de la norma continuaban vigentes y si no habían sido reconocidos**, a cargo de las entidades de previsión o del órgano competente”¹⁸(Subrayado de la Sala)*

§36. Como corolario de lo referido, se tiene que las disposiciones normativas previeron un reajuste en las pensiones del ordenan público nacional, para las pensiones reconocidas con anterioridad al 1 de enero de 1989, y durante los años 1993 a 1995, y las entidades de previsión social y organismos del pago de las mesadas de jubilación serían las encargadas del pago. Y debido a la declaratoria de inexequibilidad fue retirado del ordenamiento jurídico, siguió produciendo efectos para quienes adquirieron bajo su vigencia del derecho al reajuste pensional.

2.5. Por el principio de oscilación, la ley prohíbe al demandante que se acoja a normas que regulen ajustes de otros sectores de la administración pública

§37. Por disposición de la Constitución Política en los términos de los artículos 48 y 53, la asignación constituye una prestación para los miembros de la Fuerza Pública, en cumplimiento de la actividad militar y policial. De ahí, el establecimiento de una normativa legal diferente a la que se ha configurado respecto de los demás servidores públicos, como su exclusión de la aplicación del sistema integral de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 797 de 2003.

§38. El Decreto 613 de 1977 “*Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional*”, estableció la asignación de retiro en los siguientes términos:

“Artículo 113. Al personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia del presente estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas, así:

(...)

b) Asignaciones de retiro y pensiones sobre: sueldo básico; prima de antigüedad; subsidio familiar de los Oficiales y Suboficiales casados o viudos con hijos legítimos, liquidada conforme a lo dispuesto en el artículo 54 de este estatuto, sin que el total sobrepase del cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo

¹⁸[http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/139/S2/76001-23-31-000-2010-00816-01\(1920-13\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/139/S2/76001-23-31-000-2010-00816-01(1920-13).pdf)

básico; una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente al grado; doceava (1/12) parte de la prima de Navidad; gastos de representación para Oficiales Generales, y prima de Oficial diplomado en la Academia Superior de Policía, en las condiciones indicadas en este Decreto.

(...)

ARTÍCULO 116. ASIGNACIÓN DE RETIRO: Durante la vigencia del presente Decreto, los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por conducta deficiente, y los que se retiran a solicitud propia después de los veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 113 de este estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio, y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad.

(...)

Artículo 120. Oscilación de asignaciones de retiro y pensiones. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto, se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113 de este Decreto. **Los Oficiales y Suboficiales, o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen reajustes prestaciones en otros sectores de la Administración Pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.**” (Subrayado de la Sala)

§39. El 24 de agosto de 1984 el Decreto 2062 reorganizó la carrera de los oficiales y suboficiales de la Policía, de la siguiente manera:

“**ARTÍCULO 141. BASES DE LA LIQUIDACIÓN.** A partir de la vigencia del presente decreto, al personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que sea retirado del servicio activo se le liquidarán las prestaciones sociales sobre, las siguientes partidas, así:

1. Sueldo básico
2. Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto
3. Prima de antigüedad
4. Prima de Oficial diplomado en Academia Superior de Policía en las condiciones indicadas en este estatuto
5. Doceava parte (1/12) de la prima de navidad
6. Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este decreto
7. Gastos de representación para Oficiales Generales
8. Subsidio familiar, liquidado conforme lo dispuesto en el artículo 82 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

(...)

ARTÍCULO 144. ASIGNACIÓN DE RETIRO: Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales, de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo, después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por la disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por conducta deficiente, a por

inasistencia al servicio por más de diez (10) días sin causa justificada y los que se retiren a solicitud propia después de los veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen, los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 141 de este estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85) de los haberes en actividad.

(...)

ARTÍCULO 153. OSCILACIÓN DE ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES. *Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 de este decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal. Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.*

§40. Expresamente las normas prohibieron que los suboficiales se acogieran a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

2.6. Caso Concreto

§41. De los supuestos fácticos aludidos como del marco normativo abordado, además del acervo probatorio allegado, encuentra la Sala que el señor José Joaquín Suárez Méndez sirvió a la Policía Nacional como **Agente- Sargento Segundo**, por de **26 años**, 2 meses, 25 días. La Resolución número 6193¹⁹ del 09 de noviembre de 1984 le fue reconocida la asignación de retiro.

§42. En este punto hay que precisar que el señor Suárez Méndez, en servicio activo devengó (entre otros rubros) según la liquidación de asignación de retiro y la certificación laboral expedida por CASUR lo siguiente: Sueldo básico de suma de \$15.000; la prima de antigüedad en un porcentaje del 26% en cuantía del \$ 3.900; prima de actividad en un porcentaje del 15% en cuantía de \$ 2.250 ; y prima de navidad en 1/12 en cuantía de \$ 2.575 ello conformidad con el Decreto 613 de 1977 pues el demandante laboró 26 años de servicio.

§43. El demandante en el escrito de apelación reitera sobre la forma que se debe aplicar la liquidación de la asignación de retiro, esto es, conforme **la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992.**

§44. Como antes se avisó, los Decretos 613 de 1977 y 2062 de 1984 señalan en forma expresa que los beneficiarios de dicho régimen exceptuado tendrán derecho al ajuste de sus asignaciones de retiro de conformidad con el principio de oscilación, sin que puedan “...acogerse a las normas que regulen ajustes prestaciones en otros sectores de la Administración Pública a menos que así lo disponga expresamente la ley.”

¹⁹ Fl. 37 C1

§45. En caso similar al presente, este Tribunal señaló en sentencia del 18 de septiembre de 2020 con ponencia del Doctor Dohor Edwin Varón Vivas²⁰:

“Por su parte, el reajuste pensional ordenado en el artículo 116 la Ley 6 de 1992 estaba destinado a los pensionados del sector público nacional, sin que se determinara su aplicación a los regímenes especiales existentes para la época.

Por lo tanto, no son de recibo los argumentos esgrimidos por el accionante al señalar que, la no discriminación o excepción expresa de dichos regímenes especiales hace que la misma sea aplicable al caso de las asignaciones de retiro.”

(...) cabe advertir en primera medida que, el principio de favorabilidad en materia laboral ha sido pacíficamente desarrollado para aquellos eventos en los cuales varias normas o interpretaciones normativas resultan igualmente aplicables para la resolución de un asunto concreto, debiéndose optar por aquella que otorgue mayores beneficios al empleado o pensionado; situación que no se observa en el presente caso, pues como pudo verse, de la mera lectura de las normas contrapuestas -la aplicada al actor y la que pretende que se le aplique- es claro que, la que fundamenta sus pretensiones, esto es, el artículo 116 de la Ley 6° de 1992 no resulta aplicable a su caso particular.”

§46. El demandante pretende el reconocimiento de asignación de retiro otorgado bajo un régimen exceptuado como el de la Policía Nacional, con el cumplimiento y reconocimiento de requisitos y derechos diferenciados más favorables, como el tiempo de servicios, el monto de la prestación entre otros, le sea superpuesto un postulado de reajuste de pensiones diferente al que fue regulado para dicho régimen especial, todo bajo la consideración de que frente a este aspecto la norma general le resulta más beneficiosa.

§47. Pero este tipo de aplicaciones parciales entre las normas de los regímenes exceptuados y el régimen general la que ha sido ampliamente proscrita por la Jurisprudencia del citado órgano de cierre, pues se itera, no es dable deprecar la aplicación de los aspectos favorables de uno y otro régimen en forma simultánea, logrando la creación de un tercer régimen aplicable.

§48. Así las cosas, al hallar respuesta negativa al problema jurídico planteado se impone confirmar la sentencia proferida por el a quo

2.7 Condena en costas de primera instancia

§49. Sobre la inconformidad del apelante sobre las costas asignadas, la sección segunda del Consejo de Estado²¹ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno valorativo que:

“...requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

²⁰ Expediente 17-001-33-33-003-2018-00016-02.

²¹Consejo de Estado Sala de la Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A C.P. Dr. William Hernández Gómez Radicación numero: 13001-23-33-000-2013-00022-01 <http://181.57.206.10/SENTPROC/F13001233300020130002201S2PARAADJUNTARSENTENCIA20160421152911.doc>

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura)."

§50. Sobre el particular la sentencia de primera instancia sólo señaló que con fundamento en el artículo 188 del CPACA, se condenó en costas a cargo de la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al Código General del Proceso. Fijó agencias en derecho por el equivalente a \$ 226.700, conforme al numeral 1 del artículo 5 del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 20016, emanado del Consejo Superior de la Judicatura.

§51. El Honorable Consejo de Estado ha señalado que la imposición de las costas amerita un análisis objetivo-valorativo, y su omisión puede llevar al traste su condena en primera instancia:

"En el caso, la Sala observa que el a quo no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición al demandado, quien dentro de sus facultades hizo uso mesurado de su derecho a la réplica y contradicción. Por ello, se revocará este aparte de la sentencia apelada."

§52. En consecuencia, se revocará la condena en costas de primera instancia, toda vez que se omitió analizar la valoración de la condena en costas, conforme a los criterios jurisprudenciales, esgrimidos en la providencia citada.

2.8 Costas en esta Instancia.

§53. Con base en el numeral 1 del artículo 365 numeral 1 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011, debido a que la parte demandada actuó en esta instancia exponiendo los argumentos de la defensa, se impondrán costas a cargo de la parte demandante, las que serán liquidadas por la secretaría en la oportunidad de ley.

§54. Se fijarán las agencias en derecho en un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de la parte demandante, con fundamento en el artículo 5º numeral 1 del PSAA16-10554 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

§55. Por lo discurrido, la sala sexta del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Sentencia

Primero: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales del 06 de agosto de 2019, que denegó las súplicas de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el **Agente José Joaquín Suárez Méndez** contra la **Caja de Sueldos de Retiro de la**

Policía Nacional – Casur, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Revocar el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia que condenó en costas de primera instancia.

Tercero: Condénese en costas en esta instancia a la parte demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia. Fíjense como agencias en derecho, salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho a cargo de la parte demandante, con fundamento en el artículo 5º numeral 1 del PSAA16-10554 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

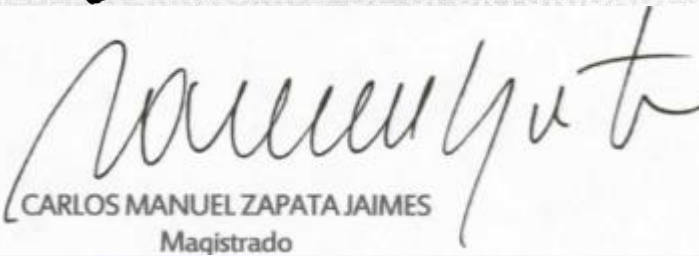
Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI. Remítase copia de la sentencia a la Agencia para la Protección Jurídica del Estado.

Quinto: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

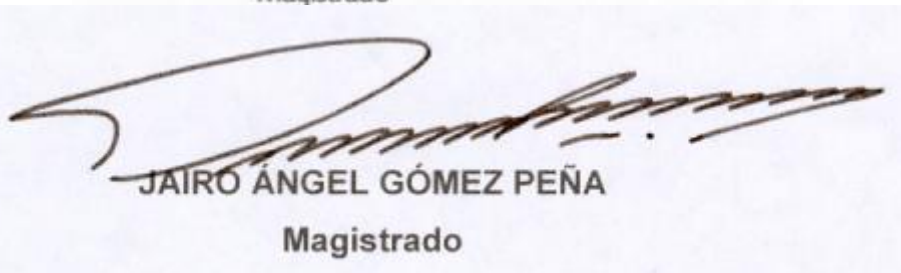
Notifíquese y Cúmplase
Los Magistrados



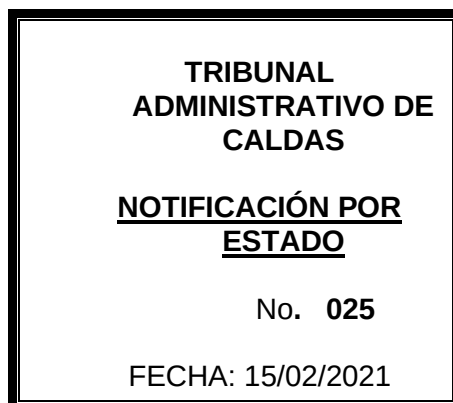
PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD DE MANIZALES-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: **e91127bd6473c69c4f9de314384052db77f9c92dd5dc510e62ea5358e6e1bc80**

Documento generado en 12/02/2021 01:59:46 PM

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Decisión de excepciones previas y mixtas

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 1700233300020180229
Demandante: Germán Aristizábal Moreno
Demandado: Procuraduría General de la Nación – Alcaldía y Personería de Manizales – Caldas.
Acto judicial: Auto interlocutorio 016

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Asunto

Procede la sala a decidir las excepciones mixtas propuestas por las demandadas en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Germán Aristizábal Moreno contra la Procuraduría General de la Nación, la Alcaldía y la Personería de Manizales – Caldas.

Antecedentes

El señor Germán Aristizábal Moreno pretende la nulidad de los siguientes actos: (i) fallo disciplinario de primera instancia proferido el 26 de octubre de 2016 por la Personería de Manizales; (ii) de la Resolución 031 del 31 de marzo de 2017 de la Procuraduría Regional Caldas, por los cuales se le sanción con suspensión del cargo de gerente de la ESE Hospital San Antonio de Manizales – Caldas; y, (iii) de las resoluciones 113 del 7 de abril de 2017 y 57 del 26 de abril de 2017 que dieron cumplimiento a la sanción impuesta.

Una vez notificada la demanda y concedido el traslado, la Procuraduría Regional de Caldas, la alcaldía y la personería de Manizales contestaron oportunamente¹. Las entidades demandas formularon excepciones, de las cuales se corrió traslado, y el demandante no se pronunció.

La Procuraduría Regional Caldas propuso las excepciones mixtas de caducidad de la acción y prescripción extintiva.

¹ folios 195 y 238 C1.

La alcaldía de Manzanares propuso la excepción mixta de falta de legitimación en la causa por pasiva.

La personería de Manzanares no propuso excepciones.

Consideraciones

Decisión de las excepciones mixtas de caducidad y prescripción extintiva propuestas por la Procuraduría Regional Caldas

Aunque se presentaron separadamente estas excepciones, se basan en los mismos argumentos.

Se indica que la inscripción de la sanción por el fallo disciplinario de segunda instancia se hizo el 31 de marzo de 2017 el cual finalizó el 7 de abril de 2017, la conciliación prejudicial se realizó el 14 de julio de 2017, pero la demanda se presentó el 25 de abril de 2018.

De esta manera la demanda se presentó casi nueve meses después, vulnerándose el período de caducidad, que es de cuatro meses.

Para resolver se ilustra que la “... *caducidad se refiere a la extinción de la acción, mientras que la prescripción a la del derecho; la primera debe ser alegada, mientras que la caducidad opera ipso iure; la prescripción es renunciable, mientras que la caducidad no lo es, en ningún caso, y mientras que los términos de prescripción pueden ser suspendidos o interrumpidos, los de caducidad no son susceptibles de suspensión, salvo norma expresa, como es el caso de la conciliación prejudicial establecida en la Ley 640 de 2001 (...)* Siempre se ha expresado que la caducidad es la extinción del derecho de acción por el paso del tiempo, de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, el derecho fenece, pero no porque no hubiere existido, sino porque no es posible reclamarlo en juicio.”²

De esta manera, la parte demandada lo que está proponiendo es la excepción de caducidad.

En cuanto el artículo 164.2.d señala como plazo de caducidad “... *Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales.*”

El 31 de marzo de 2017 la Procuraduría Regional Caldas dictó el fallo disciplinario de segunda instancia que confirmó la sanción impuesta al actor con suspensión del cargo por la Personería de Manzanares.

² CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION TERCERA- Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ- Bogotá, D.C., once (11) de octubre de dos mil seis (2006) Radicación número: 15001-23-31-000-2001-00993-01(30566)

El alcalde de Manzanares dio cumplimiento a la sanción por la Resolución 113 del 7 de abril de 2017.

En auto del 25 de febrero de 2016 de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se unificó jurisprudencia al respecto en los siguientes términos:

“Es claro que en aquellos casos en los que haya sido emitido un acto ejecutando una sanción disciplinaria de retiro temporal o definitivo del servicio, y éste materialice la situación laboral del servidor público, debe preferirse la interpretación según la cual el término de caducidad de la acción contenciosa debe computarse a partir del acto de ejecución, en la medida en que ésta constituye una garantía para el administrado y una forma de facilitar el control de los actos de la administración. Distinto ocurre cuando no se presenta el escenario antes descrito, esto es, cuando o bien no existe un acto que ejecute la sanción disciplinaria de retiro del servicio, o cuando dicho acto no tiene relevancia frente a los extremos temporales de la relación laboral, situaciones que impiden aplicar el criterio expuesto en esta providencia y frente a las cuales debe contarse el término de caducidad a partir de la ejecutoria del acto definitivo que culminó el proceso administrativo disciplinario...”³

O sea, el actor tenía hasta el 8 de agosto de 2017 para interponer la demanda.

Conforme a la jurisprudencia, el término de caducidad se debe tomar desde la ejecución de la sanción disciplinaria, cuando la hay. En el caso concreto se presentó la ejecución el 7 de abril de 2017, por lo tanto, el actor tenía hasta el 8 de agosto de 2017 para interponer la demanda.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, en concordancia con lo previsto en el artículo 2.2.4.3.1.1.3. del Decreto 1069 de 2015, el término de caducidad se suspendió el 22 de mayo de 2017 porque ese día se presentó la solicitud de conciliación extrajudicial, diligencia que se declaró fallida porque las partes no llegaron a ningún acuerdo, según la constancia expedida por el Ministerio Público el 14 de julio de 2017.

Esto suspendió la caducidad por 35 días hábiles, por lo que el nuevo plazo para la presentación de la demanda comenzó a contarse al día siguiente de la expedición del certificado de la Procuraduría, esto es, desde el 15 de julio de 2017, por lo que el plazo para presentar la demanda vencía el 27 de septiembre de 2017.

La demanda fue presentada el 11 de septiembre de 2017 que fue repartida al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, el cual declaró su falta de competencia y luego fue remitida a reparto al Tribunal Administrativo de Caldas.

De esta manera, la demanda fue presentada oportunamente y se negará la excepción.

³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Auto del 25 de abril de 2016, radicación: 11001-03-25-000-2012-00386-00 (1493-2012)

Excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por la alcaldía de Manzanares

La alcaldía señala que es una entidad diferente a la personería (art. 275 CP), y ésta fue la institución que impuso la sanción disciplinaria de suspensión al actor en primera instancia.

SE encuentra que esta excepción tiene que ver con la legitimación en la causa por pasiva en sentido material, lo cual corresponde al estudio de la sentencia, y se diferirá su estudio al fondo del asunto.

En mérito de lo expuesto, la sala sexta unitaria de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas,

Resuelve

Primero. Declarar no probada las excepciones de caducidad y prescripción extintiva propuestas por la Procuraduría Regional Caldas.

Segundo. Diferir para el estudio de fondo de la sentencia la decisión sobre la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por la alcaldía de Manzanares – Caldas.

Tercero. Aceptar la renuncia del poder presentada por la doctora Viky Esperanza Nieto Mosquera para representar a la Procuraduría General de la Nación. Reconocer personería para actuar a los doctores Omar Valencia Castaño y Daniel Mateo Jiménez Botero, para representar a la Procuraduría, la Alcaldía y la Personería de Manzanares, respectivamente, conforme a los poderes aportados.

Cuarto. Ejecutoriado este acto judicial, pase el expediente a Despacho del Magistrado ponente de esta decisión para la continuación del trámite.

Notifíquese y cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE CALDAS**

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 025

FECHA: 15/02/2021

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA

MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD DE MANIZALES-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: **ec56b381d1192a96682ce214842f6f1fed9bd86c7ccc7a7ea7569555506b66e8**

Documento generado en 12/02/2021 01:59:47 PM



República de Colombia
Rama Judicial
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala sexta de decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de Segunda Instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho laboral
(Lesividad)
Demandante: Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales - UGPP
Demandado: Jairo Cifuentes Suárez
Radicado: 17001333900720160004702
Acto Judicial: Sentencia 008

Manizales, ocho (08) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto aprobado en la sala de la presente fecha.

§01. Síntesis: La UGPP demanda en lesividad una resolución que reliquidó la pensión del actor tomando el 100% de la bonificación por servicios devengada el último año de servicios. El accionado señala que en el acto demandado se tuvo en cuenta la doceava parte de la bonificación. El juzgado de instancia encontró que se había reliquidado la pensión con el 100% de la bonificación. La sala confirma la sentencia al encontrar dentro de las pruebas que se tasó la pensión con el 100% de la bonificación por servicios.

§02. La Sala procede a dictar sentencia de segunda instancia en la acción de nulidad y restablecimiento - lesividad promovida por la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP, demandante, contra el señor Jairo Cifuentes Suárez, demandado. El objeto es decidir la apelación interpuesta por el demandado contra la sentencia proferida el 22 de agosto de 2018 por la señoría del Juzgado Séptimo Administrativo del circuito de Manizales, que accedió a las pretensiones de la demandante.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que pide la nulidad de un acto que reliquidó la pensión teniendo en cuenta el 100% de la bonificación por servicios¹

§03. La demandante pretende que se declare la nulidad de la Resolución RDP33286 del 23 de julio de 2013, que dio cumplimiento a una sentencia de tutela que ordenó

¹ Fls. 142 a 152, c1

reliquidar la pensión reconocida al señor Jairo Cifuentes Suárez. La causa de la nulidad sería la inclusión en el ingreso base de liquidación el 100% de lo devengado por concepto de bonificación por servicios prestados. A título de restablecimiento del derecho, solicitó ordenó reintegrar a la UGPP todas las sumas de dinero canceladas en exceso por la reliquidación.

§04. En los hechos refirió que el accionado nació el 17 de enero de 1948 y adquirió el estatus de pensionado el 17 de enero de 2003. Prestó sus servicios a la Universidad de Cundinamarca del 9 de febrero de 1972 al 28 de febrero de 1978, y al Fondo Nacional de Caminos Vecinales del 21 de diciembre de 1977 al 30 de junio de 1994.

§05. CAJANAL EICE concedió al demandado la pensión a través de la resolución 44075 del 19 de diciembre de 2005, a partir del 17 de enero de 2003. Se fundamentó en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 33 de 1985. En la liquidación tuvo en cuenta como tasa de reemplazo el 75%, sobre el promedio devengado de los 3 meses entre la vigencia de la Ley 100 de 1993 y el último día de servicios al sector público.

§06. El 22 de febrero de 2007 el Juzgado Séptimo Penal del circuito de Manizales en sentencia de tutela ordenó: (i) dejar sin efecto el acto administrativo que concedió la pensión al demandado, (ii) a CAJANAL reliquidara la pensión del accionado, conforme a los parámetros de la sentencia entre ellos que se tuviera en cuenta el 100% de la bonificación por servicios.

§07. En el año 2011 CAJANAL interpuso tutela contra el juzgado. En sentencia del 11 de octubre de 2011 el Tribunal Superior del distrito judicial de Manizales declaró la nulidad de lo actuado en la tutela que ordenó la reliquidación de la pensión del señor Cifuentes Suárez. Por ende, el juzgado reinició el trámite y esta vez negó la tutela.

§08. En 2012 el demandante interpuso tutela contra la sentencia del Tribunal Superior antes citada. La Sala Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia dictó sentencia el 7 de noviembre de 2012 amparando los derechos fundamentales del señor Cifuentes Suárez. Y ordenó dejar sin efectos la sentencia del tribunal ya referida.

§09. El Tribunal volvió a iniciar el trámite de la tutela, la cual declaró improcedente en sentencia del 30 de noviembre de 2012. Decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia el 30 de enero de 2013.

§10. De esta manera, volvió a tener efecto la sentencia de juzgado 7º penal del circuito.

§11. Posteriormente, la UGPP expidió la Resolución RDP 33286 del 23 de julio de 2013, acto demandado, por el cual se dio cumplimiento a la sentencia de tutela del juzgado penal antes mencionada. En consecuencia, reliquidó la pensión con el 100% de la bonificación por servicios, y elevó la mesada pensional en \$1.266.473, efectiva a partir del 17 de enero de 2003.

§12. La demandada citó como violados los artículos 128 y 138 de la Constitución Política; el Acto legislativo 01 de 2005 y el Decreto 1160 de 1947.

§13. Señaló que se violan las mencionadas disposiciones con el cumplimiento de la sentencia de tutela que ordenó a la entidad a reliquidar la pensión del señor Jairo Cifuentes Suárez, incluyendo en la liquidación el 100% de la bonificación por servicios. En su apoyo citó diversas sentencias del Honorable Consejo de Estado.

1.1. Contestación de la demanda que niega que se haya reliquidado la pensión con el 100% de la bonificación por servicios²

§14. El accionado admitió los hechos de la demanda acerca de los actos administrativos y judiciales. Pero indicó que el acto demandado reliquidó la pensión del demandado teniendo en cuenta la doceava parte de la bonificación de servicios y no el 100%. En consecuencia, se opuso a las pretensiones.

§15. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§16. **Inexistencia del supuesto fáctico planteado en la demanda, en el sentido de que a raíz de la expedición de la resolución número RDP 33286 del 23 de julio de 2013, se hubiese incluido en la reliquidación de la pensión de jubilación del señor Jairo Cifuentes Suárez, el 100% de la bonificación por servicios prestados, toda vez que respecto a este solo se reliquidó sobre la doceava parte.**

§17. **Cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación reclamada**, porque la pensión se reliquidó con la doceava parte de la bonificación por servicios prestados.

§18. **Buena fe en el actuar de “mi mandante” Jairo Cifuentes Suárez en el hipotético caso de que haya lugar a reintegrar algún dinero de mesadas pensionales, ello no sería oponible en contra del pensionado porque siempre ha actuado de buena fe.**

§19. **Prescripción y caducidad.** Solicitó que se declare la prescripción a favor del señor Jairo Cifuentes Suárez respaldado en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1986, 488 del Código Sustantivo del Trabajo y el 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

1.2. Sentencia de primera instancia que anuló parcialmente el acto demandado³

§20. El Juzgado Séptimo Administrativo del circuito de Manizales resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLÁRASE la NULIDAD parcial de la Resolución número RDP 033286 del 23 de julio de 2013, expedida por la UGPP, “por la cual se reliquida una pensión de vejez en cumplimiento de un fallo de tutela proferido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales”, lo anterior, únicamente en el sentido que la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida al señor Jairo Cifuentes Suárez, no es con el 100% de lo devengado por concepto de bonificación por servicios, sino lo equivalente a una doceava parte de este concepto, en lo restante, el derecho pensional reconocido y liquidado a favor del demandante se mantiene incólume.

SEGUNDO: SE DECLARA probada la excepción de “buena fe” propuesta por la parte demandada y en tal sentido no hay lugar a ordenar el reintegro de las sumas que fueron pagadas d más a su favor por la UGPP.

² Fls.209 a 219 c. 1

³ Fls. 257 a 260, C1

TERCERO: *Se insta a la UGPP para que revise la reliquidación de la pensión contenida en la resolución número RDP 033286 del 23 de julio de 2013, por cuanto se evidencia que la prima de vacaciones y la prima de servicios se incluyeron como factor salarial en un 100%; lo anterior, para que si es del caso, actúe de acuerdo con los mandatos legales y constitucionales.*

CUARTO: SE LEVANTA *la medida cautelar decretada mediante auto fechado 27 de marzo de 2017, confirmado por el Tribunal Administrativo de Caldas a través de auto del 14 de marzo de 2018.*

QUINTO: SE CONDENA EN COSTAS *a la parte demandada, señor Jairo Cifuentes Suárez y en favor de la parte demandante.*

Se fija como agencias en derecho a cargo de la parte demandada y en favor de la entidad demandante la suma de quinientos mil pesos m/cte.

[...]

§21. Manifestó que, luego de analizar las normas señaladas en la demanda como violadas y la posición que sobre el tema ha decantado la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, le asiste razón a la UGPP que el accionado no tiene derecho a que se liquide la pensión con inclusión del 100% de la bonificación por servicios prestados, sino con su doceava parte.

§22. La primera instancia señaló que se acreditó que el acto demandado sí reliquidó la pensión teniendo en cuenta el 100% de la bonificación por servicios prestados.

§23. El juzgado negó la restitución de los dineros percibidos por el demandado, pues no se acreditó que la reliquidación la hubiera obtenido con fraude o actos ilegales.

1.3. El demandado apeló la sentencia insistiendo que en la reliquidación pensional se tuvo en cuenta la doceava parte de la bonificación por servicios⁴

§24. El accionado solicitó se revoque la sentencia, ya que el acto demandado, la Resolución RDP33286 del 23 de julio de 2013, reliquidó la pensión sobre la doceava parte de la bonificación por servicios prestados.

§25. Al efecto, luego de emitido el acto demandado la UGPP expidió la resolución número 008143 del 2014 – no demandado- donde sí reliquidó la pensión con el 100% de dicha bonificación.

1.4. Alegatos de conclusión de segunda instancia

§26. El demandado presentó sus alegatos reafirmando los argumentos de la apelación⁵. La parte demandante y el Ministerio Público permanecieron silentes.⁶

⁴ Fl. 269 a 272 C1

⁵ Fls. 9 a 13, C3

⁶ Fl. 14 C3

2. Problema jurídico

§27. Conforme a los argumentos de la apelación ¿La Resolución RDP33286 del 23 de julio de 2013 expedida por la UGPP no incurrió en nulidad porque reliquidó la pensión del señor Cifuentes Suárez teniendo en cuenta la doceava parte de la bonificación por servicios y no el 100%?

2.1. Consideraciones

§28. La sala es competente para decidir la Alzada conforme al artículo 153 del CPACA.

2.2. Marco legal y jurisprudencial

§29. Conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁷, quienes para la fecha de entrada en vigor del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, tuvieran 35 o más años de edad si son mujeres, o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará el régimen anterior al cual se hallaban afiliados, esto es, la edad para acceder a la prestación pensional, el tiempo de servicio y el monto de la prestación.

§30. La Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado en providencia de unificación del 28 de agosto de 2018⁸, sentó jurisprudencia de esta forma:

“Primero: Sentar como jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que consagra el régimen de transición pensional, lo siguiente:

1. El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985.

2. Para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

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

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión,

actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

3. Los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia, en relación con los temas objeto de unificación, son obligatorias para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Tercero: Las pensiones que han sido reconocidas o reliquidada en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, no pueden considerarse que lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley.”-sft-

§31. Y los factores que deben tenerse en cuenta en la reliquidación de la pensión de las personas que estén bajo el régimen de transición, son aquellos sobre los que se hicieron aportes, conforme al artículo 1º del Decreto 1158 de 1994, entre los que está la bonificación por servicios prestados:

“a) La asignación básica mensual;

b) Los gastos de representación;

c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;

d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.

e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;

f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;

g) La bonificación por servicios prestados...”

§32. La bonificación por servicios prestados fue creada por el decreto 710 de 1978 por autorización de la Ley 5ª de 1978. Norma subrogada por el Decreto 1042 de 1978, que en su artículo 45 señaló “...Esta bonificación se reconocerá y pagará al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial...”

§33. Y la jurisprudencia ha sido reiterativa en que como es una prestación que se devenga por año de servicios cumplido, para efectos pensionales se toma la doceava parte.

§34. En sentencia del 8 de junio de 2006, el Consejo de Estado sostuvo⁹:

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Tarsicio Cáceres Toro, de fecha 8 de junio de 2006, Número Interno (2294-05)

“Esta prima es computable para efectos pensionales y por consiguiente, se debe cotizar por ella; ahora, como es una prima anual, se debe tener en cuenta su doceava parte para la liquidación pensional”.

§35. Esta posición se reitera y se adiciona con argumentos de sostenibilidad financiera, como se desprende de la siguiente sentencia del Consejo de Estado¹⁰:

“En cuanto al factor de “bonificación por servicios prestados”, está probado que el actor la devengó en el último año de servicios; sin embargo, la Caja no lo tuvo en cuenta para liquidar su pensión; situación que permite acceder a las pretensiones de la demanda en ese aspecto, como bien lo hizo el a quo. No obstante, la Sala adicionará la sentencia apelada, en el sentido de ordenar que dicho factor debe incorporarse a la base de liquidación pero de manera proporcional, esto es, en una doceava parte de su valor total, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del Estado (...)” (Subrayado fuera de texto).

2.3. Caso concreto

§36. La UGPP solicita la nulidad de la Resolución RDP33286 del 23 de julio de 2013, por medio de la cual se reliquidó la pensión del señor Jairo Cifuentes Suárez incluyendo en la liquidación el 100% de la bonificación por servicios prestados, en cumplimiento de una orden judicial.

§37. El demandado señala que realmente la pensión se reliquidó con la doceava parte de la bonificación.

§38. El juzgado de primera instancia en este proceso consideró que la pensión del accionado fue reliquidada teniendo en cuenta el 100% de la bonificación mencionada. En consecuencia, accedió a las pretensiones de lesividad.

§39. En el proceso se tiene demostrado que el señor Jairo Cifuentes Suárez nació el 17 de enero de 1948.¹¹

§40. Prestó servicios a las siguientes entidades: (i) del 9 de febrero de 1972 al 28 de febrero de 1978 en la Universidad de Cundinamarca; (ii) desde el 21 de diciembre de 1977 al 30 de junio de 1994 al servicio del Fondo Nacional de Caminos Vecinales¹²; (iii) certificado de semanas emitida por el ISS por 2340 semanas cotizadas en el régimen de prima media con prestación definida como trabajador independiente hasta el 30 de mayo de 2002; y, (iv) luego al servicio del empleador SEANCO LTDA¹³.

§41. Conforme a certificado del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, el actor devengó el último año de servicios públicos los siguientes elementos salariales: asignación básica mensual \$411.859, **bonificación por servicios pagada \$144.151**, prima de servicios pagada en 1993 \$175.154, prima de servicios pagada en 1994

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “ B” , C.P. Gerardo Arenas Monsalve, de fecha 6 de agosto de 2008 No interno (0640-08)

¹¹ F. 25 c.1

¹² F.23, 26v c.1

¹³ F.41 c.1.

\$211.936, prima de vacaciones último periodo causado \$220.766, prima de navidad pagada en diciembre de 1993 por \$380.107, prima de navidad causada 1994 \$239.163.¹⁴

§42. Mediante la Resolución 44075 del 19 de diciembre de 2005, CAJANAL reconoció la pensión al señor Jairo Cifuentes Suárez. Señaló que adquirió el estatus el 17 de enero de 2003. Reconoció que el demandante tenía derecho al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El periodo que tomó en cuenta fue de tres meses, desde la vigencia del régimen de seguridad social, o sea, el 01 de abril de 1994 al 30 de junio de 1994 cuando se retiró del servicio público. Tomó como factores: asignación básica \$411.859 y bonificación por servicios prestados \$12.012,58. La mesada se reconoció por valor de \$1.063.936,63.¹⁵

§43. Mediante sentencia de tutela del 28 de octubre de 2011¹⁶, el Juzgado Séptimo Penal del circuito de Manizales - Caldas ordenó modificar la resolución de reconocimiento de la pensión del demandado, para reliquidar la pensión con la asignación más elevada devengada en el último año de servicios, con inclusión de todos los factores salariales, entre ellos el 100% de la bonificación por servicios prestados.¹⁷

§44. Mediante Resolución RDP 033286 del 23 de julio de 2013, CAJANAL dio cumplimiento a la sentencia de tutela mencionada, y en consecuencia reliquidó la pensión del accionado incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios (1993- 1994).

§45. Dentro de los factores con que se reliquidó la pensión está “1994 *BONIFICACIÓN SERVICIOS PRESTADOS \$144.151,00*”. Este valor coincide con el certificado del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, donde señala que entre junio de 1993 a junio de 1994 el actor devengó por bonificación por servicios \$144.151.¹⁸

§46. Entonces, está demostrado que la Resolución RDP33286 del 23 de julio de 2013, acto demandado, sí tomó el 100% de la bonificación percibida por el accionado el último año de servicios públicos.

§47. En este orden de ideas, resulta palmaria la ilegalidad del acto que expidió la extinta CAJANAL hoy UGPP, en cumplimiento a la sentencia de tutela proferida por el Séptimo Penal del circuito de Manizales - Caldas, con lo cual se han transgredido flagrantemente los intereses del Estado, por lo que debe declararse la nulidad de la resolución RDP 033286 del 23 de julio 2013.

§48. En conclusión, se confirmará la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 22 de agosto de 2018.

3. Costas en segunda instancia

§49. Con base en el numeral 1 del artículo 365 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011, dado que no se demostró ninguna actuación desplegada por la parte accionada y no se generaron gastos en esta instancia, no se condenará en costas.

¹⁴ F.30v c.1

¹⁵ Fls. 55 a 57; 58 a 60, C 1

¹⁶ Fls 63 a 77, C1

¹⁷ Fls. 130 a 137 C1

¹⁸ Fls 201 a 207, C1

§50. Por lo expuesto, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Sentencia

Primero: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 22 de agosto de 2018, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad) promovió la UGPP contra el señor Jairo Cifuentes Suárez.

Segundo: Sin costas.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones respectivas en el programa “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y Cúmplase

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

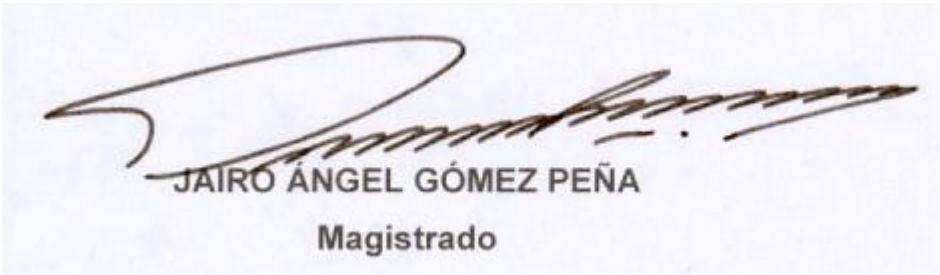
Los Magistrados



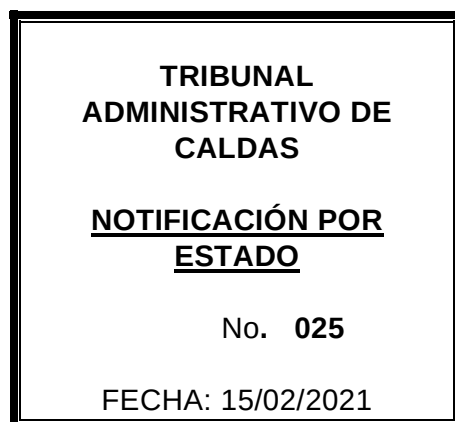
PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD DE MANIZALES-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: **aea0b611a70903fa377af25738701a8187f560f79e79a26594763eaf2a8096b9**
Documento generado en 12/02/2021 01:59:45 PM

**APODERADO DE LA PARTE ACTORA:
DRA. LAURA GÓMEZ MONTEALEGRE**

**APODERADO DE LA PARTE ACCIONADA:
DR. LEOVIGILDOCARDONA CARDONA**



**República de Colombia
Rama Judicial
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala sexta de decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**

Sentencia de Segunda Instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho laboral
(Lesividad)
Demandante: Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales - UGPP
Demandado: Néstor Zuluaga Pérez
Radicado: 17001333900620170026602
Acto Judicial: Sentencia 009

Manizales, ocho (08) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto aprobado en la sala de la presente fecha.

§01. Síntesis: La UGPP demanda en lesividad el acto que reliquidó la pensión del demandado, expleado judicial, ordenada por una tutela en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, con estos parámetros: (i) el 75% del ingreso más alto del último año de servicios; (ii) incluyó el 100% de la bonificación por servicios. La sentencia del juzgado accedió solamente a la nulidad de la inclusión de la totalidad de la bonificación. La sala modifica la decisión para que se liquide la pensión así: (i) se incluya el 75% del promedio de los ingresos percibidos los últimos diez años de servicios; y, (ii) se incluya la asignación mensual, y las doceavas partes de la bonificación por servicios y prima de productividad.

§02. La Sala procede a dictar sentencia de segunda instancia en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho laboral - lesividad promovida por la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP, demandante, contra el señor Néstor Zuluaga Pérez, demandado. El objeto de la decisión es la apelación interpuesta por la accionante en contra de la sentencia proferida el 5 de marzo de 2019 por el Juzgado Sexto Administrativo del circuito de Manizales que accedió a la nulidad del acto demandado, pero no a la restitución de los dineros pagados al accionado.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita la nulidad de un acto que reliquidó una pensión con el salario más alto del último año de servicios, con la inclusión del 100% de la bonificación por servicios prestados y la prima de productividad ¹

§03. La demandante pretende que se declare la nulidad de la Resolución UGM 024224 del 05 de enero de 2012, que dio cumplimiento a una sentencia de tutela para reliquidar la pensión reconocida al señor Néstor Zuluaga Pérez, con inclusión del 100% de la bonificación por servicios prestados y la prima de productividad. Como restablecimiento, se ordene al accionado reintegrar las sumas canceladas en exceso.

§04. Describió que el demandado nació el 31 de mayo de 1952, y prestó servicios a diferentes organizaciones estatales desde el 28 de enero de 1974 hasta el 30 de diciembre de 2007. Los últimos 29 años fueron prestados en la Fiscalía General de la Nación. CAJANAL le reconoció la pensión por la resolución 44271 del 21 de septiembre de 2007, en cuantía de \$974.563.80, a partir del 15 de junio de 2007.

§05. CAJANAL mediante la Resolución 57555 del 21 de noviembre de 2008 reliquidó la pensión, y elevó la mesada en \$1.025.564,91, condicionada al retiro del servicio.

§06. El 24 de mayo de 2010 el Juzgado Civil del Circuito de Anserma – Caldas a través de sentencia de tutela ordenó a CAJANAL reliquidara la pensión del accionado, con los siguientes parámetros: (i) la asignación más elevada del último año de servicios, y, (ii) el 100% de la bonificación y de la prima de productividad.

§07. La UGPP dio cumplimiento a la orden judicial en la Resolución UGM 024224 del 05 de enero de 2012, por lo que la mesada ascendió a \$1.504.737.81, a partir del 31 de diciembre de 2007.

§08. La demanda enlistó como disposiciones violadas los artículos: 1, 2, 4, 6, 121, 122, 123, 209 de la Constitución Política; 162.4 del CPACA; las leyes 100 de 1993, 33 de 1985, 63 de 1985, 71 de 1988; los decretos 546 de 1971, 3899 de 2008, 1042 de 1978, 10 de 1989 y 2143 de 1995.

§09. La accionante señaló los siguientes conceptos de la violación:

§09.1. La pensión no podía ser reliquidada con base en la asignación mensual más elevada del último año de servicios: Conforme a las sentencias C-168 de 1995, C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, en las pensiones que están dentro del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que se les aplica el Decreto 564 de 1971, solo se tiene en cuenta la edad y tiempo de servicios, pero no el ingreso base de liquidación.

§09.2. La pensión o podía ser reliquidada con el 100% de la prima de productividad ni la bonificación por servicios prestados. Estos factores salariales se causan luego de un año de servicios, por lo que debe calcularse conforme a la doceava parte y no el 100%. Esto conforme a los artículos 1º del Decreto 2460

¹ Fls. 1 a 8, c1

de 2006, 1 y 2 del Decreto 3899 de 2008, 46 y 47 del Decreto 1042 de 1978, 12 del Decreto 10 de 1989.

1.2. El demandado se opuso señalando que al actor se le aplica íntegramente el Decreto 546 de 1971 y recibió la pensión de buena fe²

§10. El accionado admitió los hechos de la demanda. Se opuso a las pretensiones porque al actor se le aplica al régimen estipulado en el Decreto 546 de 1971, por lo que tiene derecho a que el ingreso base de liquidación se realice con el salario más alto del último año de servicios. Además, el actor recibió su pensión de buena fe.

§11. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§11.1. **Cobro de lo no debido:** La demandante no puede solicitar la devolución de las sumas recibidas de buena fe por el demandado, con fundamento en el artículo 164.1.c del CPACA.

§11.2. **Buena fe.** Resaltó que el demandado recibió su pensión de buena fe, en virtud de mandato de una autoridad legítima en cumplimiento de un acto administrativo.

1.3. La sentencia de primera instancia que accedió solo a la pretensión que se reliquide la pensión con la inclusión de la doceava parte de la bonificación por servicios³

§12. El Juzgado Sexto Administrativo del circuito de Manizales mediante sentencia del 05 de marzo de 2019 resolvió lo siguiente:

*“**Primero: DECLARÉSE** la nulidad parcial de la Resolución número UGM 024224 del 05 de enero de 2012 proferida por Cajanal EICE, **específicamente** en lo referente a la inclusión del 100% de la bonificación por servicios prestados, debiendo ser una doceava parte (1/12), en liquidación de la pensión de jubilación del señor Néstor Zuluaga Pérez. Lo anterior en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales para la Protección Social “UGPP” contra aquel.*

***Parágrafo:** la normativa aplicable, los demás factores salariales tomados en cuenta en la resolución número UGM 024224 del 05 de enero de 2012, al igual que la doceava parte del factor “bonificación por servicios prestados”, permanecen incólumes para la liquidación de la mesada pensional del señor Néstor Zuluaga Pérez.*

***Segundo:** La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales para la Protección Social “UGPP” proferirá un nuevo acto administrativo conforme a lo ordenado en esta sentencia dentro de los treinta (30) días siguientes a su ejecutoria, sin que de ninguna manera se*

² Fls.298 a 200 C. 1A

³ Fls. 316 a 324, C1A

afecte el pago oportuno de la prestación social vitalicia cuya titularidad posee el señor Néstor Zuluaga Pérez.

Tercero: *Niéganse las demás pretensiones de la entidad demandante.*

Cuarto: *Sin costas.*

§13. Como problemas jurídicos se identificaron:

“La liquidación de la pensión del señor Néstor Zuluaga Pérez, se debía realizar teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en los 10 años de servicios anteriores a la fecha en que adquirió el estatus de pensionado, conforme con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993?

¿Era procedente la inclusión del 100% de la bonificación por servicios prestados y la prima de productividad en la liquidación de la pensión de jubilación del señor Zuluaga Pérez? De no ser así,

¿El señor Zuluaga Pérez debe reintegrar a la entidad actora los dineros incluidos en su pensión por concepto del 100% de la bonificación por servicios prestados?”

§14. El juzgado analizó el régimen pensional aplicable a los servidores de la Fiscalía General de la Nación conforme al Decreto 691 de 1994 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

§15. La sentencia encontró que el demandado tenía más de 40 años a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, por lo que es beneficiario del sistema de transición. Así, debe aplicarse en su caso el artículo 6º del Decreto 546 de 1971, que señala el derecho a adquirir la pensión a los 55 años de edad, 20 años de servicios, liquidada con el 75% de la asignación mensual más elevada del último año de servicios.

§16. El juzgado reconoció que la sentencia C-258 de 2013 de la Corte Constitucional señaló que el ingreso base de liquidación para los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, se realiza con el promedio de los factores devengados los últimos diez años de servicios.

§17. Pero la sentencia T-616 de 2016 de la misma corporación indicó que esta regla solo sea aplica a quienes adquirieron el estatus pensional luego de la vigencia de la sentencia de 2013.

§18. Como el demandado adquirió el estatus antes de 2013, la base de la reliquidación de la pensión del accionado es la asignación mensual más elevada del último año de servicios. Efectivamente, esto fue lo que realizó el acto demandado.

§19. Estimó que la jurisprudencia señala que la bonificación por servicios debe ser calculada en la pensión con la doceava parte y no la totalidad.

§20. En cuanto a la inclusión la prima de productividad en la liquidación de la pensión del accionado, el juzgado observó que el acto demandado la liquidó con la doceava parte y no el 100% como lo señaló la demanda.

§21. Negó la pretensión de la restitución de dineros percibidos por el accionado con ocasión de la reliquidación efectuada, teniendo en cuenta que no se probó la mala fe en el actuar del demandado.

§22. Concluyó que la pensión que se debe seguir pagando al señor Néstor Zuluaga Pérez debe ser reliquidada teniendo en cuenta la doceava parte de la bonificación por servicios prestados.

1.4. La UGPP apeló para que se reliquide la pensión conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y se ordene el reintegro de los dineros recibidos de más por el accionado⁴

§23. La parte demandante reiteró las pretensiones de la demanda y expuso que el juzgado solo accedió a la pretensión de reliquidar la pensión con la doceava parte de la bonificación por servicios.

§24. Insistió que la pensión se debe reliquidar conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y las sentencias C-258 de 2013, SU 395 de 2017 de la Corte Constitucional y la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 del Consejo de Estado.

§25. También reafirmó la petición de que el demandado reintegre los dineros recibidos en exceso, pues la mala fe radica en que se presentó la demanda de tutela en un municipio diferente al domicilio del accionado.

1.4. Alegatos de conclusión de segunda instancia

§26. Según constancia secretarial⁵, ninguna de las partes se pronunció y el Ministerio Público permaneció silente.

2. Consideraciones

§27. El tribunal es competente para decidir la apelación conforme al artículo 153 del CPACA.

2.1. Problemas Jurídicos

§28. ¿El demandado tiene derecho a la reliquidación de la pensión con la asignación más elevada devengada en el último año de servicios?

⁴ Fl. 327 a 330 C1A

⁵ Fl. 6 C3

§29. ¿El accionado tiene derecho que en la reliquidación de la pensión sea tenido en cuenta el 100% de la bonificación por servicios?

§30. ¿El accionado tiene derecho que en la reliquidación de la pensión sea tenido en cuenta el 100% de la prima de productividad?

§31. ¿La parte accionada obró de mala fe al solicitar por vía de tutela la reliquidación pensional, y por ende debe reintegrar las sumas de dinero pagada por la entidad?

2.2. En el proceso se demostró que en el acto demandado se tuvo en cuenta el 75% del salario más alto del último año de servicios, el 100% de la bonificación por servicios y la doceava parte de la prima de productividad

§32. Como aparece a continuación, al demandado se le *concedió* la pensión tomando el 75% del promedio de la asignación básica y bonificación por servicios devengados los últimos diez años de servicios. Luego, con fundamento en una sentencia de tutela, se reliquidó la pensión con el 75% del salario más alto del último año de servicios incluyendo todos los factores. La bonificación por servicios prestados se tomó en un 100% y la prima de productividad en una doceava parte.

§33. A través de la Resolución 44271 del 21 de septiembre de 2007, CAJANAL reconoció al señor Néstor Zuluaga Pérez una pensión por vejez en cuantía de \$974.563,80. Tuvo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado entre el 1º de junio de 1997 y el 30 de mayo de 2007, conforme lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; efectiva a partir del 15 de junio de 2007, condicionada al retiro del servicio.⁶

§34. El demandado se retiró del servicio de la fiscalía a partir del 31 de diciembre de 2007, según la resolución 2-2788 del 23 de noviembre de 2007.

§35. A través de la Resolución AMB 57555 del 21 de noviembre de 2008 se reliquidó la pensión del señor Néstor Zuluaga Pérez conforme la Ley 100 de 1993 en cuantía de \$1.025.564.91; teniendo en cuenta el 75% del promedio del salario devengado en los últimos diez años de servicios.⁷

§36. El acto fue confirmado en sede de reposición por la resolución 16882 del 4 de mayo de 2009⁸ de CAJANAL.

§37. A través de la sentencia del 24 de mayo de 2010 del Juzgado Civil del circuito de Anserma - Caldas, se ordenó a CAJANAL reliquidar la pensión del demandado con la asignación más alta del último año de servicios, incluyendo todos los factores salariales, el 100% de la bonificación por servicios y de la bonificación por productividad.⁹

6 Fls.103 a 105; 168 a 170; 176 a 179; 206 a 208 C 1

7 Fls. 113 a 116; 196 a 200, C1

8 Fls 129 a 134; 191 a 195; C1

9 Fls. 138 a 151 C1

§38. En cumplimiento a la citada sentencia CAJANAL expidió la Resolución UGM 024224 del 05 de enero de 2012, donde señaló:

§38.1. Que el señor Zuluaga Pérez laboró en las siguientes entidades: (i) departamento de Caldas de 19740128 a 19750205; (ii) municipio de Chinchiná de 19750609 a 19751230 y de 19760823 a 19800714; y la Fiscalía General de la Nación de 19800906 a 20071230.

§38.2. Tomó como base de liquidación los siguientes factores, que se comparan con el salario más alto devengado el último año de servicios:

		Porcentaje tomado en cuenta en la liquidación	Salario más alto del último año ¹⁰
2007	Asignación básica mes	1.271.794.00	1.271.794
2007	Bonificación servicios prestados	455.127.00	445.127
2007	Prima de vacaciones	58.922.00	707.067
2007	Prima de productividad	52.991.42	1.271.794
2007	Prima de navidad	122.944.83	1.475.338
2007	Prima de servicios	54.537.00	654.444

De lo anterior, se infiere que el acto demandado tuvo en cuenta el 100% de la bonificación por servicios prestados. Pero la prima de productividad no fue tomada en un 100% sino en una doceava parte.

§38.3. El acto demandado fijó la mesada en \$1.504.737,18.¹¹

2.3. La pensión de los servidores de la Rama Judicial que se encuentran en el régimen de transición de la ley 100 solo se rige por el decreto 546 de 1971 en lo referido a edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo

§39. El artículo 6° del Decreto 546 de 1971 estableció un régimen especial pensional para los servidores de la Rama Judicial vinculados antes de la Ley 100 de 1993:

*“Artículo 6°. Los funcionarios y empleados a que se refiere este decreto, tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres, y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público o a ambas **actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas**”. (rft)*

¹⁰ Archivo 45- Certificado de factores salariales- Causante. Cd.2 f. 168 c.1.

¹¹ Fls 163 a 166; 224 a 227; 243 a 255, C1

§40. El artículo 36 de la Ley 100 de 1993¹² establece que quienes para la fecha de su entrada en vigor tuvieran 35 o más años de edad si son mujeres, o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, se les aplicará la edad para acceder a la prestación pensional, el tiempo de servicio y el monto de la prestación del régimen anterior.

§41. La Corte Constitucional en sentencia C-168 de 1995 expuso que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 había indicado que para las pensiones del régimen de transición solo se aplicaba del régimen anterior la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas. Y los demás requisitos se guiarían por el inciso 3º ídem.

§42. Contrario a lo anterior, la Corte Constitucional en forma reiterada señaló que para el régimen de transición de los empleados de la Rama Judicial debía aplicarse el artículo 6º del Decreto 546 de 1971 en su integridad. (sentencias T-631 de 2002, T-169 de 2003, T-158 de 2006, T-251 de 2007, T-180 de 2008, T-430 de 2011, T-860 de 2012).

§43. La sentencia C-258 de 2013 sostuvo que el propósito original del legislador era el de no permitir la aplicación ultractiva de las reglas del ingreso base de liquidación de los regímenes pensionales vigentes antes de la Ley 100 de 1993. Por ello declaró la exequibilidad condicionada del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, con el objetivo que se entendiera que las reglas sobre ingreso base de liquidación aplicables a todos los beneficiarios del régimen en análisis, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso 3.º, de la Ley 100 de 1993, según el caso.

§44. Esta posición fue reafirmada por la sentencia SU-230 de 2015.

§45. La última sentencia generó una amplia discusión sobre los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta en el ingreso base de liquidación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

¹² “Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley”.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”

§46. En dicha época, el Tribunal Administrativo de Caldas¹³ reseñó los pronunciamientos hechos hasta ese momento por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado en relación con este tema, con base en lo cual se adoptó la postura expuesta por la Sección Segunda del Consejo de Estado en las sentencias de unificación del 4 de agosto de 2010, del 25 de febrero de 2016, de extensión de jurisprudencia del 24 de noviembre de 2016 y de acatamiento de la sentencia de tutela del 9 de febrero de 2017.

§47. Después la sentencia SU-395 de 2017¹⁴ de la Corte Constitucional insistió que la interpretación de la palabra monto a que alude el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe entenderse la tasa de reemplazo. Y la pensión debe ser promediada con la base del régimen general, incluyendo los factores de liquidación de la pensión sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones.

“En este orden de ideas, es posible concluir que de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el Constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del Sistema de Seguridad Social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993. (...)”
(Resaltado por la Sala).

§48. El Consejo de Estado¹⁵ unificó la jurisprudencia en sentencia del 28 de agosto de 2018, adoptando la postura de la Corte Constitucional.

§49. Ante lo anterior esta Corporación decidió, en aras de procurar el respeto de los principios de seguridad jurídica y de sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, modificar la posición adoptada, para acoger la postura del Máximo Tribunal Constitucional, en sentencia del 23 de abril de 2018¹⁶.

§50. El 11 de junio de 2020 el Consejo de Estado¹⁷ unificó la jurisprudencia para el caso del régimen de transición de los servidores de la Rama Judicial, de la siguiente manera:

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

¹³ Al respecto, pueden consultarse las providencias del 8 de septiembre de 2017, radicadas con los números 17001-33-33-001-2014-00205-02 y 17001-33-33-001-2014-00480-02, con ponencia del Magistrado Augusto Ramón Chávez Marín.

¹⁴ Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado Ponente: Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sentencia SU-395 del 22 de junio de 2017.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP. Dr. César Palomino Cortés, en sentencia del 18 de agosto de 2018, radicado

¹⁶ Tribunal Administrativo de Caldas. Sala de Decisión. Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín. Sentencia del 23 de abril de 2018. Radicación número: 17001-23-33-000-2016-00716-00.

¹⁷ SECCIÓN SEGUNDA- Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D. C., once (11) de junio de dos mil veinte (2020) Radicación número: 15001-23-33-000-2016-00630-01(4083-17)CE-SUJ-S2-021-20

El servidor o ex servidor de la Rama Judicial o del Ministerio Público beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 adquiere el derecho a la pensión, siempre que:

i) Para el 1.º de abril de 1994, cuando cobró vigencia la Ley 100 de 1993 en el ámbito nacional o para el 30 de junio de 1995 cuando empezó a regir en el ámbito territorial, tenga: a) 40 años de edad si hombre, 35 años de edad si es mujer o; b) 15 años o más de servicios efectivamente cotizados.

ii) Reúna además los requerimientos propios del régimen de la Rama Judicial y del Ministerio Público estipulados en el artículo 6.º del Decreto 546 de 1971 para consolidar el estatus pensional que son: a) el cumplimiento la edad de 50 años si es mujer o 55 años si es hombre; b) el tiempo de 20 años de servicios, continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de dicho decreto, que tuvo lugar el 16 de julio de 1971; 295 c) de esos 20 años de servicio, por lo menos 10 años lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades.

En cuyo caso, el reconocimiento de su pensión se efectuará de la siguiente manera:

iii) Con los elementos del régimen anterior consagrados en el artículo 6.º del Decreto 546 de 1971 que son: a) la edad de 50 años si es mujer o de 55 años si es hombre; b) el tiempo de servicios de 20 años, continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de dicho decreto; c) de esos 20 años de servicio, por lo menos 10 años lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades; d) la tasa de reemplazo del 75%; e) el ingreso básico de liquidación de que tratan los artículos 21 y 36, inciso 3.º, de la Ley 100 de 1993, según el caso; es decir, si le faltare más de 10 años, será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión actualizados anualmente con base en la IPC certificado por el DANE, y si le faltare menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será: (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en IPC certificado por el DANE; y f) con los factores de liquidación contemplados por el artículo 1.º del Decreto 1158 de 1994 al igual que por los artículos 14 de la Ley 4ª. de 1992 con la modificación de la Ley 332 de 1996; 1.º del Decreto 610 de 1998; 1.º del Decreto 1102 de 2012; 1.º del Decreto 2460 de 2006; 1.º del Decreto 3900 de 2008; y 1.º del Decreto 383 de 2013, según se trate de magistrados o empleados de la Rama Judicial o del Ministerio Público.

SEGUNDO: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con el tema que se unifica jurisprudencia, tienen aplicación retrospectiva, y que la regla jurisprudencial fijada es vinculante en los siguientes casos: (i) respecto de los asuntos similares que actualmente se están tramitando en el seno de la administración; (ii) respecto de los procesos similares que se están adelantando en juzgados, tribunales administrativos y Consejo de Estado. En consecuencia, no tiene efectos respecto de aquellos asuntos en los que ya existe sentencia ejecutoriada. En tal virtud, los conflictos judiciales ya resueltos están amparados por la cosa juzgada y en consecuencia resultan inmodificables.

Tampoco puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en tesis anteriores que sostuvo la Sección Segunda del Consejo de Estado, la cuales replanteó la Sala Plena, lo fueron con

abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer recurso extraordinario de revisión contra sentencia ejecutoriada que haya reconocido la pensión con fundamento en jurisprudencia diferente a la ratio decidendi aquí expuesta, prevalecerá el carácter de cosa juzgada, sin perjuicio de lo previsto en las causales de revisión reguladas en el artículo 250 del CPACA.”

§51. Así las cosas, la liquidación de la pensión de los servidores de la rama judicial que estén en el régimen de transición de la ley 100, solo se aplica el decreto 546 de 1971 en cuanto edad, tiempo de servicio y tasa de reemplazo.

§52. El señor Zuluaga Pérez demandado se encuentra dentro del régimen de transición de la ley 100, porque nació el 31 de mayo de 1952¹⁸ y tenía 41 años a la entrada en rigor de la ley.

§53. En consecuencia, el ingreso base para liquidar la pensión es el previsto en el artículo 21 de la ley 100, esto es, el promedio de lo devengado durante los diez años anteriores al reconocimiento pensional, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

§54. Al accionado inicialmente se le concedió la pensión a través de la Resolución 44271 del 21 de septiembre de 2007, que se liquidó con una tasa de reemplazo del 75%, sobre un ingreso base de liquidación de los últimos diez años, conforme al artículo 36 de la ley 100 de 1993. Tuvo en cuenta la asignación básica y la bonificación por servicios prestados.

§55. Luego la Resolución AMB 57555 del 21 de noviembre de 2008, reliquidó la pensión al retiro, en los mismos términos de la resolución anterior, o sea, teniendo en cuenta los últimos diez años de servicios.

§56. Posteriormente y en cumplimiento de la sentencia de tutela del Juez del circuito de Anserma- Caldas, la resolución UGM 024224 del 05 de enero de 2012 reliquidó la prestación con el 75% de lo devengado el último año de servicios -2007, teniendo en cuenta todos los factores salariales, el 100 % de la bonificación por servicios prestados y la doceava parte de la prima de productividad.

§57. En este sentido, le asiste razón a la entidad demandante, en que la pensión del accionado no debió reliquidarse con todos los parámetros del Decreto 546 de 1971, sino solo con la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo. Y el ingreso base se debió mantener conforme el artículo 36 de la ley 100.

§58. Por lo tanto, se accederá a la nulidad del acto.

¹⁸ 4- Registro civil de nacimiento – Causante. Cd.2 f.168 c.1

2.4. La bonificación por servicios prestados de los empleados de la rama judicial solo se reconoce en una doceava parte para efectos pensionales

§59. La bonificación por servicios prestados fue creada por el decreto 710 de 1978 por autorización de la Ley 5ª de 1978. Norma subrogada por el Decreto 1042 de 1978, que en su artículo 45 señaló “...*Esta bonificación se reconocerá y pagará al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial...*”

§60. Para los servidores de la rama judicial esta bonificación fue establecida por el artículo 1º del Decreto 247 de 1997:

“ARTÍCULO 1º. Créase la bonificación por servicios prestados para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial (Tribunales, Juzgados, Fiscalía General de la Nación, Direcciones Ejecutivas de la Administración Judicial, Consejos Seccionales de la Judicatura y empleados de las altas Corporaciones) y la Justicia Penal Militar, en los mismo términos establecidos en los artículos 45 y siguientes del Decreto-ley 1042 de 1978 y las demás normas que lo modifiquen o adicionen, la cual será exigible a partir del 1o de enero de 1997.

La Bonificación por Servicios Prestados constituirá factor salarial para efectos de determinar la prima de servicio, prima de navidad, vacaciones y prima de vacaciones, auxilio de cesantía y pensiones.”

§61. La jurisprudencia ha sido reiterativa en que como es una prestación que se devenga por año de servicios cumplido, para efectos pensionales se toma la doceava parte.

§62. En sentencia del 8 de junio de 2006, el Consejo de Estado sostuvo¹⁹: “*Esta prima es computable para efectos pensionales y por consiguiente, se debe cotizar por ella; ahora, como es una prima anual, se debe tener en cuenta su doceava parte para la liquidación pensional*”.

§63. Esta posición se adicionó por el Consejo de Estado con argumentos de sostenibilidad financiera²⁰:

“En cuanto al factor de “bonificación por servicios prestados”, está probado que el actor la devengó en el último año de servicios; sin embargo, la Caja no lo tuvo en cuenta para liquidar su pensión; situación que permite acceder a las pretensiones de la demanda en ese aspecto, como bien lo hizo el a quo. No obstante, la Sala adicionará la sentencia apelada, en el sentido de ordenar que dicho factor debe incorporarse a la base de liquidación pero de manera proporcional, esto es, en una doceava parte de su valor total, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del Estado (...)” (Subrayado fuera de texto).

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Tarsicio Cáceres Toro, de fecha 8 de junio de 2006, Número Interno (2294-05)

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “ B” , C.P. Gerardo Arenas Monsalve, de fecha 6 de agosto de 2008 No interno (0640-08)

§64. En el mismo sentido la sentencia del 7 de febrero de 2013¹²:

“Sea la oportunidad para mencionar, que el factor de bonificación por servicios se reconoce y paga al empleado cada vez que cumple un año continuo de labor en una misma entidad oficial, es decir que el derecho a su reconocimiento se causa cada vez que aquél cumple un año de servicios y, por lo tanto, el cómputo de este factor para efectos de determinar la cuantía de la pensión debe hacerse en una doceava parte y no sobre el 100%, en consideración a que su pago se hace de manera anual.”¹³”

§65. A pesar de que la jurisdicción administrativa de Caldas adoptó la postura que la bonificación por servicios prestados debía incluirse en su totalidad en la liquidación de la pensión de los servidores judiciales, a partir del 2013 se rectificó esta postura, para seguir la senda señalada por el Consejo de Estado²¹.

§66. En consecuencia, la pensión del accionado no debía reliquidarse con el 100% de la bonificación por servicios prestados, sino una doceava parte.

2.5. La prima de productividad es factor salarial para la pensión y se toma en una doceava parte

§67. Conforme a la sentencia de unificación jurisprudencial del 11 de junio de 2020, la prima de productividad sí debe tenerse en cuenta como factor salarial para el cálculo de la pensión:

*“Por otro lado, el Decreto 2460 de 2006,²⁴⁸ igualmente emitido por el presidente de la República «en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992», en el artículo 1.º creó una **prima de productividad para los empleados de la Rama Judicial**, equivalente al 50% de la remuneración mensual, pagadera en el mes de diciembre de cada año, y que constituye factor salarial para liquidar las prestaciones sociales.*

(...)

Vista la anterior normativa es posible colegir que, aunque a partir del 1.º de abril de 1994 los servidores de la Rama Judicial quedaron incorporados al sistema general de pensiones, y que, en virtud de tal incorporación a través del artículo 6.º del Decreto 691 de 1994 modificado por el artículo 1.º del Decreto 1158 de 1994, fueron fijados como factores de salario para liquidar su ingreso base de cotización la asignación básica mensual; los gastos de representación; la prima técnica, cuando sea factor de salario; las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario; la remuneración por trabajo dominical o festivo; la remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna; y la bonificación por servicios prestados, lo cierto es que estos servidores, precisamente en desarrollo de la Ley 4ª. de 1992, que a su vez dio cumplimiento a lo establecido por el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Carta Política, tienen derecho a que se computen como factores salariales en la liquidación de su pensión los siguientes:

²¹ Sent. 11 abril 2013 MP Carlos Manuel Zapata Jaimes. Rad 2012-00104. 28 de julio de 2005, radicado No 2003-0201. M.P. Jairo Ángel Gómez Peña; la de 4 de diciembre de 2.008, radicado No 17-001-33-31-004-2006-00085-01, M.P. William Hernández Gómez y la sentencia del primero (1) de marzo de dos mil doce (2012), Rad: 2009-00161, M.P. Carlos Manuel Zapata Jaimes.

Prima especial de que trata por la Ley 332 de 1996, que modificó la Ley 4ª. de 1992, para los magistrados y agentes delegados ante la Rama Judicial; la ***bonificación por compensación*** creada por el Decreto 610 de 1998 para los magistrados y por el Decreto 1102 de 2012 para los magistrados y agentes del Ministerio Público ante magistrados de tribunales; la ***prima de productividad*** para los empleados judiciales ordenada por el Decreto 2460 de 2006; la ***bonificación por actividad judicial*** establecida por el Decreto 3900 de 2008 para los jueces y procuradores judiciales 1, y la ***bonificación judicial*** instituida por el Decreto 383 de 2013 para los servidores de la Rama Judicial, pues en forma expresa los decretos aludidos dispusieron que se ***constituyen en factores de salario para efecto de determinar su ingreso base de cotización, siempre y cuando respecto de ellos se hayan efectuado los aportes correspondientes.***”-sft-

§68. Y como en el caso de la bonificación por servicios, “...como es una prima anual, se debe tener en cuenta su doceava parte para la liquidación pensional”.

§69. En el caso del acto demandado, éste incluyó la prima de productividad, pero solo en la doceava parte, por lo que la demanda carecía de objeto al atacar que esta prima se habría tenido en cuenta en su totalidad.

2.6. Procedencia de la devolución de las sumas percibidas por el accionado

§70. La entidad apelante señala que debe condenarse al demandado al reintegro de los dineros percibidos demás por la reliquidación ordenada por una sentencia de tutela. La causa de la mala fe sería que el amparo fue interpuesto ante un juez que no era de la residencia del accionado.

§71. El artículo 83 de la Carta Política²² señala que las actuaciones de los particulares y de las autoridades deben ceñirse a los postulados de la buena fe la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

§72. El artículo 164 del CPACA²³ dispone que los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

§73. Al respecto la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ilustró sobre la presunción del principio de la buena fe²⁴:

“(...) tal y como se ha señalado, conforme con la jurisprudencia constitucional, del artículo 83 superior se infiere una presunción de buena fe para los particulares cuando quiera que ellos adelanten actuaciones ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico administrativas, lo cual se reitera, admite prueba en contrario”
Resaltado por la Sala.

²² <http://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-4/articulo-83>

²³ http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr004.html#164

²⁴ Corte Constitucional sentencia C-1194 de 2008, Referencia: expediente D-7379 MP. Dr. Rodrigo Escobar Gil, 3 de diciembre de 2008. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-1194-08.htm>

§74. La presunción de buena fe admite prueba en contrario, conforme a las actuaciones y supuestos fácticos que sean valorados.

§75. En los casos en que se han recibidas prestaciones periódicas cuando no hay error de la administración, el Consejo de Estado indica²⁵:

“(...)_distinta es la situación cuando el reconocimiento del derecho no deviene directamente del error de la administración, en cuyo caso, habrá que analizar situaciones particulares de los actos de los involucrados en la actuación, y la utilidad e incidencia en la producción de los actos definitivos que resolvieron la cuestión. (...)”

(...)

Así las cosas, la utilización de un documento fraudulento, falso o apócrifo dentro de la actuación administrativa, y que ello desemboque en el reconocimiento de un derecho pensional, permite desvirtuar la presunción de buena fe que gobierna los actos del peticionario, haciendo viable así, la recuperación de los dineros pagados de manera indebida.” Resaltado por la Sala.

§76. De lo expuesto se infiere para lograr la entidad el reembolso de las sumas de dinero la entidad debe demostrar la ilegalidad del acto administrativo y que se obtuvo por parte del accionado desconociendo los postulados de la buena fe.

§77. En el presente caso, y como se pudo observar durante el transcurso de este acto judicial, han variado las posturas jurisprudenciales acerca de los puntos discutidos en este proceso.

§78. Es así como a la fecha en que el demandado adquirió el derecho pensional y se reconoció la reliquidación en controversia, estaba en discusión de las Altas Cortes la aplicación del artículo 6° del Decreto 546 de 1971, la inclusión del 100% de la bonificación de servicios y si la prima de productividad era un factor salarial para la pensión.

§79. Tan es así, que la mencionada sentencia de unificación del 11 de junio de 2020 señaló:

“Tampoco puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en tesis anteriores que sostuvo la Sección Segunda del Consejo de Estado, la cuales replanteó la Sala Plena, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer recurso extraordinario de revisión contra sentencia ejecutoriada que haya reconocido la pensión con fundamento en jurisprudencia diferente a la ratio decidendi aquí expuesta, prevalecerá el carácter de cosa juzgada, sin perjuicio de lo previsto en las causales de revisión reguladas en el artículo 250 del CPACA.”

²⁵ Consejo de Estado Sala de la Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez numero: 70001-23-33-000-2015-00202-01 del 17 de octubre de 2017.
http://anterior.consejodeestado.gov.co/testmaster/nue_actua.asp?mindice=70001233300020150020201

§80. Pese a los argumentos de la parte actora, esta sala de decisión concluye que, en este caso, la UGPP no se logró desvirtuar la presunción de buena fe que ampara al titular del derecho pensional.

§81. La sala procederá a modificar la sentencia de primera instancia, porque: (i) el demandado tiene derecho a la reliquidación de la pensión en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, (ii) en la misma debe incluirse la doceava parte de la bonificación por servicios y de la prima de productividad; (ii) el acto que concedió la pensión no tuvo en cuenta la prima de productividad, por lo que el acto demandado que reliquidó la pensión no es absolutamente nulo.

§82. En lo demás se confirmará la sentencia de primera instancia.

3. COSTAS

§83. Con base en el artículo 365.1 del CGP, aplicable por virtud del precepto 188 de la Ley 1437 de 2011, dado que no se demostró ninguna actuación desplegada por las partes en esta instancia, no se generaron gastos, y la sentencia se debe a cambios jurisprudenciales, no se condenará en costas.

§84. La sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Sentencia

PRIMERO: Modificar el numeral primero de la sentencia proferida por la Señoría del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales del 5 de marzo del 2019, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad) promovido la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP en contra del señor Néstor Zuluaga Pérez, el cual quedará así:

*“**Primero: DECLARÉSE** la nulidad parcial de la Resolución número UGM 024224 del 05 de enero de 2012 proferida por Cajanal EICE, **específicamente** en que la pensión del señor NÉSTOR ZULUAGA PÉREZ debe liquidarse conforme a los siguientes parámetros:*

(i) El ingreso base de liquidación será el 75% del promedio de lo devengado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento pensional, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

(ii) Se tendrán en cuenta los factores de asignación básica, doceava parte de la bonificación por servicios prestados y doceava parte de la prima de productividad.”

SEGUNDO: Confírmese en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: No se impondrá condena en COSTAS, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

QUINTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA. Remítase copia de la sentencia a la Agencia de Protección Jurídica del Estado.

Notifíquese y Cúmplase

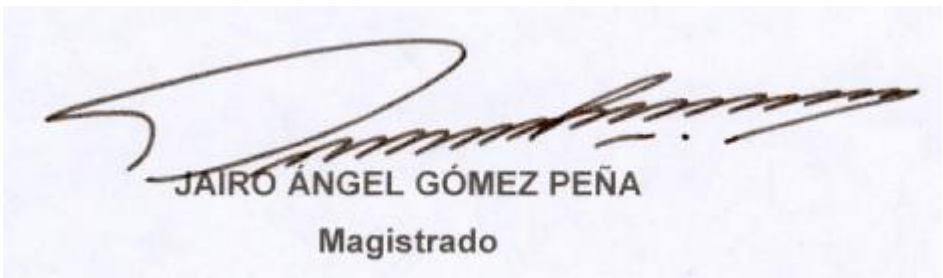
Los Magistrados



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u> No. 025 FECHA: 15/02/2021

Firmado Por:

PUBLIO MARTIN ANDRES PATIÑO MEJIA

MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD DE MANIZALES-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: **5d2a773ff8af9dbc34b2978300093ad4b0ebd5009934886328797594e26c4fa6**

Documento generado en 12/02/2021 01:59:45 PM

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



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN**

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 018

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Radicado:	17001-23-33-000-2019-00512-00
Naturaleza:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Milvia Pérez Suarez
Demandado:	Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales - UGPP

Se procede a emitir fallo con ocasión del medio de control de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, que se declare la nulidad de la Resolución RDO-2017-01535 de junio 28 de 2017, por medio de la cual se profirió liquidación oficial al aportante por omisión en afiliación y/o vinculación y pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral en los Subsistemas de Salud y Pensión; así como de la Resolución RDC 531 del 11 de septiembre de 2018, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración confirmando el fondo de lo decidido y modificando los valores propuestos por aportes omitidos y sanción por omisión.

Que a modo de restablecimiento del derecho se anule el cobro de las respectivas obligaciones determinadas a cargo de la demandante en los actos objeto de enjuiciamiento.

2. Sustento fáctico relevante

- La UGPP profirió el requerimiento de información RQI – M – 2690 del 14 de octubre de 2016 en el cual se solicitaba a la demandante aportar los documentos que diesen razón sobre su afiliación y pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en calidad de cotizante, así como de los ingresos brutos y costos asociados a su actividad generadora de renta, con el fin de determinar sus obligaciones frente a dicho sistema.
- Dicho requerimiento de información fue remitido a la dirección registrada por la demandante en el Registro Único Tributario – en adelante RUT, esto es, la carrera 16 # 61 55 barrio Villa Café de Manizales, pese a lo cual, el envío fue devuelto por el servicio postal con constancia de gestión de entrega los días 26 y 27 de octubre de 2016 y la anotación de causales de devolución “Cerrado” y “No reclamado”, por lo cual la

demandada procedió a su notificación por aviso mediante publicación en la cartelera y portal web de la UGPP.

- Posteriormente, la UGPP profirió el requerimiento para declarar y o corregir RCD-2016-03384 del 22 de diciembre de 2016 proponiendo a la demandante su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensiones y el pago de los respectivos aportes, sobre la base del monto de ingresos indicados en su declaración de renta y complementarios del año gravable 2014, esto es \$345.678.000 anuales, equivalentes a un ingreso base de cotización mensualizado de \$28.806.500¹; planteándose un monto adeudado por cotizaciones de \$56.364.000 y una sanción por omisión al deber de afiliación de \$103.146.120.
- Mediante Resolución RDO 2017-1535 de 28 de junio de 2017 la UGPP expidió la declaración oficial por omisión en afiliación, vinculación y o pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social por la suma de \$56.364.000 y una sanción por omisión al deber de afiliación en valor de \$112.728.000.
- Los antedichos actos administrativos dispusieron su notificación a la dirección registrada por la demandante en el RUT, carrera 16 # 61 55 barrio Villa Café de Manizales, siendo igualmente devueltos al remitente bajo las causales de devolución ya señaladas.
- Mediante escrito radicado el 09 de noviembre de 2017 la demandante, por intermedio de apoderado judicial interpuso recurso de reconsideración en contra de la liquidación oficial proferida por la UGPP, recurso que fue desatado mediante Resolución RDC 531 del 11 de septiembre de 2018 la cual confirmó el fondo de la decisión y modificó el monto de las obligaciones determinadas en cabeza de la demandante a las sumas de \$56.162.200 -cotizaciones omitidas- y \$112.324.400 -sanción por omisión-.
- Para la notificación de la Resolución RDC 531 del 11 de septiembre de 2018 se remitió citación para notificación personal a la dirección manifestada por el apoderado de la aquí demandante, esto es, la Carrera 24 # 22- 02, oficina 704, edificio Plaza Centro de Manizales, siendo recibida en dicha dirección por el señor Mauricio López.

3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Arguye la parte actora que los actos administrativos demandados vulneran los artículos 2, 6, 29, y 209 de la Constitución Política; 565 del Estatuto Tributario – en adelante ET; y 3, 66, 67, 68, y 69 de la Ley 1437 de 2011.

Funda como argumentos centrales para la nulidad, la falta o indebida notificación de los actos administrativos expedidos por la UGPP al considerar que a la señora Milvia Pérez Suárez le fue cercenado el debido proceso y derecho de defensa y contradicción, al no haberle sido notificado en debida forma el acto administrativo que la requería para informar, ni el requerimiento para declarar, ni la liquidación oficial, ya que los mismos no fueron notificados por correo a la demandante como quiera que, se devolvieron por la empresa de mensajería 4-72, así como tampoco fue notificado en forma personal a la requerida, por lo que ésta se quedó sin conocer el contenido de dichos actos, y por

¹ Valor total de ingresos declarados por el año 2014 dividido en 12 meses.

contera se le limitó la posibilidad de dar la respuesta indicada, bien sea en forma directa, o por intermedio de apoderado.

Señala que lo mismo ocurrió con la notificación de la Resolución RDC 531 del 11 de septiembre de 2018 que resolvió el recurso de reconsideración, pues a pesar de que se debió proceder a la notificación personal de dicho acto, se pretermitió de manera palmaria dicho requisito de carácter adjetivo dado que, conforme se observa en la guía RA010919985CO de 4-72, se entregó el 14 de septiembre de 2018, a la persona que aparece como "Mauricio López", y no al apoderado de manera directa, desconociendo en este caso si el mencionado receptor se trata de un portero de la edificación o de otra persona que se encontrara al interior de la propiedad horizontal donde el apoderado labora como profesional del derecho.

No siendo ésta una debida notificación personal, debiendo ceñirse la UGPP a lo dispuesto, no solo en el artículo 565 del E.T., sino al capítulo V de la Ley 1437 de 2011 - CPACA- que establece la forma como se deberán realizar las notificaciones a las partes dentro de los procesos administrativos, distinguiendo entre las que se realizan para los actos administrativos de carácter general y los de carácter particular.

4. Pronunciamiento frente a la demanda

La UGPP se opuso las pretensiones de la demandante señalando que, los actos de requerimiento y liquidación oficial fueron debidamente notificados a la demandante en la dirección registrada por aquella en el RUT, destacando la responsabilidad de aquella de mantener actualizado dicho registro; que la notificación del recurso de reconsideración fue debidamente efectuada al apoderado que aquella constituyó para la interposición de dicho recurso, surtiéndose a la dirección suministrada por aquel.

En tal sentido, advierte que las notificaciones efectuadas cumplieron con los postulados normativos establecido en los artículos 565 y subsiguientes del ET, siendo esta la norma que regula el procedimiento de determinación de impuestos y contribuciones parafiscales, notificación que fue surtida a través de comunicación dirigida por servicio postal autorizado y ante la no comparecencia personal, a través de avisos, los cuales fueron publicados en la cartelera de la entidad y en su página web.

Al paso de lo anterior manifestó que, la parte actora propuso el presente medio de control cuando el mismo ya había caducado, teniendo en cuenta que la notificación del acto definitivo que resolvió el recurso de reconsideración se surtió el 16 de octubre de 2018 y la demanda fue interpuesta el 02 de septiembre de 2019, esto es, cerca de un año después de culminar el trámite adelantado por la administración.

5. Alegatos de conclusión

La **parte actora** insistió -con los mismos argumentos esbozados en la demanda- en su consideración referente a que los actos administrativos expedidos frente a la demandante fueron indebidamente notificados.

La UGPP y el **Ministerio Público** no se pronunciaron en esta etapa.

II. CONSIDERACIONES

1. Problemas jurídicos.

Visto el escrito de demanda y la oposición planteada por la accionada, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar los siguientes cuestionamientos: *¿Se notificó debidamente la Resolución RDC 531 del 11 de septiembre de 2018 -acto definitivo- por medio de la cual se resolvió un recurso de reconsideración?*

De ser así, *¿Ha operado el fenómeno de caducidad?*

En caso negativo *¿Adolecen de nulidad los actos administrativos demandados por haber vulnerado garantías fundamentales al debido proceso de la demandante por haberse notificado indebidamente?*

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del Tribunal

Sí se notificó en debida forma la Resolución RDC 531 del 11 de septiembre de 2018 mediante comunicación dirigida a la dirección procesal suministrada por el apoderado de la señora Milvia Pérez Suarez.

Para fundamentar lo expuesto, a continuación se analizarán: *i)* los hechos acreditados sobre la expedición y notificación de la Resolución RDC 531 del 11 de septiembre de 2018; *ii)* La normatividad y el precedente jurisprudencial sobre la notificación de actuaciones en materia tributaria; para descender al *iii)* análisis del caso.

2.2. Hechos acreditados.

Se encuentra probado que:

- La UGPP mediante Resolución RDO 2017-1535 del 28 de junio de 2017 expidió declaración oficial por omisión en afiliación, vinculación y o pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social, disponiendo en el artículo tercero: *“Liquidar el contenido de la presente resolución a la señora MILVIA PÉREZ SUAREZ identificado (a) con C.C. 24838560 por correo a la dirección CR 16 61 55 – MANIZALES CALDAS, según el artículo 565 del Estatuto Tributario Nacional.”* (fls. 25-42, cdo. 1).
- Según el RUT con número de formulario 14353196468 de fecha 05 de octubre de 2015, la señora Milvia Pérez Suarez informó en dicho registro como dirección principal la: *“CR 16 61 55”* de la ciudad de Manizales (fl. 76, cdo. 1).
- La UGPP remitió el 05 de julio de 2017 a la dirección *“CR 16 61 55”* de Manizales, el oficio 201715002030621 en el cual advierte la remisión anexa de la liquidación oficial RDO 2017-1535 del 28 de junio de 2017 con fines de surtir la notificación establecida en el artículo 565 del ET. (fl. 142, cdo. 1).
- Dicha comunicación fue objeto de devolución por parte de la empresa de mensajería 4-72 advirtiendo la causal para el efecto *“Cerrado”* y señalando que se hizo gestión de entrega los días 10 y 11 de julio de 2017 (fl. 143, cdo. 1).

- Se publicó el aviso de notificación entre el 29 de agosto y 04 de septiembre de 2017, con constancia de su fijación en el portal web y en la cartelera de la UGPP (fl. 143 vto, cdo. 1).
- Mediante memorial radicado el 09 de noviembre de 2017 la demandante a través de apoderado formuló recurso de reconsideración contra de la liquidación oficial RDO 2017-1535 del 28 de junio de 2017, escrito en el cual se manifestó: *“NOTIFICACIONES Mi poderdante y el suscrito recibirán notificaciones en la Secretaría de su Despacho o en la carrera 24 No. 22-02 Oficina 704, Edificio Plaza Centro, Manizales”*. (fl. 166, cdo. 1, expediente administrativo).
- La UGPP profirió la Resolución RDC 531 del 11 de septiembre de 2018 por medio de la cual resolvió el recurso de reconsideración, disponiendo:

“ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR personalmente la presente providencia a JHON ALEXANDER BEDOYA MONTOYA, identificado con cédula de ciudadanía número 10.278.952 y T.P número 80.591 del C.S de la J, apoderado de MILVIA PÉREZ SUAREZ, identificada con cedula de ciudadanía número 24.838.560, para lo cual se enviará citación a la Carrera 24 No. 22-02 Oficina 704, Edificio Plaza Centro, en la ciudad de Manizales Caldas, de conformidad con lo establecido en artículo 565 del Estatuto Tributario, o por edicto, si pasados diez (10) días el interesado no se presentare a notificarse personalmente, informándole que contra la presente Resolución no procede recurso alguno.”

- La UGPP remitió el 13 de septiembre de 2018 a la dirección *“Carrera 24 No. 22-02 Oficina 704, Edificio Plaza Centro”* de Manizales, Oficio 201815008382951 en el cual cita al apoderado Jhon Alexander Bedoya Montoya con fines de surtir la notificación personal de la Resolución RDC 531 del 11 de septiembre de 2018 (fl. 166, cdo. 1, expediente administrativo).
- Dicha comunicación fue entregada por la empresa de mensajería 4-72 suscribiéndose su recepción en la dirección de destino, por el señor Mauricio López el 14 de septiembre de 2018 (fl. 74, cdo. 1).
- Advirtiendo la no comparecencia del apoderado de la señora Milvia Pérez Suarez se elaboró el edicto 000265516957 en el cual se publicó la parte resolutive de la Resolución RDC 531 del 11 de septiembre de 2018; edicto que se fijó durante el lapso de 10 días hábiles a partir del 02 de octubre de 2018, según constancias de fijación y desfijación suscritas por el Director de Servicios Integrados de Atención de la UGPP (fl. 166, cdo. 1, expediente administrativo).

2.3. Notificación de las actuaciones surtidas en materia tributaria

En el presente asunto, la materia objeto de discusión recae sobre actos administrativos que deciden sobre la distribución, asignación o determinación de tributos, como son los aportes al sistema general de seguridad social, frente a los cuales, los artículos 565 y subsiguientes del ET señalan que, deben ser notificados: *“...de manera electrónica, personalmente o a través de la red oficial de correos o de cualquier servicio de mensajería especializada”*.

Así mismo se ha dispuesto que, cuando el método de notificación utilizado sea el envío del acto a través del correo físico, deberá hacerse cumpliendo varios postulados a saber: **(i)** su envío debe ser dirigido a la dirección inscrita por el contribuyente en su RUT, **(ii)** en caso de devolución del envío “...serán notificados mediante aviso, con transcripción de la parte resolutive del acto administrativo, en el portal web de la DIAN que incluya mecanismos de búsqueda por número identificación personal y, en todo caso, en un lugar de acceso al público de la misma entidad”².

Además, para aquellos asuntos en que se deba proceder a la publicación del aviso por devolución del correo físico, habrá que tener en cuenta que, la notificación se entenderá surtida a efectos de computar los términos que corran en contra de la administración tributaria “en la primera fecha de introducción al correo”³, empero respecto de los términos para efectos de que el contribuyente proceda a responder o impugnar la decisión, deberán computarse “desde el día hábil siguiente a la publicación del aviso en el portal”⁴.

En efecto, el H. Consejo de Estado se pronunciado sobre este asunto al indicar⁵:

“...Aclarado lo anterior corresponde establecer el procedimiento cuando las notificaciones son devueltas por correo, el artículo 568 estatuto tributario, dispone que las actuaciones de la administración enviadas por correo, que por cualquier razón sean devueltas, se notificarán mediante aviso en el portal Web de la DIAN y en un lugar de acceso al público de la misma entidad, notificación excepcional. Y se entiende surtida para efectos de los términos de la Administración, en la primera fecha de introducción al correo, y para el contribuyente desde el día hábil siguiente, a la publicación del aviso...”

De conformidad con lo anterior se tiene que, la UGPP ciñó su actuación a lo dispuesto en el artículo 568 del ET, al proceder a la notificación por aviso del acto administrativo en el cual se profirió la liquidación oficial, al haberse efectuado la devolución del envío que, a través de servicio postal autorizado fue remitido a la dirección registrada en el RUT por la demandante.

La notificación por aviso surtida tuvo tal efectividad que, la aquí demandante conoció el contenido de la decisión adoptada y procedió a la interposición del correspondiente recurso de reconsideración a través del apoderado judicial.

Ahora bien, sobre la notificación del acto administrativo que resolvió el recurso de reconsideración, esto es, el acto definitivo que resolvió la controversia en sede administrativa se tiene que, la parte actora alega que el correo dirigido al apoderado no fue entregado en forma personal a aquel, sino que se entregó en su dirección a un individuo identificado como Mauricio López, de quien se desconoce si labora como portero o recepcionista del edificio o de qué persona se trata.

Frente a este punto, sea lo primero señalar que, la notificación de los actos que resuelven recursos en sede administrativa en materia tributaria cuenta con un procedimiento propio, el cual se encuentra reglado por los incisos 2º y 3º del ya referido artículo 565 del ET, que

² Artículo 568 ibidem.

³ *Idem at supra*.

⁴ *Idem at supra*.

⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Rad.: 250002337000201200206-01 (20585), C.P: Dr. Jorge Octavio Ramírez, providencia del 13 de octubre de 2016.

señalan:

“Las providencias que decidan recursos se notificarán personalmente, o por edicto si el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, no compareciere dentro del término de los diez (10) días siguientes, contados a partir del día siguiente de la fecha de introducción al correo del aviso de citación. En este evento también procede la notificación electrónica.

<Inciso adicionado por el artículo 135 de la Ley 1607 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> El edicto de que trata el inciso anterior se fijará en lugar público del despacho respectivo por el término de diez (10) días y deberá contener la parte resolutoria del respectivo acto administrativo.”

Así, para zanjar el planteamiento esbozado como causal de nulidad por la parte actora, resulta pertinente destacar que, se encuentra probado que: *i)* en el recurso de reconsideración presentado contra las resoluciones sancionatorias, el apoderado informó una dirección procesal para el recibo de notificaciones; *ii)* la UGPP envió por correo certificado el aviso de citación para notificación, a la dirección informada por el apoderado y; *iii)* frente a la falta de comparecencia del apoderado para notificarse personalmente en el término dispuesto para el efecto, la UGPP notificó el acto por edicto fijado el 02 de octubre de 2018 y desfijado el 16 de octubre siguiente.

Se tiene entonces que, la dirección procesal informada por el apoderado especial de la contribuyente en el recurso de reconsideración presentado el 09 de noviembre de 2017 era la dirección a la cual la UGPP se encontraba obligada a remitir las notificaciones que se surtieran a partir del momento en que esta fue informada, tal y como lo señalar el artículo 564 del ET que reza:

“Si durante el proceso de determinación y discusión del tributo, el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, señala expresamente una dirección para que se le notifiquen los actos correspondientes, la administración deberá hacerlo a dicha dirección”. (Se resalta).

En tal sentido, observa la Sala que, la UGPP el 13 de septiembre de 2018 remitió el oficio 201815008382951 en el cual se cita al apoderado con fines de surtir la notificación personal de la Resolución RDC 531 del 11 de septiembre de 2018, a la dirección para notificaciones informada por el apoderado Jhon Alexander Bedoya Montoya, y posteriormente ante su no comparecencia procedió a la publicación del edicto, el cual se mantuvo fijado por el lapso de 10 días.

Ahora bien, sobre la discusión plasmada por la actora sobre que, el oficio remitido para efectos de surtir la notificación personal no fue entregado directamente al apoderado, la Sección Cuarta del H. Consejo de Estado indicó que, no puede ser oponible a la administración tributaria la falencia que pueda existir en la entrega de la correspondencia al contribuyente por parte del servicio de portería o recepción de las propiedades horizontales dado que, para la administración se entiende que el acto fue debidamente notificado al no ser devuelto por parte del servicio postal autorizado. En efecto dicha corporación señaló⁶:

⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Rad.: 05001-23-31-000-2009-01232-01 (20125), C.P: Dr. Stella Jeannette Carvajal Basto, providencia del 08 de noviembre de 2017.

“En relación con argumentos similares a los expuestos por el actor frente a la entrega de actos, como el requerimiento especial en la portería del edificio, la Sala ha precisado que: «el artículo 565 del Estatuto Tributario contempla varias formas de notificación. Una de estas es la notificación personal y otra es la notificación mediante el envío de copia de la providencia o actuación respectiva, por correo, bien sea por la red oficial o mediante el uso de cualquier servicio de mensajería especializada. Si se aceptara la tesis planteada en la demanda de que el envío por correo debe ser entregado personalmente al contribuyente o a la persona autorizada por este para recibir notificaciones, se llegaría a la conclusión de que la notificación por correo y la personal son idénticas. (...) Lo usual en el tráfico ordinario de la actividad de correos es que, cuando se trata de oficinas ubicadas en propiedad horizontal en la que exista una portería, los envíos postales sean entregados a la persona encargada de atender dicha portería. De hecho, la portería tiene siempre dispuesto un espacio físico para la recepción, clasificación y entrega de la correspondencia»⁷.

En ese contexto, esta Sección también ha sostenido que «si la portería del inmueble sujeto al régimen de propiedad horizontal no devuelve el envío postal sino que, por el contrario, lo recibe, ello indica que reconoce que el destinatario hace parte de esa copropiedad, que está autorizado para recibirlo a su nombre y obligado a entregárselo»⁸.

De acuerdo con lo anterior, la entrega del requerimiento especial en la dirección informada por el contribuyente, se entiende surtida el día de su recibo, es decir y para el caso concreto, el 15 de agosto de 2008, pues al ser recibido se aceptó que el demandante reside en la propiedad horizontal y que existe una persona para realizar su entrega al destinatario, sin que sea oponible a la DIAN, como lo sostuvo el a quo, la entrega posterior al actor de la correspondencia, aspecto que, por lo demás no fue demostrado, en consecuencia, la Administración entiende que el acto fue debidamente notificado al no ser devuelto el correo⁹.”

Corolario, era responsabilidad del apoderado de la demandante velar o exigir que en la propiedad horizontal donde ejerce su profesión, el manejo de la correspondencia dirigida a su oficina se realice en forma adecuada, pues mal podría exigirse a la UGPP tal verificación, o que la entrega de los envíos remitidos por el servicio postal autorizado sean recibidos en forma directa por su destinatario, pues justamente ante la dificultad de realizarlo, el legislador estableció métodos de notificación alternativos como es el envío de los actos o citaciones a través de los servicios postales, en este caso, a la dirección de notificaciones que el propio apoderado manifestó al momento de la interposición del recurso de reconsideración.

Por lo anterior, la Sala no se observa irregularidad alguna en lo que respecta a la notificación del acto definitivo que decidió el recurso de reconsideración interpuesto por la parte actora.

3. Segundo problema jurídico. ¿Ha operado el fenómeno de caducidad?

3.1. Tesis del Tribunal

Sí se presentó el fenómeno de caducidad dado que, la notificación de la resolución RDC 531 del 11 de septiembre de 2018 -acto definitivo- que resolvió el recurso de

⁷ Cita de cita: Sentencia del 18 de junio de 2014, Exp. 20088, M.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez.

⁸ Cita de cita: Sentencia del 29 de junio de 2017, Exp. 21908, M.P. Dr. Milton Chaves García.

⁹ Cita de cita: En similar sentido, sentencia del 10 de febrero de 2011, Exp. 17597, M.P. Dr. William Giraldo.

reconsideración en contra de la liquidación oficial proferida por la UGPP, se surtió con el edicto, desfijado el 16 de octubre de 2018, empero la demanda fue interpuesta el 02 de septiembre de 2019, esto es, cerca de siete meses después de fenecido el término legal para su radicación el cual culminó el 17 de febrero de 2019.

3.2. Análisis del caso

Según se advirtió en el acápite precedente, se encuentra acreditado que la UGPP a través del edicto 000265516957 publicó la parte resolutive de la Resolución RDC 531 del 11 de septiembre de 2018, el cual se fijó durante 10 días hábiles a partir del 02 de octubre de 2018 según constancias de fijación y desfijación suscritas por el Director de Servicios Integrados de Atención de la UGPP (fl. 166, cdo. 1, expediente administrativo), siendo desfijado el 16 de octubre de 2018, razón por la cual el término para la interposición del correspondiente medio de control empezó a computarse el 17 de octubre siguiente.

Así las cosas, se advierte que el artículo 164 del CPACA dispone:

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

...

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

...

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

Se tiene entonces que, la parte actora contaba con cuatro meses contados a partir del 17 de octubre de 2018 para la interposición del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, esto es, hasta el 17 de febrero de 2019, sin embargo, su interposición data del 02 de septiembre de 2019 (fl. 2, cdo. 1, acta de reparto), es decir, cerca de siete meses después de fenecido el término legal para su radicación el cual culminó el 17 de febrero de 2019.

Así las cosas, en el caso bajo estudio efectivamente se configuró el fenómeno de la caducidad, lo que se impone declarar probada la excepción de caducidad interpuesta por la entidad accionada y en consecuencia negar las pretensiones de la demandante.

4. Costas

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP), se condena en costas a la parte demandada, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al citado CGP.

Ahora bien, en aplicación de un criterio objetivo valorativo en vista de que la parte demandada debió concurrir al proceso a través de apoderado judicial y que esta actuó en las etapas procesales pertinentes, se fijan agencias en derecho por valor de 3% de las pretensiones.

Por lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo

de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

SENTENCIA

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de “*Caducidad*” formulada por la parte accionada dentro del medio de control Nulidad y Restablecimiento del Derecho, formulado por Milvia Pérez Suarez contra la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP.

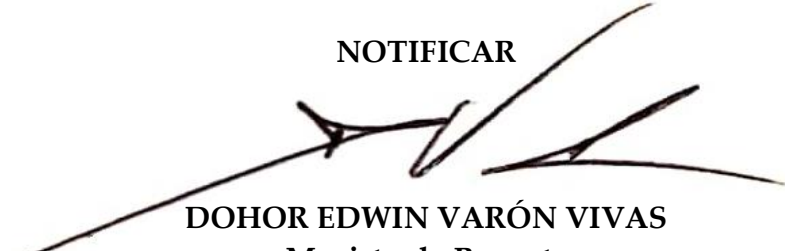
SEGUNDO: En consecuencia se **NIEGAN** las pretensiones de la parte demandante.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada. **FÍJANSE** agencias en derecho por valor del 3% de las pretensiones.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 07 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 017

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Radicado:	17001-33-23-000-2019-00452-00
Naturaleza:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Belén Ramírez Suárez
Demandados:	Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

Procede el Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Solicita en síntesis, que se declare la nulidad de las resoluciones RDP del 7 de marzo de 2017, RDP 019966 del 16 de mayo de 2017 y RDP 020663 del 18 de mayo de 2017, todas proferidas por la UGPP y a título de restablecimiento del derecho se ordene reconocer la sustitución de la pensión de jubilación del señor Luis Enrique Mejía Ordoñez a la señora Belén Ramírez de Suárez, desde el 20 de junio de 2016.

1.2. Sustento fáctico relevante.

La demandante expuso que, convivió con el señor Luis Enrique Mejía Ordoñez desde 1990, quien disfrutaba de pensión de jubilación desde el 3 de junio 1981 a cargo de la UGPP; que atendiendo la convivencia permanente e ininterrumpida, en la que compartieron techo, lecho y mesa, acudió a la UGPP para que le fuera reconocida pensión de sobrevivientes, petición que fue resuelta negativamente a través de los actos demandados.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión.

Invocó los artículos 2, 13, 28, 29 y 48 de la Constitución Política de 1991; argumentó que con el desconocimiento de la sustitución pensional se vulneran los derechos fundamentales a la igualdad, mínimo vital, a la seguridad social y la vida digna. Adujo que el derecho reclamado tiene fundamento en lo establecido en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, así como en los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, ello toda vez que considera reúne los requisitos para su reconocimiento.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La **UGPP** se opuso a las pretensiones de la demandante. Argumentó que a esta no le asiste el derecho invocado, con fundamento en lo establecido en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que indica los sujetos que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y los requisitos para su aplicación.

Conforme a ello, sostuvo que en el expediente administrativo no fue acreditada la convivencia con el causante por no menos de 5 años, contrario a ello señaló que, según el registro civil de matrimonio la señora Ramírez contrajo nupcias el 31 de octubre de 2014 con el señor Mejía Ordoñez, por lo que, teniendo en cuenta la fecha de fallecimiento de este último, la demandante solo acreditó convivencia por un lapso de 1 año, 7 meses y 21 días. Con fundamento en lo expuesto propuso las excepciones que denominó: 1) *Proceder legal de la entidad*; 2) *Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido*; 3) *Buena fe*; 4) *Prescripción* y 5) *Genérica*.

3. Alegatos de conclusión

La **demandante** afirmó que, fue probado en el proceso que ella y Luis Enrique Mejía Ordoñez, sostuvieron desde 1990 relación basada en el amor, la ayuda mutua, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, la cual perduró hasta el fallecimiento del señor Mejía el 20 de junio de 2016.

Destacó que, los viajes a Estado Unidos y la residencia que se tramitó para dicho país, solamente fue con el objeto de realizar el tratamiento médico para el cáncer que padeció la señora Belén Ramírez Suárez, la cual mantuvo su lugar de residencia en el barrio Campohermoso de Manizales. Por lo anterior, solicitó que se acceda a las pretensiones de la parte demandante.

La **UGPP** reiteró todos y cada uno de los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, recalcando además que, no fue posible demostrar que entre el causante y la demandante hubo una convivencia por más de cinco años, conforme lo señala el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. Finalmente solicitó, que fuese negadas las pretensiones.

El **Ministerio Público**, no presentó concepto.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala determinar: *¿Se demostró la convivencia entre la demandante Belén Ramírez Suárez y el causante? En caso afirmativo ¿Le asiste derecho a la señora Belén Ramírez Suárez, al reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión percibida por el causante Luis Enrique Mejía Ordoñez?*

Para resolver los interrogantes planteados, se hará referencia a: i) las situaciones jurídicas acreditadas; ii) el marco jurídico aplicable y iii) el análisis del caso concreto.

2. Situaciones jurídicas acreditadas

- El Instituto de Seguros Sociales (en adelante ISS) en calidad de empleador, mediante

Resolución 0142 del 3 de julio de 1981¹, reconoció pensión de jubilación al señor Luis Enrique Mejía Ordóñez, documento del cual se destaca:

“(…) 10.- Que la pensión de jubilación deberá ser cubierta por las entidades en las cuales el petionario prestó sus servicios a prorrata del tiempo servido a cada una de ellas.

(…)

11.- Que Consultado el Ministerio de Defensa Nacional, sobre el proyecto de resolución que reconoce pensión de jubilación al doctor Luis Enrique Mejía Ordóñez, ésta ha dado su aceptación según oficio No. 0076 del 13 de enero de 1981.

12.- Que consultados el Hospital San Juan de Dios de Cali y la Caja de Previsión Seccional del Valle, éstos han guardado silencio respecto a su aceptación u objeción, sobre el proyecto de Resolución que reconoce pensión de jubilación al doctor Luis Enrique Mejía Ordóñez, por lo cual se entiende aceptado el mismo, ya que, conforme al artículo 3 del Decreto 2921 de 1948, si transcurrido quince (15) días del traslado de la Entidad obligada al pago de la cuota pensional, ésta no se ha pronunciado, se entenderá que se ha acepta el proyecto.”

– Obra declaración notarial extraprocesal de la Notaria Quinta del Circulo de Manizales, de 1º de junio de 1999², en la que los señores Luis Enrique Mejía y Belén Ramírez Suárez, señalaron: *“(…) Manifestamos por medio de la presente declaración que es cierto que CONVIVIMOS EN UNIÓN MARITAL DE HECHO desde hace QUINCE (15) AÑOS, bajo el mismo techo”*

– Obra además, certificación del 25 de noviembre de 2002 suscrita por el jefe del Departamento Comercial del Seguros Social Seccional Caldas³, en que consta que el señor Luis Enrique Mejía Ordóñez, tenía registrada como beneficiaria de los servicios de salud a la señora Belén Ramírez Suárez.

– Belén Ramírez Suárez y Luis Enrique Mejía Ordóñez, contrajeron matrimonio 31 de octubre de 2014 según consta en el Registro Civil de Matrimonio⁴.

– El señor Luis Enrique Mejía Ordóñez, falleció el 20 de junio de 2016, según el Registro Civil de Defunción⁵.

– Mediante Resolución RDP 011064 del 17 de marzo de 2017, la UGPP negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora Belén Ramírez Suárez.

– Mediante Resolución RDP 020663 del 18 de mayo de 2017, a través del cual la UGPP resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución RDP 011064 de 2017, en el que decidió confirmar dicho acto administrativo.

– Reposa Certificado de Movimiento Migratorios, suscrito por el Ministerio de Relaciones Exteriores, de fecha 29 de septiembre de 2020, en el cual constan los viajes realizados por la señora Belén Ramírez Suárez hacia Estados Unidos entre el 1 de enero de 2011 y 29 de septiembre de 2020⁶.

3. Marco jurídico

¹ Pág. 212 C1 del archivo digital

² Pág. 32 C1 del archivo digital

³ Pág. 35 C1 del archivo digital

⁴ Pág. 94 C1 del archivo digital

⁵ Pág. 190 C1 del archivo digital

⁶ Pág. 1 y 2, 03Certificado, expediente digital.

Conforme con el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

A través de la Ley 100 de 1993, el legislador organizó el sistema de seguridad social integral, en lo que tiene que ver con el régimen de pensiones, su objetivo fue garantizar a la población el amparo contra las eventualidades derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la citada ley.

En este sentido, con la finalidad de atender la contingencia derivada de la muerte, el legislador previó a las denominadas pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional, para suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado⁷ ha aclarado que, la sustitución pensional es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar de un pensionado que fallece o del afiliado que cumple con los requisitos legalmente exigibles para pensionarse y fallece, en tanto que la pensión de sobrevivientes es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar del afiliado no pensionado, que fallece sin cumplir con los requisitos mínimos para obtener la pensión⁸.

Ahora bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁹, ha señalado que la normativa aplicable a la pensión de sobreviviente es la vigente al momento del deceso, en virtud del principio de irretroactividad de la ley.

El literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, señala que la cónyuge o compañera parmente tendrá derecho a la sustitución pensional:

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. *Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; (...)"

De los aludidos grupos de beneficiarios la Corte Constitucional resumió los requisitos que deben acreditar para el reconocimiento prestacional, en sentencia C- 336 de 2014 en los siguientes términos:

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 7 de febrero de 2019, expediente 0161-17, magistrado ponente: Gabriel Valbuena Hernández.

⁸ Sentencia T-564 de 2015.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de abril de 2013, expediente 1605-09, magistrado ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

Beneficiario	Causante	Modalidad	Condiciones
Cónyuge o Compañero permanente mayor de 30 años de edad.	Afiliado o pensionado	Vitalicia	Edad cumplida al momento del fallecimiento y demuestre vida marital durante los 5 años anteriores a la muerte.
Cónyuge o Compañero permanente menor de 30 años de edad.	Afiliado o pensionado	Temporal -20 años-	No haber procreado hijos con el causante.
Cónyuge o Compañero permanente menor de 30 años de edad.	Afiliado o pensionado	Vitalicia	Haber procreado hijos con el causante y demuestre vida marital durante los 5 años anteriores a la muerte.
Compañero permanente	Pensionado	Cuota parte	Sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir
Cónyuge y Compañero permanente	Afiliado o pensionado	Partes iguales	Convivencia simultánea durante los 5 años anteriores a la muerte.
Cónyuge con separación de hecho y Compañero permanente	Afiliado o pensionado	Partes iguales	Inexistencia de convivencia simultánea, acreditación por parte del cónyuge de la separación de hecho, compañero permanente con convivencia durante los 5 años anteriores a la muerte.

En línea con los requisitos que establece la normativa en cita, en lo que respecta a la denominada “*vida marital*” o “*convivencia*” resulta pertinente traer a colación lo señalado por el H. Consejo de Estado en sentencia del 26 de julio de 2012¹⁰:

“El criterio material de convivencia efectiva, cuya expresión se ubica fundamentalmente en los requisitos exigidos al cónyuge o compañero permanente para acceder a la pensión, es entonces una herramienta legal de protección a la familia bajo el marco constitucional inicialmente esbozado y constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación, que busca además favorecer económicamente a aquellos matrimonios o uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real con vocación de continuidad o permanencia, como también el amparo del patrimonio del pensionado, en cuanto a posibles maniobras fraudulentas de personas que a partir de la constitución de convivencias de última hora, pretendan obtener el beneficio económico derivado de la transmisión pensional, razón por la cual debe existir en cada caso la comprobación fehaciente de los requisitos consagrados en la Ley para tal efecto”.

Decantado lo anterior, se procederá a resolver los problemas jurídicos planteados.

4. Primer problema jurídico *¿Se demostró la convivencia entre la demandante Belén Ramírez Suárez y el causante?*

Tesis del Tribunal: Del material probatorio se logra establecer que la señora Belén Ramírez Suárez convivió con el causante Luis Enrique Mejía Ordóñez, desde 1993, hasta la fecha de su

¹⁰ Sección Segunda. Subsección A. Radicación número: 25000-23-25-000-1999-06559-01(2071-11).

fallecimiento, como a continuación se expone:

– Del interrogatorio de parte rendido por Belén Ramírez Suárez, se destaca:

“(…) PREGUNTADO: Sírvase informar al Despacho, las fechas exactas en las que convivió con el señor Luis Enrique Mejía Ordóñez. CONTESTÓ: Las fechas exactas no las sé, pero más o menos entre 25 o 26 años. PREGUNTADO: Sírvase informar al Despacho cuánto tiempo estuvo casada con el señor Mejía. CONTESTÓ: Casados más o menos dos años. PREGUNTADO: Diga sí durante los cinco años anteriores al fallecimiento del señor Mejía se presentó alguna separación entre ustedes. CONTESTÓ: Nosotros nunca nos separamos. PREGUNTADO: Dígame al Despacho hace cuánto vive en Manizales. CONTESTÓ: Toda la vida, siempre he vivido en el barrio Campohermoso con Enrique. PREGUNTADO: Dónde fue el lugar de residencia del señor Enrique. CONTESTÓ: Él siempre estuvo en Manizales. PREGUNTADO: Sírvase informar al Despacho si es beneficiaria del señor Enrique del servicio de salud. CONTESTÓ: Si, yo soy beneficiaria del él.” (Min. 11:50)

– De los testimonios recaudados se destaca lo siguiente:

- Martha Cecilia Ramírez afirmó ser prima de la señora Belén Ramírez Suárez; refirió que le consta la relación que ésta última sostuvo con Luis Enrique Mejía, señalando que aquel era divorciado, que además vivieron siempre en el barrio Campohermoso. Indicó que la señora Belén, viajaba a Estados Unidos debido a que allá residen sus hijos y, en los últimos años debió trasladarse por intervalos más prolongados a ese país, para atender el tratamiento del cáncer que le habían sido diagnosticado, viajes que realizó en algunas ocasiones con su pareja el señor Enrique. (minuto 22 en adelante).
- Ana Cecilia Calvo Narváez indicó que le consta que los señores Luis Enrique Mejía y Belén Ramírez eran esposos, ello toda vez que durante 25 años les prestó sus servicios como peluquera y manicurista, atención que era realizada periódicamente (cada 8 días); así mismo manifestó que la pareja residía en “Terrazas de Campohermoso” de la ciudad de Manizales. Expuso que sabía que la señora Belén viajaba a Estados Unidos, debido a un cáncer de seno que padecía. (minuto 35 en adelante)
- Julio César Agudelo Ramírez, señaló que la señora Belén Ramírez es su madre y que el señor Enrique Mejía fue su padrastro por más de 30 años, que la relación dio inicio alrededor del año 1993 o 1994 hasta que el señor Mejía falleció, pareja que tuvo su domicilio en la ciudad de Manizales en “Terrazas de Campohermoso”. Sostuvo que la señora Belén, debido a un diagnóstico de cáncer, decidió junto con su esposo Enrique, que el tratamiento para dicha patología se realizaría en Estados Unidos y que, durante dicho proceso, sostuvieron comunicación permanente y, en todo caso, nunca hubo una ruptura de ese vínculo sentimental. (minuto 46:53 en adelante).
- Katherine Rocío Upegui Sánchez indicó que la señora Belén Ramírez es su tía, así mismo señaló que conoce al señor Enrique Mejía, desde que nació, constándole que ambos sostuvieron una relación de esposos hasta la fecha de fallecimiento del señor Mejía en el año 2016, adujo que la relación sostenida era como cualquier pareja de esposos, donde se prodigaban amor, ayuda mutua y solidaridad. Refirió que la pareja residía en “Terrazas de Campohermoso” de la ciudad de Manizales.

– Obra declaración notarial extraprocesal de la Notaria Quinta del Circulo de Manizales, de

1º de junio de 1999¹¹, en la que los señores Luis Enrique Mejía y Belén Ramírez Suárez, señalaron: “(...) *Manifestamos por medio de la presente declaración que es cierto que CONVIVIMOS EN UNIÓN MARITAL DE HECHO desde hace QUINCE (15) AÑOS, bajo el mismo techo*”

– Obra además, certificación del 25 de noviembre de 2002 suscrita por el Jefe del Departamento Comercial del Seguros Social Seccional Caldas¹², en la que consta que el señor Luis Enrique Mejía Ordóñez, tenía registrada como beneficiaria de los servicios de salud a la señora Belén Ramírez Suárez

Así las cosas, del material probatorio aportado, en especial de las declaraciones recibidas, las cuales son creíbles teniendo en cuenta la relación de amistad y familiaridad que existió entre los declarantes y el causante Luis Enrique Mejía Ordóñez, así como el conocimiento directo de los hechos, se logra establecer que la señora Belén Ramírez Suárez convivió y sostuvo una relación marital de hecho con el señor Mejía Ordóñez, desde el 1993 aproximadamente, hasta el 30 de octubre de 2014 y como cónyuges desde el 31 de octubre 2014 hasta el 16 de septiembre de 2016 (fecha de fallecimiento del señor Mejía).

5. Segundo problema jurídico *¿Le asiste derecho a la señora Belén Ramírez Suárez, al reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión percibida por el causante Luis Enrique Mejía Ordóñez?*

Tesis del Tribunal: La señora Belén Ramírez Suárez, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión que devengó en vida el señor Luis Enrique Mejía Ordóñez, teniendo en cuenta que reúne los requisitos establecidos en la Ley y en especial, por que convivieron no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

La sustitución pensional establecida en la Ley 100 de 1993¹³, señal en su artículo 47 como requisitos para acceder a dicho beneficio que: “(...) *el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte*”.

Así las cosas, según fue analizado en líneas precedentes, se demostró que existió convivencia permanente e ininterrumpida, como marido y mujer, bajo el mismo techo entre los señores Luis Enrique Mejía Ordóñez y Belén Ramírez Suárez, la cual se extendió desde el año 1993 aproximadamente, hasta el 30 de octubre de 2014 y como cónyuges desde el 31 de octubre 2014 hasta el 16 de septiembre de 2016 (fecha de defunción).

En este orden de ideas, el material probatorio relacionado acredita los supuestos de hecho que expone la demandante para hacerse acreedora del derecho a la sustitución pensional, pues aquella mantuvo relación de afecto y apoyo mutuo con el causante durante sus últimos años de vida.

Cabe destacar que, el acto administrativo a través del cual la UGPP negó el reconocimiento de la prestación deprecada, tuvo como fundamento la supuesta separación entre los señores Luis Enrique y Belén, basándose para ello, en los viajes que aquella realizó a los Estados Unidos, asegurando la entidad que ella vivía en dicho país.

¹¹ Pág. 32 C1 del archivo digital

¹² Pág. 35 C1 del archivo digital

¹³ ‘Modificada por el Ley 797 de 2003

Contrario a ello, en el proceso se logró acreditar que: 1) Los viajes que realizó la señora Ramírez Suárez, fueron con ocasión a que padecía cáncer, por lo cual decidió viajar a los Estados Unidos para que le fuera practicado el tratamiento; 2) de lo anterior, dan cuenta los múltiples viajes realizados por la demandante al país en mención, desde el año 2011 al 29 de septiembre de 2020; 3) situación que se acompasa con las declaraciones rendidas en el proceso, donde se relata que la señora Ramírez, se desplazaba para su atención médica y luego regresaba nuevamente al país y 4) de la prueba testimonial practicada, solo se desprendió que entre la actora y el causante, mantuvieron por más de 25 años una relación marital hasta el día de la muerte del señor Jaramillo.

6. Conclusiones

De acuerdo con lo expuesto, arriba la Sala a la conclusión que, la demandante demostró que reunían los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, para acceder al reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión que en vida devengó el señor Luis Enrique Jaramillo Ordóñez, en tanto se acreditó que, convivieron como pareja sentimental no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad al fallecimiento del pensionado.

Por consiguiente se declararán no probadas las excepciones denominadas 1) *Proceder legal de la entidad*; 2) *Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido* y 3) *Buena fe*, propuestas por la demandada; será declarada la nulidad de los actos administrativos demandados y se ordenará que se reconozca y pague a favor de Belén Ramírez Suárez, la pensión que devengó el señor Enrique Jaramillo Ordóñez, a partir del 21 de junio de 2016

Ahora, en cuanto al monto de la sustitución pensional a favor de la demandante, el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, señala:

“ARTÍCULO 48. MONTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba. (...)”

De acuerdo con la norma transcrita, se arriba a la conclusión de que la pensión que en vida devengó el señor Luis Enrique Jaramillo Ordóñez, deberá ser sustituida a la señora Belén Ramírez Suárez en un 100% a la percibida por el causante al momento de su deceso.

7. Prescripción

El Decreto 1848 de 1969 reglamentario del Decreto 3135 de 1968 en su artículo 102 sobre la prescripción de las acciones, dispone:

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

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

En el presente asunto se tiene que, la prestación pensional se ordenará a partir del 21 de junio de 2016 -día siguiente al fallecimiento del causante-, lo anterior, por cuanto la señora Belén Ramírez Suárez elevó petición de sustitución pensional a la entidad demandada el 28 de

noviembre de 2016¹⁴, la cual fue resuelta desfavorablemente mediante Resolución No. RDP 020663 del 18 de mayo de 2017 y, teniendo en cuenta que la demanda fue radicada ante esta jurisdicción el 27 de septiembre de 2017¹⁵, se arriba a la conclusión que, no transcurrieron más de tres años entre la presentación de la petición y la radicación de la demanda.

Por lo anterior, se declarará no probada la excepción de “PRESCRIPCIÓN” formulada por la entidad accionada.

8. Indexación de mesadas

Atendiendo a lo dispuesto por inciso final del artículo 187 del CPACA, se dispondrá que las sumas que resulten a favor del demandante por concepto de mesadas pensionales reconocidas a partir del 21 de junio de 2016 se ajusten en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula: $R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$. En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que será la correspondiente partida por concepto de mesada pensional, multiplicada por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes.

9. Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, el cual dispuso lo siguiente: “*Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil*” y el artículo 365 del CGP se condenará en costas a la demandada, al haber prosperado las pretensiones de la demandante, además de estar acreditado que esta parte acudió al proceso a través de apoderada judicial, quien actuó en todas las etapas procesales así como la duración del proceso, y el asunto, se fijan agencias en derecho por valor de 5% de la cuantía del asunto, de conformidad con el artículo 5.1 del Acuerdo PSAA16-10554 Agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

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

Resuelve:

Primero: Declarar no probadas las excepciones: 1) *Proceder legal de la entidad*; 2) *Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido*; 3) *Buena fe*; 4) *Prescripción*, propuestas por la demandada.

Segundo: Declarar la nulidad de las Resoluciones RDP del 7 de marzo de 2017, RDP 019966 del 16 de mayo de 2017 y RDP 020663 del 18 de mayo de 2017, proferidas por la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales por medio de las cuales se negó en favor de la señora Belén Ramírez Suárez el reconocimiento de la sustitución de la pensión” otrora devengada por el señor Luis Enrique Jaramillo Ordóñez.

¹⁴ Ver página 222 cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁵ Ver acta de reparto cuaderno 1 del expediente digital

Tercero: Condenar en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, a que reconozca y pague a favor de Belén Ramírez Suárez el 100% de la pensión que devengó el señor Enrique Jaramillo Ordóñez, a partir del 21 de junio de 2016.

Las sumas deberán ser indexadas con base en la fórmula inserta en el cuerpo de esta providencia.

Cuarto: Condenar en costas a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP a favor de la parte actora. **Fijar** como agencias en derecho el valor de 5% de la cuantía del asunto.

Quinto: La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición mencionada.

Sexto: Ejecutoriada esta providencia, **liquidar** los gastos del proceso, **devolver** los remanentes si los hubiere y **archivar** las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 07 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

A.I. 024

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento de Derecho.
Radicado:	17-001-33-33-003-2020-00091-02
Demandante:	Luz María Zuluaga González
Demandado:	La Nación - Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

ASUNTO

El Tribunal decide sobre el impedimento manifestado por el Juez Tercero Administrativo de Manizales, doctor Juan Guillermo Ángel Trejos, que igualmente comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales.

ANTECEDENTES

La señora Luz María Zuluaga González, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pretende que se declare la nulidad de: (i) la Resolución No. DESAJMAR 16-1198 del 5 de julio de 2016, por medio de la cual negó el reconocimiento y pago de la Bonificación Judicial, creada por el Decreto 383 de 2013¹, como factor salarial para liquidar salario, prestaciones y demás emolumentos que percibe; y (ii) los Actos administrativos fictos o presuntos negativos de los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron interpuestos y sustentados el 2 de agosto de 2016 contra la referida Resolución.

El 21 de julio de 2020 el Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, Juan Guillermo Ángel Trejos, manifestó su impedimento para conocer del asunto fundado en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, toda vez que le asiste un interés directo en el resultado del proceso, dado que en su calidad de juez, devenga la bonificación judicial y en consecuencia le asisten los mismos intereses perseguidos en la demanda.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El régimen de impedimentos se fundamenta en la necesidad de preservar la integridad moral del funcionario que reconoce la existencia de situaciones de hecho que pueden comprometer

¹ Modificado por el decreto 1269 de 2015

su criterio en la decisión y, de otra parte, constituyen una garantía de imparcialidad y transparencia de la justicia en los juicios que emite en los casos de su conocimiento.

Estudio normativo.

En cuanto a las causales para manifestar el impedimento, el artículo 130 del CPACA prevé como tales para los magistrados y jueces Administrativos, entre otras, las previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso. A su vez, el numeral 1 del artículo 141 del CGP que fundamentó el impedimento que aquí se resuelve, regula:

***Artículo 141.** Son causales de recusación las siguientes:*

[...]

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.

[...].

Por su parte el numeral 2 del artículo 131 del CPACA establece:

***Artículo 131** Trámite de los impedimentos. Para el trámite de los impedimentos, cuando se trate de jueces Administrativos el procedimiento es el siguiente:*

[...] Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces Administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el Tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto [...]

Se configura la causal de impedimento.

Realizadas las anteriores precisiones, el Tribunal declarará fundado el impedimento presentado por el Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, doctor Juan Guillermo Ángel Trejos, que a su vez comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, teniendo en cuenta que le asiste un interés en las resultas del proceso en la medida que tienen el mismo interés salarial perseguido por Luz María Zuluaga González

En ese sentido, se torna imperativo admitir la separación de aquel en relación con el conocimiento del asunto de la referencia, en aras de garantizar la imparcialidad, objetividad e independencia de la administración de justicia.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997 del Consejo Superior de la Judicatura, se señalará fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite.

Para el efecto, por la Secretaría se convocará a la parte demandante y a los conjueces que integran la lista.

Sin más consideraciones, *el Tribunal Administrativo de Caldas,*

RESUELVE

Primero: Declarar fundado el impedimento manifestado por el Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, doctor Juan Guillermo Ángel Trejos, que comprende a todos los jueces Administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la presente demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuso

Luz María Zuluaga González en contra de La Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Segundo: Fijar como fecha y hora para la elección pública del conjuer que deba actuar en el presente trámite, el día 19 de febrero a las 3:00 pm.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 07 de 2021.

NOTIFICAR

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

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



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

A.I. 025

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento de Derecho.
Radicado:	17-001-23-33-000-2021-00009-00
Demandante:	José Joaquín Ríos Valencia
Demandado:	La Nación - Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

ASUNTO

El Tribunal decide sobre el impedimento manifestado por el Juez Séptimo Administrativo de Manizales, doctor Juan Pablo Rodríguez Cruz, que igualmente comprende a todos los Jueces Administrativos de Manizales.

ANTECEDENTES

José Joaquín Ríos Valencia, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pretende que se declare la nulidad de: (i) la Resolución No. DESAJMAR 17-850 del 17 de agosto de 2017, por medio de la cual negó el reconocimiento y pago de la Bonificación Judicial, creada por el Decreto 383 de 2013¹, como factor salarial para liquidar salario, prestaciones y demás emolumentos que percibe; y (ii) los Actos administrativos fictos o presuntos negativos de los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron interpuestos y sustentados el 23 de noviembre de 2018 contra la referida Resolución.

El 6 de octubre de 2020 el Juez Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, Juan Pablo Rodríguez, manifestó su impedimento para conocer del asunto fundado en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, toda vez que le asiste un interés directo en el resultado del proceso, dado que en su calidad de juez, devenga la bonificación judicial y en consecuencia le asisten los mismos intereses perseguidos en la demanda.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El régimen de impedimentos se fundamenta en la necesidad de preservar la integridad moral del funcionario que reconoce la existencia de situaciones de hecho que pueden comprometer

¹ Modificado por el decreto 1269 de 2015

su criterio en la decisión y, de otra parte, constituyen una garantía de imparcialidad y transparencia de la justicia en los juicios que emite en los casos de su conocimiento.

Estudio normativo.

En cuanto a las causales para manifestar el impedimento, el artículo 130 del CPACA prevé como tales para los magistrados y jueces Administrativos, entre otras, las previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso. A su vez, el numeral 1 del artículo 141 del CGP que fundamentó el impedimento que aquí se resuelve, regula:

***Artículo 141.** Son causales de recusación las siguientes:*

[...]

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.

[...].

Por su parte el numeral 2 del artículo 131 del CPACA establece:

***Artículo 131** Trámite de los impedimentos. Para el trámite de los impedimentos, cuando se trate de jueces Administrativos el procedimiento es el siguiente:*

[...] Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces Administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el Tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto [...]

Se configura la causal de impedimento.

Realizadas las anteriores precisiones, el Tribunal declarará fundado el impedimento presentado por el Juez Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, doctor Juan Pablo Rodríguez Cruz, que a su vez comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, teniendo en cuenta que le asiste un interés en las resultas del proceso en la medida que tienen el mismo interés salarial perseguido por José Joaquín Ríos Valencia

En ese sentido, se torna imperativo admitir la separación de aquel en relación con el conocimiento del asunto de la referencia, en aras de garantizar la imparcialidad, objetividad e independencia de la administración de justicia.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997 del Consejo Superior de la Judicatura, se señalará fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite.

Para el efecto, por la Secretaría se convocará a la parte demandante y a los conjueces que integran la lista.

Sin más consideraciones, *el Tribunal Administrativo de Caldas,*

RESUELVE

Primero: Declarar fundado el impedimento manifestado por el Juez Séptimo Administrativo de Manizales, doctor Juan Pablo Rodríguez Cruz, que comprende a todos los jueces Administrativos de Manizales, para conocer de la presente demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuso José

Joaquín Ríos Valencia en contra de La Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Segundo: Fijar como fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite, el día 19 de febrero a las 3:00 pm.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 07 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicación:	17 001 23 33 000 2018 00050 00
Medio de control:	Reparación directa
Demandante:	Ana María sinigui
Demandado:	Nación-Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; Nación-Ministerio de educación; Nación-Ministerio de Cultura; Universidad de Caldas; ICBF; Hierro Animación S.A.S. y RTVC Sistema de Medios Públicos (Señal Colombia)

Mediante auto proferido por este Despacho el día 25 de enero del presente año, se convocó a audiencia de práctica de pruebas dentro del proceso de la referencia, para los días lunes 15 de febrero de 2021, a partir de las 10:00 a.m. y 4:00 p.m., y martes 16 de febrero de 2021, a partir de las 10:00 a.m y 4:00 p.m..

No obstante lo anterior, se hace necesario aplazar la celebración de la mencionada audiencia de práctica de pruebas, en virtud de inconvenientes de salud que afectan a este funcionario judicial e impiden la correcta y adecuada conducción de dicha diligencia.

Oportunamente, y mediante providencia independiente, se dará a conocer la nueva fecha para la realización de las diligencias aplazadas.

Notifíquese y cúmplase

Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado