República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sección Segunda – Subsección "E"

Magistrado ponente Ramiro Ignacio Dueñas Rugnon

Bogotá D.C., siete (7) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Expediente:	11001-33-35-028-2022-00076-01
Demandante:	Jesús Mauricio Sánchez Gracia
Demandado:	Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduciaria la Previsora S.A. y la Secretaría de Educación de Bogotá
Controversia:	Sanción moratoria por pago tardío de cesantías docente – Régimen de retroactividad

Previo a emitir un pronunciamiento de fondo, y con el objeto de dilucidar puntos oscuros que ofrecen motivo de duda, la Sala procederá a solicitar como auto para mejor proveer (artículo 213 del C.P.A.C.A), lo siguiente:

1. Por Secretaría ofíciese con carácter urgente a la Secretaría de Educación de Bogotá y/o a quien corresponda, para que en el término de cinco (5) días contados a partir del recibo de la comunicación, y con destino a las presentes diligencias, allegue al expediente:

A) La prueba documental donde conste la fecha exacta en la que dio cumplimiento a lo establecido en el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, esto es, la radicación ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fiduciaria la Previsora S.A., de la solicitud de pago de las cesantías del demandante Jesús Mauricio Sánchez Gracia, identificado con cédula de ciudadanía No. 2.975.522 de Cajicá (Cundinamarca).

B) La actuación administrativa completa la cual conllevó al reconocimiento de las cesantías al accionante Jesús Mauricio Sánchez Gracia, identificado con cédula de ciudadanía No. 2.975.522, y en últimas a la expedición de la Resolución No. 2641 del 11 de mayo de 2020, que comprenda con exactitud la información de la radicación, estudio de la prestación, proyección del acto administrativo, envío a las otras entidades que intervienen en el trámite, aclaraciones, modificaciones o

correcciones del acto, remisión para pago, envió para nuevo estudio, entre otros aspecto propios del trámite.

2. Por Secretaría ofíciese con carácter urgente a la Fiduciaria la Previsora S.A. y/o a quien corresponda, para que en el término de cinco (5) días contados a partir del recibo de la comunicación, y con destino a las presentes diligencias, allegue al expediente:

A) La prueba documental donde conste la fecha exacta en la que dio cumplimiento a lo establecido en el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, esto es, en lo que le compete como administradora del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de la solicitud de pago de las cesantías del demandante Jesús Mauricio Sánchez Gracia, identificado con cédula de ciudadanía No. 2.975.522 de Cajicá (Cundinamarca).

B) La actuación administrativa completa la cual conllevó al reconocimiento de las cesantías al accionante Jesús Mauricio Sánchez Gracia, identificado con cédula de ciudadanía No. 2.975.522, y en últimas a la expedición de la Resolución No. 2641 del 11 de mayo de 2020, que comprenda con exactitud la información de radicación, estudio de la prestación, proyección del acto administrativo, envío a las otras entidades que intervienen en el trámite, aclaraciones, modificaciones o correcciones del acto, remisión para pago, envío para nuevo estudio, entre otros aspecto propios del trámite.

Por Secretaría y sin necesidad de auto que así lo disponga, córrase traslado de la contestación del oficio a las partes por el término común de tres (3) días para lo pertinente, dejando las respectivas constancias en el Sistema de Información de Procesos "SAMAI". Lo anterior de conformidad con lo consagrado en el artículo 170 del C.G.P aplicable por remisión expresa del artículo 306 del C.P.A.C.A, con el objeto de garantizar el derecho a la contradicción de las partes.

Por Secretaría, se dispone que una vez cumplido lo aquí ordenado, regrese de forma inmediata el expediente al Despacho para lo pertinente.

La anterior decisión fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Notifíquese y cúmplase

Nota: Se deja constancia que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo "SAMAI" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de manera que, el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el siguiente enlace: http://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/documentos/evalidador

Ramiro Ignacio Dueñas Rugnon
Magistrado – *Firma electrónica*

Jaime Alberto Galeano Garzón
Magistrado – *Firma electrónica*

Patricia Victoria Manjarrés Bravo
Magistrada – *Firma electrónica*

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sección Segunda – Subsección "E"

Bogotá D.C., siete (7) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Expediente:	11001-33-35-018-2021-00320-01
Demandante:	Orlando Jesús Miranda Ruiz
Demandado:	Nación - Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Controversia:	Rechaza demanda por no haber sido subsanada

I. Objeto de la decisión

De conformidad con lo dispuesto por el despacho del magistrado ponente en el auto de 23 de enero de la presente anualidad[1], procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra del auto del 10 de marzo de 2022, en virtud del cual el Juzgado Dieciocho Administrativo del Circuito de Bogotá resolvió rechazar la demanda de la referencia por no haber sido subsanada.

II. Antecedentes

1. Demanda[2]

El señor Orlando Jesús Miranda Ruiz, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, radicó demanda contra el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, solicitando declarar la nulidad del oficio No. TRD-400 notificado el 22 de abril de 2021, mediante el cual la entidad demandada negó la solicitud de reconocimiento de una relación laboral entre las partes, así como el pago de los emolumentos salariales y prestacionales derivados de dicha relación.

A título de restablecimiento del derecho, solicita condenar a la entidad a reconocer y pagar la diferencia salarial resultante del reconocimiento de la relación laboral entre las partes.

---

[1] Auto que desató el recurso de queja interpuesto contra la decisión de rechazar por extemporáneo el recurso de apelación contra la decisión de rechazar la demanda, visible en el archivo No. 17 del expediente electrónico.
[2] Archivo No. 4 del expediente electrónico migrado a Samai.

La demanda correspondió por reparto al Juzgado Dieciocho Administrativo del Circuito de Bogotá, quien mediante auto del 9 de diciembre de 2021[3] dispuso inadmitirla y requerir al demandante para que en el término de diez (10) días la subsanara en el sentido de incluir como demandado al Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, habida cuenta que el acto administrativo demandado fue suscrito por la Secretaria General y Representante Legal de la mencionada entidad. Ante tal requerimiento, la parte actora guardó silencio.

2. Auto recurrido[4]

Por auto del 10 de marzo de 2022 el Juzgado Dieciocho Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá resolvió rechazar la demanda al tenor de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 169 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, esto es, porque fue inadmitida mediante el auto del 9 de diciembre de 2021 sin que la parte actora la subsanara dentro de la oportunidad concedida.

En relación con lo requerido, señala que el Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones es una Unidad Administrativa Especial del orden nacional dotado de personería jurídica y patrimonio propio, adscrito del Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones.

3. El recurso de apelación[5]

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión de rechazar la demanda, contenida en el auto de 10 de marzo de 2022. Como fundamento de lo anterior expuso en síntesis que la subsanación de la demanda fue radicada el 17 de enero de 2022 a la dirección de correo electrónico correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co, y aportó una constancia de subsanación que afirma haber enviado en la forma indicada, pese a que la misma no obra en el expediente.

En estos términos solicita revocar la decisión de rechazar la demanda y en su lugar se proceda con la admisión teniendo en cuenta que la subsanación corrigió el defecto advertido por el Despacho dentro del término legal previsto para tales efectos.

4. Trámite recurso de apelación

[3] Archivo No. 6 del expediente electrónico migrado a Samai.
[4] Archivo No. 7 ibidem.
[5] Archivo No. 8 ibidem.

Por auto del 30 de junio de 2022 el Juzgado Dieciocho Administrativo de Bogotá dispuso rechazar por extemporáneo el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de rechazar la demanda. Contra la anterior decisión la parte actora interpuso recurso de reposición y en subsidio queja, los cuales fueron desatados y concedidos respectivamente mediante auto del 8 de septiembre de 2022. Luego, el Despacho del ponente resolvió el recurso de queja mediante auto del 23 de enero de la presente anualidad[6] en el que resolvió considerar mal denegado el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la decisión de rechazar la demanda y concederlo en el efecto suspensivo, ordenando además que el expediente ingresara al Despacho una vez ejecutoriada esta decisión, lo anterior con el fin de desatar el recurso que se consideró mal denegado.

II. Consideraciones

1. Competencia

De conformidad con los artículos 125, 153 y el numeral 1° del 243 del CPACA, adicionados por la Ley 2080 de 2021, esta Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido el 10 de marzo de 2022 por el Juzgado Dieciocho Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que rechazó la demanda por no haber sido subsanada en la oportunidad legal prevista para tales efectos.

2. Problema jurídico

En el presente asunto la Sala debe establecer si hay lugar al rechazo de la demanda por no haberse subsanado dentro del término concedido en el auto que la inadmitió, o si por el contrario, la demanda debe admitirse porque se subsanó en debida forma.

3. Admisibilidad de la demanda en la jurisdicción de lo contencioso administrativo

Toda demanda promovida ante esta jurisdicción debe observar los requisitos consagrados en los artículos 162 a 167 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-. En lo pertinente, el artículo 162 contempla los requisitos de la demanda:

> ***"Artículo 162. Contenido de la demanda.*** *Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:*
>
> *1. La designación de las partes y de sus representantes* (…)".

[6] Archivo No. 17 del expediente electrónico migrado a Samai.

Una vez presentada y repartida la demanda, el juez según el caso, deberá: (i) admitirla en caso de encontrar satisfechos los requisitos legales, mediante auto que deberá seguir los parámetros contemplados en el artículo 171 ibídem; (ii) inadmitirla por carecer de los requisitos formales, para lo cual deberá otorgar al demandante el término de diez (10) días para subsanarla en los términos requeridos de conformidad con el artículo 170; o rechazarla, en caso de encontrar la concurrencia de alguno de los tres (3) supuestos contemplados en el artículo 169 del CPACA:

> ***"Artículo 169. Rechazo de la demanda.*** *Se rechazará la demanda y se ordenará la devolución de los anexos en los siguientes casos:*
>
> *1. Cuando hubiere operado la caducidad.*
>
> *2. Cuando habiendo sido inadmitida no se hubiere corregido la demanda dentro de la oportunidad legalmente establecida.*
>
> *3.Cuando el asunto no sea susceptible de control judicial"* (Subraya la Sala).

Lo expuesto hasta este punto permite colegir que el auto que admita la demanda conlleva a la continuación del proceso con la etapa procesal subsiguiente (traslado, oportunidad para contestación y reforma de la demanda); y de otro lado, que el rechazo de la demanda impone como consecuencia jurídica la terminación del proceso.

Sin embargo, en lo que respecta a la inadmisión, pueden presentarse dos situaciones: que la demanda sea subsanada en término y en debida forma, caso en el cual el juez debe proceder con la admisión en los términos del artículo 171 del CPACA; o bien puede suceder que la demanda no se corrija dentro de la oportunidad legal prevista para tales efectos, caso en el cual deviene su rechazo de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 169 precitado.

4. Caso concreto

En el caso bajo estudio, el señor Orlando Jesús Miranda Ruiz presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho solicitando declarar la nulidad del oficio No. TRD-400 notificado por correo electrónico del 22 de abril de 2021 que contestó la petición del 24 de marzo de 2021 presentada por el demandante a fin de obtener el reconocimiento de la existencia de una relación laboral y el pago de los emolumentos salariales y prestacionales derivados de dicha relación. A título de restablecimiento del derecho solicita efectuar el reconocimiento que le fuere negado en dicho acto, y el pago de las aludidas diferencias salariales.

En el apartado inicial del libelo, la parte actora señala que la demanda se instauró en contra de la Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las

Comunicaciones – Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, pero en el acápite denominado *"DESIGNACIÓN DE LAS PARTES Y DE SUS APODERADOS O REPRESENTANTES",* se señala en calidad de parte demandada al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

La referida demanda correspondió por reparto al Juzgado Dieciocho Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, el cual mediante auto del 9 de diciembre de 2021[7] dispuso inadmitirla al advertir que el Oficio No. TRD-400 del 22 de abril de 2021 cuya nulidad se pretende fue suscrito por la Secretaria General del Fondo Único de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, considerando:

> *"*(…) *Sobre el particular se advierte que se debe incluir como demandado al FONDO ÚNICO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, toda vez que este es una Unidad Administrativa Especial, del orden nacional, dotado de personería jurídica y patrimonio propio, distinto del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, al cual se encuentra adscrito; por lo cual, este aspecto deberá ser corregido, conforme a lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 162 del C.P.A.C.A., según el cual toda demanda deberá contener "1. La designación de las partes y de sus representantes".*

Posteriormente, el Juzgado Dieciocho Administrativo de Bogotá resolvió rechazar la demanda en el entendido de que la parte actora no dio cumplimiento a lo requerido por el Despacho, situación que la parte refuta mediante su recurso de apelación. Teniendo en cuenta los argumentos vertidos en la mencionada actuación procesal, y concretamente, habida cuenta que la parte actora afirma haber enviado el escrito de subsanación a la dirección de correo electrónico correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co, se requirió a la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Bogotá para que reenviara -en caso de existir- el aludido mensaje de datos a efectos de dilucidar la cuestión planteada.

En estos términos, el pasado 22 de junio de 2023 el Grupo de Correspondencia de la Oficina de Apoyo remitió mensaje de datos manifestando que en efecto, el 17 de enero de 2022 recibió el memorial aludido por la parte actora en su recurso de apelación, contentivo del escrito de subsanación de la demanda, y que por error involuntario de esa dependencia el mismo fue marcado como leído sin que fuera radicado como memorial para el proceso de la referencia.

Luego, a partir del aludido mensaje de datos remitido por la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos de Bogotá, se puede apreciar que en efecto la subsanación de la demanda fue remitida el 17 de enero de 2022 tal como lo indicó el apoderado de la parte actora:

[7] Archivo No. 6 del expediente electrónico migrado a Samai.

RV: SUBSANACION DENTRO DEL Medio de Control de Nulidad y restablecimiento del Derecho No 11001-33-35.018-2021-00320-00

SUBSANACION DEMANDA Y...
8 MB

Cordial saludo,

Remitimos el presente mensaje de acuerdo al requerimiento de su despacho, se presume que debido a un error involuntario en fue marcado como leido sin ser tramitado..

Atentamente,
hacs

Grupo de Correspondencia
Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos
Sede Judicial CAN

De: harry robles <hrdca@hotmail.com>
Enviado: lunes, 17 de enero de 2022 11:55 a. m.
Para: Correspondencia Sede Judicial CAN - Bogotá - Bogotá D.C. <correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Luis Guillermo Ortegate <notificacionesjudicialesmintic@mintic.gov.co>; notificacionesjudicialesfontic@mintic.gov.co <notificacionesjudicialesfontic@mintic.gov.co>
Asunto: SUBSANACION DENTRO DEL Medio de Control de Nulidad y restablecimiento del Derecho No 11001-33-35.018-2021-00320-00

señores
OFICINA DE APOYO JUDICIAL PARA LOS JUZGADOS ADMINISTRATIVOS DE BOGOTA
Ciudad

Medio de Control de Nulidad y restablecimiento del Derecho No 11001-33-35.018-2021-00320-00
Demandante: ORLANDO JESUS MIRANDA RUIZ
Demandado: MINISTERIO DE LA TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS TELECOMUNICACIONES Y FONDO UNICO DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES
asunto: SUBSANACION DE LA DEMANDA

Así las cosas, comoquiera que la decisión apelada rechazó la demanda atendiendo la consecuencia jurídico-procesal prevista en el numeral 2º del artículo 169 del CPACA, esto es, bajo la premisa de que no había sido subsanada, y que dentro del trámite del recurso de apelación interpuesto contra la mencionada decisión se pudo establecer que la parte actora sí atendió el requerimiento de subsanación efectuado por el *a-quo* al inadmitir la demanda, la Sala concluye que en el presente caso no procede el rechazo de la demanda.

En consecuencia, al evidenciarse que el memorial de subsanación fue enviado a la dirección de correo electrónico correspondiente a la Oficina de Apoyo y que fue esta dependencia la que incurrió en la omisión que motivó el desconocimiento de esta actuación y el consecuente rechazo de la demanda por parte del juzgado de primera instancia, deviene la necesidad de revocar la decisión apelada, porque no sería plausible que la parte demandante se viera perjudicada por una irregularidad que no es en ninguna medida imputable a ella, y en este sentido se tiene que confirmar la decisión apelada comportaría un defecto procedimental por exceso de ritual manifiesto[8]. Por lo tanto, se ordenará al juzgado disponer sobre el estudio de la

[8]La Corte Constitucional dijo en la sentencia SU-041 de 2022 que *"el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se configura cuando "el juez renuncia a conocer un caso de fondo y a proteger un derecho sustancial como resultado de una aplicación irreflexiva de las normas procedimentales". Este defecto encuentra fundamento en los artículos 29 y 228 de la Constitución, que prevén no solo la garantía del derecho al debido proceso y de acceso efectivo y real a la administración de justicia, sino que además establecen el principio de prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales -art. 228 de la Carta-. Es por esto que se ha interpretado que las normas procesales constituyen "un medio para la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos, y no pueden por consiguiente constituirse en una barrera de acceso a la garantía de aplicación y protección del derecho sustancial".*

admisión o no de la demanda, teniendo en cuenta el escrito de subsanación presentado por el apoderado de la parte demandante.

III. Conclusión

La Sala revocará en su integridad la decisión proferida por el Juzgado Dieciocho Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá el 10 de marzo de 2022, teniendo en cuenta que lo allí resuelto obedece a la premisa de que el demandante no atendió al requerimiento que se le hizo en el auto que inadmitió la demanda, lo cual no es cierto conforme quedó establecido en el acápite precedente. En ese orden, el juzgado deberá disponer sobre la admisión o no de la demanda teniendo en cuenta el escrito de subsanación presentado por el apoderado de la parte demandante.

IV. Costas procesales en segunda instancia

En los procesos regulados por el CPACA es procedente la condena en costas cuando se decidan los procesos en primera instancia, cuando se resuelvan los recursos de apelación contra las sentencias en segunda instancia y cuando se decidan los recursos de apelación contra los autos que ponen fin al proceso.

En este caso, la Sala no condenará en costas a la parte demandante pues el recurso de apelación fue resuelto de manera favorable, además, porque aún no se ha integrado el contradictorio.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda – Subsección “E”,

Resuelve:

Primero.- Revocar el auto proferido el 10 de marzo por el Juzgado Dieciocho (18) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, por las razones expuestas en la presente decisión.

Segundo.- Sin costas en esta instancia.

Tercero.- Ejecutoriado el presente proveído, devuélvase el expediente al Juzgado de origen con el fin de que continúe el trámite correspondiente del proceso, consistente en el estudio de la admisión o no de la demanda teniendo en cuenta el escrito de subsanación presentado por el apoderado de la parte demandante.

Notifíquese y cúmplase

Firmado electrónicamente
Ramiro Ignacio Dueñas Rugnon
Magistrado

Firmado electrónicamente
Jaime Alberto Galeano Garzón
Magistrado

Firmado electrónicamente
Patricia Victoria Manjarrés Bravo
Magistrada

Se deja constancia que esta providencia fue aprobada por la Sala de Decisión en sesión de la fecha de su encabezado y firmada de forma electrónica en el aplicativo denominado SAMAI dispuesto para el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento, en el link: http://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/documentos/evalidador.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sección Segunda – Subsección "E"

Bogotá D.C., siete (7) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Expediente: 11001-33-42-050-2022-00094-01
Demandante: Mario Humberto Barajas Higuera
Demandado: Nación – Procuraduría General de la Nación
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Controversia: Apelación de auto que negó medida cautelar

I. Objeto de la decisión

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra del auto proferido el 15 de diciembre de 2022 por el Juzgado Cincuenta (50) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, por medio del cual negó la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo demandado.

II. Antecedentes

1. Demanda[1]

El señor Mario Humberto Barajas Higuera, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, radicó demanda contra la Nación - Procuraduría General de la Nación - solicitando declarar la nulidad del Decreto No. 1275 del 17 de septiembre de 2021 mediante el cual se declaró insubsistente al demandante del cargo de asesor código 1AS grado 21 de la Procuraduría Delegada para el seguimiento al Acuerdo de Paz, que venía desempeñando en la entidad demandada. A título de restablecimiento del derecho, solicita condenar a la entidad a reintegrarlo al cargo que venía desempeñando sin solución de continuidad, y a pagarle todos los emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir como consecuencia de su desvinculación laboral.

2. Solicitud de suspensión provisional[2]

1 Archivo No. 4 del expediente electrónico migrado a Samai.
2 Págs. 5 y 6 ibidem.

En el escrito de la demanda, la parte actora incluyó un capítulo solicitando se decrete la medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo demandado contenido en el Decreto 1275 del 17 de septiembre de 2021 mediante el cual se declaró insubsistente al demandante, y en consecuencia ordenar el reintegro provisional del actor a un cargo de igual o mejor categoría hasta tanto se dicte sentencia.

Como fundamento de lo anterior manifiesta en síntesis que de conformidad con las previsiones de la Ley 909 de 2004 y los parámetros vertidos en la sentencia de unificación SU 003 de 2018 se debe concluir que los efectos de la condición de prepensionado deben extenderse a quienes ocupen cargos que no sean de libre nombramiento y remoción hasta tanto cumplan las semanas de cotización para acceder al derecho a la pensión:

> *"*(…) *De la simple comparación de los normas enunciadas anteriormente como quebrantadas junto con los precedentes jurisprudenciales en especial el consagrado en la Sentencia de Unificación SU 003 de 2018, con el decreto de declaratoria de insubsistencia de mi mandante contenido en el acto administrativo Decreto 1257 de 17 de septiembre de 2021, expedido por la Procuraduría General de la Nación, se concluye que el acto acusado es nulo por desconocimiento de las disposiciones legales y jurisprudenciales por lo que debe ser suspendido, hasta que la justicia decida de manera definitiva la presente controversia.*
>
> *Lo anterior en aras de la garantía del Derecho fundamental a la Seguridad Social consagrado en el art. 48 de la C.P.*
>
> *Para abundar en consideraciones, del porqué de la Medida Cautelar en este caso específico:*
>
> *- Mi mandante es una persona conforme a nuestra legislación que se ubica dentro de la categoría de adulto mayor, lo que hace que difícilmente pueda acceder a un empleo formal.*
>
> *- Mi mandante carece de ingresos adicionales, pues el único salario que devengaba era el de la Procuraduría General de la Nación, lo que hace que en la actualidad su situación sea de extrema vulnerabilidad por la carencia de recursos, lo que implica que no pueda seguir cotizando para seguridad social y pensión.*
>
> *- Por el contrario tiene deuda hipotecaria de lo que pretende sea su vivienda, que al no ser cancelada la deuda puede perder su perdido su inmueble.*
>
> *- Es una persona divorciada y a cargo de su hijo Mauricio Andrés Barajas Plata, quien debió suspender sus estudios por la carencia de recursos.*
>
> *- Mi mandante en conclusión es una persona catalogada como de extrema vulneración. (Además ha de señalarse en relación con la regla ii) que en sentencia del 29 de febrero de 2016, el Consejo de Estado concluyó que: b) Al ejercer la potestad discrecional de libre nombramiento remoción, la administración deberá tener en cuenta que la protección especial de quienes están próximos a consolidar el status pensional es un imperativo constitucional, razón por la cual es necesario que el nominador realice un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales de los pre pensionados (mínimo vital, igualdad, seguridad social) y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de tomar la decisión más "adecuada a los fines de la norma que la autoriza" y "proporcional a los hechos que le sirven de causa ", buscando en lo posible, armonizar el ejercicio de la facultad discrecional del literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 con las disposiciones que consagran la protección especial de los sujetos que están próximos a pensionarse".*

3. Trámite de la medida cautelar

Por auto del 1º de septiembre de 2022, el Juzgado Cincuenta Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá ordenó correr traslado de la medida cautelar de suspensión provisional conforme lo dispuesto en el artículo 233 del CPACA.

4. Oposición a la medida cautelar[3]

Mediante escrito del 9 de noviembre de 2022, el apoderado de la entidad demandada presentó oposición a la medida cautelar de suspensión provisional solicitando negar el decreto solicitado por considerar que en el presente caso no se encuentran acreditados los requisitos de procedencia contemplados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, refiriéndose a los mismos en los términos del artículo 231 de la referida codificación, y además haciendo alusión al requisito *denominado fumus boni iuris* (o apariencia de buen derecho) y al *periculum in mora* entendido como el riesgo de que al no adoptarse la medida cautelar sobrevenga un perjuicio o daño mayor del que se expone en la demanda.

Al descender al caso concreto, afirma que la parte actora pretende, mediante la solicitud de medida cautelar, que se traiga la discusión de fondo del proceso, lo cual es inviable en este momento procesal teniendo en cuenta que el juez de primera instancia no cuenta con elementos y herramientas suficientes para llegar a una decisión de esta naturaleza. En relación con la situación laboral particular del demandante, agregó las siguientes consideraciones:

> *"…En este caso en particular, es de resaltar que era de pleno conocimiento por parte del actor que en su condición de Libre Nombramiento y Remoción como Asesor grado 21 en la Procuraduría General de la Nación era TRANSITORIO, ya que éste, como su nombre lo indica de manera clara y precisa, va sujeta de manera necesaria a la misma condición resolutoria que se encontraba contenida el acto administrativo de nombramiento, por cuanto, tenía certeza aquella, que se encontraba ocupando temporalmente el empleo en tal calidad.*
>
> *El demandante, al ser nombrado como Asesor grado 21 con la PGN bajo la modalidad de LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN, conocía de antemano que su relación legal y reglamentaria se encontraba en el entendido que estos de conformidad con el Decreto 262 de 2000 en su artículo 165 establece que los empleados de libre nombramiento y remoción pueden ser desvinculados del servicio, por retiro discrecional del nominador, esto es, la Procuradora General de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 262, por lo que su situación se encuentra sujeta a una condición resolutoria ligada directamente a la situación en el momento que su empleo se requiera por razones del servicio, puede darse sin necesidad de que mediara motivación alguna, ya que la discrecionalidad exonera al nominador de tener que explicar las razones de su determinación, pues aquella se presume inspirada en el buen servicio.*
>
> *Al respecto, según lo establecido por el artículo 125 de la Constitución Política de 1991 y, en concordancia con el artículo 183 del Decreto 262 de 2000, el sistema especial de carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación –PGN– está gobernado por los principios al mérito, la transparencia y la igualdad en oportunidades para el acceso a cargos públicos, entre otros. De tal forma que, ante la primacía de las normas de régimen especial que regulan el ingreso a la PGN,*

3 Archivo Nº 9 del expediente electrónico migrado a Samai.

estas se aplican con preferencia a las disposiciones y jurisprudencia proferida para las normas del régimen general de carrera.

En un primer aspecto, según lo establecido por numeral 2° del artículo 182 del Decreto 262 de 2000, prevé que, dentro de los cargos de libre nombramiento y remoción de la Procuraduría General de la Nación, se encuentran:

"(…) Los empleos de libre nombramiento y remoción son:
Viceprocurador General
Secretario General
Tesorero
Procurador Auxiliar
Director Jefe de División Administrativa y Financiera del Instituto de Estudios del Ministerio Público
Procurador Delegado Procurador Judicial
Asesor del Despacho del Procurador Provincial (…)" (Resaltado fuera de texto)

Así las cosas, encontramos que el nombramiento que se hiciera al señor Mario Humberto Barajas, fue un nombramiento ordinario en un cargo de libre nombramiento y remoción. En el caso de los Asesores Grado 21 que se encuentran adscritos a la planta de personal de la Procuraduría General de la Nación – Procuraduría Delegada Para el Seguimiento al Acuerdo de Paz, es de naturaleza de Libre Nombramiento y Remoción conforme lo expresa el Decreto 1512 de 2018, artículo 1, que a la letra reza (…):

Como se observa, de acuerdo con el citado artículo, la creación de estos cargos de libre nombramiento, se dio en atención a la especial confianza en el desarrollo de las funciones relacionadas con la Jurisdicción Especial para la Paz – JEP y fueron de carácter transitorio.

(…) En este orden de ideas, es claro que el contenido material de la decisión obedece y corresponde a la designación del demandante en el cargo de Asesor 1AS, Grado 21 Procuraduría Delegada con Funciones de Seguimiento al Acuerdo de Paz que, en los términos del parágrafo 1 del artículo 1 del Decreto 1512 de 2018, es un empleo de libre nombramiento y remoción.

Es de resaltar que la expresión y "se clasifican como de libre nombramiento y remoción" fue objeto de revisión de Corte Constitucional mediante Sentencia C-371 de 2019, declarándola exequible, previo análisis de la justificación para su creación y funciones asignadas a cada cargo.

Ahora bien, no puede pasar inadvertido que al demandante no le toma por sorpresa esta determinación, teniendo en cuenta que desde su nombramiento tenía claro que el cargo que ocupaba tenía esa condición TRANSITORIO.

En consecuencia, la terminación de la situación de LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN del demandante, encuentra su fundamento en la Constitución, la Ley y la Jurisprudencia.

Así las cosas se puede deducir que no le asiste razón a la parte actora, por cuanto la declaratoria de insubsistencia se dio como consecuencia jurídica lógica, previsible de antemano por él, ya que ocupar un empleo TRANSITORIO no le confiere derecho alguno sobre el empleo que ocupaba temporal o transitoriamente, y conocía por sus amplios conocimientos en Derecho con su calidad de Abogado, que su vinculación con la Entidad se encontraba sujeta a la situación jurídica y legal de la Entidad, así como las condiciones en que podría terminarse por las facultades legales del nominador.

Situación que tampoco le confiere calidades de prepensión, en concordancia lo manifestado por la Corte Constitucional en Sentencia SU-003/2018, de ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018), con ponencia del doctor CARLOS BERNAL PULIDO, con fines de unificación jurisprudencial que estableció como regla general que LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN NO GOZAN DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA (…)".

5. Del auto apelado[4]

Por auto del 15 de diciembre de 2022 del Juzgado Cincuenta (50) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá resolvió negar la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo demandado que fue formulada por la parte actora al presentar la demanda. Luego de referirse sucintamente a la solicitud de medida cautelar y a su trámite, el Juzgado se refirió a los parámetros de procedencia de las medidas cautelares al tenor de lo dispuesto en el artículo 229 del CPACA y a partir de lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-284 de 2014 a efectos de concluir que la razón de ser de la reforma que introdujo la Ley 1437 de 2011 en materia de medidas cautelares es la de *"dotar al juez de herramientas eficaces para precaver daños irreversibles o difícilmente reparables en los derechos pretendidos por los demandantes".* Adicionalmente hizo referencia al contenido y alcance de las medidas cautelares de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 ibidem, y a los requisitos contemplados en el artículo 231.

Al descender al caso concreto, precisó que la protección especial reclamada por el demandante se encuentra contemplada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, cuerpo normativo que fue regulado por el Decreto 190 de 2003. Del Decreto 190 de 2003, la juez de primera instancia destaca los artículos 12 y 13 relativos a los destinatarios de dicha protección especial y al trámite que debe seguirse para hacer efectiva la estabilidad laboral reforzada, respectivamente.

Agrega que no se allegó prueba siquiera sumaria de los perjuicios irremediables alegados. Lo anterior, porque: (i) del texto de la Resolución No. 1275 del 17 de septiembre de 2021 se puede colegir que el cargo desempeñado por el demandante tiene carácter de libre nombramiento y remoción, y que lo manifestado en la solicitud de medida cautelar no acredita en modo alguno la edad del demandante a la fecha de la declaratoria de insubsistencia ni el número de semanas de cotización a Colpensiones comoquiera que el reporte aportado con la demanda es con corte a marzo de 2022, más no a la fecha de la declaratoria de insubsistencia; y (ii) los documentos aportados hasta este momento procesal no permiten establecer la edad del hijo del demandante, ni condición de discapacidad o dependencia económica alguna.

En estos términos, concluye que el cotejo de las normas que se aducen como violadas con los fundamentos fácticos de la solicitud no permite establecer de manera inequívoca el desconocimiento de las formas que regulen la estabilidad laboral reforzada de las personas que se encuentran próximas a pensionarse, ni vulneración palmaria que permita acceder al decreto de la suspensión provisional solicitada.

4 Archivo No. 11 del expediente electrónico migrado a Samai.

6. Recurso de apelación[5]

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación contra la decisión de negar la medida cautelar, solicitando revocarla.

Como fundamento de lo anterior, expone en primer lugar que contrario a lo afirmado por la juez de primera instancia, la parte actora no desconoce el carácter de libre nombramiento y remoción del cargo que venía ocupando en la entidad, y que la argumentación expuesta en la demanda respecto de la naturaleza del cargo pretende denotar que la naturaleza de las funciones desempeñadas por el demandante en el cargo del que fue desvinculado no se estructuran en la confianza del nominador. En este sentido, el apelante señala que *"fue la carga argumentativa expuesta, con base de apoyo jurisprudencial, para acreditar la condición precisa del demandante, esto es que, a pesar que no puede desconocerse la condición de libre nombramiento y remoción, esta circunstancia per sé no desconoce la condición de PRE PENSIONADO que tiene el demandante, es decir, dicho de otra manera, no excluye el ejercicio de la facultad discrecional del nominador porque la decisión de retiro debe consultar, en cada caso concreto –como en este- la afectación de los derechos fundamentales del funcionario".*

En relación con lo puntualizado en la providencia recurrida respecto de la edad y las semanas cotizadas como requisitos para acreditar la calidad de prepensionado, señala que la juez de primera instancia trata de introducir un concepto de tarifa legal, y que este es un criterio de valoración probatoria inexistente en esta jurisdicción, porque de conformidad con la jurisprudencia aplicable, las autoridades judiciales deben ceñirse al principio de libertad de los medios probatorios. Agrega que a partir de la historia laboral aportada y del documento de identidad del demandante se pueden establecer tanto la edad del señor Barajas Higuera como el cumplimiento del requisito relativo al número de semanas cotizadas a pensión, precisando respecto de esto último que se encuentra acreditado que para marzo de 2022 el demandante contaba con 1.160,72 semanas cotizadas, y en este sentido debe concluirse que tenía la condición de prepensionado.

En estos términos, la parte actora considera que las premisas vertidas por la juez de primera instancia en la providencia que negó la solicitud de medida cautelar son erradas, y en consecuencia, concluye que procede el decreto de la suspensión provisional de los efectos del acto demandado.

7. Trámite del recurso

5 Archivo Nº 12 del expediente electrónico migrado a Samai.

Por auto del 16 de febrero de 2023[6] el Juzgado Cincuenta Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá[7] resolvió conceder en el efecto devolutivo el recurso de apelación presentado contra la decisión del 15 de diciembre de 2022.

III. Consideraciones

1. Competencia y problema jurídico

Teniendo en cuenta las previsiones del numeral 2º del artículo 243 del CPACA (modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021), el recurso de apelación procede contra el auto que decreta, deniega o modifica una medida cautelar.

De conformidad con lo establecido en el literal h) del numeral 2º del artículo 20 de la Ley 2080 de 2021 que modificó el artículo 125 del CPACA[8], esta Sala es competente para decidir sobre la apelación del auto que negó el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional.

En estos términos, por ser procedente y al evidenciarse que fue interpuesto en término, procede la Sala de Subsección a desatar el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de negar la medida cautelar solicitada por la parte demandante, para lo cual deberá establecer si es procedente ordenar la suspensión provisional de los efectos de la Resolución No. 1275 del 17 de septiembre de 2021 que declaró insubsistente el cargo que venía desempeñando el demandante en la Procuraduría General de la Nación.

2. Regulación de las medidas cautelares en nuestro ordenamiento jurídico

El artículo 238 de la Constitución Política contempla para esta jurisdicción la facultad de suspender de forma provisional los efectos de los actos administrativos susceptibles de control judicial, siempre que se acredite la concurrencia de motivos y requisitos contemplados en la ley.

En el capítulo XI del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se reguló la procedencia, el trámite y el contenido de las medidas cautelares que se pueden decretar en esta jurisdicción.

En cuanto a la procedencia, el artículo 229 establece:

---

[6]Archivo No. 14 del expediente electrónico migrado a Samai.
7 Archivo No. 22 ibidem.
8 Artículo 125. Modificado L.2080/2021, art. 20. De la expedición de providencias. La expedición de providencias se sujetará a las siguientes reglas:
(…) 2. Las salas, secciones y subsecciones dictarán las sentencias y las siguientes providencias:
(…) h) El que resuelve la apelación del auto que decreta, deniega o modifica una medida cautelar. En primera instancia esta decisión será de ponente.

> *"**Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares.** En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.*
>
> *La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento".*

Por su parte, el artículo 230 *ibidem*, consagra las clases de medidas cautelares que proceden en la jurisdicción, entre ellas la que compete a la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, a saber:

> "***Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares**. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:*
>
> *1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.*
>
> *2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.*
>
> *3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.*
>
> *4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.*
>
> *5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.*
>
> *Parágrafo. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente".*

El artículo 231 de la misma codificación señala los requisitos que se deben observar para decretar una medida cautelar, y se realiza una diferenciación según lo que se pretenda con la demanda. En tal sentido se debe precisar si lo que se pretende es la simple nulidad de un acto administrativo, o si además de la nulidad, se busca un restablecimiento del derecho seguido de una indemnización.

En el primer evento –cuando se pretende la simple nulidad-, la parte debe acreditar únicamente la violación de las normas superiores, por el contrario, si se pretende un restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, se deberá probar al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En lo pertinente, hay que concluir que las medidas cautelares que buscan la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo donde además de la nulidad, se pida el restablecimiento del derecho y una posible indemnización, deben tener las siguientes características: i) puede ser solicitada con la demanda o en cualquier momento del proceso, inclusive en segunda instancia, ii) puede pedirse de forma escrita o verbal, iii) tiene un campo de acción limitado, ello quiere decir que, solo son procedentes en los procesos declarativos, iv) debe probarse la violación de las normas superiores invocadas, y v) demostrarse siquiera sumariamente los perjuicios que alega se le han ocasionado.

En pronunciamiento del 7 de febrero de 2019, el Consejo de Estado en su Sección Segunda, dentro del expediente radicado con el No. 05001-23-33-000-2018-00976-01 (5418-18), al revocar una medida cautelar de suspensión provisional explicó los requisitos para decretarla y los clasificó en tres categorías[9]: 1. Requisitos de procedencia, generales o comunes, de índole formal, 2. Requisitos de procedencia, generales o comunes, de índole material, y 3. Requisitos de procedencia específicos. Por su importancia, se transcribe textualmente en lo pertinente:

> *"**6.3.1.- Requisitos de procedencia, generales o comunes de índole formal.** La Sala los denomina «generales o comunes» porque se exigen para todas las medidas cautelares; y son de «índole formal», en la medida que solo requieren una corroboración de aspectos de forma y no un análisis valorativo. Entonces, los requisitos de procedencia, generales o comunes,[10] de índole formal,[11] son: **(1)** debe tratarse de procesos declarativos o en los que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo;[*] **(2)** debe existir solicitud de parte[*] debidamente sustentada en el texto de la demanda o en escrito separado, excepto en los casos de los procesos que tienen por finalidad la defensa y protección de derechos e intereses colectivos donde opera de oficio. [*]*
>
> ***6.3.2- Requisitos de procedencia generales o comunes de índole material.** La Sala los denomina «generales o comunes» porque se exigen para todas las medidas cautelares; y son de «índole material», en la medida que exigen por parte del juez un análisis valorativo. Entonces, los requisitos de procedencia, generales o comunes,[12] de índole material,[13] son: **(1)** que la medida cautelar solicitada debe ser necesaria para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia; [*] y **(2)** que la medida cautelar solicitada debe tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. [*]*
>
> *23. Respecto del primer requisito de procedencia, general o común, de índole material, esto es, que la medida cautelar solicitada debe ser necesaria para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso, la Sala aclara, que el «objeto del proceso», desde un primer nivel de significación, que se corresponde con la teoría procesalista clásica, es la materia o cuestión del litigio, el «thema decidendi» que se somete a consideración de la jurisdicción, e involucra, no sólo las pretensiones, sino que también hace referencia a los hechos, normas y pruebas en que estas se fundan.*
>
> *24. Ahora bien, desde un punto de vista constitucional de aplicación del principio de primacía del derecho sustancial, [*] el «objeto del proceso», y en general «de todo*

[9] Op. Cit. En similares términos de explicó en la providencia del 14 de febrero de 2019 dentro del expediente No. 25000-23-42-000-2017-05165-01.

[10] En la medida que se exigen para todas las medidas cautelares.

[11] En la mediad en que estos requisitos únicamente exigen una corroboración formal y no un análisis valorativo.

[12] En la medida que se exigen para todas las medidas cautelares.

[13] En la medida en que exigen por parte del juez un análisis valorativo.

proceso que se adelante ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo», también comprende, en armonía con el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, [*] la finalidad de asegurar la «efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la Ley y la preservación del orden jurídico». Dicho de otro modo, el objeto de todo proceso judicial es en últimas, garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales. En se sentido, el decreto y ejecución de una medida cautelar también debe conciliarse con el postulado superior relativo al respeto de los derechos fundamentales de las personas, siempre que estos no estén en discusión, aclara la Sala.

25. Así pues, es claro para la Sala, que el juez contencioso debe evaluar con especial cuidado si la medida cautelar solicitada en verdad está orientada a garantizar el objeto del proceso, puesto que al ordenar su decreto, también se pueden lesionar las prerrogativas fundamentales de los perjudicados con las medidas cautelares. Ante tales circunstancias, las autoridades judiciales deben propender por aplicar las normas pertinentes al caso concreto, de manera tal que logre el menor perjuicio posible a los derechos fundamentales, siempre que estos no estén en discusión, se reitera.

26. Finalmente, ya para agotar lo que tiene que ver con el primer requisito de procedencia, general o común, de índole material, la Sala precisa que respecto de la exigencia de que la medida cautelar solicitada esté orientada a garantizar la efectividad de la sentencia, ello se explica en razón de que con las cautelas se busca asegurar el cumplimiento de las decisiones del juez, es decir, que propenden por la seriedad de la función jurisdiccional, y por esta vía, guardan relación directa con los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y de tutela judicial efectiva, en la medida que con las medidas cautelares también se asegura que las decisiones de los jueces sean ejecutadas y cumplidas.

***6.3.3.- Requisitos de procedencia específicos de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo.** La Sala los denomina «requisitos de procedencia específicos» porque se exigen de manera particular para cada una de las diferentes medidas cautelares enlistadas, a modo enunciativo, en la Ley 1437 de 2011.[*] Entonces, en cuanto a los requisitos de procedencia específicos, si se pretende la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado –medida cautelar negativa-, se deben tener en cuenta otras exigencias adicionales que responden al tipo de pretensión en el cual se sustente la demanda[*] así: **(a)** si la demanda tiene únicamente la pretensión de nulidad del acto administrativo demandado, se debe verificar que exista una violación de las normas superiores invocadas, tras confrontar el acto demandado con estas o con las pruebas aportadas con la solicitud; [*] y **(b)** si la demanda además de la nulidad del acto administrativo pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, además de verificarse que exista una violación de las normas superiores invocadas debe probarse al menos sumariamente la existencia de los perjuicios.*

***6.3.4.- Requisitos de procedencia específicos para las demás medidas cautelares diferentes a la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo.** Finalmente, si se pretenden otras medidas cautelares diferentes -medidas cautelares positivas-[*] a la de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado, deben concurrir los siguientes requisitos adicionales: **(a)** que la demanda esté razonablemente fundada en derecho; **(b)** que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente la titularidad del derecho o de los derechos invocados; **(c)** que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla; y **(d)** que, al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable o que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse los efectos de la sentencia serían nugatorios.[*]*

27. Para mayor claridad, a continuación la Sala esquematiza la clasificación realizada de los requisitos de las medidas cautelares, en los siguientes dos cuadros, el primero, referido a los requisitos de procedencia, generales o comunes, y el segundo, relacionado con los requisitos específicos: (…)"

IV. Caso concreto

En el presente asunto, el señor Mario Humberto Barajas Higuera solicita decretar la suspensión provisional del acto administrativo demandado, contenido en el Decreto 1275 del 17 de septiembre de 2021, por medio del cual se le declaró la insubsistencia del nombramiento en el cargo de asesor código 1AS grado 21 que venía desempeñando en la Procuraduría General de la Nación. Y como consecuencia, solicita el reintegro provisional al cargo hasta el momento en que se profiera la decisión de fondo.

La juez de primera instancia negó la medida cautelar solicitada por considerar que en este momento procesal el plenario no cuenta con elementos probatorios suficientes para encontrar acreditado el perjuicio alegado, concretamente en lo que respecta a la condición de prepensionado como requisito para ser beneficiario de estabilidad laboral reforzada. También anota que no encuentra determinadas de manera inequívoca las circunstancias en las cuales hace consistir su situación de debilidad manifiesta y/o la dependencia económica de la persona que presuntamente está a su cargo.

Para resolver el asunto, conviene precisar en primer lugar que en este caso es claro que nos encontramos en el curso de un proceso declarativo y que la solicitud fue presentada con la demanda disponiendo un acápite especial para el efecto. Sin embargo, la Sala advierte que la medida cautelar no fue presentada de conformidad con los requisitos formales que establece el CPACA, ni se observa el cumplimiento de los requisitos sustanciales que deben orientar el decreto de una medida cautelar, como pasa a explicarse.

La facultad que tienen los jueces de lo contencioso administrativo para decretar la suspensión provisional de los actos administrativos demandados en determinado proceso encuentra su fundamento primigenio en el artículo 238 constitucional[14]. No obstante, el primer filtro de procedencia que debe realizar el juzgador al momento de analizar una solicitud de medida cautelar está contenido en los parámetros del artículo 229 del CPACA, pues esta norma contiene los requisitos generales de procedencia comunes al decreto de todas las medidas cautelares tramitadas en esta jurisdicción. Como se dijo, los requisitos de procedencia general de índole formal se encuentran satisfechos en la solicitud formulada por la parte actora.

Sin embargo, para la Sala no surge de manera palmaria la necesidad de decretar la medida cautelar solicitada para efectos de garantizar el objeto del proceso y la eficacia de la sentencia. Dicho sea de paso, que al tenor de las pretensiones de la demanda se colige que el objeto del presente proceso es el estudio de legalidad del Decreto 1275 del 17 de septiembre de 2021 que dispuso declarar insubsistente al

[14] Constitución Política. Artículo 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

demandante en el cargo que venía desempeñando en la entidad demandada, lo anterior de cara a la presunta condición de prepensionado del demandante y su consecuente calidad de beneficiario del derecho de estabilidad laboral reforzada.

Así mismo, teniendo en cuenta los fundamentos de derecho consignados en la demanda, se tiene que la parte actora estima que sus pretensiones están llamadas a prosperar en tanto las funciones que desempeñaba el demandante en ejercicio de su cargo permiten concluir que no se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción, y en tal sentido el nominador no ostenta respecto de este cargo en concreto la facultad discrecional de que trata el artículo 41 de la Ley 909 para efectos de declarar la insubsistencia como lo hizo el acto administrativo demandado. Así las cosas, se tiene que los planteamientos normativos y jurisprudenciales consignados en el escrito de demanda permiten inferir que el demandante no controvierte en modo alguno la facultad discrecional que tiene el nominador para declarar la insubsistencia en los cargos de libre nombramiento y remoción, sino que el punto de inflexión en el caso concreto viene dado por la naturaleza de las funciones que ejercía el demandante en el cargo de asesor código 1AS grado 21 de la Procuraduría Delegada para el Seguimiento al Acuerdo a la Paz que el señor Barajas Higuera venía desempeñando en la entidad demandada.

Ahora bien, dadas las particularidades circunstanciales del caso que nos ocupa, la Sala considera oportuno referirse a los parámetros vertidos por el Consejo de Estado en relación con la facultad discrecional del nominador en cargos de libre nombramiento y remoción respecto de servidores que se encuentren en condición de prepensionados. En la sentencia del 25 de febrero de 2021[15] el alto tribunal precisó:

> *"La Corte Constitucional estableció que bien sea por la alta confianza o por las especiales funciones, se justifica que exista un tratamiento distinto en la aplicación de los fueros de estabilidad respecto del que tienen los empleados de carrera, lo que se concretó en el texto del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y parágrafo 2º, en dónde se estableció la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción en los siguientes términos* (…):
>
> *Como se puede apreciar, el legislador previó una excepción a la regla general de motivación de los actos administrativos de remoción de los empleados que pertenecen a esta última categoría.*
>
> *Es necesario precisar que el contenido de la disposición no equivale a una autorización del legislador para que la administración obre de manera arbitraria.*
>
> *En ese sentido, esa facultad discrecional se debe ejercitar de acuerdo con criterios mínimos de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, y enmarcarse dentro de la satisfacción del interés general, en los términos del artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual constituye un límite a la facultad discrecional de remoción.*

[15] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 25 de febrero de 2021. Expediente N° 66001-23-33-000-2016-00693-01 (2814-2018). Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández.

Por su parte, el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 determinó que si bien es cierto se puede declarar insubsistente un nombramiento en un cargo de libre nombramiento y remoción sin motivación, debe dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida.

Este artículo fue objeto de control por parte de la Corte Constitucional, corporación que al ocuparse del cargo de violación erigido sobre la expresión normativa «sin motivar la providencia», lo encontró exequible sin condicionamiento alguno en la sentencia C-734 de 2000, con base en los siguientes argumentos:

«En relación con la garantía de estabilidad laboral que también cobija a quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte, con fundamento en la Constitución, ha decantado jurisprudencia que indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador (…).

(…)10. De esta manera, la lectura completa de la disposición acusada, lleva a concluir sobre su exequibilidad. No sólo la falta de motivación de los actos administrativos de funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se vio, no se opone a la Constitución, sino que en el caso presente, la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la desvinculación así efectuada se erija en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda.

(…) *Ahora bien, conforme se anunció previamente, es necesario analizar, si por tratarse de una persona que se encontraba en condición de prepensionada, no se podía producir la declaración de insubsistencia del nombramiento pese a que el cargo que ocupaba era de libre nombramiento y remoción.*

3.5. La estabilidad laboral del prepensionado en un cargo de libre nombramiento y remoción.

En la sentencia SU 003 de 2018, la Corte Constitucional fijó las siguientes reglas jurisprudenciales en relación con los prepensionados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción:

Por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción no gozan de estabilidad laboral reforzada, pues ello supondría desconocer, de modo absoluto, la finalidad o naturaleza de estos empleos, es decir a la confianza plena y total o el tipo de funciones (de dirección, manejo, conducción u orientación institucional).

Cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente, pues con ello no se frustra el acceso a la pensión de vejez.

Ahora bien, en la providencia citada se realizó una diferenciación entre los conceptos de «retén social» y de «prepensión» pues los primeros son aquellos que se puedan ver perjudicados por los programas de renovación de la administración pública, mientras que los segundos son aquellas personas a las que les falten tres años o menos para cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

Como se desprende de lo anterior, y de acuerdo con los hechos narrados en la demanda, en el caso concreto se trata de un caso de una persona que eventualmente podría beneficiarse de la figura del prepensionado.

Es necesario poner de presente que con esta figura se busca proteger la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a esta prestación social.

En consecuencia, la Corte Constitucional estableció que en los casos en los que solo falte cumplir el requisito de edad y se trate de un cargo de libre nombramiento y remoción no existe ninguna garantía de prepensión, pues la consolidación del derecho pensional no está sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social Integral, por lo que la desvinculación no frustra el acceso a la pensión de vejez.

Esta Corporación también ha señalado que los prepensionados son sujetos de especial protección, pero dicha circunstancia no impide el ejercicio de la potestad discrecional de remoción.

Recientemente, en la sentencia del 12 de julio de 2019 esta Sala afirmó que la condición de prepensionado no excluye el ejercicio de la facultad discrecional del nominador, pero se debe analizar la afectación de derechos fundamentales.

Además, se puso de presente que la condición de prepensionado no es suficiente para ordenar el reintegro del trabajador, sino que se requiere demostrar que la desvinculación pone en riesgo los derechos fundamentales del empleado, respecto de lo cual la edad es un indicador de la dificultad de integrarse al mercado laboral, pero que esta circunstancia se debe analizar junto con las posibilidades de percibir ingresos de otras fuentes.

En ese orden de ideas, se advierte que la condición de prepensionado no altera la naturaleza jurídica del vínculo entre el trabajador y el empleador, por lo que, si se trata de un empleo de libre nombramiento y remoción, quien demanda tiene la obligación de demostrar que la declaración de insubsistencia del nombramiento afectó sus derechos fundamentales y sus expectativas de pensionarse". (Destaca la Sala)

Luego, en sentencia del 3 de febrero de 2022[16], el Consejo de Estado se refirió sucintamente a los parámetros de valoración probatoria de la condición de prepensionado de los empleados de libre nombramiento y remoción que pretenden beneficiarse de la estabilidad laboral reforzada:

"Ahora bien, la Sección Segunda de la Corporación ha reconocido que la estabilidad laboral de los prepensionados se predica también de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción, sosteniendo que solo por configurarse la condición de prepensionado no es suficiente para ordenar el reintegro de un servidor sino que "será necesario que el nominador analice la situación en la que se encuentra el empleado, en aras de realizar una ponderación razonable, adecuada y proporcionada al momento de ejercer la facultad discrecional, con el fin de materializar el interés general del buen servicio público pero sin afectar la protección especial del personal próximo a ser pensionado".

Además, se ha sostenido por esta Sección que a quien le corresponde demostrar la afectación de los derechos fundamentales es a la parte demandante. En ese orden de ideas, se advierte que la condición de prepensionado no altera la naturaleza jurídica del vínculo entre el trabajador y el empleador, por lo que, si se trata de un empleo de libre nombramiento y remoción, quien demanda tiene la obligación de demostrar que la declaración de insubsistencia del nombramiento afectó sus derechos fundamentales y sus expectativas de pensionarse.

Lo anterior implica que aún en casos ajenos al Programa de Renovación del Estado y respecto de empleados de libre nombramiento y remoción, cabe analizar la situación en la que se encuentra el empleado en los casos en que tenga la calidad de prepensionado". (Subraya la Sala)

De la jurisprudencia precitada se puede colegir que la sola condición de prepensionado no resulta suficiente para que un servidor pueda exceptuarse de la

[16] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 3 de febrero de 2022. Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Expediente No. 25000-23-42-000-2016-05963-01 (3537-2019).

facultad discrecional que tiene el nominador respecto de la declaratoria de insubsistencia de los cargos de libre y nombramiento y remoción que provea, de tal suerte que, para que proceda el reintegro de un servidor vinculado a este tipo de cargos, debe evaluarse la situación particular del demandante y determinarse si se encuentra en situación de vulnerabilidad que le impida acceder a otras fuentes de ingresos, o si se han vulnerado sus derechos fundamentales.

Pues bien, a efectos de resolver el problema jurídico suscitado con ocasión del recurso de apelación que hoy nos ocupa, la Sala resalta los siguientes hechos a partir de los documentos que han sido aportados al plenario:

(i) Mediante Decreto No. 1022 del 22 de abril de 2019[17] la Procuraduría General de la Nación nombró al señor Mario Humberto Barajas Higuera en el cargo de asesor, código 1AS, grado 21 de la Procuraduría Delegada con Funciones de Seguimiento al Acuerdo de Paz.

(ii) Mediante Decreto No. 1275 del 17 de septiembre de 2021[18] la Procuraduría General de la Nación resolvió declarar insubsistente el nombramiento del señor Mario Humberto Barajas Higuera.

(iii) De conformidad con el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones[19], se tiene que el demandante acredita un total de 1.160,72 semanas cotizadas al 4 de marzo de 2022, destacándose al respecto que los últimos aportes realizados se consignaron en calidad de trabajador independiente para los períodos correspondientes a diciembre de 2021 y enero de 2022:

Colpensiones
Ven por tu futura ya

COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 marzo/2022
ACTUALIZADO A: 04 marzo 2022

C 91202930 MARIO HUMBERTO BARAJAS HIGUERA

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
899999119	PROCURADURIA GENERAL	01/08/2021	31/08/2021	$8.330.314	12,86	0,00	0,00	12,86
899999119	PROCURADURIA GENERAL	01/09/2021	30/09/2021	$8.330.313	2,71	0,00	0,00	2,71
91202930	BARAJAS HIGUERA MARI	01/12/2021	31/12/2021	$3.733.334	4,29	0,00	0,00	4,29
91202930	BARAJAS HIGUERA MARI	01/01/2022	31/01/2022	$10.000.000	4,29	0,00	0,00	4,29

(iv) El señor Mario Humberto Barajas Higuera nació el 25 de septiembre de 1959[20], por lo que al expedirse el Decreto 1275 del 17 de septiembre de 2021 que declaró la insubsistencia de su cargo, contaba con 61 años de edad.

[17] Pág. 36 del archivo No. 4 del expediente electrónico migrado a Samai.
[18] Págs. 37 y 38 ibidem.
[19] Págs. 49 a 60 ibidem.
[20] Según se desprende de la cédula de ciudadanía, visible en la pág. 11 del archivo No. 12 del expediente electrónico migrado a Samai.

Sea lo primero decir que de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1512 de 2018 *"por el cual se modifica la planta de persona de la Procuraduría General de la Nación",* el cargo del demandante fue concebido por el legislador como un cargo de libre nombramiento y remoción. El cargo de asesor código 1AS grado 21 fue creado por el artículo 1º del referido cuerpo normativo, cuyo parágrafo primero dispuso que *"por la naturaleza transicional de la Jurisdicción Especial para la Paz dada en el artículo 15 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017 y la especial confianza exigida para el desarrollo de las funciones, los empleos que se crean en el presente artículo dentro de la planta de personal de la Procuraduría General de la Nación serán de carácter transitorio y se clasifican como de libre nombramiento y remoción".*

Las expresiones *"la especial confianza exigida para el desarrollo de las funciones*" y "*se clasifican como de libre nombramiento y remoción"* contenidas en la disposición legal precitada, fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional en la Sentencia C-371 de 2019, providencia en la cual se precisó en síntesis que *"la naturaleza propia de la justicia transicional, así como la implementación de las medidas del posconflicto y su temporalidad justifican suficientemente que los cargos de la Procuraduría creados para actuar ante la JEP sean de libre nombramiento y remoción, dado que se trata de empleos que requieren un grado de confianza mayor al que se predica de la función pública ordinaria, en razón de la trascendencia y grado de responsabilidad administrativa o política de las tareas encomendadas".*

Adicional a lo anterior, vale precisar además que en esta etapa del proceso no se han aportado elementos probatorios que permitan establecer de manera inequívoca que, -como lo afirma el demandante-, la naturaleza especialísima de las funciones ejercidas en dicho cargo conduce irrefutablemente a la conclusión de que no se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción. Aun aceptando en gracia de discusión este planteamiento, tampoco es de recibo el argumento de que es preciso decretar la medida cautelar solicitada por el sólo hecho de encontrarse acreditada la calidad de prepensionado del señor Mario Humberto Barajas Higuera, y ello es así porque, de conformidad con los parámetros jurisprudenciales vertidos en precedencia, es imprescindible analizar la situación particular del demandante para precisar si se acredita la concurrencia actual o inminente del perjuicio alegado, y en consecuencia determinar si procede o no su reintegro.

En relación con este último punto -el perjuicio irremediable- tampoco se evidencia que existan elementos probatorios que lo acrediten de manera certera. En efecto, en el escrito de demanda se afirma que el demandante se encuentra en una situación de vulnerabilidad y que carece de ingresos económicos adicionales a los que venía percibiendo antes de su desvinculación, pero no existen pruebas que

permitan establecer la veracidad de tales afirmaciones. Por el contrario, se evidencia que continuó realizando aportes para pensión con posterioridad a la expedición del acto demandado, lo que en cierto modo desdice las circunstancias de vulnerabilidad alegadas. Se reitera, conforme a los parámetros jurisprudenciales vertidos en precedencia, la carga de probar los supuestos de hecho que permiten acceder al derecho de estabilidad laboral reforzada recae exclusivamente sobre la parte demandante, y teniendo en cuenta lo precisado hasta este punto, la Sala estima que dicha carga no se encuentra satisfecha a cabalidad.

En estos términos, se convalida la decisión del juez de primera instancia, bajo la premisa de que no se evidencia en esta etapa del proceso una vulneración palmaria que permita acceder a la solicitud de suspensión provisional, y además no se encuentra en ninguna medida que su decreto sea necesario para garantizar el objeto del proceso ni la eficacia de la sentencia.

Por lo expuesto, es claro que la solicitud no cumple con los requisitos materiales ni argumentativos mínimos que harían procedente una solicitud de medida cautelar, ni su decreto. En este sentido, la Sala confirmará la decisión apelada que negó la solicitud de medida cautelar elevada por la apoderada de parte demandante.

Todo lo anterior se expone sin perjuicio alguno de lo que la Sala resuelva respecto de los derechos controvertidos en el presente medio de control al momento de resolver de fondo el asunto, en el evento de conocer en segunda instancia la decisión en virtud del recurso de apelación, porque como lo indica expresamente el 2º inciso del artículo 229 del CPACA, esta decisión sobre la medida cautelar no implica ningún prejuzgamiento.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección “E”,

Resuelve:

Primero.- Confirmar el auto proferido el 15 de diciembre de 2022 por el Juzgado Cincuenta (50) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, por las razones expuestas en la presente decisión.

Segundo.- Sin costas en esta instancia.

Tercero.- Ejecutoriado el presente proveído, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase

Firmado electrónicamente
Ramiro Ignacio Dueñas Rugnon
Magistrado

Firmado electrónicamente
Jaime Alberto Galeano Garzón
Magistrado

Firmado electrónicamente
Patricia Victoria Manjarrés Bravo
Magistrada

Se deja constancia que esta providencia fue aprobada por la Sala de Decisión en sesión de la fecha de su encabezado y firmada de forma electrónica en el aplicativo denominado SAMAI dispuesto para el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento, en el link: http://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/documentos/evalidador.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sección Segunda – Subsección "E"

Magistrado ponente Ramiro Ignacio Dueñas Rugnon

Bogotá D.C., siete (7) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Expediente:	11001-33-35-007-2022-00076-01
Demandante:	Sonia Esmeralda Marín Castro
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Secretaría de Educación Distrital de Bogotá y Fiduciaria La Previsora S.A.
Controversia:	Reconocimiento de la prima adicional de mitad de año contemplada en la Ley 91 de 1989

I. Objeto de la decisión

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 24 de octubre de 2022 por el Juzgado Séptimo (7°) Administrativo del Circuito de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda.

II. Antecedentes

1. Demanda[1]

1.1. Pretensiones

La señora Sonia Esmeralda Marín Castro, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contemplado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, presentó demanda en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá y la Fiduciaria La Previsora S.A., la cual estuvo orientada en resumen a las siguientes declaraciones y condenas:

> *"**PRIMERO:** Solicito que se declare la **NULIDAD** de la Resolución número **5780 del 12 de agosto de 2021,** proferida por la secretaría de Educación de Bogotá D.C. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Bogotá D.C., mediante la cual **SE NIEGA EL AJUSTE DE LA PÉNSIÓN JUBILACIÓN,** devengada por mi representada.*
>
> ***SEGUNDO:** Solicito que se declare la **NULIDAD** del oficio No. **S-2021-253463 DEL 09 DE AGOSTO DE 2021,** proferido por la Secretaria de Educación de*

[1] Archivo N° 2 del expediente electrónico Samai.

Bogotá D.C. en razón a que se pronunció negativamente frente a la solicitud de descuentos a seguridad social sobre la totalidad de los factores salariales devengados por mi representada durante su vinculación laboral.

TERCERO:** Solicito se declare la **NULIDAD del ACTO FICTO PRESUNTO NEGATIVO, originado por el silencio administrativo** proferido por la secretaría de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio oficina regional Bogotá, en razón a que no emitió respuesta frente a la petición **E-2021-176372 DEL 24 DE JULIO DE 2021, RESPECTO DE LA SOLICITUD DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PRIMA DE MEDIO AÑO REGULADA POR EL LITERAL B DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY 91 DE 1989.

***CUARTO:** Solicito que se declare la **NULIDAD del ACTO FICTO PRESUNTO NEGATIVO originado por el silencio administrativo** proferido por la directora de Afiliaciones y Recaudos – Fiduciaria La Previsora S.A., por cuanto **NO** emitió respuesta frente a la petición **No 20200322505832 del 28 de agosto de 2018,** frente al reconocimiento de la prima de mitad de año, establecida en el Artículo 15 de la Ley 91 de 1989.*

***QUINTO:** Solicito que como consecuencia de la declaratoria de **NULIDAD** de la Resolución No. **5782,** proferida por la secretaría de Educación de Bogotá D.C. – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, de la **NULIDAD del oficio No. S-2021-253463** proferido por la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y de la **NULIDAD del ACTO FICTO PRESUNTO NEGATIVO, originados por el silencio administrativo de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REGIONAL BOGOTÁ D.C.,** se **CONDENE** a **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REGIONAL BOGOTÁ D.C.,** y **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.,** respectivamente, a proferir el acto administrativo que **RECONOZCA Y PAGUE** a favor de mi poderdante:*

5.1.** Se ordene realizar los trámites necesarios para que la **secretaría de Educación de Bogotá D.C.,** realice los descuentos sobre los factores que se solicitan para su inclusión y a su vez efectúe el aporte de los mismos al sistema pensional **(FONPREMAG).

5.2.** Consecuentemente con la pretensión anterior se ordene la **revisión y ajuste** de la pensión jubilación, incluyendo además de los ya reconocidos, todos los factores salariales devengados por mi representado en el año anterior **al CUMPLIMIENTO DEL STATUS PENSIONAL.
***5.3. Ordenar el reconocimiento y pago** de la **prima de medio año** establecida en el **artículo 15 de la Ley 91 de 1989,** de la cual tiene derecho mi poderdante".*

Así mismo, solicitó ordenar el pago de los reajustes e indexación sobre las sumas reconocidas conforme lo establecido en los artículos 187 y 192 del CPACA. Así mismo condenar en costas a las entidades demandadas.

1.2. Hechos[2]

La señora Sonia Esmeralda Marín Castro nació el 15 de noviembre de 1962 y se vinculó como docente oficial y desde el 8 de febrero de 1993 cotiza al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Mediante Resolución N° 4454 del 4 de mayo de 2018 se le reconoció pensión de jubilación efectiva a partir del 16 de noviembre de 2017.

[2] Archivo N° 2 del expediente electrónico Samai.

El 24 de julio de 2021 la demandante presentó petición solicitando al Fondo el reajuste de su pensión de jubilación con la inclusión de la totalidad de los factores salariales que percibía al momento de adquirir el estatus de pensiona y realizar los descuentos correspondientes sobre los factores que no se les hubiese realizado aporte. Finalmente, solicitó el reconocimiento y pago de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Mediante Resolución 5780 del 12 de agosto de 2021 el Fondo negó el reajuste pensional y guardo silencio respecto de la solicitud de reconocimiento de la prima de medio año.

El 3 de agosto de 2021 la parte solicitó a la Secretaría de Educación Distrital realizar el pago a seguridad social sobre los factores salariales a los que no se les realizó cotizaciones. Mediante oficio S-2021-253463 del 9 de agosto de 2021 la entidad negó la solicitud.

El 28 de agosto de 2020 radicó ante la Fiduciaria La Previsora S.A. petición solicitando el reconocimiento y pago de la prima de medio año, sin que la entidad hubiese emitido pronunciamiento al respecto.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación[3]

La parte demandante señaló como disposiciones violadas los artículos 2º, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58, y 228 de la Constitución Política. Las Leyes 57 y 153 de 1887, 91 de 1989, 4ª de 1992, 60 de 1993, 115 de 1993, 100 de 1993 y 812 de 2003. El Decreto 1073 de 2002.

Señaló en síntesis que de conformidad con lo que se encuentra probado en el presente proceso respecto de la fecha de vinculación de la demandante como docente y sus cotizaciones al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y de conformidad con las previsiones del numeral 1º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, se le debe reconocer y liquidar la pensión de jubilación con un IBL del 75% equivalente al promedio mensual de todos los factores salariales del último año anterior al estatus pensional, teniendo en cuenta que el de conformidad con las normas que cita en este acápite constituye salario *"no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte".*

Agrega que de acuerdo a los parámetros normativos y jurisprudenciales aplicables a la situación concreta de la demandante y teniendo en cuenta lo dispuesto en el

[3] Archivo N° 2 del expediente electrónico Samai.

acto legislativo 01 de 2005, se debe acceder a la reliquidación pensional solicitada sin perjuicio de que no se hubieren efectuado los correspondientes descuentos sobre los factores que se pretende incluir en el ingreso base de liquidación.

En cuanto al reconocimiento de la prima de medio años señaló que, esta prima tiene como objetivo compensar a los docentes por la pérdida del derecho a adquirir una pensión gracia, razón por la cual, le asiste el derecho pretendido a la demandante pues no es beneficiaria de dicha prestación. Además, consideró que la entidad demandada desconoció los lineamientos establecidos por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación que se profirió sobre el tema el 25 de abril de 2019.

2. Contestación de la demanda

2.1. Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio[4]

Fiduprevisora S.A. compareció al proceso en representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones de la demanda.

Como primera medida refirió que los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran exceptuados de la Ley 100 de 1993 y en ese orden, las prestaciones se deben reconocer conforme lo dispongan las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994. Los docentes vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 se les aplicará lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

En cuanto al régimen prestacional aplicable a los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812, refirió que se debe aplicar lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, en consecuencia, la pensión se reconoce sobre el 75% de los factores que hayan servido de base para calcular los aportes durante el último año de servicio. Los factores a tener en cuenta son los establecidos en la Ley 62 de 1985 y que hayan servido de base para calcular los aportes. En ese orden, no puede ser liquidada la pensión con factores que no estén previstos en la norma.

Finalmente, propuso como excepciones de mérito las que denominó: i) existencia de precedente judicial y su fuerza vinculante, ii) legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad, iii) cobro de lo no debido, iv) prescripción y v) buena fe.

[4] Archivo N° 2 del expediente electrónico Samai.

2.2. Secretaría de Educación Distrital de Bogotá D.C. [5]

La Secretaría de Educación Distrital de Bogotá D.C. contestó la demanda manifestando que se opone a la totalidad de las pretensiones formuladas por la parte actora. Como primera medida se refirió a los parámetros de liquidación de la pensión de jubilación para los docentes vinculados al servicio público educativo de conformidad con lo dispuesto en la Ley 812 de 2003 en concordancia con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, señalando al respecto que a la demandante le es aplicable el régimen de pensión de jubilación previsto en la Ley 33 de 1985, conforme al cual la pensión de jubilación debe liquidarse tomando como IBL el 75% de los factores salariales devengados en el último año de servicio sobre los cuales se realizaron aportes, sin incluir otro factor salarial adicional.

En relación con la prima de mitad de año, señala que no debe ser reconocida en el presente asunto porque el artículo 104 del Decreto Ley 1042 de 1978 excluyó expresamente a los docentes oficiales de su aplicación, aunado el hecho de que la Ley 91 de 1989 en ninguno de sus apartes extiende la mencionada prestación a los docentes. Agrega que el Acto Legislativo 01 de 2005 prevé que quienes adquieran su estatus pensional en su vigencia no pueden recibir más de 13 mesadas, y que sólo se exceptúan quienes lo adquieran antes del 31 de julio de 2011 siempre y cuando tengan una pensión igual o inferior a 3 SMLMV.

Agrega que la entidad no se encuentra legitimada por pasiva en el presente asunto, ya que la eventual responsabilidad del pago de los conceptos aquí reclamados no recae en dicha entidad, y adicionalmente la entidad no es la encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Finalmente, propone las excepciones de mérito que denominó legalidad de los actos administrativos acusados, y la genérica o innominada.

3. Sentencia de primera instancia[6]

El Juzgado Séptimo (7°) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá profirió sentencia el 24 de octubre de 2022, en la cual resolvió declarar la existencia del acto ficto de carácter negativo en lo referente a las peticiones radicadas el 24 de julio de 2021 y el 28 de agosto de 2018 mediante las cuales la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año y negó las demás pretensiones de la demanda.

---

[5] Archivo N° 2 del expediente electrónico Samai.
[6] Archivo N° 2 del expediente electrónico Samai.

Como primera encontró que las entidades Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria La Previsora S.A. no habían atendido las peticiones presentadas por la demandante el 24 de julio de 2021 y el 28 de agosto de 2018 solicitando el reconocimiento y pago de la prima de medio año.

Luego de exponer los antecedentes del caso y referirse al marco normativo y jurisprudencial, así como del estudio probatorio procedió a referirse a la posibilidad de la procedencia de la reliquidación de la pensión precisando que las partes no habían controvertido que el régimen pensional aplicable fuera la Ley 33 de 1985. Acto seguido refirió que conforme a la sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019 la pensión prevista en la Ley 33 de 1985 se debe liquidar únicamente con los factores respecto de los cuales se realizaron cotizaciones en el último año de servicio o estatus pensional.

Conforme la información contenida en el Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios, la señora Sonia Esmeralda Marín Castro solo cotizó o realizó aportes sobre la asignación básica o sueldo, la bonificación mensual decreto y la prima de vacaciones, factores que ya fueron tenidos en cuenta por la entidad al momento de liquidar la prestación.

Sobre los factores de prima especial, prima de servicios y prima de navidad, si bien la demandante los devengó no obra prueba que sobre los mismos se haya realizado aporte o cotización, impidiendo permitir su inclusión para la liquidación de la prestación y sobre los mismos no se puede ordenar realizar los respectivos aportes conforme lo señaló el Acto Legislativo 01 de 2005 en el inciso 6°. En ese orden, no es procedente acceder a las pretensiones respecto de la reliquidación pensional.

Por otro lado, se pronunció respecto de la pretensión de reconocimiento y pago de la prima de medio año refirió que conforme el material probatorio se podía establecer que la demandante se había vinculado a la entidad territorial desde el 8 de febrero de 1993, la pensión de jubilación se reconoció mediante la Resolución 4454 del 4 de mayo de 2018 en cuantía de $ 2.676.247 efectiva a partir del 16 de noviembre de 2017.

Explicó que la prima de medio año prevista en el literal b, del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es asimilable a la mesada adicional de mitad de año prevista en el artículo 42 de la Ley 100 de 1993. Agregó que no existe un argumento válido para que los docentes regulados por la Ley 91 de 1989, es decir que se hayan vinculado antes del 1 de enero de 1981 y no sean acreedores de una pensión gracia, perciban la mesada catorce de la Ley 100 de 1993. Como la docente se vinculó el 8 de febrero de 1993 no le es aplicable esta disposición.

Para concluir, reiteró que la pensión había sido reconocida a la demandante el 15 de noviembre de 2017, es decir, con posterioridad a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y con posterioridad al 1° de julio de 2011, por lo que de entrada solo tiene derecho a percibir 13 mesadas pensionales. Tampoco podía ser beneficiaria de la prima de medio año, pues la mesada pensional reconocida en cuantía de $ 2.676.247, pues era superior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de adquisición del estatus pensional año 2017. En ese orden, tampoco le asistía derecho al reconocimiento reclamado.

4. Recurso de apelación

4.1. Trámite

Mediante auto del 3 de mayo de 2023[7] este Tribunal admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 24 de octubre de 2022 por el Juzgado Séptimo (7°) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda. Igualmente, se les advirtió a las partes y al Ministerio Público de la oportunidad que tienen para realizar sus respectivos pronunciamientos al tenor de lo dispuesto en los numerales 4º y 6º del artículo 247 del CPACA.

4.2. Sustentación del recurso[8]

La parte demandante solicitó revocar la sentencia de primera instancia y acceder a la solicitud de reliquidación pensional, así como al reconocimiento y pago de la prima de medio año.

Considera que contrario a la referido por el juez de primera instancia, conforme lo establecido en el artículo 48 del Acto Legislativo 01 de 2005 para liquidar las pensiones se deben tener en cuenta todos los factores sobre los cuales se hubiese realizado la correspondiente cotización, por ende, no es dable negar la inclusión de todos los factores por no encontrarse enlistados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

Luego explicó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 692 de 1994 se debe concluir que el legislador equiparó el ingreso base de cotización (IBC) al salario, entendido este último al tenor de lo dispuesto en los artículos 127 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo. Señala que la Sala Plena del Consejo de Estado se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre los factores salariales que se deben incluir en el ingreso base de liquidación (IBL) para la pensión de vejez de los servidores públicos; y que el Acto Legislativo 01 de

[7] Archivo N° 7 del expediente electrónico Samai.
[8] Archivo N° 2 del expediente electrónico Samai.

2005 revocó las disposiciones de las Leyes 33 y 62 de 1985 conforme a las cuales el IBL se encuentra condicionado al IBC, porque en caso de considerarse que estas disposiciones enlistan de manera taxativa los factores sobre los cuales se calcula el IBL se atentaría contra los principios de progresividad, igualdad material, favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas.

Respecto al reconocimiento de la prima de mitad de año, señala que sí tiene derecho a esta prestación de conformidad con los parámetros consignados en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 25 de abril de 2019, y que la limitante de trece (13) mesadas pensionales contenida en el Acto Legislativo 01 de 2005 se circunscribe únicamente a la mesada catorce (14) creada por la Ley 100 de 1993, que en nada atañe a esta prestación. Además, insiste en que este beneficio se le debe otorgar a los docentes que no tuvieron derecho a percibir una pensión gracia como en su caso.

5. Alegatos de conclusión

Mediante auto del 3 de mayo de 2023[9], en virtud de lo dispuesto en los numerales 4° y 6° del artículo 247 del CPACA y el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, se les informó a las partes la posibilidad de pronunciarse sobre el recurso de apelación y al Ministerio Público la oportunidad de emitir concepto desde que se admite el recurso y hasta antes de que ingrese el proceso al despacho para sentencia. Las partes demandante y demandada no se pronunciaron, así como tampoco el agente del Ministerio Público.

III. Consideraciones

1. Competencia en segunda instancia

El artículo 153 del CPACA dispone que los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, entre otros.

2. Problema jurídico

En el presente caso, el problema jurídico se circunscribe a determinar si hay lugar a declarar la nulidad de la Resolución No. 5780 del 12 de agosto de 2021 por la

[9] Archivo N° 7 del expediente electrónico Samai.

cual se entiende negada la solicitud de reliquidación pensional presentada por la demandante.

Igualmente se debe analizar la legalidad del Oficio S-2021-253463 del 9 de agosto de 2021 mediante el cual la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá negó la solicitud de descuentos a seguridad social sobre la totalidad de los factores salariales devengados por la actora durante su vinculación laboral; y finalmente, la existencia y nulidad del acto ficto asociado a las peticiones radicadas por la demandante el 28 de agosto de 2018 y el 24 de julio de 2021 a fin de obtener el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año contemplada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Por lo tanto, atendiendo los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, corresponde a la Sala determinar si la demandante Sonia Esmeralda Marín Castro tiene o no derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación en los términos de la Ley 33 de 1985 con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios inmediatamente anterior a la adquisición del estatus de pensionada, y al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año contemplada en la Ley 91 de 1989.

Para el anterior análisis, se tendrá en cuenta además de las premisas fácticas y normativas, las pruebas recaudadas y lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial vigente.

3. Normatividad aplicable al caso en estudio

3.1. Régimen pensional aplicable a los docentes

La Ley 812 de 2003, la cual entró a regir el 27 de junio de 2003, en su artículo 81 determinó el régimen prestacional de los docentes, así:

> *"**Artículo 81**. **Régimen prestacional de los docentes oficiales.** El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*
>
> *Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.".*

El Acto Legislativo 001 de 2005 en su parágrafo transitorio 1º ratificó lo establecido en la Ley 812 de 2003 en los siguientes términos:

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

De lo expuesto es dable concluir para la Sala que a los docentes que venían vinculados antes del 27 de junio de 2003, les resultan aplicable las normas vigentes con anterioridad a la citada fecha, y en los que se refiere a los docentes vinculados con posterioridad les resulta aplicable el régimen pensional de prima media establecido en la Ley 100 de 1993.

La Ley 115 de 1994, por la cual se expide la ley general de educación, en su artículo 115[10] señaló que el régimen prestación de los educadores es el contenido en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993.

Por su parte la Ley 60 de 1993[11] en su artículo 6[12] indicó que el régimen prestacional de los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporaron a las plantas de los distritos es el previsto por la Ley 91 de 1989.

Como se indicó en precedencia, las normas antes referenciadas remiten a las disposiciones contenidas en la Ley 91 de 1989; y, según lo ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado[13] el régimen pensional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados es el establecido para los empleados públicos del orden nacional, esto es, los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 y la Ley 33 de 1985.

3.1.1. Pensión en el sector público – Ley 33 de 1985

La Ley 33 del 29 de enero de 1985, por la cual se dictan medidas con relación a las Cajas de Previsión Social y con las prestaciones sociales del sector público,

---

[10] Artículo 115.- Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.

[11] Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones

[12] Artículo 6o. Administración del personal. (…) El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. (…)

[13] C.E. Sección Segunda Subsección A, radicación No. 76001-23-31-000-2012-00358-01, sentencia del 30 de mayo de 2019 M.P. William Hernández Gómez.

enmarcó el régimen pensional que regía para los funcionarios del sector oficial, así, a través de su artículo 1º señaló la regla general para acceder a la pensión de jubilación aplicable a todos los empleados oficiales, y en el inciso 2º de la misma disposición prescribió que no quedaban sujetos a la regla general en ella establecida los empleados oficiales que trabajaran en actividades que por su naturaleza justificaran la excepción, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 que derogó las disposiciones que le fueran contrarias y específicamente los artículos 27 y 28 del Decreto Ley 3135 de 1968, dispone:

> *"**Artículo 1°. -** El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y que llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55), 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.*
>
> *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.*
> *En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, A JUBILARSE antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.*
>
> ***Parágrafo 1º.-** Para calcular el tiempo de servicio (...)"*

La Ley 62 del 16 de septiembre de 1985[14] señala:

> *"**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, ASCENCIONAL, Y DE CAPACITACIÓN; DOMINICALES Y FERIADOS; HORAS EXTRAS; BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS; 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."* (Subraya la Sala).

3.1.2. Interpretación jurisprudencial de la Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, en cuanto a la reliquidación pensional de los docentes.

[14] Modificatoria del artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

Teniendo en cuenta la necesidad de unificar el criterio jurisprudencial en cuanto al IBL de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes, el Consejo de Estado[15] señaló en Sentencia de Unificación:

"(…) 61. Ciertamente, la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de agosto de 2018 no guarda identidad fáctica con el caso que aquí se estudia. Tampoco se trata de problemas jurídicos similares, pues en aquella oportunidad se debatió el tema del ingreso base de liquidación en el régimen de transición de acuerdo con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Y, en este caso, se trata de la reliquidación de la mesada pensional de una docente nacionalizada, exceptuada del sistema general de pensiones, a quien le son aplicables las disposiciones previstas en la Ley 91 de 1989 y la Ley 33 de 1985. Sin embargo, en la sentencia del 28 de agosto de 2018 se fijó el criterio de interpretación sobre los factores que se deben tener en cuenta en la liquidación de las pensiones de jubilación de los servidores públicos a quienes se les aplica el régimen general previsto en la Ley 33 de 1985. La Sala Plena sentó un parámetro de interpretación distinto al que había fijado la Sección Segunda en la sentencia del 4 de agosto de 2010.

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

[15] C.E., S. de lo Contencioso Administrativo, Sec. Segunda, Sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019. Sent. 2015-00569, abr. 25/2019. C.P: César Palomino Cortés.

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 vinculados a partir del 1 de enero de 1981 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.*

A. Régimen pensional de prima media para los docentes afiliados al Fomag vinculados al servicio a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

68. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, son igualmente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y son beneficiarios del régimen pensional de prima media en las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, salvo en lo que tiene que ver con la edad, la que, según el artículo 81 de la citada Ley 812 de 2003 se unificó para hombres y mujeres en 57 años[16]. Esto quiere decir, que para el ingreso base de liquidación de este grupo de docentes debe tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

69. A este grupo de docentes les aplican las normas generales del sistema de pensiones y no la regulación prevista en la Ley 91 de 1989. 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. (…)

i. Reglas de unificación sobre el IBL en pensión de jubilación y vejez de los docentes

71. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en materia de régimen pensional de los docentes:

72. De acuerdo con el parágrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, y se deben tener en cuenta 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 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.

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia 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

[16] La Ley 1151 de 2007 en el artículo 160 conservó la vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y derogó el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003.

incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

ii. Efectos de la presente decisión

73. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, "La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política[17]. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio".

74. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

75. Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

76. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de 4 de agosto de 2010, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada." (Subraya la Sala)

En vista de lo anterior, se infiere que la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 no constituyó precedente para los docentes, por encontrarse excluidos del Sistema Integral de Seguridad Social, en virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, ya que su régimen se encuentra consagrado en la ley 91 de 1989, por lo cual no pueden ser beneficiarios del régimen de transición.

Así las cosas, a los docentes no se les aplica lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ni el artículo 21 de la citada ley en materia del IBL del monto de la mesada pensional, pero a pesar de encontrarse excluidos de este régimen, tampoco gozan de un régimen especial, sino que se les aplica lo establecido en la Ley 33 de 1985.

[17] La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98. En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: « […] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativos (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). […]»

Ahora bien, la Sala Plena del Consejo de Estado consideró que a pesar de que la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 no era precedente para los docentes, se le debía dar aplicación a la subregla sobre los factores salariales que debían incluirse en la liquidación de la mesada pensional bajo el régimen de la ley 33 de 1985, teniendo en cuenta que los docentes tenían dos regímenes, el primero para quienes se hubiesen vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, a quienes se les aplicaría la ley 33 de 1985 con los factores salariales enlistados en el artículo 1° de la ley 62 de 1985 sobre los cuales realizó aportes, y el segundo para los docentes que se hubiesen vinculado a partir de la entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, quienes tenían derecho al régimen de prima media con los factores salariales del Decreto 1158 de 1994, pero con la diferencia que se pensionan a los 57 años tanto hombres como mujeres.

Así las cosas, se puntualiza que a los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003 se les debe liquidar la pensión de jubilación de conformidad con la ley 33 de 1985, teniendo en cuenta en la base de la liquidación pensional los factores sobre los cuales hubiera efectuado aportes, es decir, los enlistados en el artículo 1° de la ley 62 de 1985.

3.2. Cambio de criterio en esta Subsección "E" sobre la forma de ordenar los descuentos de los aportes a cargo del pensionado por los factores que no hubieren sido cotizados[18]

Frente a los descuentos de aportes precisa la Sala que anteriormente en los casos en que se ordenaba la reliquidación de la pensión con la inclusión de nuevos factores, la posición de esta Subsección era ordenar que se realizaran los respectivos descuentos por el factor incluido en los períodos en que efectivamente hubiese sido percibido dicho emolumento, y que dicho descuento se debía realizar de forma indexada.

Sin embargo, la Ley 91 de 1989 "*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*" en su artículo 5 establece como objetivos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio entre otros, los siguientes:

> ***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*

[18] Esta explicación motivada y suficientemente expresa se incluye en la sentencia en virtud del principio de igualdad, tal como lo señala el inciso 3º. del artículo 103 del CPACA.

en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el 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.

En reciente cambio de tesis jurisprudencial sostenido en la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 28 de julio de 2022[19], se precisó y afirmó que en los casos en que se ordena incluir un factor que no había sido objeto de aportes al sistema, no era procedente ordenar los descuentos de los aportes a cargo del pensionado, al respecto señaló:

*"**3. Reglas de unificación***

(…) iii) Si el empleador no cumplió la obligación de realizar los descuentos en el porcentaje a su cargo y el del empleado destinados a las cotizaciones para el sistema de pensión sobre los factores devengados que, de conformidad con el Decreto 1158 de 1994 y la Ley 860 de 2003, debían ser base de cotización o si omitió el traslado de la cotización especial por alto riesgo, sin que la entidad de previsión social hubiera adelantado las gestiones pertinentes para su cobro, ello no es oponible al interesado para que la pensión especial se reconozca y liquide de acuerdo con los parámetros indicados en esta sentencia.

(…) 142. Ahora bien, la Sala de Sección se abstendrá de impartir la orden de descuentos por concepto de aportes a cargo de la pensionada. Lo anterior con sustento en lo siguiente: i) ha quedado definido que los factores que se deben incluir en el IBL son aquellos que efectivamente deben integrar el ingreso base de cotización; ii) el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 dispone que el «empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador»; iii) la Ley 100 de 1993 le asignó a las administradoras de pensiones amplias potestades para lograr el debido cumplimiento del traslado de los aportes «en procura de la sostenibilidad financiera del sistema pensional y en garantía del pago efectivo de los derechos amparados por el sistema de seguridad social en pensiones»87; iv) las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones descritas no pueden ser imputadas al servidor ni pueden generarle efectos adversos frente a la garantía efectiva del derecho pensional.

143. Es importante precisar que no desconoce la Sala que, en anteriores pronunciamientos, en los que se ordenó la reliquidación de la pensión para incluir factores salariales adicionales a los contemplados por la entidad de previsión social, la Sección Segunda consideró procedentes los descuentos a cargo del trabajador88, por concepto de aportes a pensión no efectuados durante la prestación del servicio. Al respecto debe resaltarse que, en esos casos, las consideraciones que sustentaron tal decisión atendieron tesis anteriores sostenidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, según las cuales debían integrarse al ingreso base de liquidación todas las sumas que habitual y periódicamente recibiera el servidor como contraprestación de su labor89.

144. Como se dejó precisado, esa interpretación atendía en su integridad las normas pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993 y concebía un alcance distinto al régimen de transición del artículo 36 ejusdem. A partir de ello, se incorporaron emolumentos adicionales a los señalados por el Decreto 1158 de 1994, la Ley 62 de 1985 y demás normas que regularan los factores que debían ser base de cotización, de manera que se observó la necesidad de adoptar medidas tendientes a contribuir a la sostenibilidad financiera del sistema pensional. En consecuencia, se estimó ineludible asegurar la correspondencia entre los factores que se ordenaban computar y aquellos respecto de los cuales se efectuaran cotizaciones.

[19] Consejo de Estado, Sección Segunda, radicado 25000-23-42-000-2013-02380-01(2656-2014)

> *145. Sin embargo, ahora el contexto jurisprudencial es distinto. En esta oportunidad se ajusta el criterio a los cánones del Sistema General de Seguridad Social y las consideraciones aquí expuestas observan los mandatos de la Ley 100 de 1993, así como los criterios jurisprudenciales vigentes relacionados con la materia.*
>
> *146. En este sentido, se debe aclarar que es la UGPP a quien corresponde iniciar los mecanismos o acciones pertinentes para lograr el efectivo traslado de los aportes no realizados por concepto de la prima de riesgo, a cargo del empleador o de la entidad que haya asumido tales obligaciones, luego de la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad".* (Subraya la Sala)

Con base en el anterior cambio jurisprudencial hecho por la Sección Segunda del Consejo de Estado, y a pesar de que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptúa de su aplicación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, es decir a los docentes, esta Subsección modifica la tesis que había sostenido en sentencias anteriores en donde se había ordenado realizar los respectivos descuentos por aportes a la seguridad social en pensión a cargo del pensionado con ocasión de la reliquidación que se ordenaba durante toda la vida laboral y de forma indexada, para indicar que no hay lugar a impartir la orden de descuentos por concepto de aportes a cargo del pensionado, pues los factores que se deben incluir en el IBL son aquellos que efectivamente integraron el ingreso base de cotización.

Según lo indicado tanto en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 como en el numeral 4º y 5º. del artículo 5 de la Ley 91 de 1989, uno de los objetivos del Fondo es que debe velar porque efectivamente el empleador, en este caso el Ministerio de Educación Nacional o la Secretaría de Educación de Bogotá, cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponda y está en la obligación de transferir los descuentos realizados a los docentes. Por otra parte, el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio debe velar porque todas las entidades deudoras cumplan oportunamente con sus pagos, por lo que se considera que en este caso la Ley 91 de 1989 les asignó competencias para lograr el debido cumplimiento de los traslados de los aportes en procura de la sostenibilidad financiera del sistema pensional y en garantía del pago efectivo de los derechos amparados por el sistema de seguridad social en pensiones, y que las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones descritas no pueden ser imputadas al docente ni pueden generarle efectos adversos frente a la garantía efectiva del derecho pensional.

3.3. Régimen pensional aplicable a los docentes – Mesada adicional prima de mitad de año contemplada en Ley 91 de 1989 y la Ley 100 de 1993

La Ley 812 de 2003, la cual entró a regir el 27 de junio de 2003, en su artículo 81 determinó el régimen prestacional de los docentes, así:

> *"**Artículo 81**. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*
> *Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.".*

El Acto Legislativo 001 de 2005 en su parágrafo transitorio 1º ratificó lo establecido en la Ley 812 de 2003 en los siguientes términos:

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

De lo expuesto es dable concluir para la Sala que a los docentes que venían vinculados antes del 27 de junio de 2003, les resultan aplicable las normas vigentes con anterioridad a la citada fecha, y en los que se refiere a los docentes vinculados con posterioridad les resulta aplicable el régimen pensional de prima media establecido en la Ley 100 de 1993.

La Ley 115 de 1994 por la cual se expide la ley general de educación en su artículo 115[20] señaló que el régimen prestación de los educadores es el contenido en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993. Por su parte la Ley 60 de 1993[21] en su artículo 6°[22] indicó que el régimen prestacional de los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporaron a las plantas de los distritos es el previsto por la Ley 91 de 1989.

Como se indicó en precedencia, las normas antes referenciadas remiten a las disposiciones contenidas en la Ley 91 de 1989 que según lo ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado[23], el régimen pensional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados es el establecido para los empleados

---

[20] Artículo 115.- Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.
[21] Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones
[22] Artículo 6o. Administración del personal. (…) El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. (…)
[23] C.E. Sección Segunda Subsección A, radicación No. 76001-23-31-000-2012-00358-01, sentencia del 30 de mayo de 2019 M.P. William Hernández Gómez.

públicos del orden nacional, esto es, los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 y la Ley 33 de 1985.

La Ley 91 de 1989 "*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio",* estableció en cuanto a las pensiones a favor de los docentes del sector oficial, 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 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*
>
> *(…)*
> *2. Pensiones:*
>
> *Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980*[24] *que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.*
>
> *Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año.* ***Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.*** *(…)".* (Destaca la Sala)

De la norma transcrita se infieren dos situaciones diferentes teniendo en cuenta la fecha de ingreso al servicio público educativo oficial, así: (i) si ocurrió antes del 31 de diciembre de 1980 el personal que cumpliera con los requisitos previstos tendría derecho a una pensión gracia compatible con la pensión de jubilación ordinaria, y (ii) y si ocurrió después del 1 ° de enero de 1981 o fueron nombrados a partir del 1° de enero de 1990 tendrán derecho sólo a una pensión de jubilación reconocida bajo el régimen de los demás empleados públicos nacionales, con un beneficio adicional consistente en una prima de medio año equivalente a una mesada pensional adicional.

De tal suerte que, los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981 nacionales y nacionalizados, y los nombrados a partir del 1° de enero de 1990 tienen derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación, y además de gozar de un régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, se dispuso que disfrutaran de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.

---

[24] texto subrayado declarado exequible por la corte constitucional mediante sentencia c 489 de 2000, siempre y cuando se entienda que las situaciones jurídicas particulares y concretas que se hubieran con solidado antes de entrar en vigencia la ley 91/89, esto es, antes del 29 de diciembre de 1989, quedan a salvo de la nueva normatividad por cuanto constituyen derechos adquiridos que el legislador no podía desconocer.

Ahora, la mesada adicional de junio o denominada mesada catorce fue creada con el fin de compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda de aquellas personas que percibían sus pensiones devaluadas, a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la Ley 4ª de 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberle significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la Ley 71 de 1988. En vista de lo anterior el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 señaló:

> *"(…)* ***Artículo 142****.- Mesada adicional para ~~actuales~~ pensionados. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ~~cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988~~, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.*
>
> *~~Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996~~.*
>
> *Parágrafo. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual."*

Los apartes tachados del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional en sentencia C-409 de 1994, al considerar que no debía existir ninguna discriminación entre los pensionados en aplicación del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

> *"(…) Para la Sala resulta evidente que al consagrarse un beneficio en favor de los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes en los términos del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del 1o. de enero de 1988, consistente en el pago de una mesada adicional de treinta (30) días de la pensión que les corresponde a cada uno de ellos, la cual se 'cancelará con la mesada del mes de junio de cada año a partir de 1994', excluyendo a las pensiones causadas y reconocidas con posterioridad al 1o. de enero de 1988, se deduce al tenor de la jurisprudencia de esta Corporación, una clara violación a la prohibición de consagrar discriminaciones en el mismo sector de pensionados, otorgando privilegios para unos en detrimento de los otros, al restringir el ejercicio del derecho a la misma mesada adicional sin justificación alguna, para aquellos pensionados jubilados con posterioridad al 1o. de Enero de 1988.*
>
> *Considera la Corte que la desvalorización constante y progresiva de la moneda, que conlleva la pérdida del poder adquisitivo del salario, originado en el fenómeno inflacionario, es predicable para los efectos de decretar los reajustes anuales a todas las pensiones de jubilación sin distinción alguna. Pero ello no puede constituir fundamento de orden constitucional para privar de un beneficio pensional como lo es la mesada adicional que se consagra en la norma materia de revisión, en favor de un sector de antiguos pensionados, excluyendo a otros que legítimamente han adquirido con posterioridad el mismo derecho pensional por haber cumplido con los requisitos legales correspondientes.*
>
> *Por ello no existe razón justificada para negar la mesada adicional a estos últimos, postergándoseles su derecho a percibirla, para una fecha posterior a la que se consagra para los pensionados con anterioridad al 1o. de enero de 1988.*

Por otra parte, como se ha expuesto, si el origen del reconocimiento de la mesada adicional es la de que 'ese es el grupo de pensionados que se afectó con la norma de reajuste pensional que estuvo vigente hasta el año de 1988, que modificó la Ley 71', fue ese mismo grupo de pensionados quien también a partir del 1o. de Enero de 1988 al derogarse la Ley 4a. de 1976, comenzó a recibir los reajustes ordenados por la Ley 71 de 1988, a partir del 1o. de Enero de 1989, 'con el mismo porcentaje en que se ha incrementado por el gobierno el salario mínimo legal mensual' con lo cual quedó corregida la situación desfavorable establecida en la Ley 4a. de 1976 que traía consigo unos reajustes pensionales inferiores al incremento del salario mínimo legal mensual que se ordenaban con anterioridad a 1988.

Y más aún, cuando en virtud del Decreto 2108 de 1992 emanado del Gobierno Nacional se reajustaron igualmente a partir del 1o. de Enero de 1993, 1994 y 1995, las pensiones de jubilación del sector público del orden nacional, reconocidas con anterioridad al 1o. de Enero de 1989, que presentaban diferencias con los aumentos de salarios, sin que por otro lado estos reajustes sean incompatibles con los incrementos decretados en desarrollo de la Ley 71 de 1988, los cuales se otorgaron precisamente en razón de haber sido el grupo de pensionados afectados con la norma pensional (Ley 4a. de 1976) que sobre esta materia estuvo vigente hasta el año de 1988.
Corregida esa situación en materia de reajustes, en virtud de las nuevas disposiciones, no hay duda de que en vigencia de la Ley 71 de 1988, los pensionados antiguos quedaron sometidos a un mismo tratamiento en virtud de esta, según la cual, en adelante las pensiones de que trata la misma, serán reajustadas de oficio cada vez y en el mismo porcentaje en que fuera incrementado por el gobierno el salario mínimo legal mensual.

Distinta es la situación de los reajustes pensionales de lo que tiene que ver con el beneficio de la mesada adicional, con respecto a la cual, a juicio de la Corporación, no debe existir discriminación alguna, en aplicación del principio de igualdad de que trata el artículo 13 de la Constitución Política, que consagra la misma protección de las personas ante la ley, dentro de un marco jurídico que garantiza un orden político, económico y social justo, a que se refiere el Preámbulo de la Carta, razón por la cual se declarará la inexequibilidad de los fragmentos acusados de los incisos primero y segundo del artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

La acusación contra el inciso segundo del artículo 142.

Encuentra la Corte que lo expuesto es igualmente aplicable en relación con el inciso segundo del artículo 142, en cuanto crea una discriminación injustificada en favor de quienes están disfrutando de la pensión con fundamento en las disposiciones anteriores a la Ley 71 de 1988, en detrimento de quienes habiendo cumplido los requisitos de edad y tiempo de servicio, adquirieron la condición de pensionado a partir del 1o. de enero de 1988, por lo que se declarará su inexequibilidad.

La acusación contra la expresión 'actuales' (encabezamiento del artículo 142).

Finalmente, de acuerdo a lo manifestado, se deduce que los cargos contra esta expresión también prosperan, y por ende se declarará su inconstitucionalidad, en cuanto consagra una discriminación injustificada en favor de un grupo de pensionados -los actuales-, frente a quienes se les reconoció la prestación social con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993."

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 estableció que el sistema integral de seguridad social contenido en dicha ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de su vigencia, a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas y a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado mediante la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración.

Luego, la Ley 238 de 1995 adicionó el parágrafo 4° al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que las excepciones consagradas en el presente artículo no implican la negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores que a los que se hizo referencia. Con ello resulta evidente que aquellos docentes del sector oficial vinculados a partir del 1° de enero de 1981 o del 1° de enero de 1990 son beneficiarios de la mesada adicional contemplada en la Ley 91 de 1989, y les resulta aplicable por extensión de la Ley 238 de 1995 el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 que contempló el derecho a la mesada adicional de junio o mesada catorce.

Se aclara que con la extensión prevista en la Ley 238 de 1995 no se modificó el régimen especial de los docentes del sector oficial, y mucho menos que fueron incorporados al sistema de seguridad social integral, ya que las disposiciones del régimen excepcional quedaron incólumes y siguen siendo de obligatorio cumplimiento, con excepción de los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

Posteriormente, el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005 en su inciso octavo, eliminó la mesada 14, en los siguientes términos:

> *"**Artículo 1.-** Se adicionan los siguientes incisos y parágrafos al artículo 48 de la Constitución Política:*
>
> *(…) Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento.*
>
> *(…) Parágrafo transitorio 6°. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8°. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año"*

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005[25], quedó establecido que las personas que causen su derecho a partir de esta fecha**,** sólo tienen derecho a trece (13) mesadas pensionales al año, exceptuando a aquellas personas que perciban una pensión inferior a tres (3) salarios mínimos mensuales vigentes, y que hayan consolidado su derecho pensional con anterioridad al 31 de julio de 2011.

Por ello, se precisa que la mesada adicional de mitad de año o mesada catorce, luego de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 se mantuvo para aquellas personas que causaron el derecho con anterioridad al 25 de julio de 2005, y/o para

[25] Es decir, el 29 de julio de 2005, esto por cuanto el Acto Legislativo 01 de 2005 publicado en el diario oficial No. 45.980 del 25 de julio, fue corregido mediante el Decreto 2576 de 2005, publicándose en el diario oficial No. 45.984 del 29 de julio de 2005.

quienes consolidaron el estatus pensional antes del 31 de julio de 2011 y el monto de su pensión es inferior a tres (3) salarios mininos legales mensuales vigentes.

IV. Caso concreto

1. Hechos probados

La demandante Sonia Esmeralda Marín Castro nació el 15 de noviembre de 1962, y según da cuenta el formato único para expedición de certificado de historia laboral del 1 de febrero de 2018 presta sus servicios como docente oficial en propiedad en la Secretaría de Educación de Bogotá desde el 8 de febrero de 1993[26].

Mediante la Resolución 4454 del 4 de mayo de 2018 *"por la cual se reconoce y ordena el pago de una Pensión Vitalicia de Jubilación",* la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación a favor de la demandante Sonia Esmeralda Marín Castro en cuantía de dos millones seiscientos setenta y seis mil doscientos cuarenta y siete pesos m/cte ($ 2.676.247) a partir del 16 de noviembre de 2017, precisando en la parte motiva del citado acto que la suma reconocida corresponde a un 75% del promedio de los salarios devengados en el año de servicios anterior al cumplimiento del estatus pensional, puntualmente teniendo como ingreso base de liquidación: i) la asignación básica, ii) la bonificación decreto, y iii) la prima de vacaciones.

Según da cuenta el formato único para la expedición de certificación de salarios del 27 de mayo de 2021[27], la demandante devengó en los años 2016 y 2017 los siguientes factores salariales: i) sueldo, ii) prima especial, iii) prima de servicios, iv) bonificación decreto, v) prima de vacaciones y vi) prima de navidad.

El 28 de agosto de 2020 la demandante solicitó ante Fiduprevisora S.A. el reconocimiento de la prima de mitad de año contemplada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, sin que a la fecha repose respuesta alguna por parte de la entidad.

Luego, el 24 de julio de 2021[28] la demandante radicó petición ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solicitando la reliquidación de la pensión reconocida con la inclusión de todos los factores salariales devengados al momento de la adquisición del estatus pensional y previa realización de los respectivos descuentos por concepto de seguridad social; además de solicitar el

[26] Archivo N° 2 del expediente electrónico Samai.
[27] Archivo N° 2 del expediente electrónico Samai.
[28] Archivo N° 2 del expediente electrónico Samai.

reconocimiento y pago de la prima de mitad de año contemplada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Mediante Resolución 5780 del 12 de agosto de 2021[29], la entidad no realizó pronunciamiento en lo referente al reconocimiento y pago de la prima de medio año, por otro lado, negó la solicitud de reliquidación pensional así:

> *"Que revisada la Resolución No. 4454 del 04/05/2018, los factores salariales tenidos en cuenta en la liquidación de la pensión fueron: Asignación Básica, Bonificación Mensual (Decreto) y Prima de Vacaciones.*
>
> *Que dando aplicación a la sentencia de unificación **SUJ-014-CE-S2-2019** de fecha 25 de abril de 2019, proferida por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda- por la cual la sala administrativa fijó las reglas de los factores que deben incluirse en la base de la liquidación de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Dispuso:*
>
> *(…) 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° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo"*
>
> *(…) Por lo anterior, en la liquidación de la Pensión Vitalicia de Jubilación de la señora **SONIA ESMERALDA MARÍN CASTRO**, identificada con C.C. 51.765.853, no se encontraron factores adicionales para ser incluidos. (…)"*

Finalmente, el 3 de agosto de 2021 la demandante presentó petición ante la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá solicitando realizar el pago de los aportes a seguridad social sobre los factores salariales a los que no se les efectuó el respectivo descuento, y trasladar estas sumas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. La entidad negó lo peticionado mediante el Oficio S- 2021-253463 del 9 de agosto de 2021[30].

2. Procedencia de la reliquidación pensional – Reconocimiento de la prima de medio año

La demandante Sonia Esmeralda Marín Castro pretende le sea reliquidada su pensión de jubilación en cuantía equivalente al 75 % de la totalidad de los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional, y se ordene efectuar los aportes en seguridad social sobre los factores faltantes, así mismo considera que es beneficiaria de la prima de medio año contemplada en el numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Las entidades accionadas se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que la prestación pensional fue liquidada en debida forma, incluyendo los

[29] Archivo N° 2 del expediente electrónico Samai.
[30] Archivo N° 2 del expediente electrónico Samai.

factores señalados en la Ley 62 de 1985 y sobre los cuales se realizó aportes; y adicionalmente al encontrar que, en los términos estipulados en la sentencia de unificación expedida por el Consejo de Estado, la demandante no cumple los requisitos para ser acreedora de la prima de medio año o mesada catorce.

El juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, en lo referente a la reliquidación pensional explicó que no era procedente pues solo se pueden incluir los factores sobre los cuales se hubiese realizado aportes en el año anterior a la adquisición del estatus o de servicio, así las cosas como la demandante solo había realizado aportes sobre la asignación básica, la bonificación decreto y la prima de vacaciones, no había lugar a ordenar la inclusión de los demás factores percibidos.

En lo que tiene que ver con la prima de mitad de año refirió que como la demandante había adquirido el estatus de pensionada con posterioridad a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 31 de julio de 2011 esto implicaba que solo tenía derecho a percibir 13 mesadas pensionales. En gracia de discusión analizó la posibilidad del reconocimiento conforme a las excepciones plateadas, para concluir que al momento del reconocimiento pensional la mesada era superior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes y en ese orden tampoco se le podría reconocer la prestación solicitada.

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la decisión anterior, insistiendo en que tiene derecho a que se le incluyan la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional y al reconocimiento de la prima de medio año.

Para la Sala es claro que no se discute en este caso si la demandante Sonia Esmeralda Marín Castro es o no beneficiaria de la Ley 33 de 1985, toda vez que se vinculó como docente oficial antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y a la fecha del reconocimiento contaba con cincuenta y cinco (55) años de edad y con veinte (20) años de servicios, por esa razón se le aplica esa reglamentación por expresa remisión de la Ley 91 de 1989.

Se aclara que la Ley 91 de 1989 solo se refirió al régimen prestacional que venían disfrutando los docentes en cada ente territorial, pero en ningún momento estableció requisitos pensionales diferentes a los consagrados en las normas de carácter general vigentes, que eran la Ley 33 de 1985 y la ley por aportes.

Precisa la Sala, que la demandante Sonia Esmeralda Marín Castro adquirió el estatus jurídico de pensionada el 15 de noviembre del 2017, cuando cumplió los cincuenta y cinco (55) años de edad, fecha para la cual contaba con más de veinte

(20) años de servicios. Según los presupuestos legales establecidos en la Ley 33 de 1985, la liquidación de la pensión de jubilación debe efectuarse en un 75% de los factores devengados en el último año de servicio anterior a la adquisición del estatus de pensionado, esto es, del 16 de noviembre de 2016 al 15 de noviembre de 2017, siempre y cuando estos se encuentren enlistados en la Ley 62 de 1985.

Lo anterior, debido a que el máximo tribunal en lo contencioso administrativo en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 indicó la forma en que debía ser liquidada la pensión de jubilación de los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, siendo aplicable dicha postura al caso en estudio y no ninguna otra, pues de forma clara en la providencia se advirtió que las consideraciones expuestas constituyen precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011. Por ello, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, los efectos de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 son retrospectivos, y solo resultan inmodificables en virtud del principio de la seguridad jurídica, a aquellos casos frente a los cuales operó la cosa juzgada.

Adicionalmente, en reciente cambio de tesis jurisprudencial realizado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 28 de julio de 2022[31], se precisó y afirmó que en los casos en que se ordena incluir un factor que no había sido objeto de aportes al sistema, no era procedente ordenar los descuentos de los aportes a cargo del pensionado. Se anota que esta Sala ha venido acatando las reglas de unificación consignadas en el mencionado proveído.

Así las cosas, se tiene que la Secretaría de Educación de Bogotá - mediante la Resolución 4454 del 4 de mayo de 2018[32], reconoció la pensión de jubilación a favor del demandante en aplicación del régimen pensional contenido en la Ley 33 de 1985, con la inclusión de los factores salariales denominados asignación básica, bonificación decreto y la prima de vacaciones, todos devengados en el último año de servicio anterior a la adquisición del estatus de pensionada.

En estos términos, para resolver la cuestión planteada conviene precisar que dentro del expediente obra certificación[33] expedida el 27 de mayo de 2021 por la Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, en la que se evidencian los factores devengados por la demandante dentro del período comprendido del 16 de noviembre de 2016 y el 15 de noviembre de 2017, de la siguiente forma: (i) sueldo, (ii) prima especial, (iii) prima de servicios, (iv) bonificación decreto (mensual), (v) prima de vacaciones, y (vi) prima de navidad.

---

[31] Consejo de Estado. Sala Plena de Sección Segunda. Sentencia del 28 de julio de 2022. Expediente No. 25000-23-42-000-2013-02380-01(2656-2014)
[32] Archivo N° 2 del expediente electrónico Samai.
[33] Archivo N° 2 del expediente electrónico Samai.

Teniendo en cuenta los parámetros normativos citados en el acápite precedente y lo que se encuentra probado en el proceso, la Sala establece el siguiente paralelo de factores salariales:

Factores salariales Ley 62 de 1985	**Factores certificados por la entidad**	**Factores reconocidos en la Resolución 4454 del 4 de mayo de 2018**
1. Asignación básica 2. Gastos representación 3. Prima de antigüedad 4. Prima técnica 5. Prima ascensional 6. Prima de capacitación; 7. Dominicales y feriados; 8. Horas extras 9. Bonificación servicios prestados 10. Trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.	1. Sueldo 2. Prima especial 3. Prima de servicios 4. Bonificación decreto 5. Prima de vacaciones 6. Prima de navidad	1. Asignación básica 2. Prima de vacaciones 3. Bonificación decreto

De conformidad con lo expuesto en precedencia, la demandante Sonia Esmeralda Marín Castro tiene derecho a que en la liquidación de su pensión de jubilación se le incluyan la asignación básica y la bonificación decreto, pues la asignación básica se encuentra contemplada de forma taxativa en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y la bonificación decreto por ser un factor salarial según dan cuenta los Decretos 1272 de 2015 y 123 de 2016.

En cuanto a la prima de vacaciones, la prima de navidad y la prima especial, se tiene que no es procedente ordenar su inclusión en la base de liquidación de la pensión de jubilación, en tanto, no están enlistadas como factores salariales en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, a pesar de que sobre la prima de vacaciones se realizaron los aportes correspondientes, pero teniendo en cuenta que a la demandante le fue reconocida la prima de vacaciones en sede administrativa, considera la Sala que no es posible que se excluya, pues no se puede desmejorar la situación de la demandante al haber sido ella quien acudió ante la jurisdicción solicitando el reconocimiento de algunos factores adicionales a los ya reconocidos, y no ser un aspecto objeto de pronunciamiento en la presente ocasión.

En lo que respecta a la prima de servicios establecida en el Decreto 1545 de 2013, se precisa que es un factor salarial que sirve únicamente para liquidar las

prestaciones de vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad, con lo cual queda claro que no tiene efectos pensionales y no es procedente su inclusión.

Por consiguiente, la Sala considera que es procedente confirmar en este aspecto la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta que a la demandante no le asiste el derecho a que su pensión de jubilación sea reliquidada en los términos pretendidos, pues el reconocimiento se ajusta a lo establecido por la norma y la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado.

Finalmente, para determinar si la demandante Sonia Esmeralda Marín Castro tiene derecho a la prima de mitad de año, se tiene que prestó sus servicios como docente oficial en la Secretaría de Educación de Bogotá desde el 8 de febrero de 1993, motivo por el cual en principio le es aplicable lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, el cual contempló el derecho a una mesada adicional catalogada como prima de mitad de año, pues registra vinculación al sector oficial posterior al 1° de enero de 1981.

Sin embargo, como la demandante no consolidó el derecho pensional en vigencia de la norma en cita, le resulta aplicable a su caso lo dispuesto en la Ley 238 de 1995 que adicionó el parágrafo 4° al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que extendió a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entre otros, el beneficio de la mesada adicional de junio o mesada catorce de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Se debe aclarar que las excepciones consagradas en la Ley 238 de 1995 no implican la modificación de los regímenes especiales mencionados en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, ni que estos hayan sido incorporados al sistema de seguridad social integral, ya que las demás disposiciones de los regímenes excepcionales quedaron incólumes y siguen siendo de obligatorio cumplimiento, sin desconocimiento de las respectivas modificaciones que hayan sufrido.

Con lo anterior, resulta evidente que aquellos docentes del sector oficial, como en el caso de la demandante que fueron vinculados a partir del 1° de enero de 1981 o nombrados a partir del 1° de enero de 1990 y que no se beneficiaron de la mesada adicional contemplada en la Ley 91 de 1989, se encuentran cobijados por la Ley 238 de 1995, que extendió el derecho a la mesada adicional de junio o mesada catorce de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

La Ley 812 de 2003 dispuso que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad a su entrada en vigencia es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes, entre ellas la Ley 91

de 1989, razón por la cual la afirmación de la parte actora en señalar que su situación pensional se encuentra regulada por la Ley 91 de 1989 resulta en principio acertada, además el Acto Legislativo 01 de 2005 en su parágrafo transitorio 1° reiteró que el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

No obstante, el Acto Legislativo 01 de 2005 estableció en el inciso 8° que las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de su vigencia no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año, aclarando que se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, y en el parágrafo transitorio 6° dispuso que se exceptúan de lo establecido en el inciso 8° a aquellas personas que causaron la pensión antes del 31 de julio de 2011 y perciben una mesada pensional igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año.

Por consiguiente, aunque a la señora Sonia Esmeralda Marín Castro le resulta en principio aplicable lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues se vinculó como docente oficial a partir del 2 de febrero de 1993, también lo es que consolidó el estatus de pensionada hasta el 15 de noviembre de 2017 y con una cuantía pensional superior a los tres salarios mínimos vigentes para la época, según da cuenta la Resolución 4454 del 4 de mayo de 2018, por lo que le es aplicable lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, y por ello no es procedente el reconocimiento de la prima de mitad de año contemplada en la Ley 91 de 1981 y/o la mesada adicional catorce establecida en la Ley 100 de 1993.

V. Conclusiones

De conformidad con lo expuesto, la Sala conformará en su integridad la sentencia proferida el 24 de octubre de 2022 por el Juzgado Séptimo (7°) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, por medio de la cual se negó las pretensiones de la demanda, como quiera que no hay lugar a ordenar la inclusión de nuevos factores, pues la prestación se debe liquidar de conformidad con la ley 33 de 1985, teniendo en cuenta en la base de la liquidación pensional los factores sobre los cuales hubiera efectuado aportes, es decir, los enlistados en el artículo 1° de la ley 62 de 1985. Además, porque la demandante no es beneficiaria de la prima de medio año.

VI. Costas procesales en segunda instancia

En los procesos regulados por el CPACA se procederá a la condena en costas cuando se decidan los procesos en primera instancia, cuando se resuelvan los recursos de apelación contra las sentencias en segunda instancia y cuando se decidan los recursos de apelación contra los autos que ponen fin al proceso.

El artículo 188 del CPACA señaló que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, de lo cual se concluye que adoptó un régimen objetivo para declararlas, y así lo ha señalado el Consejo de Estado[34].

Según el artículo 361 del C.G.P., las costas se componen de la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho.

En el presente caso, como se resolvió desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, y adoptando un criterio objetivo esta Corporación considera que es procedente condenarla en costas en segunda instancia, para lo cual se fijarán las agencias en derecho en la suma de doscientos mil ($ 200.000.00) pesos. La liquidación de las costas deberá ser realizada por el Juzgado de primera instancia siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda – Subsección “E”, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero.- Confirmar la sentencia del 24 de octubre de 2022 proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá que negó las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

Segundo.- Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante, para lo cual se fijarán las agencias en derecho en la suma de doscientos mil ($ 200.000.00) pesos. La liquidación de las costas deberá ser realizada por el Juzgado de primera instancia siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 366 del CGP.

---

[34] Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 7 de abril de 2016, expediente 2013-00022, Consejero ponente Dr. William Hernández Gómez. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 29 de junio de 2016, expediente 2008-00721, Consejero ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Tercero - Por secretaría procédase a la notificación de la sentencia conforme lo ordena el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

Cuarto.- En firme esta decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen para lo de su competencia.

La anterior decisión fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Notifíquese y cúmplase

Ramiro Ignacio Dueñas Rugnon
Magistrado – *Firma electrónica*

Jaime Alberto Galeano Garzón
Magistrado – *Firma electrónica*

Patricia Victoria Manjarrés Bravo
Magistrada – *Firma electrónica*

Nota: Se deja constancia que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo "SAMAI" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de manera que, el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el siguiente enlace:

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sección Segunda – Subsección "E"

Magistrado ponente: Ramiro Ignacio Dueñas Rugnon

Bogotá D.C., siete (7) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Expediente:	11001-33-35-030-2022-00021-01
Demandante:	Gina Asceneth Santos González
Demandado:	Bogotá D.C. – Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Controversia:	Terminación del proceso por excepción de caducidad

I. Objeto de la decisión

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra del auto del 8 de febrero de 2023, en virtud del cual el Juzgado Treinta Administrativo del Circuito de Bogotá resolvió declarar probada la excepción de caducidad del medio de control de la referencia.

II. Antecedentes

1. Demanda[1]

La señora Gina Asceneth Santos González, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, radicó demanda contra la Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia de Bogotá D.C. con la finalidad que se declare la nulidad del Oficio 20215200607172 del 28 de septiembre de 2021 mediante el cual se negó la solicitud de reintegro presentada por la actora el 16 de septiembre de 2021.

La demanda correspondió por reparto al Juzgado Treinta Administrativo del Circuito de Bogotá, que mediante auto del 9 de mayo de 2022[2] dispuso admitirla y efectuar las notificaciones de rigor. A su turno, la entidad demandada presentó escrito de contestación de la demanda[3] en el cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y a su vez propuso las excepciones que denominó *"caducidad de la acción por indebido medio de control", "no agotó la conciliación extrajudicial como*

[1] Archivo No. 4 del expediente electrónico migrado a Samai.
[2] Archivo No. 7 ibidem.
[3] Archivo No. 11 ibidem.

requisito de procedibilidad" "falta de integración de litisconsorcio necesario por pasiva" y la genérica o innominada.

En relación con la excepción de *"caducidad de la acción por indebido medio de control"* la entidad señaló en síntesis que el acto administrativo que debió demandarse en este caso es la Resolución 000022 del 13 de enero de 2020 mediante la cual se dio por terminado el vínculo laboral en provisionalidad de la demandante porque este es el acto pasible de control de legalidad, y no el oficio derivado de la solicitud de "reincorporación" radicada ante la entidad, como lo pretende el demandante.

Mediante auto del 23 de enero de la presente anualidad, el Juzgado Treinta Administrativo decidió declarar no probadas las excepciones previas propuestas, y convocó a los sujetos procesales a la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo – CPACA para el 8 de febrero de 2023 a las once y treinta de la mañana (11:30 a.m.).

2. Auto recurrido[4]

El 8 de febrero de 2023 el Juzgado Treinta Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá dio apertura a la diligencia de audiencia inicial, y luego de agotar las etapas de saneamiento procedió a la fijación del litigio, el juzgado indicó que el acto que definió la situación jurídica de la demandante fue la Resolución N° 022 del 13 de enero de 2020 por la cual se terminó su nombramiento como provisional, por ello incluyó a ese acto dentro de la fijación del litigio. Posteriormente entró a decidir las excepciones previas, y en relación con la excepción mixta de caducidad que fue propuesta en el escrito de contestación de la demanda, expuso que el acto que definió la situación jurídica de la demandante fue la Resolución N° 022 del 13 de enero de 2020 mediante la cual se terminó el nombramiento como provisional con ocasión de la provisión definitiva del cargo en carrera administrativa.

El juez puntualiza que hay unas solicitudes posteriores que implican el inicio y la finalización de un procedimiento, y al respecto señala que estas deben concebirse en los términos del artículo 96 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, y que las situaciones de debilidad manifiesta y la calidad de prepensionada, en las cuales la demandante hace consistir la presunta estabilidad laboral reforzada se venían presentado al momento de expedirse el acto administrativo de desvinculación.

[4] Acta de audiencia y enlace de acceso al archivo de video visibles en el archivo No. 22 del expediente electrónico.

Así, habida cuenta que el acto que debe ser objeto de censura es la Resolución No. 022 del 13 de enero de 2020 notificada el 20 de enero siguiente, que las solicitudes posteriores no son aptas para efectos de prorrogar términos, y siendo que la demanda de la referencia se presentó el 25 de enero de 2022, el Juzgado Treinta Administrativo concluyó que en el presente caso se configuró la excepción de caducidad y dio por terminado el proceso.

3. El recurso de apelación

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación manifestando que se aparta de la decisión del Despacho solicitando revocarla. Como fundamento de lo anterior manifiesta en síntesis que la caducidad no puede contarse a partir del momento de proferirse la resolución que dispuso la desvinculación laboral de la demandante, porque en ese momento no era posible determinar la situación de estabilidad laboral reforzada por debilidad manifiesta, habida cuenta que el diagnóstico de enfermedad laboral se le puso de presente a la demandante en el año de 2021. Agrega que la enfermedad laboral no tuvo un cierre al momento de la desvinculación laboral de la demandante, sino que fue un año y medio después que se pudo establecer la calificación de su pérdida de la capacidad laboral teniendo en cuenta la evolución de su enfermedad. En estos términos, alega que la excepción de caducidad no está llamada a prosperar porque la circunstancia de debilidad manifiesta únicamente se pudo establecer a partir del diagnóstico de la enfermedad de origen laboral, esto es, en el año 2021.

4. Trámite recurso de apelación

El Juzgado Treinta Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación previo traslado del mismo al apoderado de la entidad demandada. Luego, ordenó remitir el expediente a esta Corporación para lo de su cargo.

II. Consideraciones

1. Competencia

De conformidad con los artículos 125, 153 y el numeral 2° del 243 del CPACA[5], esta Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido el 8 de febrero de 2023 por el Juzgado

[5] "**Artículo 243. Apelación.** <Artículo modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Son apelables las sentencias de primera instancia y los siguientes autos proferidos en la misma instancia:
(…) 2. El que por cualquier causa le ponga fin al proceso".

Treinta Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que declaró probada la excepción de caducidad, bajo el entendido que esta decisión trajo como consecuencia la terminación del proceso.

2. Problema jurídico

En el presente asunto la Sala debe establecer si cuando se solicita el reintegro por estabilidad laboral reforzada la caducidad debe contarse a partir de la notificación del acto administrativo de desvinculación o si, con ocasión de las circunstancias que determinan la estabilidad laboral reforzada, la caducidad debe contarse a partir de los actos derivados de la(s) solicitud(es) de reintegro que posteriormente se presente(n) por la parte actora.

Además, atendiendo a las manifestaciones consignadas al momento de proponerse y resolverse la excepción de caducidad por indebido medio de control, y de cara a los argumentos expuestos por la parte actora en la sustentación de su recurso de apelación, la Sala determinará si el acto derivado de la solicitud de reintegro radicada con posterioridad al acto administrativos de desvinculación es demandable ante esta jurisdicción.

3. Cuestión previa: del trámite de las excepciones previas y mixtas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo

De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo segundo del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA, las excepciones previas deben formularse y decidirse según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso.

De otro lado, el artículo 182A del CPACA (adicionado por la Ley 2080 de 2021) dispone que las autoridades judiciales que integran esta jurisdicción pueden dictar sentencia anticipada en los eventos allí contemplados:

> **"*Artículo 182A. Sentencia anticipada.*** *Se podrá dictar sentencia anticipada:*
>
> *1. Antes de la audiencia inicial:*
>
> *a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho;*
>
> *b) Cuando no haya que practicar pruebas;*
>
> *c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento;*
>
> *d) Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles.*

El juez o magistrado ponente, mediante auto, se pronunciará sobre las pruebas cuando a ello haya lugar, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso y fijará el litigio u objeto de controversia.

Cumplido lo anterior, se correrá traslado para alegar en la forma prevista en el' inciso final del artículo 181 de este código y la sentencia se expedirá por escrito.

No obstante estar cumplidos los presupuestos para proferir sentencia anticipada con base en este numeral, si el juez o magistrado ponente considera necesario realizar la audiencia inicial podrá hacerlo, para lo cual se aplicará lo dispuesto en los artículos 179 y 180 de este código.

2. En cualquier estado del proceso, cuando las partes o sus apoderados de común acuerdo lo soliciten, sea por iniciativa propia o por sugerencia del juez. Si la solicitud se presenta en el transcurso de una audiencia, se dará traslado para alegar dentro de ella. Si se hace por escrito, las partes podrán allegar con la petición sus alegatos de conclusión, de lo cual se dará traslado por diez (10) días comunes al Ministerio Público y demás intervinientes. El juzgador rechazará la solicitud cuando advierta fraude o colusión.

(…) *3. En cualquier estado del proceso, cuando el juzgador encuentre probada la cosa juzgada, la caducidad, la transacción, la conciliación, la falta manifiesta de legitimación en la causa y la prescripción extintiva.*

4. En caso de allanamiento o transacción de conformidad con el artículo 176 de este código (…)". (Subraya la Sala)

En este punto conviene precisar que el artículo 12 del Decreto 806 de 2020 previó la posibilidad de decidir en el auto que cita a la audiencia inicial las excepciones previas además de las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 16 del referido cuerpo normativo se tiene que el mismo estuvo vigente del 4 de junio de 2020 al 4 de junio de 2022, por lo que, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 624 del Código General del Proceso[6], se concluye que al haberse propuesto los medios exceptivos con posterioridad al 4 de junio de 2022 y también después la entrada en vigencia de la Ley 2080 de 2021, el trámite de estas actuaciones procesales debe ceñirse a lo dispuesto este cuerpo normativo en concordancia con las disposiciones del Código General del Proceso, además teniendo en cuenta que la Ley 2080 de 2021 es la norma especial y posterior, por lo que prevalece sobre la norma general y anterior contenida en el Decreto 806 de 2020 de conformidad con los parámetros jurisprudenciales aplicables en materia de conflictos de aplicación legislativa[7].

Lo expuesto hasta este momento permite colegir que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 2080 de 2021: (i) las excepciones previas se deben resolver

[6] Artículo 624. Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así:
"Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.
Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.
La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad".
[7] Al respecto, ver el concepto C.E. 00051 de 6 de septiembre de 2017 proferido por la Sala de Consulta del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Oscar Darío Amaya Navas.

antes de la audiencia inicial de conformidad con las reglas del Código General del Proceso**;** (ii) en la audiencia inicial se resolverán solamente las excepciones previas que requieren la práctica de medios de prueba; (iii) en caso de encontrarse demostradas antes de expedirse la sentencia de fondo, las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, deben decidirse únicamente mediante sentencia anticipada de conformidad con el artículo 182A precitado.

En el presente caso se evidencia que en el auto del 23 de enero de la presente anualidad se decidieron las excepciones previas propuestas por la entidad demandada en su escrito de contestación y se convocó a las partes a la audiencia inicial. Luego, en la diligencia de audiencia inicial se decidió sobre la excepción de caducidad, con lo cual la autoridad judicial reanudó una etapa procesal (la de decisión sobre excepciones) que ya se había agotado mediante el auto del 23 de enero de 2023, además de contravenir lo dispuesto en las disposiciones normativas vigentes conforme quedó precisado en precedencia. Por lo anterior, la Sala exhorta al Juzgado Treinta Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá para que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en prácticas que atenten contra el derecho fundamental de debido proceso de los sujetos que comparecen a esta jurisdicción.

Sin embargo, en aplicación de los principios de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas y de economía procesal y, habida cuenta que la irregularidad procedimental aquí advertida fue convalidada por las partes en la diligencia de audiencia inicial, la Sala procede a desatar el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de declarar probada la excepción de caducidad del medio de control, bajo la premisa de que, atendiendo a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 243 del CPACA esta decisión es apelable al tratarse del decreto de una excepción que pone fin al proceso, y adicionalmente, con la salvedad de que la excepción de caducidad únicamente debe declararse probada mediante sentencia anticipada atendiendo lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 182A del CPACA, conforme quedó precisado en líneas precedentes.

4. De la caducidad en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

La caducidad es una sanción prevista por el legislador con la finalidad de extinguir el derecho de acción cuando no se ha ejercido dentro de la oportunidad prevista. Se erige como una institución jurídico-procesal que desarrolla el principio de la seguridad jurídica, bajo criterios de racionalidad y suficiencia temporal para la reclamación judicial de los derechos.

En palabras del Consejo de Estado[8], la caducidad busca entre otras cosas que los actos administrativos de carácter particular adquieran firmeza y no queden indefinidamente sujetos a la incertidumbre de un proceso judicial destinado a cuestionar su legalidad.

El artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se refiere a las distintas oportunidades de que disponen las personas naturales y jurídicas legitimadas para acudir a esta jurisdicción, en los siguientes términos:

> *"**Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda***
>
> *La demanda deberá ser presentada:*
> *1. En cualquier tiempo, cuando:*
> *a) (…)*
> *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 (…)".* (Subrayado ausente en el texto original)

Es de anotar que la anterior disposición normativa debe interpretarse en concordancia con lo dispuesto en el artículo 96 ibidem, conforme al cual *"ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para demandar el acto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo".*

5. De la excepción de inepta demanda

De conformidad con el parágrafo 2º del artículo 175 del CPACA[9], las excepciones previas dentro del medio de control como el presente se formulan y deciden según lo establecido en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso.

Sobre este aspecto, conviene reiterar que las excepciones previas enlistadas en el artículo 100 ibídem conforme el numeral 2º del artículo 101 del CGP pueden ser decididas antes de la audiencia inicial en el evento de que no se requiera la práctica de pruebas[10].

---

[8] Consejo de Estado. Sección Segunda. Auto del 18 de febrero de 2018. Expediente 47001-23-33-000-2012 00043-01(2224-13). Consejero Ponente: William Hernández Gómez.
[9] Modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 del 25 de enero de 2021.
[10] "*Artículo 101. Oportunidad y trámite de las excepciones. (…)*
2. El juez decidirá sobre las excepciones previas que no requieran la práctica de pruebas, antes de la audiencia inicial, y si prospera alguna que impida continuar el trámite del proceso y que no pueda ser subsanada o no lo haya sido oportunamente, declarará terminada la actuación y ordenará devolver la demanda al demandante.".

Por su parte, el numeral 5º del artículo 100 del Código General del Proceso[11] consagra la facultad que tiene la parte demandada en un proceso judicial para proponer la excepción previa denominada inepta demanda cuando se presente la falta de requisitos formales o si evidencia una indebida acumulación de pretensiones.

Así, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho toda persona que se crea lesionada en un derecho puede pedir, conforme lo dispuesto en el artículo 138 del CPACA "*que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño.*"

En este punto hay que precisar que únicamente son susceptibles de control judicial los actos administrativos definitivos, por medio de los cuales se modifica una situación jurídica particular, en el artículo 43 del CPACA se dice, *"los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación"*. Es decir, son actos definitivos de carácter particular, aquellos con los cuales la administración manifiesta la declaración de su voluntad y que producen efectos jurídicos interpartes, esto es, aquellos que crean, reconocen, modifican o extinguen alguna situación jurídica.

Además, para ejercer el medio de control contemplado en el artículo 138 del CPACA, los artículos 161 y siguientes de este cuerpo normativo establecen los requisitos previos que debe agotar toda demanda promovida ante esta jurisdicción, así como los que debe contener el escrito de demanda como tal, entre otros, el agotamiento de la actuación administrativa señalado en el numeral 2º del artículo 161, que al tenor dice: *"Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios",* salvo que la autoridad administrativa no otorgue la oportunidad para presentarlos, caso en el cual no es exigible dicho requisito previo.

Sobre la aplicación de la excepción de inepta demanda en aquellos casos en que la deficiencia procesal no permita dictar una sentencia de fondo, la Sección Segunda del Consejo de Estado se pronunció en estos términos[12] al confirmar la decisión de instancia que declaró probada la excepción de inepta demanda, por demandar un acto administrativo no susceptible de control judicial, señalando:

---

[11] *Artículo 100. Excepciones previas. Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda:*
(…) 5. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.

[12] Sentencia del 21 de octubre de 2021, Subsección "B", con ponencia del Consejero César Palomino Cortés, radicado distinguido con el número 41001-23-33-000-2019-00149-01.

> *"(…) la Sala estima que no le asiste razón al agente del Ministerio Público, al considerar que es improcedente declarar de oficio de la excepción previa de inepta demanda por no demandar el acto administrativo susceptible de control judicial; teniendo en cuenta que, dicha circunstancia constituye un asunto que, a priori, debe ser definido por el juez contencioso administrativo previo a decidir el fondo del asunto. Aunado a ello, es del caso resaltar que el numeral 3º del artículo 169 del CPACA, habilita al operador jurídico al momento de estudiar la admisibilidad de la demanda, para rechazar la misma cuando el acto administrativo no es susceptible de control judicial. De allí que, de un análisis armónico entre la referida disposición y la naturaleza jurídica de la excepción previa estudiada,* ***es claro que es procedente declarar probada de oficio la aludida excepción*** *en la audiencia inicial, con el propósito evitar que se presente alguna deficiencia procesal que impida proferir sentencia de mérito."* (Subrayado ausente en el texto original)

Conforme a lo indicado, se colige que es posible declarar probada la excepción de inepta demanda cuando se advierta que la parte demandante no enjuició el acto administrativo que definió su situación jurídica particular y se debe dar por terminado el proceso con el fin de evitar un fallo inhibitorio. Sobre el particular, se advierte que la posición del Consejo de Estado en relación con la excepción de inepta demanda para dar por terminado el proceso no ha sido unánime[13].

En tal entendido, esta Subsección ha venido acogiendo la tesis propuesta por la Sección Segunda Subsección "B" del Consejo de Estado[14], al considerar que las excepciones constituyen el medio de defensa de la parte demandada para enervar las pretensiones de la demanda e impedir que se decida de fondo el asunto. En concreto, se ha dejado expuesto que:

> *"Es claro por lo tanto para la Sala, que el señor Edgar Leonardo Ochoa Mancipe para obtener un eventual reconocimiento del denominado contrato realidad debió demandar mediante el medio de control incoado el acto administrativo que le negó a él inicialmente la solicitud, esto es, el Oficio No. 2019162011042951 del 31 de julio de 2019 y no los pronunciamientos que con posterioridad se hubieren expedido por parte de la administración ante una nueva solicitud elevada en el mismo sentido.*
>
> *Así las cosas, considera la Sala que se configura la excepción de inepta demanda propuesta por parte de la entidad demandada, por la imposibilidad de analizar la ilegalidad de un acto administrativo que no fue demandado, y por encontrarse su inconformidad relacionada con otro acto distinto al acusado.*
>
> *(…) Sin embargo, encuentra la Sala en este caso concreto que la existencia de la relación laboral o el denominado contrato realidad que se reclama por parte del señor Edgar Leonardo Ochoa Mancipe, se debió reclamar con la eventual nulidad del Oficio No. 2019162011042951 del 31 de julio de 2019, acto administrativo que fue expedido para negar la aparente relación laboral, razón por la cual si el demandante no estaba conforme debió atacarlo, y no esperar meses para reclamar nuevamente y demandar otro acto que decide la misma situación jurídica particular.*
>
> *Lo anterior, teniendo en cuenta que de aceptarse lo contrario y como se pretende con la presente demanda, implicaría dejar con plenos efectos el acto administrativo que expidió la entidad para negar el reconocimiento de la relación laboral en virtud de los contratos de prestación de servicios suscritos."* (Subraya la Sala)

---

[13] Auto proferido el 3 de febrero de 2022 con ponencia del Consejero William Hernández Gómez, expediente número 25000-23-42-000-2017-03776-01, por medio del cual se revocó una decisión que declaró probada la excepción de inepta demanda.

[14] Auto del 10 de junio de 2022 dictado dentro del expediente 25000-23-42-000-2021-00158. Demandante: Edgar Leonardo Ochoa Mancipe. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, M.P. Ramiro Dueñas Rugnon, por el cual esta Subsección declaró probada la excepción de inepta demanda y dio por terminado el proceso.

En estas condiciones, se concluye que debe declararse la ineptitud de la demanda cuando se advierta que los actos demandados no son susceptibles de control jurisdiccional ante la imposibilidad de modificar la situación particular que se invoca dentro de la demanda, y en consecuencia, se debe declarar terminado el proceso en relación con aquellos actos que no sean enjuiciables.

5. Caso concreto

En el caso bajo estudio, la señora Gina Asceneth Santos González pretende se declare la nulidad del Oficio 20215200607172 del 28 de septiembre de 2021[15] que negó la solicitud de reintegro presentada el 16 de septiembre de esa misma anualidad.

A título de restablecimiento del derecho, solicita declarar que la demandante es beneficiaria del derecho de estabilidad laboral reforzada por su condición de prepensionada y por la situación de debilidad manifiesta asociada a la enfermedad de origen laboral que le fue diagnosticada. Como consecuencia de ello solicita declarar la ilegalidad de la desvinculación de la demandante del cargo de auxiliar administrativo código 407 grado 27 que venía desempeñando en la entidad demandada, y reintegrarla a dicho cargo sin solución de continuidad, condenando a la entidad demandada a pagar los emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir con ocasión de su desvinculación.

El juzgado de primera instancia fijó el litigio en la diligencia de audiencia inicial precisando que en el presente caso el problema jurídico se contrae a determinar, además de la legalidad del Oficio 20215200607172 del 28 de septiembre de 2021, la legalidad de la Resolución No. 22 del 13 de enero de 2020 que dispuso desvincular a la demandante de su cargo. Bajo esta premisa, una vez ejecutoriada la decisión sobre fijación del litigio, el juzgado declaró probada la caducidad del medio de control habida cuenta que la demanda de la referencia se presentó el 25 de enero de 2022 por lo que la oportunidad legal prevista en el literal d) del numeral 2º del artículo 164 del CPACA se encontraba manifiestamente superada, agregando al respecto que el oficio acusado en la demanda se erige en una petición de revocación del acto administrativo de desvinculación, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96 del CPACA, debe concluirse que el término de caducidad se encontraba manifiestamente superado al momento de presentarse de la demanda.

El apoderado de la parte demandante solicita se revoque la decisión teniendo en cuenta que el diagnóstico de la enfermedad de origen laboral de la demandante se dio en el año 2021, y que fue con fundamento en este diagnóstico que la parte

[15] Págs. 133 a 135 del archivo No. 4 del expediente electrónico migrado a Samai.

actora radicó la petición de reintegro del 16 de septiembre de ese mismo año, razón por la cual el término de caducidad debe computarse a partir de la notificación del Oficio 20215200607172 del 28 de septiembre de 2021, porque al expedirse la resolución que desvinculó a la demandante se su cargo no se tenía conocimiento de la enfermedad laboral que padecía la demandante. La argumentación consignada en precedencia no es de recibo para esta Sala.

Además de acogerse las consideraciones vertidas por el Juzgado Treinta Administrativo de Bogotá en el auto apelado, se debe precisar que:

(i) De conformidad con el propio texto de las pretensiones de la demanda, se puede establecer que la parte actora solicita de manera concreta que *"se declare ilegal la desvinculación de la demandante del cargo auxiliar administrativo código 407 grado 27 por su condición de estabilidad laboral reforzada".*

Pues bien, la desvinculación laboral en comento fue ordenada mediante la Resolución No. 22 del 13 de enero de 2020. Como bien lo señaló el juez de primera instancia, este es el acto administrativo que definió la situación jurídica de la demandante, aunado al hecho de que el mismo se encontraba en firme al momento de radicarse la solicitud de reintegro del 16 de septiembre de 2021. Lo anterior de tal suerte que al demandarse cualquier acto posterior (en este caso el Oficio 20215200607172 del 28 de septiembre de 2021), e incluso en el evento de declararse judicialmente la nulidad de dicho(s) acto(s), se tiene que dicha declaratoria no desvirtuaría la presunción de legalidad del acto administrativo de desvinculación. En este sentido, como en el libelo inicial no se solicitó la nulidad de la Resolución No. 22 del 13 de enero de 2020, ha de concluirse que en el presente caso se configuró una "*proposición jurídica incompleta",* respecto de lo cual el Consejo de Estado[16] ha sostenido que:

> *"La proposición jurídica incompleta se configura en dos circunstancias, la primera de ellas, cuando el acto acusado torna lógicamente imposible la decisión de fondo debido a una irreparable ruptura de su relación con la causa petendi, y la segunda cuando el acto enjuiciado no es autónomo por encontrarse directamente relacionado con otro u otros no impugnados que determinan su contenido, validez o su eficacia, eventos en los que como se expresó resulta imposible para el juez emitir una decisión de fondo. Lo anterior implica que en todo caso debe enjuiciarse el acto administrativo que contiene la manifestación de voluntad de la administración frente a una situación jurídica particular junto con aquellas decisiones, que en vía gubernativa, constituyan una unidad jurídica con el mismo, pues ello compone el marco de decisión del juez frente a una pretensión anulatoria, precisamente por la identidad y unidad de su contenido y de sus efectos jurídicos, y de paso hacer idónea la eventual sentencia estimatoria.*
>
> *(...) la sola formulación de la pretensión de nulidad de un acto administrativo particular que fue impugnado en sede gubernativa, es*

[16] Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 8 abril de 2021, radicación No. 2016-00977-01.

> *completa, porque por ministerio de la ley se entienden demandados todos aquellos actos que en resolución de los recursos, lo confirmen o modifiquen, puesto que si alguno lo revoca, éste deberá ser el único demandado".*

La irregularidad en comento fue advertida por el *a-quo* y en estos términos propuso la fijación de litigio incluyendo el estudio de legalidad de la Resolución No. 022 del 13 de enero de 2020, además del Oficio 20215200607172 del 28 de septiembre de 2021 cuya nulidad se había solicitado inicialmente en el escrito de demanda.

Así las cosas, resulta acertada la argumentación expuesta por el juzgado de primera instancia en el auto apelado, ya que el diagnóstico de la enfermedad laboral realizado a la demandante se erige en un hecho sobreviniente que en efecto, agravó la situación particular de la demandante, pero que de ninguna manera altera la fecha a partir de la cual debe efectuarse el cómputo de caducidad en el presente caso. Se reitera, conforme lo expuso por el *a-quo*, que en el presente caso debió demandarse la nulidad de la Resolución No. 022 del 13 de enero de 2020 que fue el acto que dispuso la desvinculación laboral, por lo que al haberse presentado la demanda de la referencia el 25 de enero de 2022, debe concluirse que en el presente caso operó la caducidad del medio de control, sin que sea de recibo afirmar que la petición del 16 de septiembre de 2021 reanudó el término de caducidad.

Sobre el particular conviene precisar que, aunque la petición radicada el 16 de septiembre de 2021 no solicitó de forma explícita la revocación de la Resolución No. 022 del 13 de enero de 2020[17], se advierte que en la misma la demandante pide que *"se ordene el reintegro a la entidad, sin solución de continuidad"* desde la fecha en que fue desvinculada, situación que se acompasa con el supuesto de hecho previsto en el artículo 96 del CPACA, por lo que debe aplicarse la consecuencia jurídica prevista en la norma, que no es otra que la de mantener el término de caducidad asociado a la Resolución No. 022 del 13 de enero de 2020.

Así, al haberse presentado la demanda el 25 de enero de 2022 se concluye que en efecto dicha actuación se promovió por fuera de la oportunidad legal prevista en el artículo 164 del CPACA, y razón le asiste al juez de primera instancia al haber resuelto en tal sentido.

(ii) En relación con el Oficio 20215200607172 del 28 de septiembre de 2021, la Sala encuentra que se debe declarar probada de oficio la excepción de inepta demanda porque en efecto no se trata del acto administrativo que definió la situación particular de la demandante de cara al restablecimiento del derecho que

[17] Págs. 130 a 132 del archivo No. 4 expediente electrónico migrado a Samai.

se pretende, lo cual trae como consecuencia la imposibilidad de modificar, mediante la sola declaración de nulidad de dicho acto, la situación irregular que se señala dentro de la demanda. Es de resaltar que en el mencionado acto[18] la entidad manifiesta:

> *"Advierte la Dirección de Gestión Humana de la Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia, que a través de diversos pronunciamientos le ha explicado con suficiente claridad y con la mayor descripción posible los argumentos constitucionales, jurisprudenciales de derecho y de hecho por las que la entidad dispuso la terminación de su nombramiento provisional, como se expuso en la Resolución 022 del 13 de enero de 2020.*
>
> *Aunado a lo anterior y de acuerdo con sus requerimientos, también se observa del contenido de los oficios de respuesta No. 20205200105062 del 20 de marzo de 2020 en respuesta a su petición radicada No. 20205410180371 del 3 de marzo de 2020, oficio radicado No. 20205200134272 del 5 mayo de 2020 en respuesta a sus requerimientos con Nos. 20205410180341, 20205410244461, 20205410247691 que se le ha brindado las explicaciones suficientes sobre los mismos puntos objeto de la actual petición".* (Subraya la Sala)

Como se dijo, la pretensión de declarar *"ilegal la desvinculación laboral de la demandante del cargo auxiliar administrativo código 407 grado 27 por su condición de estabilidad laboral reforzada",* se encuentra ineludiblemente asociada a la desvinculación laboral dispuesta mediante la Resolución No. 22 del 13 de enero de 2020 y no al pronunciamiento contenido en el Oficio de 28 de septiembre de 2021 que fue producto de una solicitud posterior relacionada con una situación jurídica particular que ya se encontraba definida mediante acto administrativo previo. En este sentido, habida cuenta que el citado oficio no constituye un acto definitivo al no crear, modificar ni extinguir situación jurídica distinta a la ya consolidada mediante la Resolución No. 022, se concluye que en lo que respecta a la pretensión de nulidad del oficio No. Oficio 20215200607172 del 28 de septiembre de 2021 es preciso declarar de oficio la excepción de inepta demanda por cuanto dicho acto no es susceptible de control judicial en esta jurisdicción.

Respecto de la argumentación consignada por la parte actora en su recurso tendiente a justificar la formulación de su pretensión de nulidad al momento de la expedición del Oficio 20215200607172 teniendo en cuenta la fecha del diagnóstico de su enfermedad laboral, la Sala puntualiza que lo procedente era controvertir en sede administrativa y judicial el acto (definitivo) de desvinculación contenido en la Resolución No. 022 y posteriormente requerir en sede judicial las pruebas documentales asociadas a la(s) situación(es) de estabilidad laboral alegada(s). Conviene agregar que, aun aceptando en gracia de discusión la argumentación propuesta, se tiene que contrario a lo señalado por el apelante, las primeras impresiones diagnósticas de la enfermedad laboral padecida por la demandante datan del año 2019[19], y las circunstancias asociadas a su condición de

[18] Págs. 133 a 136 ibídem.
[19] Ver páginas 37 y 38 del archivo No. 4 del expediente electrónico migrado a Samai.

prepensionada también surgieron con anterioridad a la expedición de la resolución que dispuso su desvinculación laboral.

(iii) En el escrito de contestación de la demanda, la excepción objeto del recurso de apelación fue propuesta como *"caducidad de la acción por indebido medio de control"*[20]. Sin embargo, el Juzgado Treinta Administrativo del Circuito de Bogotá se limitó a integrar al litigio el estudio de legalidad del acto administrativo de desvinculación laboral y en estos términos resolvió declarar probada la excepción de caducidad en los términos precisados y dar por terminado el proceso, guardando silencio en relación con la pretensión de nulidad del acto administrativo que fue inicialmente demandado, esto es, el oficio No. 20215200607172 de 28 de septiembre de 2021.

Ahora bien, atendiendo a los reparos consignados en el recurso de apelación, y de conformidad con las parámetros normativos y jurisprudenciales vertidos a lo largo de esta providencia, la Sala resolverá confirmar con una modificación la decisión de dar por terminado el proceso puntualizando que tal decisión se encuentra ajustada a derecho, en primer lugar porque la excepción de caducidad operó en relación con la pretensión de nulidad de la Resolución No. 022 del 13 de enero de 2020 que fue integrada a la fijación del litigio en la diligencia de audiencia inicial; pero adicionalmente, se modificará la decisión apelada al advertir que en relación con el Oficio No. 20215200607172 de 28 de septiembre de 2021 se configuró la excepción de inepta demanda habida cuenta que dicho acto no es susceptible de control judicial.

III. Conclusión

La Sala modificará la decisión proferida por el Juzgado Treinta Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá el 8 de febrero de 2023, teniendo en cuenta que deviene la necesidad de declarar probada la excepción de inepta demanda en relación con la pretensión de nulidad del Oficio 20215200607172 del 28 de septiembre de 2021 por las razones expuestas en precedencia.

Además, se concluye en el presente caso que se configuró la excepción de caducidad del medio de control en relación con el estudio de legalidad de la Resolución No. 022 del 13 de enero de 2020, pese a que dicho medio exceptivo no debió decretarse en la audiencia inicial conforme quedó establecido en precedencia. No obstante, en aplicación de los principios de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas y de economía procesal, la Sala confirmará la decisión de declarar probada la caducidad al encontrarse que, pese a las irregularidades procedimentales advertidas en el trámite, la oportunidad para

[20] Pág. 16 del archivo No. 11 ibídem.

presentar la demanda se encontraba en efecto superada al momento de ser radicada.

IV. Costas procesales en segunda instancia

En los procesos regulados por el CPACA se procederá a la condena en costas cuando se decidan los procesos en primera instancia, cuando se resuelvan los recursos de apelación contra las sentencias en segunda instancia y cuando se decidan los recursos de apelación contra los autos que ponen fin al proceso.

El artículo 188 del CPACA señaló que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, de lo cual se concluye que adoptó un régimen objetivo para declararlas, y así lo ha señalado el Consejo de Estado[21].

Según el artículo 361 del C.G.P., las costas se componen de la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho.

En el presente caso, como se resolvió desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, y adoptando un criterio objetivo esta Corporación considera que es procedente condenarla en costas en segunda instancia, para lo cual se fijarán las agencias en derecho en la suma de doscientos mil ($ 200.000.00) pesos. La liquidación de las costas deberá ser realizada por el Juzgado de primera instancia siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda – Subsección “E”,

Resuelve:

Modificar la decisión dictada en audiencia inicial del 8 de febrero de 2023 que declaró probada la excepción de caducidad del presente medio de control, la cual quedará así:

Primero: Declarar probadas las excepciones de caducidad (presentada por la entidad demandada) e inepta demanda (de oficio), de conformidad con lo

[21] Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 7 de abril de 2016, expediente 2013-00022, Consejero ponente Dr. William Hernández Gómez. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 29 de junio de 2016, expediente 2008-00721, Consejero ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

precisado en la parte motiva. En consecuencia, dar por terminado el presente proceso.

Segundo.- Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante, para lo cual se fijarán las agencias en derecho en la suma de doscientos mil ($ 200.000.00) pesos. La liquidación de las costas deberá ser realizada por el Juzgado de primera instancia siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 366 del CGP.

Tercero.- Ejecutoriado el presente proveído, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase

Firmado electrónicamente
Ramiro Ignacio Dueñas Rugnon
Magistrado

Firmado electrónicamente
Jaime Alberto Galeano Garzón
Magistrado

Firmado electrónicamente
Patricia Victoria Manjarrés Bravo
Magistrada

Se deja constancia que esta providencia fue aprobada por la Sala de Decisión en sesión de la fecha de su encabezado y firmada de forma electrónica en el aplicativo denominado SAMAI dispuesto para el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento, en el link: http://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/documentos/evalidador.