



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.S.013

Asunto:	Traslado alegatos
Acción:	Protección de los Derechos e Intereses Colectivos
Radicado:	17-001-23-33-000-2022-00175-00
Accionantes:	Enrique Arbeláez Mutis
Accionados:	Corpocaldas.

Manizales, tres (3) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Encontrándose a Despacho del suscrito Magistrado el presente medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos y habiendo practicado la totalidad de las pruebas decretadas, se corre traslado común a las partes por el término de cinco (5) días para que presenten sus alegatos de conclusión de conformidad con el artículo 33 de la Ley 472 de 1998 que al tenor literal señala:

ARTICULO 33: Alegatos. Vencido el término para practicar pruebas, el juez dará traslado a las partes para alegar por el término común de cinco (5) días.

Vencido el término para alegar, el secretario inmediatamente pasara el expediente al despacho para que se dicte sentencia, sin que puedan proponerse incidentes, salvo el de recusación, ni surtirse actuaciones posteriores distintas a la de expedición de copias, desgloses o certificados, las cuales no interrumpirán el término para proferirlas, ni el turno que le corresponda al proceso.

(...)

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. **038**
FECHA: **06/03/2023**



**Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria**

Firmado Por:

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

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

Código de verificación: 3888feb0aaade0d7d8d8eb47defc6c7b72e7b4da20baee5578df38047d832627

Documento generado en 03/03/2023 01:47:42 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, tres (3) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Radicado.	17-001-33-39-005-2018-00347-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Belén Amparo Tobón Jaramillo
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia No. 31

Asunto

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, el 4 de diciembre de 2020, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

- Se declare la nulidad de la Resolución N° 7762-6 de 11 de octubre de 2017.
- Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.
- Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

- Se disponga el reajuste pensional de manera retroactiva, aplicando lo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, esto es, con base en el incremento anual del salario mínimo y no el IPC.
- Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.
- Se paguen a la parte demandante las diferencias resultantes entre la mesada pensional reajustada y la que actualmente recibe.
- Se indexen las sumas reconocidas, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.
- A título de pretensión subsidiaria, impetra que de llegar a considerarse por el Tribunal que su régimen pensional es el consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se ordene reintegrar a favor del accionante lo descontado equivalente al 12% de las mesadas de junio y diciembre, se ordene cesar dichos aportes y se condene en costas a la accionada.

2. Hechos.

Se relataron los que a continuación se resumen:

- Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.
- Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.
- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.
- El 19 de septiembre de 2017 presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 147.

Como juicio de la infracción, argumenta que con la decisión asumida por la demandada se atenta contra su derecho a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional, en la medida que las Leyes 71/88 y 238/95 disponen el ajuste periódico de las pensiones tomando como base el incremento que el gobierno nacional fije para el salario mínimo legal.

Añade que la llamada por pasiva viene ajustando las pensiones atendiendo lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, el IPC; no obstante, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están excluidos del régimen pensional general en virtud del canon 279 de la misma norma, lo que incide en que desde el año 1996, se estén dando incrementos inferiores al aumento del salario mínimo mensual legal vigente.

Respecto a los aportes en salud y el monto que ha de ser descontado, acota que el FNPSM toma como excusa el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 para incrementar el porcentaje de cotización al sistema, sin atender las precisiones que deben hacerse dependiendo de la vinculación al servicio docente. Agrega que, con la aplicación de manera indistinta de normas generales y especiales, se ha creado un tercer régimen no previsto por el legislador, en contravía del postulado 53 Superior.

4. Contestación de la demanda.

4.2. Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Aceptó algunos hechos y negó otros. Se opuso a las pretensiones de la parte demandante con apoyo en la Ley 91 de 1989 en tanto establece que el FNPSM estará constituido, entre otros recursos, por el 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo, incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados. Indica que posteriormente, con la Ley 812 de 2003, se dispuso que el valor total de la tasa de cotización por lo docentes

afiliados al FNPSM corresponderá a la suma de aportes que para la salud y pensiones establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución para empleadores y trabajadores. Estima que el régimen pensional de todos los docentes vinculados al servicio público educativo oficial será el establecido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es decir, la Ley 91 de 1980, la cual estipula que en los descuentos deben estar incluidas las mesadas adicionales. Considera así mismo, que la Ley 812 únicamente modificó respecto del personal docente, lo concerniente al porcentaje destinado a los aportes de salud, pero no modificó su régimen pensional. De igual forma pone de presente que la Ley 1250 de 2008 dispuso que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional; precepto que estima igualmente a los pensionados por el FNPSM.

5. Sentencia de Primera Instancia

El a quo negó las pretensiones de la parte demandante y negó la condena en costas.

Para ello analizó el régimen normativo aplicable a los descuentos para salud de las mesadas de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio concluyendo que, la remisión a las normas de la Ley 100 de 1993 se contrae al valor de la tasa de cotización que los docentes afiliados al fondo deben hacer por concepto de salud. Que de conformidad con el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, la cotización al régimen contributivo de salud es del 12% del ingreso o salario base de cotización.

En cuanto a los descuentos sobre las mesadas adicionales señaló que, si la vinculación del docente es anterior al 27 de junio de 2003, deben realizarse los descuentos sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, pero si el docente pensionado se vinculó después de esta fecha no son procedentes los descuentos.

En cuanto al incremento anual de las pensiones se remitió al artículo 14 y 279 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 1º de la Ley 238 de 1995, para concluir que lo dispuesto en la Ley 100 le era igualmente aplicable a los regímenes exceptuados. Señaló que con lo dispuesto en el artículo 286 de la Ley 100 de 1993 quedó derogado de manera tácita el artículo 1º de la Ley 71 de 1988.

6. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante apeló la sentencia de primera instancia al considerar que, el objeto de la demanda era obtener el

incremento de la mesada pensional conforme al salario mínimo dentro del régimen exceptuado y determinar la fórmula de incremento más favorable conforme a la posibilidad otorgada por el artículo 1º de la Ley 238 de 1995. A su juicio, la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados, se condicionó a que ello implicara un beneficio para el pensionado, situación que no ocurre con las pensiones reconocidas conforme a la Ley 33 de 1985, a las cuales les resulta más beneficioso la aplicación del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 en tanto contempla un incremento de acuerdo con el aumento anual del salario mínimo legal mensual vigente; y no de acuerdo al IPC como se prevé en la Ley 100 de 1993.

Respecto de los aportes en salud, citó apartes de las sentencias T-348 de 1997; C-956 de 2001 y C-980 de 2002, según las cuales, en el caso de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el FNPSM, el descuento de la cotización del 5% para la salud se hace sobre cada mesada pensional incluidas las adicionales; en el caso de docentes vinculados a partir del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el referido fondo, la cotización del 12% para salud se descuenta de la respectiva mesada pensional mensual y no de las mesadas adicionales. Considera que aplicar el 12% de descuento para el sistema de salud sobre las mesadas adicionales, desconoce el principio de indivisibilidad en la aplicación de los regímenes pensionales; es decir, que el tomar elementos de uno y otro régimen – de la Ley 812 de 2003 y de la Ley 91 de 1989 – para resolver un mismo aspecto – descuentos en salud respecto de la pensión de afiliados al FNPSM – implica la creación de un tercer régimen.

7. Alegatos de conclusión segunda instancia.

Las partes guardaron silencio.

II. Consideraciones de la Sala

Atendiendo a la postura erigida por la parte apelante y a lo expuesto en el fallo de primer grado, los problemas jurídicos a resolver en el presente asunto se contraen a la dilucidación de los siguientes interrogantes:

- *¿Le asiste derecho a la parte demandante al reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente, según lo establece la Ley 71 de 1988?*

- ¿Qué porcentaje debe aplicarse sobre la mesada pensional de la parte actora, para realizar el descuento con destino al sistema de salud?
- ¿Tiene derecho la parte actora a que no se le realicen los descuentos con destino al sistema de salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?

1. Ajuste periódico de las pensiones.

El artículo 53 de la Carta Política establece un mandato dirigido a la protección de los ingresos de los pensionados, a través del mantenimiento del poder adquisitivo de las mesadas pensionales:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales” /Destaca el Tribunal.

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4^a de 1976¹ disponía:

“Artículo 1º.- Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma:

Cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión”.

¹ “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”.

Posteriormente, los parámetros para la actualización del valor de las pensiones fueron modificados por el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, por cuyo ministerio:

“ARTICULO 1o. Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

PARAGRAFO. Este reajuste tendrá vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo” /Destaca la Sala/.

En análogos términos, el Decreto 1160 de 1989 reiteró el mandato de reajuste pensional tomando como parámetro el incremento del salario mínimo decretado por el Gobierno Nacional:

“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.

Con la promulgación de la Ley 100 de 1993, se introdujo un cambio en el parámetro de aumento periódico de las mesadas pensionales, dependiendo del valor de la misma, pues una es la regla aplicable cuando la pensión es equivalente al valor del salario mínimo mensual legal vigente, y otra cuando es superior a dicho guarismo. Al respecto, el artículo 14 de dicho esquema disposicional prevé:

“Artículo 14. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.” /Resaltado del Tribunal/.

La norma en mención fue objeto de estudio de constitucionalidad, cuyo resultado fue la exequibilidad, declarada mediante la Sentencia C-387 de 1994², de la cual la Sala destaca en lo pertinente, lo siguiente:

“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de

² MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

(...) Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada” /Destacado del Tribunal/.

Por su parte, el Consejo de Estado³ se pronunció sobre la vigencia del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 y el alcance de la fórmula del incremento pensional consagrado en la Ley 100 de 1993:

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

«(...) A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la formula (sic) prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994 (...)»

Conclusión: Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales”.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, 17 de agosto de dos mil diecisiete (2017) Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella”/Subrayas fuera del texto/.

Por otra parte, uno de los argumentos en los que insiste la parte actora en su recurso de apelación se entrelaza con el principio de favorabilidad en materia pensional, que a su juicio, legitima la aplicación del incremento pensional con el aumento del salario mínimo legal mensual vigente, previsto en la Ley 71 de 1988. En punto a este raciocinio, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-425 de 2017⁴ esbozando:

“ (...) Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexequible el apartado demandado, según el cual las pensiones se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional

(...) Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor de las pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.. (...)

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles”/Resaltados del Tribunal/.

Finalmente, es claro que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) se hallan excluidos del régimen pensional general previsto en la Ley 100 de 1993 en virtud del expreso mandato del artículo 279 de esa norma⁵, no obstante, este mandato legal debe leerse en armonía con el canon 1 parágrafo 4 de la Ley 238 de 2005, que reza:

⁴ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁵ “(...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)"/Subrayado de la Sala/.

"ARTÍCULO 1o. Adíquese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo: (...)

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados". /Resaltado de la Sala/

Recogiendo los elementos presentes en el marco normativo y jurisprudencial reproducido en las líneas que anteceden, los cuestionamientos vertidos por la parte demandante contra el fallo de primer grado, y con ellas las súplicas de la demanda, no encuentran eco de prosperidad, por diversas razones.

De un lado, la jurisprudencia constitucional justifica el establecimiento de un marco diferencial de protección a las personas que devengan pensiones cuyo valor es equivalente a un (1) salario mínimo mensual, respecto a aquellos pensionados que devengan una mesada superior, como medida positiva encaminada a lograr el mandato de igualdad real y efectiva (art. 13 C.P.). En todo caso, la Corte deja en claro que el salario mínimo y el I.P.C. responden a factores y realidades diferentes, no siempre predecibles, por lo que no puede realizarse un juicio de comparación puro y simple entre ambos.

Adicional a ello, es de suma importancia resaltar que el canon 53 de la Carta, al paso que consagra el mandato de incremento periódico de las pensiones de tal forma que mantengan su poder adquisitivo, no sujeta este postulado a un método específico, dejando en manos del legislador la materialización de este cometido, lo cual precisamente ocurre con el artículo 14 de la Ley 100/93, expedido en uso de la libertad de configuración normativa que sobre el particular le asiste al Congreso de la República.

Justamente, al referirse a dicho texto legal, tanto la Corte Constitucional como el supremo órgano de lo contencioso administrativo en las providencia citadas en precedencia, coinciden al afirmar que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 ha de entenderse derogado por el canon 14 de la Ley 100/93, incluso, respecto a quienes obtuvieron su derecho pensional con anterioridad a aquella disposición, todo ello bajo el entendido de que el porcentaje de incremento o reajuste pensional anual no constituye un derecho adquirido.

Bajo esta óptica, ha de concluirse que, si bien los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 cuentan con un régimen pensional especial y diferente al general consagrado en la Ley 100 de 1993, de ello no se sigue que al amparo de este régimen puedan acudir a la Ley 71/88 para obtener un incremento pensional anual

diferente al vigente, pues este aspecto no integra el régimen pensional propiamente dicho.

Ante este panorama, tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con el principio de favorabilidad, pues existe una disposición expresa sobre la forma en la que proceden los aumentos pensionales, y la existencia de aumentos pensionales con base en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario. Tal y como lo ha dejado claro la Corte Constitucional en la sentencia *ut supra*, el legislador cuenta con un poder de configuración normativa asignado por la Constitución Política, que ciertamente le otorga autonomía para establecer el modelo o fórmula específica de actualización anual de las pensiones en aras de contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y por ende, de las mesadas pensionales.

Así las cosas, abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora Belén Amparo Tobón Jaramillo supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente /fl. 41-44 cdno. 1/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

2. Descuentos con destino al sistema de salud.

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

En relación con los pensionados, la Ley 100 de 1993 los cataloga como afiliados con capacidad de pago, por lo que se encuentran en el régimen contributivo del sistema de salud (art. 175, lit. A, num. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigencia de la norma, tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional⁶ expresó:

"(...) Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencias C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

"(...) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud."

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. (...) /Resalta el Tribunal".

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4^a de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso:

"A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión".

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se haya constituida, entre otros, por *'El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados'*.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

⁶ Sentencia T-835 de 2014.

“ARTÍCULO 81. 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.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que existe para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones” /Subraya el Tribunal/.

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio:

“(...) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado” /Resalta la Sala/.

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

- (i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser ‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de

la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.

(ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que *‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’*.

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado⁷, que en reciente oportunidad puntualizó lo siguiente:

“Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria) (...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	<i>5%</i>
<i>Ley 812 de 2003, 8, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...)”/Subrayado del Tribunal/.

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional

⁷ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social – *entre ellos los pensionados*- el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes o cotizaciones destinados a generar su viabilidad financiera. Así mismo, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

En lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por '*El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados*', disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 –*régimen especial para los docentes afiliados al FNPSM*– sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no conlleva la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

El Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado⁹ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

"(...) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo." /Subraya el Tribunal/.

⁹ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

Finalmente, se toma como referente la sentencia de unificación del Consejo de Estado¹⁰ con la cual se fijó la siguiente regla: “Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.”

Lo anterior permite concluir que el acto demandado se ajusta a la legalidad en tanto dispone realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

3. Costas.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado¹¹ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

De lo anterior se sigue que, en este caso, no se causaron costas procesales en segunda instancia en razón a la inactividad de la parte demandada.

4. Consideración final.

¹⁰ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., tres (03) de junio de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 66001-33-33-000-2015-00309-01(0632-18) CE-SUJ-024-21

¹¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: **Se confirma** la sentencia proferida proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el 4 de diciembre de 2020, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por la señora Belén Amparo Tobón Jaramillo contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: **Sin condena** en costas en esta instancia.

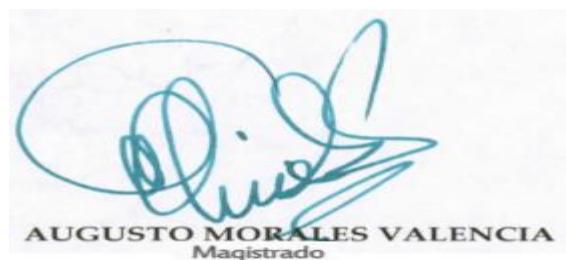
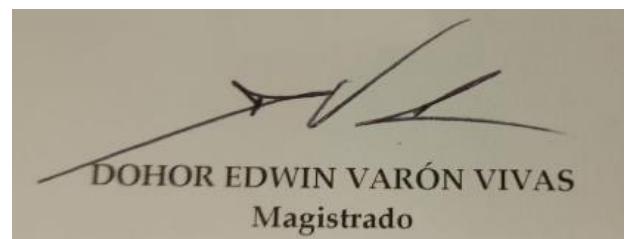
Tercero: **Ejecutoriada** esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, tres (3) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Radicado.	17-001-33-39-007-2018-00348-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Fabiola Valencia Hernández
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia No. 29

Asunto

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, el 29 de enero de 2020, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

- Se declare la nulidad de la Resolución N° 7752-6 de 11 de octubre de 2017.
- Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.
- Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

- Se disponga el reajuste pensional de manera retroactiva, aplicando lo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, esto es, con base en el incremento anual del salario mínimo y no el IPC.
- Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.
- Se paguen a la parte demandante las diferencias resultantes entre la mesada pensional reajustada y la que actualmente recibe.
- Se indexen las sumas reconocidas, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.
- A título de pretensión subsidiaria, impetra que de llegar a considerarse por el Tribunal que su régimen pensional es el consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se ordene reintegrar a favor del accionante lo descontado equivalente al 12% de las mesadas de junio y diciembre, se ordene cesar dichos aportes y se condene en costas a la accionada.

2. Hechos.

Se relataron los que a continuación se resumen:

- Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.
- Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.
- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.
- El 28 de septiembre de 2017 presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 147.

Como juicio de la infracción, argumenta que con la decisión asumida por la demandada se atenta contra su derecho a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional, en la medida que las Leyes 71/88 y 238/95 disponen el ajuste periódico de las pensiones tomando como base el incremento que el gobierno nacional fije para el salario mínimo legal.

Añade que la llamada por pasiva viene ajustando las pensiones atendiendo lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, el IPC; no obstante, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están excluidos del régimen pensional general en virtud del canon 279 de la misma norma, lo que incide en que desde el año 1996, se estén dando incrementos inferiores al aumento del salario mínimo mensual legal vigente.

Respecto a los aportes en salud y el monto que ha de ser descontado, acota que el FNPSM toma como excusa el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 para incrementar el porcentaje de cotización al sistema, sin atender las precisiones que deben hacerse dependiendo de la vinculación al servicio docente. Agrega que, con la aplicación de manera indistinta de normas generales y especiales, se ha creado un tercer régimen no previsto por el legislador, en contravía del postulado 53 Superior.

4. Contestación de la demanda.

4.2. Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Guardó silencio.

5. Sentencia de Primera Instancia

El a quo negó las pretensiones de la parte demandante y la condenó en costas.

Para ello analizó el régimen normativo aplicable a los descuentos para salud de las mesadas de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio concluyendo que, la remisión a las normas de la Ley 100 de 1993 se contrae al valor de la tasa de cotización que los docentes afiliados al fondo deben hacer por concepto de salud. Que de conformidad con el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, la cotización al régimen contributivo de salud es del 12% del ingreso o salario base de cotización.

En cuanto a los descuentos sobre las mesadas adicionales señaló que, si la vinculación del docente es anterior al 27 de junio de 2003, deben realizarse los descuentos sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, pero si el docente pensionado se vinculó después de esta fecha no son procedentes los descuentos.

En cuanto al incremento anual de las pensiones se remitió al artículo 14 y 279 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 1º de la Ley 238 de 1995, para concluir que lo dispuesto en la Ley 100 le era igualmente aplicable a los regímenes exceptuados. Señaló que con lo dispuesto en el artículo 286 de la Ley 100 de 1993 quedó derogado de manera tácita el artículo 1º de la Ley 71 de 1988.

6. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante apeló la sentencia de primera instancia al considerar que, el objeto de la demanda era obtener el incremento de la mesada pensional conforme al salario mínimo dentro del régimen exceptuado y determinar la fórmula de incremento más favorable conforme a la posibilidad otorgada por el artículo 1º de la Ley 238 de 1995. A su juicio, la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados, se condicionó a que ello implicara un beneficio para el pensionado, situación que no ocurre con las pensiones reconocidas conforme a la Ley 33 de 1985, a las cuales les resulta más beneficioso la aplicación del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 en tanto contempla un incremento de acuerdo con el aumento anual del salario mínimo legal mensual vigente; y no de acuerdo al IPC como se prevé en la Ley 100 de 1993.

Respecto de los aportes en salud, citó apartes de las sentencias T-348 de 1997; C-956 de 2001 y C-980 de 2002, según las cuales, en el caso de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el FNPSM, el descuento de la cotización del 5% para la salud se hace sobre cada mesada pensional incluidas las adicionales; en el caso de docentes vinculados a partir del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el referido fondo, la cotización del

12% para salud se descuenta de la respectiva mesada pensional mensual y no de las mesadas adicionales. Considera que aplicar el 12% de descuento para el sistema de salud sobre las mesadas adicionales, desconoce el principio de indivisibilidad en la aplicación de los regímenes pensionales; es decir, que el tomar elementos de uno y otro régimen – de la Ley 812 de 2003 y de la Ley 91 de 1989 – para resolver un mismo aspecto – descuentos en salud respecto de la pensión de afiliados al FNPSM – implica la creación de un tercer régimen.

7. Alegatos de conclusión segunda instancia.

7.1. Parte demandante.

Guardó silencio.

7.2. Parte demandada.

La parte demandada defiende la legalidad del acto administrativo por ella expedido por encontrarlo conforme al ordenamiento legal. Por lo tanto, solicita se confirme la sentencia apelada.

II. Consideraciones de la Sala

Atendiendo a la postura erigida por la parte apelante y a lo expuesto en el fallo de primer grado, los problemas jurídicos a resolver en el presente asunto se contraen a la dilucidación de los siguientes interrogantes:

- *¿Le asiste derecho a la parte demandante al reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente, según lo establece la Ley 71 de 1988?*
- *¿Qué porcentaje debe aplicarse sobre la mesada pensional de la parte actora, para realizar el descuento con destino al sistema de salud?*
- *¿Tiene derecho la parte actora a que no se le realicen los descuentos con destino al sistema de salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?*

1. Ajuste periódico de las pensiones.

El artículo 53 de la Carta Política establece un mandato dirigido a la protección de los ingresos de los pensionados, a través del mantenimiento del poder adquisitivo de las medidas pensionales:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales” /Destaca el Tribunal/.

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4^a de 1976¹ disponía:

“Artículo 1º.- Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma:

Cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión”.

Posteriormente, los parámetros para la actualización del valor de las pensiones fueron modificados por el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, por cuyo ministerio:

“ARTICULO 1o. Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

PARAGRAFO. Este reajuste tendrá vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo” /Destaca la Sala/.

¹ “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”.

En análogos términos, el Decreto 1160 de 1989 reiteró el mandato de reajuste pensional tomando como parámetro el incremento del salario mínimo decretado por el Gobierno Nacional:

“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.

Con la promulgación de la Ley 100 de 1993, se introdujo un cambio en el parámetro de aumento periódico de las mesadas pensionales, dependiendo del valor de la misma, pues una es la regla aplicable cuando la pensión es equivalente al valor del salario mínimo mensual legal vigente, y otra cuando es superior a dicho guarismo. Al respecto, el artículo 14 de dicho esquema disposicional prevé:

“Artículo 14. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.” /Resaltado del Tribunal/.

La norma en mención fue objeto de estudio de constitucionalidad, cuyo resultado fue la exequibilidad, declarada mediante la Sentencia C-387 de 1994², de la cual la Sala destaca en lo pertinente, lo siguiente:

“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

(...) Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la

² MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada” /Destacado del Tribunal/.

Por su parte, el Consejo de Estado³ se pronunció sobre la vigencia del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 y el alcance de la fórmula del incremento pensional consagrado en la Ley 100 de 1993:

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

«(...) A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula (sic) prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994 (...)»

Conclusión: Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales”.

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella” /Subrayas fuera del texto/.

Por otra parte, uno de los argumentos en los que insiste la parte actora en su recurso de apelación se entrelaza con el principio de favorabilidad en materia pensional, que a su juicio, legitima la aplicación del incremento pensional con el aumento del salario mínimo legal mensual vigente, previsto en la Ley 71 de 1988. En punto a este raciocinio, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-425 de 2017⁴ esbozando:

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, 17 de agosto de dos mil diecisiete (2017) Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

⁴ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

"(...) Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexequible el apartado demandado, según el cual las pensiones "se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior", sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es "la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente"[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional

(...) Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor de las pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.. (...)

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles". /Resaltados del Tribunal/.

Finalmente, es claro que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) se hallan excluidos del régimen pensional general previsto en la Ley 100 de 1993 en virtud del expreso mandato del artículo 279 de esa norma⁵, no obstante, este mandato legal debe leerse en armonía con el canon 1 parágrafo 4 de la Ley 238 de 2005, que reza:

"ARTÍCULO 1o. Adíjíñese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo: (...)

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados". /Resaltado de la Sala/

Recogiendo los elementos presentes en el marco normativo y jurisprudencial reproducido en las líneas que anteceden, los cuestionamientos vertidos por la parte demandante contra el fallo de primer grado, y con ellas las súplicas de la demanda, no encuentran eco de prosperidad, por diversas razones.

⁵ "(...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)" /Subrayado de la Sala/.

De un lado, la jurisprudencia constitucional justifica el establecimiento de un marco diferencial de protección a las personas que devengan pensiones cuyo valor es equivalente a un (1) salario mínimo mensual, respecto a aquellos pensionados que devengan una medida superior, como medida positiva encaminada a lograr el mandato de igualdad real y efectiva (art. 13 C.P.). En todo caso, la Corte deja en claro que el salario mínimo y el I.P.C. responden a factores y realidades diferentes, no siempre predecibles, por lo que no puede realizarse un juicio de comparación puro y simple entre ambos.

Adicional a ello, es de suma importancia resaltar que el canon 53 de la Carta, al paso que consagra el mandato de incremento periódico de las pensiones de tal forma que mantengan su poder adquisitivo, no sujeta este postulado a un método específico, dejando en manos del legislador la materialización de este cometido, lo cual precisamente ocurre con el artículo 14 de la Ley 100/93, expedido en uso de la libertad de configuración normativa que sobre el particular le asiste al Congreso de la República.

Justamente, al referirse a dicho texto legal, tanto la Corte Constitucional como el supremo órgano de lo contencioso administrativo en las providencia citadas en precedencia, coinciden al afirmar que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 ha de entenderse derogado por el canon 14 de la Ley 100/93, incluso, respecto a quienes obtuvieron su derecho pensional con anterioridad a aquella disposición, todo ello bajo el entendido de que el porcentaje de incremento o reajuste pensional anual no constituye un derecho adquirido.

Bajo esta óptica, ha de concluirse que, si bien los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 cuentan con un régimen pensional especial y diferente al general consagrado en la Ley 100 de 1993, de ello no se sigue que al amparo de este régimen puedan acudir a la Ley 71/88 para obtener un incremento pensional anual diferente al vigente, pues este aspecto no integra el régimen pensional propiamente dicho.

Ante este panorama, tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con el principio de favorabilidad, pues existe una disposición expresa sobre la forma en la que proceden los aumentos pensionales, y la existencia de aumentos pensionales con base en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario. Tal y como lo ha dejado claro la Corte Constitucional en la sentencia *ut supra*, el legislador cuenta con un poder de configuración normativa asignado por la Constitución Política, que ciertamente le otorga autonomía para establecer el modelo o fórmula específica de actualización anual de las pensiones en

aras de contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y por ende, de las mesadas pensionales.

Así las cosas, abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora Belén Amparo Tobón Jaramillo supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente /fl. 42-43 cdno. 1/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

2. Descuentos con destino al sistema de salud.

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

En relación con los pensionados, la Ley 100 de 1993 los cataloga como afiliados con capacidad de pago, por lo que se encuentran en el régimen contributivo del sistema de salud (art. 175, lit. A, num. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigencia de la norma, tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional⁶ expresó:

"(...) Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencias C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

"(...) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia,

⁶ Sentencia T-835 de 2014.

solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

En conclusión, todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. (...) /Resalta el Tribunal/”.

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4^a de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso:

“A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión”.

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se haya constituida, entre otros, por ‘*El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados*’.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

“ARTÍCULO 81. *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.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las

prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que existe para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones”
/Subraya el Tribunal/.

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio:

“(...) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”
/Resalta la Sala/.

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

- (i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser ‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.
- (ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que ‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el

monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado⁷, que en reciente oportunidad puntuó lo siguiente:

“Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria) (...)”

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	<i>5%</i>
<i>Ley 812 de 2003, 8, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...)”/Subrayado del Tribunal/.

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social – *entre ellos los pensionados*- el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes o cotizaciones destinados a generar su viabilidad financiera. Así mismo, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

En lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por

⁷ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

'El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados', disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 –*régimen especial para los docentes afiliados al FNPSM*– sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no conlleva la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

El Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado⁹ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

"(...) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.” /Subraya el Tribunal/.

Finalmente, se toma como referente la sentencia de unificación del Consejo de Estado¹⁰ con la cual se fijó la siguiente regla: “Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión

⁹ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

¹⁰ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., tres (03) de junio de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 66001-33-33-000-2015-00309-01(0632-18) CE-SUJ-024-21

a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.”

Lo anterior permite concluir que el acto demandado se ajusta a la legalidad en tanto dispone realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

3. Costas.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado¹¹ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP. En el sub examen, no procede la condena en costas en esta instancia, por cuanto en el expediente no se encuentran pruebas que las demuestren o justifiquen.

4. Consideración final.

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

¹¹ *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez*

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 29 de enero de 2020, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por la señora Fabiola Valencia Hernández contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: Sin costas en esta instancia.

Tercero: Se reconoce personería a la abogada Yeinni Katherin Ceferino Vanegas, portadora de la T.P. 290472 del C.S. de la J, como apoderada judicial de la parte demandada Nación Ministerio de Educación Nacional FNPSM, de conformidad con el poder a ella conferido y que obra en el archivo 006 del cuaderno de segunda instancia.

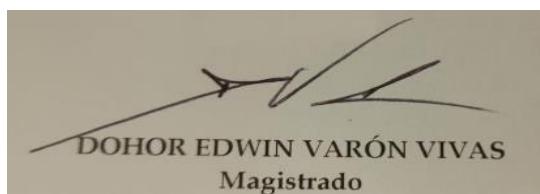
Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA ESPECIAL DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, tres (3) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

A.INTERLOCUTORIO: 041
RADICADO: 17-001-33-33-002-**2018-00397-02**
NATURALEZA: ACCIÓN POPULAR
DEMANDANTE: KARLA JOHANA DÍAZ YEPES Y OTROS
DEMANDADO: MUNICIPIO DE CHINCHINÁ Y OTROS

Se decide el impedimento presentado por el Magistrado Fernando Alberto Álvarez Beltrán.

Antecedentes

Mediante oficio, el citado funcionario se declaró impedido para conocer del asunto, al manifestar que, su hijo Juan Pablo Álvarez Candamil, tiene suscrito contrato de prestación de servicios en calidad de abogado con el municipio de Chinchiná, razón por la cual considera se encuentra inmerso en la causal prevista en el ordinal 4to del artículo 130 del CPACA.

Consideraciones

El régimen de impedimentos se fundamenta en la necesidad de preservar la integridad moral del funcionario que reconoce la existencia de situaciones de hecho que pueden comprometer su criterio en la decisión y, de otra parte, constituyen una garantía de imparcialidad y transparencia de la justicia en los juicios que emite en los casos de su conocimiento.

Estudio normativo.

En cuanto a las causales para manifestar el impedimento, el artículo 130 del CPACA, prevé como tales para los magistrados y jueces Administrativos, entre otras, la prevista en el ordinal 4, la cual señala: "*Cuando el cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de los parientes del juez hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, tengan la calidad de asesores o contratistas de alguna de las partes o de los terceros interesados vinculados al proceso, o tengan la condición de representantes legales o socios mayoritarios de una de las sociedades contratistas de alguna de las partes o de los terceros interesados.*"

Por su parte el numeral 3 del artículo 131 del CPACA establece: "*Cuando en un Magistrado concurre alguna de las causales señaladas en el artículo anterior, deberá declararse impedido en escrito dirigido al ponente, o a quien le siga en turno si el impedido es este, expresando los hechos en que se fundamenta tan pronto como advierta su existencia, para que la sala, sección o subsección resuelva de plano sobre la legalidad del impedimento*".

Se configura la causal de impedimento.

Realizadas las anteriores precisiones, el Tribunal declarará fundado el impedimento presentado por el Magistrado Fernando Alberto Álvarez Beltrán, teniendo en cuenta que se configura la causal invocada.

En ese sentido, se torna imperativo admitir la separación de aquel en relación con el conocimiento del asunto de la referencia, en aras de garantizar la imparcialidad, objetividad e independencia de la administración de justicia.

Por lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Caldas**,

Resuelve:

1. **Se declara** fundado el impedimento presentado por el Magistrado Fernando Alberto Álvarez Beltrán para conocer el presente asunto.
2. **Comunicar** la presente decisión al despacho del Magistrado Fernando Alberto Álvarez Beltrán sobre la aceptación del impedimento manifestado, para los efectos que estime pertinentes.
3. En firme la providencia, por la **Secretaría de esta Corporación**, deberá **regresar** el expediente al Despacho del suscrito Magistrado para avocar conocimiento y decidir lo que corresponda; realizar el cambio de ponente en el programa informático Siglo XXI y la respectiva compensación.

Notificar

Proyecto discutido y aprobado en Sala Especial de Decisión Ordinaria No. 016 de 2023.


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

Sala Segunda Oral de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, tres (3) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Radicado.	17-001-33-33-006-2018-00415-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Aura Estella Jaramillo de los Ríos
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y departamento de Caldas
Providencia:	Sentencia No. 32

Asunto

Decide la Sala Segunda el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 14 de diciembre de 2020, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

"Que se declare la NULIDAD ABSOLUTA de la Resolución 8036-6 del 18/10/2017 expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, actuando en representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se negó la aplicación del numeral 5º del artículo 8º de la ley 91 de 1989 respecto al porcentaje que mi representado debe aportar de su mesada pensional para el servicio de salud.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se profiera sentencia en donde se ratifique que el demandante pertenece al régimen exceptuado consagrado en el Artículo 279 de la Ley 100 de 1.993, que se encuentra cobijada por régimen especial determinado por la Ley para los docentes que se vincularon a la educación oficial con anterioridad al 27 de junio de 2.003.

Subsecuentemente con las anteriores declaraciones respetuosamente solicito a su Honorable despacho Judicial, condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - DEPARTAMENTO DE CALDAS-SECRETARIA DE EDUCACIÓN:

A que aplique los descuentos para efectos de aportes al sistema de salud que le son aplicados a la mesada pensional de mi representado, en la cuantía establecida en el numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1.989, es decir, el 5% de cada mesada incluyendo las adicionales, ordenándosele cesar el descuento en cuantía del 12%, como actualmente lo está realizando.

II. A que reintegre al Demandante las sumas de dinero superiores al 5%, que a título de aportes al sistema de Salud le han sido descontadas de las mesadas pensionales y adicionales de junio y diciembre, respecto de la Pensión de Jubilación que la Demandada reconoció a mi representado y a no continuar descontando valores superiores al precitado porcentaje en el pago de las mesadas futuras.

A que pague de manera indexada las sumas de dinero que se obtengan como resultado de las declaraciones y condenas aquí solicitadas, ordenando que sobre dicho retroactivo se reconozcan los ajustes de valor y los respectivos intereses corrientes y moratorios, tal como se dispone en los artículos 187, 189, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2.011.

[...]

Se condene al pago de intereses [...]

Se condene al pago de las costas [...]

Se condene a que la Entidad demandada dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los Arts. 187, 189, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2.011 y el Art. 16 de la Ley 446 de 1998.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA:

En el evento que el honorable despacho Judicial llegare a determinar que de conformidad con lo establecido en la Ley 812 de 2.003, el régimen aplicable a mi poderdante es el Régimen General de Pensiones contemplado en la Ley 100 de 1.993 y 797 de 2.003; amablemente solicito se tenga en cuenta que esta norma solo contempla única y exclusivamente un descuento para efecto de aportes al sistema de salud por un monto equivalente al 12% de la mesada pensional sin aplicárselo dicho permito solicitar que la entidad demandada sea condenada y se le ordene:

a) Que se le reintegren a mi poderdante los dineros que bajo el rotulo de E.P.S. le han descontado a mi poderdante en las mesadas adicionales de junio y diciembre, los cuales equivalen al 12% respecto del valor de la mesada pensional devengada; ordenando que el retroactivo que se obtenga, se pague de manera indexado, junto con los ajustes de valor y los intereses moratorios de acuerdo a lo preceptuado en los artículos 187, 189, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2.011

b) Que se le ordene a la FIDUCIARIA LA PREVISORA a no continuar realizando descuentos en las mesadas adicionales de junio y diciembre con destino al sistema de salud, indicándosele que dicho aporte debe ser solamente aplicado a la mesada pensional que devenga mi poderdante.

[...]

2. Hechos.

Se relataron los que a continuación se resumen:

Mediante Resolución No. 855 del 9 de julio de 2007 le fue reconocida a la accionante una pensión de jubilación por parte de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas actuando en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Fiduciaria encargada de su administración, viene realizando descuentos correspondientes al 12% como aportes al servicio de salud sobre las mesadas pensionales percibidas por la demandante, incluyendo las mesadas de junio y diciembre.

La mesada pensional que percibe la accionante viene siendo reajustada con base en el porcentaje certificado por el DANE para el índice de precios al consumidor del año inmediatamente anterior.

El 4 de octubre de 2017, la parte actora presentó reclamación ante las entidades demandadas, con el fin de que se aplique como aporte al sistema de salud, el valor equivalente al 5% sobre la mesada pensional percibida; exigiendo en consecuencia la devolución de los valores pagados en exceso.

La anterior solicitud fue despachada de forma desfavorable a través de acto administrativo No. 8576-6 del 3 de noviembre de 2017. (sic)

3. Normas violadas y concepto de violación.

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Constitución Política: preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48 y 53, 90, 121, 125 y 209. Ley 1437 de 2011, art. 137. Ley 71 de 1988 artículo 1°. Ley 33 de 1985. Ley 91 de 1989 artículo 15, numeral 2, literal A. Ley 115 de 1994, art. 115. Ley 100 de 1993 artículo 279. Ley 238 de 1995, artículo 1º. Ley 700 de 2001, art. 4º. Ley 797 de 2003, art. 9º Parágrafo 1º. Ley 812 de 2003 art. 81. Ley 1151 de 2007, art. 160. Acto legislativo 01 de 2005, parágrafos transitorios 1 y 2.

Arguye que los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran dentro de los regímenes exceptuados de la Ley 100 de 1993, por lo que las normas del Sistema Integral de Seguridad Social no les resultan aplicables. Añade además que, los regímenes exceptuados no son objeto de regulaciones establecidas en materia de incremento pensional y aportes en salud dentro del régimen general de pensiones.

Expone seguidamente que las normas aplicables a los afiliados y pensionados por el mencionado fondo, dependen de la fecha vinculación al servicio docente y en razón a ello, la demandante no se encuentra sujeta a las disposiciones normativas contenidas en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Respecto a la norma especial aplicable en materia de aportes en salud a los pensionados por el FOMAG, señala que dicho Fondo tomó como excusa artículo 81 de la Ley 812 de 2003, para incrementar el aporte que en salud deben realizar los pensionados, sin atender las precisiones respecto al régimen aplicable de acuerdo a su vinculación al servicio, lo cual se ha traducido en un perjuicio digno en ser superado por los mecanismos judiciales. Como norma especial aplicable en materia de aportes de los pensionados, se tiene el numeral 5º del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, el cual establece un porcentaje del 5% de todas las mesadas pensionales.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Nación – Ministerio de Educación – FNPSM.

Guardó silencio.

4.2. Departamento de Caldas.

Manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda, señalando que la gestión a cargo de las Secretarías de Educación se centra básicamente en recibir y radicar en orden cronológico las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes que pertenezcan a la entidad territorial de acuerdo a los parámetros fijados por la fiduciaria administradora de los recursos del fondo.

Respecto al reintegro de los dineros por concepto de aportes en salud realizados a la accionante, indica que dicha pretensión carece de fundamento legal, concluyendo que para el legislador, el pensionado tiene la obligación de cancelar un aporte en salud del 12%, aporte que en su totalidad está a cargo de éstos.

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 14 de diciembre de 2020, resolvió lo siguiente:

"PRIMERO: DECLÁRASE PROBADA la excepción de "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA" formulada por el DEPARTAMENTO DE CALDAS.

SEGUNDO: NIÉGANSE las pretensiones principales y subsidiaria de la demanda de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO formuladas por la señora AURA STELLA JARAMILLO DE LOS RÍOS en contra de la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

TERCERO: CONDÉNASE EN COSTAS a la parte demandante y a favor de la demandada, cuya liquidación se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso. FÍJASE por concepto de agencias en derecho, también a cargo de parte actora y a favor de las accionadas, la suma de ciento cincuenta mil pesos (\$150.000).

[...]"

Concluyó que si bien el numeral 5º del artículo 8º de la Ley 91 de 1989 estableció que a los pensionados para efectos de los servicios de salud les correspondía un aporte del 5% de cada mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales, dicho monto varió con la entrada en vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, así como la autorización del descuento sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre. Indica que, en el inciso cuarto de esta última disposición normativa, se consagró que el valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al FNPSM, corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Y en efecto, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 1º de la Ley 1250 de 2008, en cuanto al monto y distribución de las cotizaciones, previó que la cotización al Régimen Contributivo de Salud, sería del 12% del ingreso o salario base de cotización. Frente a las mesadas adicionales de junio y diciembre, la referida Ley 100 de 1993 no contempló la realización de descuentos, los cuales fueron expresamente prohibidos por las leyes 42 de 1982 y 43 de 1984 y el Decreto 1073 de 2002. Sin embargo, entiende el *a quo* que sólo en lo que respecta al porcentaje de cotización en salud, los pensionados afiliados al FNPSM se gobiernan por lo establecido en la Ley 100 de 1993, pues en los demás aspectos se gobiernan por un régimen prestacional especial, tal y como lo dispone el artículo 279 ibídem y el parágrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 001 de 2005, que estableció que el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003.

6. Recurso de Apelación

Reitera que en estos casos de aplicar integralmente el régimen pensional de los docentes, es decir, o se aplica el Régimen General en Pensiones o se le aplica la Ley 91 de 1989, pero no aplicar elementos de uno y de otro pues se estaría creando un tercer régimen sin competencia para ello; esto lo dijo la Corte Constitucional en la

sentencia C-369 de 2004 al manifestar que los regímenes exceptuados son de aplicación integral pues de lo contrario se estaría violando principios constitucionales y laborales como la *lex tertia, in dubio pro operario*.

En consecuencia, solicitó revocar la decisión de primera instancia.

7. Alegatos de conclusión segunda instancia.

7.1. La parte demandante no intervinieron en esta etapa procesal.

7.2. El FNPSM presentó alegatos de conclusión señalando que la cotización para salud en el régimen de los docentes afiliados al FNPSM, es el mismo porcentaje del régimen general. Solicitó negar las pretensiones de la parte demandante.

II. Consideraciones de la Sala

1. Problema jurídico.

A fin de resolver el fondo de la controversia y teniendo en cuenta lo planteado por la parte demandante en el recurso de apelación, el problema jurídico a resolver en esta instancia es el siguiente:

¿De conformidad con el régimen legal aplicable, tiene derecho la parte demandante a que se le reembolsen los valores descontados por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud, de las mesadas adicionales de junio y diciembre?

2. Lo probado en el proceso.

Del material probatorio que reposa en el expediente, se destaca lo siguiente:

Mediante la Resolución 0855 del 9 de julio de 2007, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció la pensión de jubilación a la señora Aura Stella Jaramillo de los Ríos a partir del 18 de diciembre de 2006, ordenando descontar de cada mesada pensional el 12.5%.

A través de la solicitud con radicación SAC2017PQR15502 del 4 de octubre del 2017, elevada ante la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, la parte demandante solicitó la devolución de los dineros correspondientes a los aportes de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (mesada trece y catorce)

correspondiente al 12% del valor de la pensión y lo que excediere a dicho porcentaje por aplicación indebida de la norma.

Por medio de la Resolución 8036-6 del 18 de octubre de 2017, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas negó el cese y devolución de los aportes a salud sobre las mesadas adicionales pagadas a la parte demandante.

Igualmente, obra en el expediente, la certificación expedida por la Fiduprevisora S.A. en donde se observan extractos de pagos de 2015 y 2016, en donde constan las mesadas percibidas y los descuentos por concepto de salud sobre la mesada ordinaria y adicional.

Una vez observadas las pruebas aportadas en el presente asunto, procede esta Sala a resolver el problema jurídico formulado.

3. Régimen de seguridad social en salud.

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, lo consagra como un derecho irrenunciable de garantía universal para todos los administrados y el artículo 49 ibídem, alude a la atención en salud y el saneamiento ambiental como servicios públicos a cargo del Estado, que se debe garantizar a todas las personas conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece que son afiliados al SGSS en salud todos los residentes en Colombia que se encuentren afiliados al régimen contributivo o al subsidiado y los vinculados temporalmente. Al régimen contributivo pertenecen los afiliados con capacidad de pago, como cotizantes están los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobreviviente, tanto del sector público como del privado.

Por su parte, el artículo 143 ibidem, previó para los pensionados antes del 1 de abril de 1994, el reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de dicha norma, así mismo dispuso, la cotización para salud a cargo de los pensionados, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

A su vez, el artículo 280 de la Ley 100 de 1993, dispuso sobre la obligación sin excepción, de aportar a los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones, a partir del 1 de abril de 1994, en las instituciones, regímenes y con respecto

también a las personas que por cualquier circunstancia gocen de excepciones totales o parciales previstas en esta Ley.

4. Aplicación del régimen en salud - afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La Ley 4 de 1966¹, determinó para los afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social, el deber de cotizar el porcentaje del 5%, a favor de la entidad de previsión, sobre la mesada pensional.

Lo anterior es reiterado por el Decretos 3135 de 1968², en cuyo artículo 37, se dispone:

"A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión".

Posteriormente la Ley 91 de 1989³, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 8 numeral 2, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, y fue constituido entre otros: *"...El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados."*

El artículo 15 de la citada disposición, determinó el régimen aplicable para el personal docente, dependiendo de la vinculación así:

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

(Ver art. 6 Ley 60 de 1993)

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

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o

¹ <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=1573>

² "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

³ https://www.mineducacion.gov.co/1621/article-85852_archivo_pdf.pdf

que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.”

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003⁴, estableció que el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma y los vinculados a partir de la entrada en vigencia de la citada norma, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrán los derechos del régimen prestacional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

Adicionalmente, en los incisos tercero y cuarto de dicha normativa se precisó que, los servicios de salud para los afiliados a dicho Fondo, serán prestados conforme lo estipula la Ley 91 de 1989 y el valor de las cotizaciones por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores.

Posteriormente, el primer parágrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que: “*El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*”

En cuanto al monto de la contribución de cotizaciones el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, establecía:

“(...) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”. (Resalta la Sala)

Dicha preceptiva fue modificada por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que dispuso:

⁴ http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1

"Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%)." /Negrilla de la Sala/

Y finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008, artículo 1°, se adicionó el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

De las normas señaladas se evidencia que el objetivo del Legislador se encaminó a efectuar aportes para salud tanto en los regímenes especiales como del Sistema General de Seguridad Social, incluidos los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En lo atinente al porcentaje de la cotización para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se dispuso inicialmente con la Ley 91 de 1989, una cotización del 5% y posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se habilitó un valor total de la cotización correspondiente a la suma de aportes que para salud y pensiones establecieren las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En consonancia con lo anterior, las cotizaciones que se deducen de la mesada pensional de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, equivalen al mismo porcentaje que se debe descontar en el Régimen General de Seguridad Social.

Por su parte, la máxima Corporación Constitucional en sentencia T-835 de 2014, sobre la obligación de cotizar al Sistema General de Salud por parte de los pensionados, tanto en los regímenes especiales - como la pensión gracia -, y el ordinario, dispuso:

"Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en la

sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

“(...) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

En conclusión, todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. (...) Rft”

Respecto al monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2018⁵, precisó:

“3. Por otro lado, la Ley 91 de 1989, fijó como otro de los objetivos del **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**: Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, para lo cual contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo. Entonces, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene a cargo las prestaciones sociales de los afiliados al Magisterio, entre estas, (i) la pensión ordinaria y (ii) **garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales. Lo que indica que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por disposición de la ley, tienen un régimen especial de seguridad social en salud.**

(...)

Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el

⁵ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA -SUBSECCIÓN B- Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)

(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios

<i>Ley 91 de 1989 artículo 8-5</i>	5%
<i>Ley 812 de 2003, 6, artículo 81</i>	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general.

(...)

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, y teniendo en cuenta que los docentes gozan de un sistema de salud, especial, señaló:

“22. Ahora bien, bajo el entendido que los docentes gozan de un sistema de salud diferente al señalado en la Ley 100 de 1993, corresponde al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio prestarle los servicios de salud a que tienen derecho y a la Caja Nacional de

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

Previsión Social hoy UGPP, efectuar los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud al Fondo de Seguridad y Garantía - FOSYGA como lo determina el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, “Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, según el cual:

“Artículo 14. Régimen de excepción. Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud. Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos... ”.

De conformidad con el anterior artículo es completamente válido -y legal que quien se encuentra percibiendo una pensión de vejez, y a su vez recibe pensión gracia, cotice sobre las dos pensiones en materia de salud. Una cotización será girada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la otra al FOSYGA, recursos con los cuales se financia el Sistema de Seguridad Social en Salud.

23. Como se puede observar ni el artículo 52 del Decreto 806 de 1998, ni en el artículo 14 de Decreto 1703 de 2002, excluyeron de la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud a los beneficiarios de la pensión gracia, por lo tanto, los mismos se encuentran obligados a efectuar aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en los términos señalados en la ley y en las normas reglamentarias aplicables.

24. Sobre el monto del aporte a salud con anterioridad a la Ley 100 de

1993, los pensionados del sector oficial, incluyendo los beneficiarios de la pensión gracia, cotizaban sobre el 5% de su mesada pensional, con fin que se les prestaran los servicios médico asistenciales; porcentaje diferenciado respecto al establecido para los pensionados del sector privado afiliados al Instituto de Seguros Sociales.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, artículo 143, se estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12 %, motivo por el cual, con el fin de no afectar los ingresos efectivos de los pensionados, y mantener el poder adquisitivo de sus mesadas, se consagró un incremento en el monto de las pensiones equivalente a la diferencia entre el valor de la cotización establecida en la Ley 100 de 1993 (12%), y el valor del aporte que se le venía efectuando al beneficiario de la pensión gracia (5%).

De esta manera, por virtud de la misma disposición, a los beneficiarios de la denominada pensión gracia también se les incrementó correlativamente el valor de su mesada en el monto del incremento de su aporte a salud, con el fin de no afectar los ingresos reales que venían percibiendo.

25. *En conclusión, no existe disposición que excluya a los regímenes de excepción del deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, por el contrario se encuentra demostrado, que a través del tiempo los beneficiarios de la pensión gracia han estado obligados a efectuar los aportes correspondientes al sistema de salud para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. **El pago de las cotizaciones en salud es obligatorio**, independientemente de que se preste o no el servicio de salud, en acatamiento del principio de solidaridad que rige el sistema de Seguridad Social en Colombia, conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución, definido en el literal c) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993,*

...

26. *De lo expuesto se puede concluir que **todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad** y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, **sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes** a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. ...”-sft-*

De las normas anotadas y los postulados jurisprudenciales esgrimidos, se colige que los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, aunque son beneficiarios de un régimen especial, no están exonerados de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud en el porcentaje establecido en la Ley 812 de 2003.

5. Descuento de salud sobre las mesadas adicionales.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud no establece descuento alguno sobre las mesadas adicionales, sin embargo, la Ley 91 de 1989 que hace parte del régimen especial de los docentes afiliados al FNPSM, sí lo permite de manera expresa en el numeral 5° del artículo 8°; luego entonces, aun cuando la Ley 812 de 2003 extendió el régimen de cotización en materia de salud a los pensionados afiliados al FNPSM, ello sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12%, más no tiene la virtualidad de derogar expresa ni tácitamente lo previsto en el régimen especial en punto a la posibilidad de hacer los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales.

De igual manera, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017, denegó la solicitud sobre la devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, basado en los siguientes argumentos:

“(...) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.

En suma, concluye esta Sala de decisión que en la providencia cuestionada no se evidencia ninguna causal de procedencia de la acción de tutela, pues como se demostró, no fue producto de un actuar caprichoso del Colegiado demandado, sino de la conjunción en la apreciación de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la interpretación legal de las normas aplicables al caso concreto.”

En ese orden de ideas, considera la Sala que los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre fueron previstas en la Ley 91 de 1989, para los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y, a pesar de no mencionarse taxativamente en la Ley 812 de 2003, no significa que hubiese cesado la obligación de cotizar sobre dichas mesadas, pues en atención al principio de solidaridad que erige el Sistema de Seguridad Social, y en aras de preservar la contribución al sistema para lograr la sostenibilidad, eficacia y financiación del mismo, es procedente realizar los descuentos sobre la mesadas adicionales recibidas por los pensionados afiliados a dicho Fondo.

6. Solución al problema jurídico.

Los argumentos esbozados por la parte demandante se contraen a indicar que a ésta le aplica la preceptiva contenida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que señala que quienes figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, conforme a los normas vigentes, y por ende se debe dar aplicación a los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978; sin embargo, dichas preceptivas no previeron los descuentos de las mesadas adicionales, ni tampoco un descuento por concepto de salud sobre la mesada ordinaria, del 5%.

Considera la Sala, que no le asiste razón al impugnante al indicar que la parte actora es beneficiaria de los mencionados decretos en virtud del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, toda vez que, en materia pensional, los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 se rigen por la Ley 33 de 1985.

En este sentido, se tiene que los descuentos aplicados a los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, sobre la mesada ordinaria y adicionales de los meses de junio y diciembre, por concepto de salud, deben hacerse aplicando los porcentajes previstos por las normas anteriormente señaladas.

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia.

7. Costas y agencias en derecho

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado⁷ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

En el sub examen, no procede la condena en costas en esta instancia, por cuanto en el expediente no se encuentran pruebas que las demuestren o justifiquen.

8. Consideración final.

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

1. Se confirma la sentencia proferida proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, el 14 de diciembre de 2020, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por la señora Aura Estella Jaramillo de los Ríos contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y departamento de Caldas.

2. Sin condena en costas en esta instancia.

3. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia XXI”.

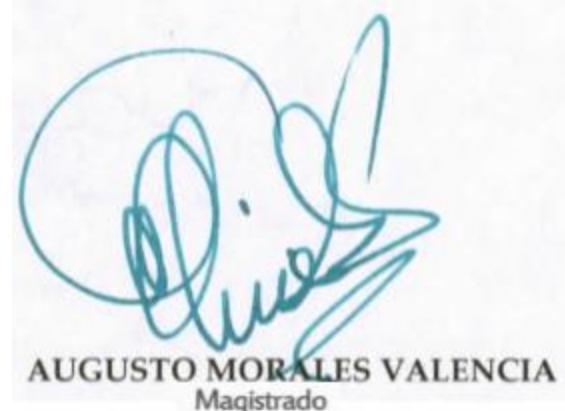
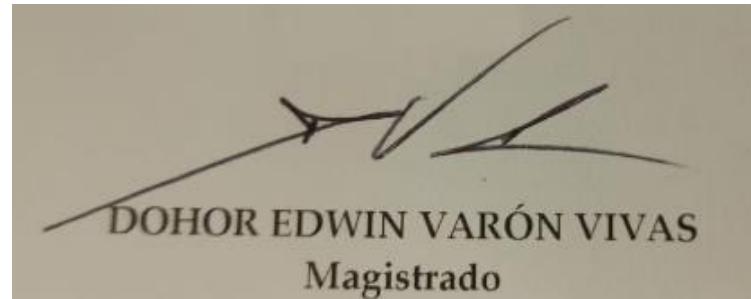
⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez

Notifíquese y Cúmplase

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

Sala Segunda Oral de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, tres (3) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Radicado.	17-001-33-33-007-2018-00639-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Gladys de Jesús García Quintero
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y departamento de Caldas
Providencia:	Sentencia No. 30

Asunto

Decide la Sala Segunda el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 29 de enero de 2020, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

"Que se declare la NULIDAD TOTAL de la Resolución 8216 DEL 26 DE SEPTIEMBRE DE 2018 emitida por la Secretaría de Educación Departamental de Caldas en representación del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

...
1.1 Que mediante acto administrativo se corrija de manera parcial la RESOLUCION 1694-6 DEL 23 DE FEBRERO DEL 2015, mediante la cual se reconoce pensión ordinaria de jubilación y como consecuencia de ello se ordene la devolución de los dineros correspondientes a los aportes de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, correspondiente al 12% del valor de la pensión de derecho y se ordene el cese definitivo de dichos pagos.

1.2 Que en caso de que en la RESOLUCION 1694-6 DEL 23 DE FEBRERO DEL 2015 que reconoce una pensión ordinaria de jubilación esté aplicando la ley 1122 de 2007 y no la ley 1250 del 2008 mediante acto administrativo se corrija

parcialmente y se ordene el cese del descuento de los dineros correspondientes al 0.5% del valor de la mesada pensional, correspondientes a los aportes en salud efectuados anualmente, dicha devolución se deberá hacer desde la entrada en vigencia de ley 1250 de 2008 hasta la fecha actual.

1.3 Solicitud de indexación de todos los valores solicitados.

2. Declarar la NULIDAD PARCIAL de la parte resolutiva de la resolución RESOLUCION 1694-6 DEL 23 DE FEBRERO DEL 2015 que reconoce pensión Ordinaria de Jubilación al señor(a) GLADIS DE JESUS GARCIA QUINTERO emitidas por la secretaría de educación departamental de caldas en representación del FOMAG, donde se haga la aclaración en el numeral que ordena descuentos obligatorios por aportes de salud equivalentes al 12% y/o 12.5% no opera sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (mesada 13 y 14- primas).

CONDENATORIAS

3. CONDENAR a la NACIÓN MINISTERIO EDUCACIÓN -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MATEMO - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE CALDAS (demandados) responsables de los perjuicios causados al señor(a) GLADIS DE JESUS GARCIA QUINTERO (demandante), con ocasión de los descuentos por aportes de salud realizados sobre las mesadas adicionales sobre la pensión de derecho y la devolución de cualquier otro porcentaje de cotización a salud que haya cobrado fuera de lo legal.

4. CONDENAR a los DEMANDADOS a que el pago de los valores resultantes de las condenas Impuestas se ajuste a lo preceptuado en los artículos 187, 192 y 195 del CPACA, para lo cual deberán indexarse los valores conforme a la fórmula de reajuste con el IPC establecida según el artículo 192 del CPACA. 5. CONDENA los demandados a pagar conforme el artículo 88 de la ley 1564 del 2012 (CGP pagar las prestaciones periódicas que se llegue a causar entre la presentación de la demanda y el cumplimiento de la sentencia definitiva.

6. CONDENAR a los demandados a pagar gastos procesales, agencias de derecho y costas procesales.

7. CONDENAR a los demandados a título de restablecimiento del derecho al pago de los perjuicios causados al demandante [...]"

2. Hechos.

Se relataron los que a continuación se resumen:

La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas actuando en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconoció una pensión ordinaria de vejez a la parte demandante.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Fiduciaria encargada de su administración, viene realizando descuentos correspondientes al 12% como aportes al servicio de salud sobre las mesadas pensionales percibidas por la demandante, incluyendo las mesadas de junio y diciembre.

La mesada pensional que percibe la accionante viene siendo reajustada con base en el porcentaje certificado por el DANE para el índice de precios al consumidor del año inmediatamente anterior.

La parte actora presentó reclamación ante las entidades demandadas, con el fin de que se aplique como aporte al sistema de salud, el valor equivalente al 5% sobre la mesada pensional percibida; exigiendo en consecuencia la devolución de los valores pagados en exceso.

La anterior solicitud fue despachada de forma desfavorable a través de Resolución No. 8216-6 del 26 de septiembre de 2018.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Ley 91 de 1989 artículo 15; Decreto 3135 de 1968 artículo 37; Decreto 1848 de 1969 artículo 90; Decreto 1045 de 1978; Ley 100 de 1993, artículo 279; Ley 812 de 2003, artículo 81 inciso 4; Decreto 3752 de 2003; Ley 42 de 1982, Ley 797 de 2003, Decreto 1073 de 2002, ley 1250 de 2007.

Arguye que los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran dentro de los regímenes exceptuados de la Ley 100 de 1993, por lo que las normas del Sistema Integral de Seguridad Social no les resultan aplicables. Añade además que, los regímenes exceptuados no son objeto de regulaciones establecidas en materia de incremento pensional y aportes en salud dentro del régimen general de pensiones.

Expone seguidamente que las normas aplicables a los afiliados y pensionados por el mencionado fondo dependen de la fecha vinculación al servicio docente y en razón a ello, la demandante no se encuentra sujeta a las disposiciones normativas contenidas en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Respecto a la norma especial aplicable en materia de aportes en salud a los pensionados por el FOMAG, señala que dicho Fondo tomó como excusa artículo 81 de la Ley 812 de 2003, para incrementar el aporte que en salud deben realizar los pensionados, sin atender las precisiones respecto al régimen aplicable de acuerdo a su vinculación al servicio, lo cual se ha traducido en un perjuicio digno en ser superado por los mecanismos judiciales. Como norma especial aplicable en materia de aportes de los pensionados, se tiene el numeral 5º del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, el cual establece

un porcentaje del 5% de todas las mesadas pensionales.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Nación – Ministerio de Educación – FNPSM.

Guardó silencio.

4.2. Departamento de Caldas.

Manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda, señalando que la gestión a cargo de las Secretarías de Educación se centra básicamente en recibir y radicar en orden cronológico las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes que pertenezcan a la entidad territorial de acuerdo a los parámetros fijados por la fiduciaria administradora de los recursos del fondo.

Respecto al reintegro de los dineros por concepto de aportes en salud realizados a la accionante, indica que dicha pretensión carece de fundamento legal, concluyendo que para el legislador, el pensionado tiene la obligación de cancelar un aporte en salud del 12%, aporte que en su totalidad está a cargo de éstos.

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 29 de enero de 2020, negó las pretensiones de la parte demandante y la condenó en costas.

Concluyó que si bien el numeral 5° del artículo 8° de la Ley 91 de 1989 estableció que a los pensionados para efectos de los servicios de salud les correspondía un aporte del 5% de cada mesada pensional, incluidas las mesadas adicionales, dicho monto varió con la entrada en vigencia del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, así como la autorización del descuento sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre. Indica que, en el inciso cuarto de esta última disposición normativa, se consagró que el valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al FNPSM, corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Y en efecto, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 1° de la Ley 1250 de 2008, en cuanto al monto y distribución de las cotizaciones, previó que la cotización al Régimen Contributivo de Salud sería del 12% del ingreso o salario base de cotización. Frente a las mesadas adicionales de junio y diciembre, la referida Ley 100 de 1993 no contempló la realización de descuentos, los cuales fueron

expresamente prohibidos por las leyes 42 de 1982 y 43 de 1984 y el Decreto 1073 de 2002. Sin embargo, entiende el *a quo* que sólo en lo que respecta al porcentaje de cotización en salud, los pensionados afiliados al FNPSM se gobiernan por lo establecido en la Ley 100 de 1993, pues en los demás aspectos se gobiernan por un régimen prestacional especial, tal y como lo dispone el artículo 279 ibídem y el parágrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 001 de 2005, que estableció que el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003.

6. Recurso de Apelación

Considera que se debe aplicar la norma más favorable en relación con los descuentos al sistema de salud sobre las mesadas pensionales.

Aduce que el artículo 8 numeral 5 de la Ley 91 de 1989, quedó derogado tácitamente con la Ley 100 de 1993; en gracia de discusión, ducha norma debe someterse a la excepción contenida en la misma ley en su artículo 15. Así las cosas, considera que, los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Y los docentes de carácter nacional que se vinculen a partir del 10 de enero de 1990, se les respetará lo contenido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978. Lo anterior, a tono con la sentencia CESUJ2 No. 001-16. Estima que la sentencia referida debe tomarse como referente para salvaguardar los derechos adquiridos de los docentes de conformidad con regímenes anteriores a la misma Ley 91 de 1989, entre ellos, la prohibición de que se efectuaran descuentos sobre sus mesadas adicionales; recalando con ello que la aplicación de la Ley 91 no debe ser absoluta.

Advierte que los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 no se contempla el descuento para salud sobre las mesadas adicionales, con excepción del Decreto 3135 que lo limita al 5% pero sobre la mesada ordinario y en ningún caso sobre mesadas adicionales. Mediante un cuadro comparativo deja ver que las normas anteriores y las posteriores a la Ley 91 de 1989, no contemplan y algunas prohíben, el descuento de aportes a salud sobre las mesadas adicionales; indica que esta posición ha sido acogida por varios tribunales del país.

Reclama un pronunciamiento sobre las sumas mal descontadas en el año 2009.

7. Alegatos de conclusión segunda instancia.

7.1. La parte demandante no intervinieron en esta etapa procesal.

7.2. El FNPSM presentó alegatos de conclusión señalando que la cotización para salud en el régimen de los docentes afiliados al FNPSM, es el mismo porcentaje del régimen general. Solicitud negar las pretensiones de la parte demandante.

II. Consideraciones de la Sala

1. Problema jurídico.

A fin de resolver el fondo de la controversia y teniendo en cuenta lo planteado por la parte demandante en el recurso de apelación, el problema jurídico a resolver en esta instancia es el siguiente:

¿De conformidad con el régimen legal aplicable, tiene derecho la parte demandante a que se le reembolsen los valores descontados por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud, de las mesadas adicionales de junio y diciembre?

2. Lo probado en el proceso.

Del material probatorio que reposa en el expediente, se destaca lo siguiente:

Mediante la Resolución 1694-6 del 23 de febrero de 2015, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció la pensión de jubilación a la demandante, a partir del 15 de septiembre de 2014, ordenando descontar de cada mesada pensional el 12% a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1250 de 2008.

A través de la solicitud con radicación SAC2018PQR11981 del 2 de agosto del 2018, elevada ante la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, la parte demandante solicitó la devolución de los dineros correspondientes a los aportes de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (mesada trece y catorce) correspondiente al 12% del valor de la pensión y lo que excediere a dicho porcentaje por aplicación indebida de la norma.

Por medio de la Resolución 8216-6 del 26 de septiembre de 2018, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas negó el cese y devolución de los aportes a salud sobre las mesadas adicionales pagadas a la parte demandante.

Igualmente, obra en el expediente, la certificación expedida por la Fiduprevisora S.A. en donde se observan extractos de pagos de 2015 y 2018, en donde constan las mesadas

percibidas y los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas ordinarias y adicionales.

Una vez observadas las pruebas aportadas en el presente asunto, procede esta Sala a resolver el problema jurídico formulado.

3. Régimen de seguridad social en salud.

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, lo consagra como un derecho irrenunciable de garantía universal para todos los administrados y el artículo 49 ibídem, alude a la atención en salud y el saneamiento ambiental como servicios públicos a cargo del Estado, que se debe garantizar a todas las personas conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece que son afiliados al SGSS en salud todos los residentes en Colombia que se encuentren afiliados al régimen contributivo o al subsidiado y los vinculados temporalmente. Al régimen contributivo pertenecen los afiliados con capacidad de pago, como cotizantes están los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobreviviente, tanto del sector público como del privado.

Por su parte, el artículo 143 ibidem, previó para los pensionados antes del 1 de abril de 1994, el reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de dicha norma, así mismo dispuso, la cotización para salud a cargo de los pensionados, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

A su vez, el artículo 280 de la Ley 100 de 1993, dispuso sobre la obligación sin excepción, de aportar a los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones, a partir del 1 de abril de 1994, en las instituciones, regímenes y con respecto también a las personas que por cualquier circunstancia gocen de excepciones totales o parciales previstas en esta Ley.

4. Aplicación del régimen en salud - afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La Ley 4 de 1966¹, determinó para los afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social, el deber de cotizar el porcentaje del 5%, a favor de la entidad de previsión, sobre la mesada pensional.

Lo anterior es reiterado por el Decretos 3135 de 1968², en cuyo artículo 37, se dispone:

"A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión".

Posteriormente la Ley 91 de 1989³, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 8 numeral 2, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, y fue constituido entre otros: *"...El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados."*

El artículo 15 de la citada disposición, determinó el régimen aplicable para el personal docente, dependiendo de la vinculación así:

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

(Ver art. 6 Ley 60 de 1993)

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

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

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003⁴, estableció que el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma y los vinculados a partir de la entrada en vigencia de la citada norma, afiliados al

¹ <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?I=1573>

² "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

³ https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf

⁴ http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1

Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrán los derechos del régimen prestacional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

Adicionalmente, en los incisos tercero y cuarto de dicha normativa se precisó que, los servicios de salud para los afiliados a dicho Fondo, serán prestados conforme lo estipula la Ley 91 de 1989 **y el valor de las cotizaciones por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003**, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores.

Posteriormente, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que: “*El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*”

En cuanto al monto de la contribución de cotizaciones el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, establecía:

“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo **del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.** Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”.
(Resalta la Sala)

Dicha preceptiva fue modificada por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que dispuso:

“Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1º) de enero del año 2007, del **12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8,5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado.** Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el

uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).” /Negrilla de la Sala/

Y finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008, artículo 1°, se adicionó el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

De las normas señaladas se evidencia que el objetivo del Legislador se encaminó a efectuar aportes para salud tanto en los regímenes especiales como del Sistema General de Seguridad Social, incluidos los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En lo atinente al porcentaje de la cotización para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se dispuso inicialmente con la Ley 91 de 1989, una cotización del 5% y posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se habilitó un valor total de la cotización correspondiente a la suma de aportes que para salud y pensiones establecieran las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En consonancia con lo anterior, las cotizaciones que se deducen de la mesada pensional de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio equivalen al mismo porcentaje que se debe descontar en el Régimen General de Seguridad Social.

Por su parte, la máxima Corporación Constitucional en sentencia T-835 de 2014, sobre la obligación de cotizar al Sistema General de Salud por parte de los pensionados, tanto en los regímenes especiales - como la pensión gracia -, y el ordinario, dispuso:

“Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en la sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

“(...) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia,

en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. (...) Rft”

Respecto al monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2018⁵, precisó:

“3. Por otro lado, la Ley 91 de 1989, fijó como otro de los objetivos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, para lo cual contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo. Entonces, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene a cargo las prestaciones sociales de los afiliados al Magisterio, entre estas, (i) la pensión ordinaria y (ii) garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales. Lo que indica que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por disposición de la ley, tienen un régimen especial de seguridad social en salud.

(...)

Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el

⁵ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA -SUBSECCIÓN B- Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)

(...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, 6, artículo 81	<i>El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general.

(...)

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, y teniendo en cuenta que los docentes gozan de un sistema de salud, especial, señaló:

“22. Ahora bien, bajo el entendido que los docentes gozan de un sistema de salud diferente al señalado en la Ley 100 de 1993, corresponde al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio prestarle los servicios de salud a que tienen derecho y a la Caja Nacional de Previsión Social hoy UGPP, efectuar los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud al Fondo de Seguridad y Garantía - FOSYGA como lo determina el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, “Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, según el cual:

“Artículo 14. Régimen de excepción. Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud. Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos...”.

De conformidad con el anterior artículo es completamente válido -y legal que quien se encuentra percibiendo una pensión de vejez, y a su vez recibe pensión gracia, cotice sobre las dos pensiones en materia de salud. Una cotización será girada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la otra al FOSYGA, recursos con los cuales se financia el Sistema de Seguridad Social en Salud.

23. *Como se puede observar ni el artículo 52 del Decreto 806 de 1998, ni en el artículo 14 de Decreto 1703 de 2002, excluyeron de la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud a los beneficiarios de la pensión gracia, por lo tanto, los mismos se encuentran obligados a efectuar aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en los términos señalados en la ley y en las normas reglamentarias aplicables.*

24. *Sobre el monto del aporte a salud con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados del sector oficial, incluyendo los beneficiarios de la pensión gracia, cotizaban sobre el 5% de su mesada pensional, con fin que se les prestaran los servicios médico asistenciales; porcentaje diferenciado respecto al establecido para los pensionados del sector privado afiliados al Instituto de Seguros Sociales.*

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, artículo 143, se estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12 %, motivo por

el cual, con el fin de no afectar los ingresos efectivos de los pensionados, y mantener el poder adquisitivo de sus mesadas, se consagró un incremento en el monto de las pensiones equivalente a la diferencia entre el valor de la cotización establecida en la Ley 100 de 1993 (12%), y el valor del aporte que se le venía efectuando al beneficiario de la pensión gracia (5%).

De esta manera, por virtud de la misma disposición, a los beneficiarios de la denominada pensión gracia también se les incrementó correlativamente el valor de su mesada en el monto del incremento de su aporte a salud, con el fin de no afectar los ingresos reales que venían percibiendo.

25. *En conclusión, no existe disposición que excluya a los regímenes de excepción del deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, por el contrario se encuentra demostrado, que a través del tiempo los beneficiarios de la pensión gracia han estado obligados a efectuar los aportes correspondientes al sistema de salud para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. El pago de las cotizaciones en salud es obligatorio, independientemente de que se preste o no el servicio de salud, en acatamiento del principio de solidaridad que rige el sistema de Seguridad Social en Colombia, conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución, definido en el literal c) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993,*

...

26. *De lo expuesto se puede concluir que todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. ..."-sft-*

De las normas anotadas y los postulados jurisprudenciales esgrimidos, se colige que los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, aunque son beneficiarios de un régimen especial, no están exonerados de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud en el porcentaje establecido en la Ley 812 de 2003.

5. Descuento de salud sobre las mesadas adicionales.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud no establece descuento alguno sobre las mesadas adicionales, sin embargo, la Ley 91 de 1989 que hace parte del régimen

especial de los docentes afiliados al FNPSM, sí lo permite de manera expresa en el numeral 5° del artículo 8°; luego entonces, aun cuando la Ley 812 de 2003 extendió el régimen de cotización en materia de salud a los pensionados afiliados al FNPSM, ello sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12%, más no tiene la virtualidad de derogar expresa ni tácitamente lo previsto en el régimen especial en punto a la posibilidad de hacer los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales.

De igual manera, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017, denegó la solicitud sobre la devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, basado en los siguientes argumentos:

“(…) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.

En suma, concluye esta Sala de decisión que en la providencia cuestionada no se evidencia ninguna causal de procedencia de la acción de tutela, pues como se demostró, no fue producto de un actuar caprichoso del Colegiado demandado, sino de la conjunción en la apreciación de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la interpretación legal de las normas aplicables al caso concreto.”

En ese orden de ideas, considera la Sala que los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre fueron previstas en la Ley 91 de

1989, para los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y, a pesar de no mencionarse taxativamente en la Ley 812 de 2003, no significa que hubiese cesado la obligación de cotizar sobre dichas mesadas, pues en atención al principio de solidaridad que erige el Sistema de Seguridad Social, y en aras de preservar la contribución al sistema para lograr la sostenibilidad, eficacia y financiación del mismo, es procedente realizar los descuentos sobre la mesadas adicionales recibidas por los pensionados afiliados a dicho Fondo.

6. Solución al problema jurídico.

Los argumentos esbozados por la parte demandante se contraen a indicar que a ésta le aplica la preceptiva contenida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que señala que quienes figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, conforme a los normas vigentes, y por ende se debe dar aplicación a los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978; sin embargo, dichas preceptivas no previeron los descuentos de las mesadas adicionales, ni tampoco un descuento por concepto de salud sobre la mesada ordinaria, del 5%.

Considera la Sala, que no le asiste razón al impugnante al indicar que la parte actora es beneficiaria de los mencionados decretos en virtud del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, toda vez que, en materia pensional, los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 se rigen por la Ley 33 de 1985.

En este sentido, se tiene que los descuentos aplicados a los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, sobre la mesada ordinaria y adicionales de los meses de junio y diciembre, por concepto de salud, deben hacerse aplicando los porcentajes previstos por las normas anteriormente señaladas.

Finalmente, dado que la parte actora reclama un pronunciamiento sobre las sumas mal descontadas en el año 2009, la Sala encuentra frente a dicho cargo que, pese a su confusa redacción, para resolverlo debe tenerse presente en primer lugar, que fue con la Resolución 1694-6 del 23 de febrero de 2015, que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció la pensión de jubilación a la demandante, con efectos a partir del 15 de septiembre de 2014, ordenando descontar de cada mesada pensional el 12% desde la entrada en vigencia de la Ley 1250 de 2008. De ahí que no se comprenda la razón por la cual se alude a descuentos realizados en el año 2009 pues en esa data la parte actora no había siguiera consolidado el derecho pensional.

En gracia de discusión, se observa que la entidad, mediante la Resolución 8216-6 del 26 de septiembre de 2018, le contestó a la actora lo siguiente:

La Ley 1122 del 09 de enero de 2007, modifica el inciso 1º del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, en lo referente al monto de las cotizaciones, el cual será a partir del 01 de enero de 2007, del 12.5% del ingreso o salario base de cotización.

En tal sentido se expidió la circular externa 00101 de enero 12 del 2007, del Ministerio de la Protección Social, en resumen los aportes de los docentes pensionados pasaron del 12% al 12.5%.

Adicionalmente, la ley 1250 de 2008 establece que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados, será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, la cual se hará efectiva a partir del 01 de enero de 2008", sin embargo, el 8 de enero los ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, expidieron la circular conjunta No. 002, en la que se deja claro lo siguiente:

Que la cotización del 12% en salud de los pensionados, rige a partir del 27 de noviembre de 2008, fecha de la publicación de la Ley 1250 del 2008; por lo tanto, las entidades reconocedoras y pagadoras de pensiones deberán aplicar este porcentaje a través de la mesada pensional del mes de diciembre de 2008. Siendo este el porcentaje descontado a sus poderdantes por concepto de aportes en salud.

Que teniendo en cuenta lo anterior, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, efectuó en la nómina del mes de Marzo/2009, realizó la devolución del 0,5%, aplicado de más, sobre las mesadas de Diciembre/08, Enero/09 y Febrero/09, a todos los pensionados afiliados al Fondo del Magisterio a nivel Nacional, y continuará aplicándose el 12% establecido en la norma en mención.

...
Que en todo caso no es procedente el reconocimiento por autoridad administrativa o judicial de peticiones respecto de las cuales han transcurrido tres años desde el momento en el cual se realizó el pago, ello de acuerdo al artículo 102 del Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968 por medio del cual se fijó el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, consagrando expresamente el fenómeno de la prescripción, reza la mencionado artículo:

"ARTICULO 102. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES.

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

La entidad afirma que en el mes de marzo de 2009 realizó la devolución del 0.5% aplicado de más sobre las mesadas de diciembre de 2008 y enero y febrero de 2009, a todos los afiliados al FNPSM a los cuales se les hizo ese descuento por encima del porcentaje indicado en la ley para ese periodo.

Luego entonces, en caso de que esa devolución no se hubiese hecho efectiva en este caso – de haber sido ello procedente por alguna razón – se debe tener presente que toda reclamación por concepto de descuentos realizados en exceso por la entidad debió ser efectuada dentro de los tres años siguientes a la causación del derecho so pena de que operara la prescripción trienal. En el sub iudice se observa que la reclamación en tal sentido fue radicada ante la entidad el 2 de agosto de 2018, es decir, cuando el derecho ya se encontraba extinguido. En consecuencia, no estima fundado este cargo frente al acto administrativo sub examine.

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia.

7. Costas y agencias en derecho

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado⁷ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP. En el sub examen, no procede la condena en costas en esta instancia, por cuanto en el expediente no se encuentran pruebas que las demuestren o justifiquen.

8. Consideración final.

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

1. Se confirma la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, el 29 de enero de 2020, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y

⁷ *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez*

restablecimiento del derecho por la señora Gladys de Jesús García Quintero contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y departamento de Caldas.

2. Sin costas en esta instancia.

3. Se reconoce personería a la abogada DARLYN MARCELA GARCIA RODRIGUEZ, portadora de la Tarjeta Profesional No. 342263 del C.S de la J., para actuar como apoderada de la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM.

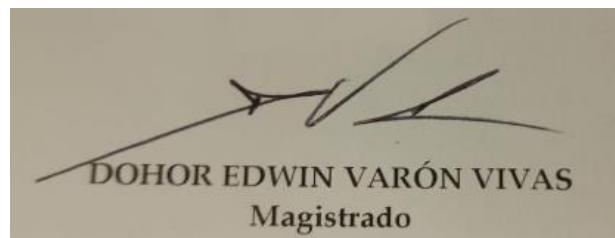
4. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia XXI”.

Notifíquese

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, tres (3) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Radicación:	17 001 33 39 006 2019 00522 01
Clase:	Acción Popular 2 ^a Instancia
Accionante:	Gerardo Osorio Zuluaga
Accionados:	Municipio de Villamaría - Caldas
Vinculados:	Floro López, Amparo Castellanos, Héctor Fabio Buitrago, José Vilealdo Castaño, Nelson de Jesús y Jhon Anderson Buriticá
Providencia:	Sentencia No. 33

Procede la Sala de Decisión a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada contra la sentencia proferida el 22 de junio de 2021 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos de la referencia.

I. Antecedentes

1. Pretensiones.

1.1. Se declare que el municipio de Villamaría, como consecuencia de sus actuaciones omisivas y negligentes en el cumplimiento de sus funciones, ha violentado los siguientes derechos colectivos consagrados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998:

- a. Al espacio público
- b. Seguridad y salubridad pública.

1.2. Ordenar de forma inmediata al municipio de Villamaría, que reubiquen a los vendedores informales, ubicados en la carrera 5 entre calles 9 y 10 de dicha localidad,

1.3. Ordenar a la entidad accionada que recupere el espacio público de la carrera 5 entre calles 9 y 10 del municipio de Villamaría.

2. Sustento Fáctico.

Se aduce que el accionante es habitante del municipio de Villamaría y por lo tanto, en representación de los intereses de esa comunidad, ha manifestado desde el año 2014, su inconformidad con la ocupación del espacio público correspondiente a la carrera 5 entre calles 9 y 10 del referido municipio, por parte de vendedores estacionarios de comidas informales. Precisa que el andén de esa vía principal, a partir de las 4:00 o 5:00 p.m., se llena de personas que venden comestibles, obstruyendo el paso peatonal y llevando a que la ciudadanía ponga en riesgo su integridad al tener que bajarse del andén y transitar por la vía.

Se afirma que, en el año 2014, el accionante escribió a la Administración Municipal y allí le manifestaron que se estaba estudiando un plan estratégico de reubicación. No obstante, años más tarde le indicaron que desde la Alcaldía no podían hacer nada para retirar a los vendedores estacionarios de ese sector porque ello supondría el desconocimiento del precedente sentado por la Corte Constitucional en desarrollo del principio de confianza legítima.

Insiste en que ha agotado todos los medios y recursos con el fin de hallar solución a la problemática presentada con el espacio público en ese municipio, y aunque reconoce que los ciudadanos tienen derecho al trabajo, concluye que no se pueden afectar los derechos e intereses de toda la comunidad; de ahí que estime como obligación del ente territorial, la puesta en marcha de un plan de reubicación.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Municipio de Villamaría, Caldas.

Otorgó respuesta a la demanda aceptando totalmente los hechos 1, 2, 3 y parcialmente los hechos 4 y 5; explicó que, en virtud de la confianza legítima generada en los vendedores ambulantes del sector, se ha dado respuesta a las peticiones del accionante, recalando que no hay sentencias con efectos inter partes que deba cumplir el Municipio. Adicionalmente, ha indicado que las personas que se ubican en el sector, en su mayoría cuentan con autorización de administraciones pasadas e incluso son sujetos pasivos de industria y comercio. En cuanto a las pretensiones se opuso a las mismas y propuso como excepciones la de: "confianza legítima y desproporcionalidad de la medida", arguyendo que el municipio de Villamaría ha tolerado la existencia de vendedores ambulantes en el sector objeto de la acción popular, al punto que se han convertido en sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio, por lo que en ellos se ha generado confianza legítima, la misma que debe ser respetada, para no vulnerar

el derecho al mínimo vital, por lo que resulta desproporcionada e inconstitucional la pretensión del accionante.

El municipio de Villamaría solicitó la vinculación por pasiva de los vendedores ambulantes de la carrera 5 entre calles 9 y 10 con el fin de hacerlos parte en el proceso, sustentando la solicitud, en que cualquier decisión que se tome sin su comparecencia vulneraría sus derechos de defensa y contradicción.

Mediante auto del 24 de agosto del año 2020, el Despacho admitió la vinculación como litisconsorcio necesario de los vendedores ambulantes ubicados en la carrera 5 entre calles 9 y 10 del Municipio de Villamaría, previa identificación de los mismos por parte del ente territorial, ordenando en consecuencia, la notificación personal de las siguientes personas: Floro López, Amparo Castellanos, Héctor Fabio Buriticá, José Vilealdo Castaño Ospina, Nelson de Jesús Buriticá y Jhon Anderson Buriticá.

3.2. José Vilealdo Castaño Ospina.

Contestó la demanda señalando que desde hace 51 años es residente del municipio de Villamaría, 46 de los cuales se desempeña como vendedor ambulante de chuzos y albóndigas en la carrera 5 Nro. 9-16 donde siempre ha permanecido un pequeño puesto metálico que instala a las 4 pm y lo retira a las 12 am, conforme autorización de la alcaldía. Que siempre ha desempeñado la misma actividad comercial de la que deriva el sustento para la familia, lo cual es de conocimiento de la comunidad, que ejerce la actividad dentro del marco de la ley, tributando desde hace más de 20 años, pagando servicios públicos y cumpliendo con los requisitos de ley. Señala que tiene 64 años, que sostiene a su esposa adulta mayor, dos nietos e hijo discapacitado. Aduce no conocer al accionante, que nunca ha recibido queja de este u otro ciudadano y finalmente solicita declarar improcedente la acción.

3.3. Héctor Fabio Buitrago Macías.

A través de apoderada judicial dio respuesta a la demanda, señalando frente a los hechos que no le constan. En relación a las pretensiones afirmó oponerse a las mismas, argumentando que es ilógico y absurdo que se hable de vulneración de derechos e intereses colectivos, máxime cuando su prohijado no vende comidas preparadas en el espacio público. Presenta las siguientes excepciones:

“improcedencia de la acción popular, inexistencia de vulneración, daño o amenaza actual contra los derechos colectivos” en tanto se cumplen los presupuestos que ha fijado la jurisprudencia constitucional para aplicar el principio de confianza legítima a los vendedores informales, dado que uno de los presupuestos es que hayan ejercido dicha

actividad con anterioridad a la decisión de la administración de recuperar el espacio público y que dicha ocupación haya sido consentida por las autoridades y en el caso del señor Buitrago lleva en la actividad aproximadamente 22 años.

“Procedibilidad de la acción popular”. Conforme la ley 472 de 1998, un requisito de procedibilidad de la acción es que se dirija contra el particular, persona natural o jurídica o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza o viola el interés colectivo; en tal sentido contra el señor Héctor Fabio Buitrago no va dirigida la acción, debido a que él no vende comidas, aunque sí productos perecederos. Cita jurisprudencia del Consejo de Estado.

“insuficiencia probatoria-carga probatoria”. El actor dentro de la oportunidad de aportar pruebas no se ocupó de allegar al expediente las copias auténticas de las normas cuya aplicación pretendía hacer valer, no pudiendo dar aplicación al artículo 30 de la ley 472 de 1998.

3.4. Amparo Castellanos Gallego.

A través de apoderada judicial dio respuesta a la demanda, señalando frente a los hechos que no le constan. Se opuso a las pretensiones argumentando que es ilógico y absurdo que se hable de vulneración de derechos e intereses colectivos, máxime cuando su prohijado no vende comidas preparadas en el espacio público. Presenta las siguientes excepciones:

“improcedencia de la acción popular, inexistencia de vulneración, daño o amenaza actual contra los derechos colectivos”: La finalidad de la acción popular es evitar el daño contingente o hacer cesar el peligro, amenaza, vulneración o agravios sobre los derechos colectivos y/o restituir las cosas al estado anterior; es así, como una vez desaparecida la vulneración o amenaza a los derechos colectivos, consistente en el goce del espacio público, no tiene sentido hacer efectiva una acción popular, sin valorar que los aquí vinculados están amparados por la confianza legítima.

“Procedibilidad de la acción popular”. Conforme la ley 472 de 1998, un requisito de procedibilidad de la acción es que se dirija contra el particular, persona natural o jurídica o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza o viola el interés colectivo; en tal sentido contra la señora Amparo Castellanos Gallego no va dirigida la acción, debido a que ella no vende perecederos en el espacio público. Cita jurisprudencia del Consejo de Estado.

“insuficiencia probatoria-carga probatoria”. El actor dentro de la oportunidad de aportar pruebas no se ocupó de allegar al expediente las copias auténticas de las normas cuya aplicación pretendía hacer valer, no pudiendo dar aplicación al artículo 30 de la ley 472 de 1998.

3.5. Jhon Anderson Buriticá Penagos y Nelson de Jesús Buriticá González.

Mediante apoderada judicial, estos ciudadanos vinculados manifestaron no ser ciertos los hechos, salvo el tercero. En cuanto a las pretensiones hubo oposición.

Se indicó que el andén en ningún momento se encuentra obstruido para el paso peatonal; aduce, igualmente, que desde hace más de 23 años el señor John Anderson Buriticá se encuentra ejerciendo una actividad comercial de expendio de comidas rápidas, actividad que la ejerce en la formalidad y con todos los permisos de Ley (sanitarios) y el pago de impuestos (industria y comercio); dice que ejerce su actividad sólo unas horas de la noche, sin obstruir el andén, y que no deja huella alguna.

Lo mismo acontece con el señor Nelson de Jesús, quien se encuentra ejerciendo la actividad hace 43 años, cuenta con el respectivo certificado de cámara y comercio, cancela el impuesto de industria y comercio desde esa misma fecha y tiene los certificados sanitarios correspondientes.

Las excepciones propuestas fueron:

“carencia del requisito de procedibilidad”: señala que, si bien el accionante elevó petición el 9 de julio de 2019 a la administración del municipio de Villamaría, dicha reclamación administrativa no cumple con los requisitos para entender debidamente agotado ese requisito.

“carencia de objeto de la acción”: Se sustenta en que la administración de Villamaría le ha informado de manera clara al accionante las gestiones que está adelantando en pro de satisfacer sus pretensiones, careciendo por tanto de objeto el trámite de la presente acción judicial, al existir un actuar administrativo en curso.

“confianza legítima”: Los vendedores de la carrera 5 entre calles 9 y 10 han ejercido la actividad de manera pacífica, pública e ininterrumpida por más de una década, logrando acreditar sus negocios locales y tener reconocimiento de la comunidad y permiso de administraciones pasadas. Se cita jurisprudencia del Consejo de Estado.

3.6. Floro López.

No hizo pronunciamiento.

4. Audiencia especial de pacto de cumplimiento.

Las partes fueron citadas para la celebración de la audiencia de pacto de cumplimiento el 25 de marzo del año 2021. En el desarrollo de la aludida audiencia, el municipio de Villamaría formuló propuesta de pacto de cumplimiento, la que fue coadyuvada por cada uno de los vinculados, pero no fue aceptada por el señor accionante.

5. sentencia de primera instancia.

Mediante sentencia proferida el 22 de junio de 2021, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLÁRASE probada la excepción de “confianza legítima y desproporción de la medida” propuesta por el MUNICIPIO DE VILLAMARIA y la de confianza legítima” propuesta por los señores JHON ANDERSON BURITICA y NELSON DE JESUS BURITICA.

SEGUNDO: DECLÁRANSE no probadas las excepciones de “improcedencia de la acción popular, procedibilidad de la acción popular, insuficiencia probatoria, carencia de objeto de la acción” propuestas por los señores HECTOR FABIO BUITRAGO, AMPARO CASTELLANOS, JHON ANDERSON BURITICA y NELSON DE JESUS BURITICA.

TERCERO: DECLÁRASE la vulneración del derecho colectivo al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público contenido en el literales d) del artículo 4º de la Ley 472/98, y no vulnerado el derecho colectivo a la seguridad y salubridad públicas, indicado en el numeral g) del citado artículo, conforme a lo expuesto en la parte considerativa, por parte del Municipio de Villamaría debido a la ocupación del espacio público de la carrera 5 entre calles 9 y 10, que vienen haciendo los vendedores informales allí ubicados.

CUARTO: Para el restablecimiento del derecho vulnerado, ORDENASE al MUNICIPIO DE VILLAMARIA, en cabeza del señor Alcalde Municipal que en el plazo de dos (02) años contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, logre la reubicación de los vendedores informales ubicados en la carrera 5 con calles 9 y 10.

Para contrarrestar los impactos negativos de la reubicación de los vendedores informales, atendiendo a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, deberá ente territorial:

a. Implementar programas sociales y económicos que propicien la ubicación laboral de las personas que desarrollan su trabajo a través de las ventas informales.

Para tal efecto, se deberá estructurar una propuesta, permitiendo la participación de los vendedores en la construcción de las medidas. De ello deberá informar al Despacho en el plazo de SEIS (6) MESES contados a partir de la ejecutoria de la sentencia.

b. Realizar un censo de los vendedores informales que serán reubicados y que ocupan el espacio público mencionado. Se le otorga un plazo de SEIS (6) meses a la Administración Municipal para la estructuración del censo.

c. Ordenar al Municipio de Villamaría que desarrolle de manera permanente actividades de vigilancia, control y capacitación a los vendedores informales, que garanticen que sus productos ocupen únicamente el área asignada, se conserven los puestos en adecuadas condiciones de presentación e higiene y no se obstruyan las áreas que se han dejado libres para el tránsito peatonal y vehicular.

d. A través de estas mismas actividades se debe restringir la presencia de nuevos vendedores informales que pretendan asentarse en los lugares objeto de intervención.

QUINTO: MANTENGASE VINCULADOS A ESTA ACCION a las personas naturales que en su condición de vendedores ambulantes fueron citados en esta acción: JOSE VILEALDO CASTAÑO OSPINA, FLORO LOPEZ, HECTOR FABIO BUITRAGO, AMPARO CASTELLANOS, JHON ANDERSON BURITICA y NELSON DE JESUS BURITICA, quienes **DEBERAN** dada su condición de ocupantes del espacio público, colaborar y participar activamente en la adopción de las medidas que deberán ser ejecutadas por la Administración Municipal para lograr su reubicación, en las condiciones expuestas en el numeral anterior.

SEXTO: SE CONFORMARÁ un Comité de Verificación, el cual estará integrado por el Procurador Judicial Administrativo (a) delegado ante este Despacho Judicial, quien lo presidirá, y hará las funciones secretariales, el Representante Legal o a quien éste delegue del Municipio de Villamaría, cada uno de las personas vinculadas a este proceso en su calidad de vendedores ambulantes., el representante (a) de la Defensoría del Pueblo y la parte accionante.

Parágrafo: El Comité se reunirá previa citación que realice su presidente y deberá presentar informe a este Juzgado sobre el cumplimiento de lo acá ordenado. Por la Secretaría del Juzgado, **COMUNIQUESELES** la designación.

SÉPTIMO: Para los efectos del artículo 80 de la Ley 472 de 1998, por la Secretaría del Despacho, envíese copia del presente fallo a la Defensoría del Pueblo con destino al Registro Público de Acciones Populares y de Grupo.

OCTAVO: SIN CONDENA EN COSTAS.

NOVENO: EJECUTORIADA esta providencia, archívense las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI.”

Para adoptar su decisión, el a quo tuvo en cuenta las peticiones que se elevaron ante el municipio de Villamaría solicitando la reubicación de los puestos de ventas informales asentados en la carrera 5 entre calles 9 y 10 de dicha localidad y las respuestas a tales solicitudes; también incluyó en su análisis las respuestas allegadas por los sujetos pasivos de esta acción al intervenir en el proceso; todo lo anterior para arribar a la conclusión de que en el sector ya referenciado existe una ocupación del espacio público por parte de los vendedores informales vinculados a este trámite.

Estimó que la entidad territorial accionada ha incumplido sus obligaciones constitucionales y legales en punto a la debida conservación del espacio público y la garantía de su uso y disfrute por parte de la comunidad en general. Señala que el municipio ha permitido, tolerado y admitido la ocupación del espacio público de la carrera 5 entre calles 9 y 10, sin que a la fecha haya iniciado acciones efectivas tendientes a la recuperación del mismo.

Sin embargo, en atención al principio de confianza legítima desarrollado vía jurisprudencia por la Corte Constitucional, consideró que la recuperación del espacio público en estos casos debe estar acompañada de un plan que le proporcione a tales vendedores informales una alternativa de reubicación y el consiguiente acompañamiento social por parte de la Administración, quien durante todos estos años ha consentido la permanencia de aquellos en ese sector e incluso ha autorizado su actividad comercial al punto de recibir por cuenta de ello el pago del impuesto de industria y comercio y en otros casos del impuesto predial; destaca que la tolerancia al ejercicio comercial sobre el espacio público data de años atrás; en algunos casos, incluso, tales vendedores han permanecido en el espacio público durante 20 y 35 años, conforme se desprende de las facturas de impuestos, declaraciones extra juicio y registros fotográficos allegados al plenario. Insiste entonces en que cualquier orden de restitución del espacio público, debe estar acompañada de medidas de protección del derecho al trabajo de cada una de las personas que en este proceso han sido identificadas como vendedores ubicados en el espacio público de la carrera 5 entre calles 9 y 10 del municipio de Villamaría.

6. La impugnación.

Inconforme con la decisión proferida por la Juez de primera instancia, el municipio de Villamaría la impugnó y solicitó su revocatoria. Para tal efecto consideró lo siguiente:

- "1. Resulta antagónico que el a quo ampare el derecho de los vendedores ambulantes a partir de la excepción de confianza legítima y a renglón seguido ordene la reubicación de los vendedores; ello implica que este criterio de confianza legítima fuese transitorio en el tiempo y se desvaneciera con el transcurrir del tiempo, específicamente que transcurrido el término de dos años se extinguiera.*
- 2. El a quo realiza un débil análisis factico ya que no se logra probar una afectación a la comunidad y un uso abusivo del espacio público que genera perturbación a los bienes públicos y al entorno paisajístico del Municipio y mucho menos a la salubridad Pública. Del análisis factico no se desprende las conclusiones formuladas por el ad quem."*

7. Alegatos de segunda instancia.

7.1. Municipio de Villamaría.

Reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

7.2. Vinculados: Amparo Castellanos Mejía, Héctor Fabio Buitrago Macías, José Vilealdo Castaño Ospina.

Alegan que la simple presencia de humanos en el área contigua a la iglesia principal de Villamaría no afecta el ecosistema y la libre locomoción de los habitantes. En consecuencia, se debe analizar si dichos vendedores informales incumplen con la normatividad o si por el contrario se hace necesario imponer obligaciones al municipio de Villamaría – Caldas, a través del fallo que resuelva la acción. Consideran que las pretensiones del demandante deben ser despachadas desfavorablemente porque no van encaminadas a la defensa y protección de los derechos colectivos, advirtiendo, en todo caso, que si se llega a reubicar a los vendedores informales, se deberá asegurar que las condiciones sean iguales o mejores a las que poseen actualmente, dado que de ellos depende el sustento económico de sus familias.

7.3. Vinculados: Jhon Anderson Buriticá Penagos y Nelson de Jesús Buriticá González.

Se adhieren a los argumentos expuestos por el municipio accionado al momento de sustentar el recurso de apelación.

Alegan, igualmente, que el término de 2 años resulta insuficiente, en tanto, se traduce en 2 vigencias fiscales que dudosamente alcanzan a cubrir presupuestal y administrativamente cada una de las aristas que se requieren para garantizar esa adaptación, además de la toma de las medidas necesarias para cumplir con la decisión judicial. Recuerda que los vendedores informales ubicados en la carrera 5 entre calles 9 y 10 del municipio de Villamaría han ejercido su actividad de una manera pacífica, pública e ininterrumpida por más de una década, logrando acreditarse sus negocios locales y obtenido el reconocimiento de la comunidad; además, obtuvieron el permiso desde administraciones pasadas para poder ejercer su actividad comercial en ese sitio. Por lo tanto, con la sentencia se debe respetar el derecho al trabajo de quienes por años han sustentado económicamente a sus familias en dicho lugar.

Solicitan se modifique el fallo de primera instancia, otorgándose un plazo razonable para el cumplimiento de la decisión no menor a 5 años.

7.4. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público considera que el Tribunal Administrativo de Caldas debe confirmar la sentencia de primera instancia, por medio de la cual se decidió proteger el derecho colectivo al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, cuya vulneración se concreta en la ocupación del espacio público de la carrera 5 entre calles 9 y 10 del municipio de Villamaría por vendedores estacionarios o

ambulantes y en la ausencia de acciones administrativas efectivas tendientes a la recuperación del mismo.

En cuanto a las órdenes impartidas en la decisión que es materia de revisión, considera que son las medidas más ajustadas a la finalidad de la acción popular y que constituyen la mejor forma de proteger los derechos colectivos de esta comunidad. Estima que las medidas adoptadas por el a quo son razonables y velan porque la recuperación del espacio público, cuente a su vez con un componente de protección de los derechos de los individuos que efectúan su explotación, toda vez que dispuso la restitución del espacio público que es objeto de ocupación y, además, la reubicación de los vendedores informales, previa elaboración de un censo que permita la caracterización e individualización de los afectados; las anteriores órdenes, están acompañados de la implementación de programas sociales y económicos que propicien la ubicación laboral de las personas que desarrollan su trabajo a través de las ventas informales, con el fin de contrarrestar los eventuales impactos negativos de su reubicación.

En suma, concluye que con la decisión de primera instancia se acogen los criterios jurisprudenciales definidos por la Corte Constitucional para resolver las situaciones en las que se presenta tensión entre la protección del derecho colectivo al uso y goce del espacio público y los derechos de los vendedores informales amparados por el principio de confianza legítima.

II. Consideraciones de la Sala

En el caso bajo estudio, el municipio de Villamaría interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante la cual se acogieron las pretensiones de la parte accionante.

1. Problemas jurídicos a resolver.

Se ocupará la Sala en el presente asunto, de resolver los siguientes problemas jurídicos:

- 1.1. ¿La ocupación del espacio público por parte de los vendedores informales ubicados en la carrera 5 entre calles 9 y 10 del municipio de Villamaría conlleva necesariamente la vulneración del derecho colectivo al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, consagrado en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998?
- 1.2. ¿Es procedente la solicitud de ampliación del plazo para dar cumplimiento a las órdenes impartidas en el fallo de primera instancia, efectuada por los vinculados

Jhon Anderson Buriticá Penagos y Nelson de Jesús Buriticá González al momento de presentar los alegatos de conclusión de segunda instancia?

2. Derecho colectivo cuya protección se invoca.

El artículo 2º, inciso segundo, de la Ley 472 de 1998, en desarrollo del artículo 88 de la Constitución Política, dispone que las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible; y al tenor del artículo 9º ibidem, esas acciones proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que los supuestos sustanciales para que proceda la acción popular son los siguientes, a saber: a) una acción u omisión de la parte demandada, b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, peligro o amenaza que no es en modo alguno el que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana y, c) la relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses; dichos supuestos deben ser demostrados de manera idónea en el proceso respectivo.

El derecho colectivo en torno al cual gira esta controversia es el referido al “*goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público*”, consagrado en el literal d) del artículo 4º de la ley 472 de 1998, como consecuencia de la omisión del ente territorial accionado frente al cumplimiento de disposiciones jurídicas que le imponen la carga de proteger el espacio público y garantizar su utilización y disfrute por parte de todos los ciudadanos que requieren transitar por los andenes de la carrera 5 entre calles 9 y 10 del municipio de Villamaría Caldas.

Ahora bien, sobre el contenido y alcance del derecho colectivo invocado por el actor en su demanda y cuyo estudio es procedente, la jurisprudencia del Consejo de Estado desde antaño ha manifestado lo siguiente¹:

“...La ley 9 de 1989 definió el espacio público como “el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes. Así constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto personal como vehicular, (...). El derecho al goce del espacio público reviste carácter colectivo, tanto por

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del veintisiete (27) de enero de dos mil cinco (2005). Radicación número: 25000-23-15-000-2003-01755-01. C.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

su enunciación como tal en el Artículo 4 de la Ley 472 de 1998, en tanto derecho susceptible de protegerse por vía de acción popular, como por sus características esenciales, pues “cualquier persona perteneciente a un grupo o una comunidad puede acudir ante los jueces para exigir su defensa, con lo cual logra simultáneamente proteger su propio interés”.

En igual sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional² efectuando un análisis sobre el alcance y significado de este interés colectivo de conformidad con la Constitución Política, estableciendo que:

“(...) No se limita a reconocer la necesidad de planificar y organizar coherentemente el crecimiento de las ciudades, sino que refuerza y hace tangible una de las condiciones para la convivencia en una comunidad a través de la garantía de una infraestructura, un espacio destinado al uso común, que puede ser disfrutado por todos, sin excluir a nadie ni privilegiar a ninguna persona o grupo de personas, y que se configura como el punto de encuentro de los habitantes de una ciudad o sector urbano determinado”.

(...)

“El constituyente amplía conceptualmente la idea de espacio público tradicionalmente referida en la legislación civil, teniendo en cuenta que no se limita a los bienes de uso público (calles, plazas, puentes, caminos, ríos y lagos) señalados en dicha legislación, sino que se extiende a todos aquellos bienes inmuebles públicos, y a algunos elementos específicos de los inmuebles de propiedad de los particulares, que al ser afectados al interés general en virtud de la Constitución o la ley, o por sus características arquitectónicas naturales, están destinados a la utilización colectiva. Así, lo que caracteriza a los bienes que integran el espacio público es su afectación al interés general y su destinación al uso por todos los miembros de la comunidad”./líneas de la Sala/

Bajo este contexto, es claro que el derecho al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público implica un rango de protección mayor, toda vez que el carácter de interés colectivo del mismo demuestra la necesidad de que la comunidad en desarrollo de su dinámica social tenga un lugar específico para el desenvolvimiento de todo tipo de relaciones interpersonales, razón por la cual, la ley ha encargado directamente a los entes territoriales para que en función de garantizar un crecimiento ordenado de la población y a su vez la creación de espacios comunes para todos los ciudadanos, establezcan y determinen su propio espacio público mediante la construcción y mantenimiento de todo tipo de bienes de uso público que propendan por el interés general de manera preferente.

En este sentido y en consideración a lo expuesto por la parte accionada en el recurso de alzada, se procederá al estudio de fondo correspondiente para lo cual se abordarán los siguientes ítems: i) Marco legal sobre el espacio público y elementos constitutivos

² Corte Constitucional. Sentencia C-265 del 16 de abril de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Exped. D-3721.

del mismo. ii) Recuperación del espacio público y la tensión que genera respecto de otros derechos de raigambre fundamental de quienes lo ocupan en condición de vendedores informales; principio de confianza legítima. iii) Análisis del caso concreto.

3. Marco legal sobre el espacio público y elementos constitutivos del mismo.

En tratándose del uso y goce del espacio público como interés colectivo invocado por el accionante, es pertinente establecer la noción del mismo de conformidad con las siguientes disposiciones jurídicas:

La Ley 9^a de 1989³ define el espacio público como “... *el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes*”.

Así las cosas, constituyen espacio público de las urbes, entre otros, las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, las áreas necesarias para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, esto es, zonas con clara vocación para el uso y disfrute colectivo.

En consonancia con lo anterior, el Decreto 1504 de 1998 reglamentario de las leyes 9^a de 1989 y 388 de 1997 por medio de las cuales se regula el manejo del espacio público en los Planes de Ordenamiento Territorial, reza lo siguiente:

“Artículo 2º.- El espacio público es el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados destinados por naturaleza, usos o afectación a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden los límites de los intereses individuales de los habitantes”.

A su vez, la norma de la referencia establece los elementos constitutivos del espacio público de esta manera:

“Artículo 5º.- El espacio público está conformado por el conjunto de los siguientes elementos constitutivos y complementarios:

I. Elementos constitutivos

(...)

³ Ley 9^a de 11 de enero de 1989 “Por la cual se dictan normas sobre Planes de Desarrollo Municipal, Compraventa y Expropiación de Bienes y se dictan otras disposiciones”.

2. Elementos constitutivos artificiales o construidos:

a. Áreas integrantes de los perfiles viales peatonal y vehicular, constituidas por:

a. Los componentes de los perfiles viales tales como: áreas de control ambiental, zonas de mobiliario urbano y señalización, cárcamos y ductos, túneles peatonales, puentes peatonales, escalinatas, bulevares, alamedas, rampas para discapacitados, andenes, malecones, paseos marítimos, camellones, sardinales, cunetas, ciclopistas, ciclovías, estacionamiento para bicicletas, estacionamiento para motocicletas, estacionamientos bajo espacio público, zonas azules, bahías de estacionamiento, bermas, separadores, reductores de velocidad, calzadas, carriles;

...

b. Áreas articuladoras de espacio público y de encuentro, tales como: parques urbanos, zonas de cesión gratuita al municipio o distrito, plazas, plazoletas, escenarios deportivos, escenarios culturales y de espectáculos al aire libre;

..." (Subraya y resalta la Sala)

La protección de los elementos constitutivos del espacio público corresponde al Estado por mandato del artículo 82 de la Constitución Política de Colombia, en virtud el cual “*Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. [...]*” A nivel local, dicha atribución le corresponde al Alcalde Municipal, quien conforme al artículo 315 ibidem, está obligado a “*Cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos del gobierno, las ordenanzas, y los acuerdos del concejo.*”

Se puede concluir a partir de los acápite normativos antes citados, que es el municipio - en cabeza del Alcalde - como unidad territorial fundamental en la organización política del Estado y en la dinámica social de una población específica, el encargado de proteger, administrar y mantener el espacio público, garantizando la adecuada disposición y utilización de los bienes de uso público de acuerdo con lo previsto en los Planes de Ordenamiento Territorial y a través de los instrumentos legales previstos para ese efecto.

4. Aplicación del principio de confianza legítima para resolver la tensión de derechos en juego.

El sentido y alcance del principio de confianza legítima en escenarios de recuperación del espacio público ocupado por vendedores informales, ha sido dilucidado por la Corte Constitucional en sede de tutela mediante diversos pronunciamientos que vienen de años atrás y han sido reafirmados de manera reciente con sentencias como la T-269/20⁴ en donde se recapituló lo siguiente:

⁴ Referencia: Expediente T-7.622.508. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo. Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

52. De esta manera, en la sentencia T-729 de 2006, esta Corporación fijó unos criterios que permiten determinar cuándo es procedente la aplicación del principio de confianza legítima a los vendedores informales ante medidas de recuperación del espacio público, así:

“(...) para que pueda concluirse que se está ante un escenario en el que resulte aplicable el principio en comento deberá acreditarse que (i) exista la necesidad de preservar de manera perentoria el interés público, lo que para el caso propuesto se acredita a partir de la obligación estatal de proteger la integridad del espacio público y los derechos constitucionales que son ajenos a su preservación; (ii) la desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre administración y los ciudadanos, la cual es connatural a los procedimientos de restitución del espacio público ocupado por vendedores informales; (iii) se trate de comerciantes informales que hayan ejercido esa actividad con anterioridad a la decisión de la administración de recuperar el espacio público por ellos ocupado y que dicha ocupación haya sido consentida por las autoridades correspondientes; y (iv) la obligación de adoptar medidas por un periodo transitorio que adecúen la actual situación a la nueva realidad, deber que la jurisprudencia constitucional relaciona con el diseño e implementación de políticas razonables, dirigidas al otorgamiento de alternativas económicas que garanticen la subsistencia de los afectados con las medidas de restitución del espacio público”[47].

53. En este orden de ideas, la forma en que los vendedores informales pueden probar su buena fe en la ocupación del espacio público es mediante: licencias, permisos concedidos por la administración, tolerancia y permisión del uso del espacio público por parte de la propia administración u otras actuaciones tácitas de las autoridades que así lo demuestren[48]. Es decir, la buena fe de los particulares que ocupan el espacio público se desprende “no sólo de los actos expresos de la administración como la expedición de licencias o permisos, sino que también surge de la tolerancia y permisividad de ésta en el ejercicio prolongado de las actividades comerciales en el espacio público”[49].

54. En la sentencia T-231 de 2014 la Corte ratificó que los cambios generados por la administración en ejecución de los planes de restitución del espacio público ocupado por los trabajadores informales vulnera el principio de confianza legítima cuando: (i) ocurren de modo intempestivo; (ii) cuando suceden sin que haya mediado previo aviso y/o trámite administrativo bajo el cumplimiento de la garantía fundamental del debido proceso; y cuando (iii) no se evalúan cuidadosamente las circunstancias que rodean la situación concreta de las personas dedicadas al comercio informal involucradas y la administración se abstiene de adoptar trámites indispensables para ofrecerles alternativas y, en consecuencia, ven menguada las posibilidades para obtener su subsistencia[50].

Como puede verse, existen ciertos presupuestos para la aplicación del principio de confianza legítima cuando la Administración Pública procede a recuperar el espacio público ocupado por vendedores informales. Sin embargo, aunque se cumplan los requisitos para ello, tampoco debe entenderse que en virtud de tal principio el Estado debe

renunciar a su obligación constitucional y legal de recuperar este tipo de escenarios; lo que se espera al amparo de dicho principio es que el Estado acompañe la medida de restitución o recuperación, de un periodo de transición en el que se *diseñen e implementen alternativas económicas que garanticen la subsistencia de los afectados con las medidas de restitución del espacio público*, entre las cuales se encuentra la reubicación y acompañamiento social y económico. Se trata entonces de impedir que se acuda a medidas abruptas que sorprendan a quienes de buena fe y con la confianza generada por la propia Administración Pública, han ejercido su actividad comercial en espacios de uso público, derivando de ella el sustento propio y el de sus familias.

5. Caso concreto.

Tal y como lo reseñó la jueza de primera instancia, el acervo probatorio allegado al proceso da cuenta de lo siguiente:

- ❖ Petición elevada ante el Municipio de Villamaría de fecha 22 de julio de 2014, en el que se solicita la reubicación de las ventas ambulantes en la carrera 5 entre calles 9 y 10.
- ❖ Respuesta a la solicitud anterior de fecha 16 de septiembre oficio SG 200-934 en el que se informa que en efecto existe ocupación irregular del espacio público en el sector mencionado y que la administración municipal está trabajando en un proyecto de reubicación y aprovechamiento del espacio público; señala adicionalmente que muchos de los vendedores del sector cuentan con la autorización del Municipio para desarrollar la actividad económica.
- ❖ Petición elevada ante el Municipio de Villamaría de fecha 27 de agosto de 2019, en el que se solicita la reubicación de las ventas ambulantes en la carrera 5 entre calles 9 y 10 y se agota el requisito de procedibilidad del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos.
- ❖ Respuesta a la solicitud anterior de fecha 16 de septiembre oficio SG 200-934 en el que se informa que en efecto existe ocupación irregular del espacio público en el sector mencionado y que la administración municipal está trabajando en un proyecto de reubicación y aprovechamiento del espacio público; señala adicionalmente que muchos de los vendedores del sector cuentan con la autorización del Municipio para desarrollar la actividad económica.
- ❖ Registros Fotográficos aportados por los vinculados, que sumados a la confesión⁵ que hacen sobre la efectiva ocupación del espacio público en la carrera 5 entre calles 9 y 10 del municipio de Villamaría, Caldas, hacen plena prueba de ese hecho en particular, esto es, de su actividad comercial en áreas

⁵ Ver sentencia T 269 de 2012, citada en el fallo impugnado.

que, por su naturaleza y destinación, están reservadas al uso común, específicamente a la circulación de peatones.

- ❖ Registro o censo de vendedores ambulantes ubicados en la carrera 5 entre calles 9 y 10.
- ❖ Copia de la factura de impuesto de industria y comercio a nombre del contribuyente Jhon Anderson Buriticá Penagos.
- ❖ Copia petición de fecha 17 de enero de 2019 elevada por el señor José Vilealdo Castaño Ospina al municipio de Villamaría relativo a la expedición del certificado de uso de suelo para el puesto de comestibles en la carrera 5 Nro. 9- 16.
- ❖ Copia del permiso de uso de suelo de fecha octubre 8 - no distinguible el año - expedido por la Secretaría de Gobierno de Villamaría.
- ❖ Copia facturas de impuesto de industria y comercio a nombre del contribuyente José Vilealdo Castaño Ospina.
- ❖ Certificado de manipulación de alimentos del señor José Vilealdo Castaño Ospina.
- ❖ Certificados de seguridad y recarga de extintor por parte del Cuerpo de Bomberos de Villamaría al señor José Vilealdo Castaño Ospina.
- ❖ Protocolo de seguridad expedido por el municipio de Villamaría para la venta de comestibles.
- ❖ Acta de inspección sanitaria al puesto de venta de comida del señor José Vilealdo Castaño Ospina.
- ❖ Copia de facturas de impuesto predial a nombre del contribuyente José Vilealdo Castaño Ospina.
- ❖ Certificados de Habilitación Sanitaria, expedidos por la sección de saneamiento ambiental al señor Vilealdo Castaño.
- ❖ Copia Cédula del señor José Vilealdo Castaño Ospina.
- ❖ Copia de facturas de servicios públicos a nombre de José Vilealdo Castaño Ospina.
- ❖ Copia Cédula del señor Héctor Fabio Buitrago Macías.
- ❖ Copia Cédula de la señora Amparo Castellanos Gallego.
- ❖ Facturas de impuesto de industria y comercio a nombre del contribuyente Nelson Buriticá González.
- ❖ Constancia expedida por el Municipio de Villamaría relativa al pago de impuesto de industria y comercio por parte del contribuyente Nelson Buriticá González.
- ❖ Facturas de impuesto de industria y comercio a nombre del contribuyente Jhon Anderson Buriticá González.
- ❖ Constancia expedida por el Municipio de Villamaría relativa al pago de impuesto de industria y comercio por parte del contribuyente Jhon Anderson Buriticá González.

- ❖ Declaración extrajurídico de los señores Jorge Quiceno y Luis Alfredo Loaiza Buitrago, en la que manifiestan conocer que los señores Nelson y Jhon Anderson Buriticá González, ejercen actividad económica independiente en el parque principal de Villamaría en la carrera 5 calle 9 esquina puesto de comidas rápidas, desde hace más de 30 años, que pagan impuestos y están legalmente constituidos.
- ❖ Declaración extrajurídico de los señores Luis Fernando Marín y Carlos Alberto Correa, en la que manifiestan conocer que los señores Nelson y Jhon Anderson Buriticá González, ejercen actividad económica independiente en el parque principal de Villamaría en la carrera 5 calle 9 esquina puesto de comidas rápidas, desde hace más de 30 años, que pagan impuestos y están legalmente constituidos.

Del material probatorio allegado a la actuación y la normatividad referida a lo largo de esta providencia, se desprende lo siguiente:

- i) Por definición legal, las calles andenes y parques urbanos son bienes de uso público. Siendo ello así, no queda duda sobre la naturaleza pública de los andenes y calles ubicados en la carrera 5 entre calles 9 y 10 del municipio de Villamaría, Caldas.
- ii) El Estado detenta la carga de velar por el mantenimiento, regulación e integridad del espacio público, comoquiera que se convierte en un factor fundamental para el desarrollo normal de las poblaciones al interior de su territorio; sin embargo, al ser el Estado un ente tan abstracto con relación a las verdaderas necesidades locales, la descentralización como el fenómeno jurídico mediante el cual se otorgan funciones administrativas a personas jurídicas determinadas, permite que el municipio entendido como “*la entidad territorial fundamental de la división político-administrativa del Estado cuya finalidad es el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población en su respectivo territorio*”⁶, sea el encargado directo a través de sus distintos organismos e instituciones de reglamentar el uso del suelo y garantizar a sus habitantes la locomoción y demás garantías derivadas del goce del espacio público, mediante la construcción, mantenimiento y **recuperación** de todos los elementos estructurales del mismo.
- iii) El ejercicio de tan importante función, en determinados escenarios y bajo ciertos presupuestos, debe consultar los derechos de raigambre fundamental que tienen quienes durante años y coheredados por la propia Administración municipal, han ejercido su actividad comercial en espacio público. La Corte Constitucional ha determinado que la actitud permisiva o incluso los actos de convalidación del Estado frente a la ocupación del

⁶ RODRÍGUEZ R. Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Decimosexta edición. TEMIS. Pg. 176

espacio público por particulares para la venta informal, lleva a que por parte de estos últimos se llegue a la convicción de que su estadía allí no será perturbada o alterada por las autoridades gubernamentales. El hecho de recibir permisos del municipio para establecerse en andenes o parques públicos; el pago de impuestos como el de industria y comercio; las visitas de autoridades sanitarias en representación del ente local, el pago de servicios públicos y sobre todo, la permanencia por años en el sitio sin requerimiento u orden de desalojo alguno proveniente de las autoridades del municipio, son manifestaciones claras de que debe darse aplicación al principio de confianza legítima en favor de los vendedores informales ante medidas de recuperación del espacio público.

iv) En este caso, las pruebas permiten establecer que sobre los andenes de la carrera 5 entre calles 9 y 10 del municipio de Villamaría, Caldas, existen vendedores estacionarios y semi estacionarios que ocupan gran parte del espacio reservado al tránsito o paso de los peatones. La instalación de los puestos de ventas de bienes fungibles en unos casos y no fungibles en otros, restringen la movilidad de las personas por este sector principal del casco urbano de dicho municipio, que como tal, tiende a recibir mayor flujo o circulación de personas con destino al parque central y demás puntos de concentración pública o privada de esta localidad. No se requiere que la limitación u obstrucción del paso de peatones sea completa o total; basta con que restrinja la circulación cómoda y segura de éstos en condiciones normales o dificulte el uso de implementos como sombrillas, silla de ruedas u otros elementos de apoyo; o incluso propicie la concentración o tumulto en estos puntos, obligando al transeúnte a descender a la vía con el peligro de accidente que ello implica. En estas circunstancias es que emerge la vulneración del derecho colectivo en cuestión, pues claro es que los andenes como elementos constitutivos del espacio público, se concibieron para que fueran disfrutados por todos, sin excluir a nadie ni privilegiar a alguna persona o grupo de personas.

Emerge entonces la conclusión según la cual, la ocupación de los andenes en este sector del municipio de Villamaría conlleva la vulneración del derecho colectivo al goce del espacio público. No obstante, tal y como se anticipó líneas atrás, la recuperación del mismo debe atender al principio de confianza legítima que le asiste a estos ciudadanos, quienes durante décadas han permanecido allí ejerciendo su actividad económica.

Vistas entonces las órdenes impartidas en el fallo objeto de apelación, esta Sala encuentra que el a quo, precisamente observando el multicitado principio, concedió un término de transición para ejecutar la orden de recuperación del espacio público, así:

ORDENASE al MUNICIPIO DE VILLAMARIA, en cabeza del señor Alcalde Municipal que en el plazo de dos (02) años contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, logre la reubicación de los vendedores informales ubicados en la carrera 5 con calles 9 y 10.

Del mismo modo, previó la obligación de adoptar medidas durante ese periodo transitorio, que adecúen la actual situación a la nueva realidad, esto es, “*el diseño e implementación de políticas razonables, dirigidas al otorgamiento de alternativas económicas que garanticen la subsistencia de los afectados con las medidas de restitución del espacio público*”. Esto dijo la sentencia sub examine:

“Para contrarrestar los impactos negativos de la reubicación de los vendedores informales, atendiendo a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, deberá ente territorial:

a. Implementar programas sociales y económicos que propicien la ubicación laboral de las personas que desarrollan su trabajo a través de las ventas informales.

Para tal efecto, se deberá estructurar una propuesta, permitiendo la participación de los vendedores en la construcción de las medidas. De ello deberá informar al Despacho en el plazo de SEIS (6) MESES contados a partir de la ejecutoria de la sentencia.

b. Realizar un censo de los vendedores informales que serán reubicados y que ocupan el espacio público mencionado. Se le otorga un plazo de SEIS (6) meses a la Administración Municipal para la estructuración del censo.

c. Ordenar al Municipio de Villamaría que desarrolle de manera permanente actividades de vigilancia, control y capacitación a los vendedores informales, que garanticen que sus productos ocupen únicamente el área asignada, se conserven los puestos en adecuadas condiciones de presentación e higiene y no se obstruyan las áreas que se han dejado libres para el tránsito peatonal y vehicular.

d. A través de estas mismas actividades se debe restringir la presencia de nuevos vendedores informales que pretendan asentarse en los lugares objeto de intervención.”

Siendo ello así, es claro que la sentencia impugnada se ajusta a los parámetros legales y jurisprudenciales existentes para resolver controversias relacionadas con la ocupación informal del espacio público y la aplicabilidad del principio de confianza legítima.

Segundo problema jurídico.

Ha de agregarse a lo anterior, que el término de transición concedido a la Administración del municipio de Villamaría para el cumplimiento del fallo, no fue materia del recurso de apelación, no siendo el término para alegar de conclusión en segunda instancia, la oportunidad procesal para que los vinculados planteasen un cargo en tal sentido.

Conclusión.

En consecuencia y sin necesidad de consideraciones adicionales, a juicio de este juez colegiado existen razones de orden fáctico y jurídico que permiten confirmar la sentencia

proferida el 22 de junio de 2021 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos de la referencia.

6. Condena en costas.

No hay lugar a condena en costas en favor de la parte accionante comoquiera que no se hallan configurados los supuestos para el efecto, de conformidad con la sentencia de unificación radicado 2017-00036 del 06 de agosto de 2019 del Consejo de Estado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: **Se confirma** la sentencia proferida el 22 de junio de 2021 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos promovido por Gerardo Osorio Zuluaga contra el municipio de Villamaría – Caldas.

Segundo: **Sin costas** en esta instancia.

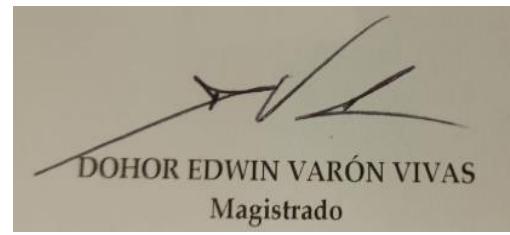
Tercero: **Ejecutoriada** esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones respectivas en el programa “Justicia XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, tres (3) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	17 001 23 33 000 2021 00188 00
Demandante:	Comcel S.A.
Demandado:	Municipio de La Dorada
Providencia:	Sentencia No. 34

Pasa la Sala a proferir sentencia anticipada de primera instancia dentro del asunto de la referencia.

I. Antecedentes

Solicita la demandante las siguientes:

1. **Pretensiones.**

“Primero: Que son nulos los siguientes actos administrativos:

- A) *Las liquidaciones oficiales que se relacionan a continuación, expedidas por la Secretaría de Hacienda del Municipio de la Dorada, por medio de las cuales se determinó el impuesto alumbrado público por cada uno de los Centros Administrativos de Ventas (CAV'S) por los periodos diciembre 2017 a mayo de 2020, a cargo de COMCEL S.A.:*

Resoluciones 493, 494, 495, 496, 497, 498 y 499 de 11 de noviembre de 2020 (...)

- B) *Las resoluciones que se relacionan a continuación, expedidas igualmente por la Secretaría de Hacienda del Municipio de La Dorada, por medio de la cual se resolvieron los recursos de reconsideración, interpuestos contra las liquidaciones oficiales de que trata el literal anterior.*

Resoluciones 109, 112, 113, 114, 115, 116 y 117 de junio de 2021 (...)

Segundo: Que como consecuencia de lo anterior, y, como petición principal, a título de restablecimiento del derecho, se declare que no hay lugar al cobro del impuesto de alumbrado público por los períodos y cuantías que se relacionan a continuación, a cargo de COMCEL S.A.

Periodos diciembre 2017, enero a diciembre de 2018, enero a septiembre de 2019 (...)

Tercero. Como petición subsidiaria, que se establezca que el impuesto de alumbrado público por cada período no podía superar el límite de 20 SMMLV”

2. Hechos.

Los fundamentos de hecho de mayor relevancia se resumen en los siguientes:

- El 23 de octubre de 2020 el municipio de La Dorada – Caldas, expidió “Documento equivalente a la factura No. 341” por valor de \$504.663.310,00 por impuesto de alumbrado público por los años 2017, 2018 y 2019, y de enero a mayo de 2020, en contra de Comunicación Celular S.A. – COMCEL, identificando las direcciones consignadas en el hecho primero de la demanda.
- El 27 de noviembre de 2020 “COMCEL S.A.” recibió citación para notificación personal de los actos administrativos números 493, 494, 495, 496, 497, 498 y 499 de 11 de noviembre de 2020 por medio de los cuales se determina el impuesto de alumbrado público, liquidando dicho impuesto respecto de COMCEL S.A. por cada una de las direcciones de dicha empresa.
- Dentro del término legal COMCEL S.A. interpuso recurso de reconsideración contra las liquidaciones oficiales mencionadas; y, la Secretaría de Hacienda del municipio de la Dorada, Departamento de Caldas profirió las resoluciones números 109, 112, 113, 114, 115, 116 y 117 accediendo parcialmente a las pretensiones del contribuyente, por cuanto eliminó los intereses moratorios liquidados antes de expedir la liquidación oficial; pasando de la suma de \$504.663.310,00 a \$410.902.310.
- Los actos administrativos demandados fueron notificados de manera electrónica el 28 de junio de 2021.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Refiere el apoderado del demandante como normas vulneradas las siguientes:

Artículos 29, 287, 313 numeral 4 y 388 de la Constitución Nacional

Inciso 3ro del artículo 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Artículos 249, 351 y 353 de la Ley No. 1819 de 2016

Artículo 565 del Estatuto Tributario

Acuerdo no. 013 de 10 de octubre de 2016 del Concejo municipal de la Dorada.

Como concepto de violación aduce la vulneración al debido proceso por falta de acto previo de determinación del tributo, ausencia de motivación y falta de citación para notificación.

Afirma el demandante que, la secretaría de Hacienda municipal de la Dorada no profirió un acto motivado previo a la notificación de la liquidación; por lo que la parte no tuvo posibilidad de controvertir las facturas de energía eléctrica contentivas del impuesto de alumbrado público; y que, si bien se expedieron unos documentos equivalentes a facturas, los mismos carecían de motivación, lo que impidió ejercer el derecho de defensa; y sin notificar un acto previo a la liquidación oficial del impuesto.

Aduce vulneración por falta de estudio técnico de referencia para determinar los costos de la prestación del servicio de alumbrado público; y que, las facultades de los municipios para determinar los elementos del tributo están limitadas por las directrices legales, y el artículo 349 de la Ley 1819 de 2016 introdujo un nuevo hecho generador, límites para su cobro y nuevos parámetros y requisitos para establecer las tarifas del impuesto de alumbrado público.

Refiere que el artículo 351 de la misma Ley, impone como requisitos para el recaudo de alumbrado público por parte de los municipios, contar con estudio técnico de referencia de determinación de costos de la prestación del servicio de alumbrado público; pues la contratación del estudio técnico se llevó a cabo el 26 de febrero de 2021, y las liquidaciones fueron realizadas en el transcurso del año 2020.

Aduce la vulneración al régimen de transición de la ley 1819 de 2016, pues a la fecha de presentación de la demanda, el municipio de la Dorada no había reformado lo dispuesto en los artículos 349, 351 y 352 de la ley en mención.

Finalmente sostiene el demandante que la violación del acuerdo 013 de 2016 de la Dorada, se da por excederse el límite máximo del impuesto de alumbrado público previsto en ese acuerdo; y que, al liquidar éste impuesto por cada establecimiento CAVS que COMCEL tiene en el municipio de la Dorada, resulta violatorio al numeral 2do (SIC) del artículo 3ro del Acuerdo 013 de 2016, pues el sujeto pasivo del impuesto es la persona jurídica y no cada establecimiento de comercio que el contribuyente pueda tener.

4. Contestación de la demanda (Documento 023 expediente digital)

El demandado municipio de La Dorada, Caldas contestó la demanda affirmando que, el Concejo municipal reglamentó mediante el Acuerdo 013 de 2016 las normas relativas al impuesto para el servicio de alumbrado público en dicho municipio, estableciendo los elementos y tarifa del tributo; y, con fundamento en ese acuerdo, se realizó la liquidación del tributo a cargo de la empresa Comunicación Celular S.A., tomando como base de información la remitida en formato Excel por parte del prestador del servicio de energía eléctrica VATIA S.A., entidad que reporta el consumo de energía de los establecimientos de comercio que Comunicación Celular S.A., tiene en el municipio de La Dorada.

Sostiene que mediante las resoluciones 493, 494, 495, 496, 497 ,498 y 499 del 11 de noviembre de 2020, resolución 109 del 03 de junio de 2021 y las resoluciones 112, 113, 114, 115, 116 y 117 del 11 de junio de 2021, la administración municipal determinó el tributo a ser cancelado por la empresa Comunicación Celular S.A., explicando expresamente el contenido del Acuerdo 013 de 2016, reglamentación especial que regula el cobro del alumbrado público, de lo cual dan cuenta los recursos de reconsideración presentados frente a la determinación del impuesto, ejerciendo de esta manera

el derecho de defensa, afirmando que existen los elementos necesarios para justificar la decisión administrativa de determinación del impuesto.

Frente al argumento de indebida notificación que expone el demandante, afirma en el mismo hecho sexto de la demanda, haber sido notificado de todas las actuaciones administrativas, aspecto frente al cual la administración municipal no tiene reparo alguno.

Con relación a la falta de estudio técnico de referencia de determinación de costos de prestación del servicio de alumbrado público; así como frente a la vulneración del régimen de transición, diferencia el demandado municipio entre los actos administrativos de determinación del tributo y el acto administrativo que reglamenta el tributo; exponiendo que lo que hace el demandante, es presentar un reparo frente al acto administrativo que reglamentó el tributo, esto es, el Acuerdo 01 de 2016, y no frente a los actos administrativos demandados por lo que esa argumentación, carece, a su juicio, de fundamento.

Respecto de la vulneración del Acuerdo No. 013 de 2016 de La Dorada, por cuanto se excedió el límite máximo del impuesto alumbrado público en dicha jurisdicción dice que, el impuesto a cargo del contribuyente está determinado por el consumo de energía en cada local comercial y para tal efecto la secretaría de hacienda procedió a liquidar cada uno de los establecimientos por separado; pero lo que hace el representante jurídico del actor es sumar el impuesto a cargo por cada uno de los establecimientos de comercio para establecer el valor tope del impuesto de alumbrado; lo cual es un yerro por cuanto el impuesto de alumbrado público se genera por consumo de energía y cada establecimiento tiene su propio consumo y por ello su propio impuesto, en tal sentido el tope de los 20 SMMLV se debe establecer haciendo la relación entre el valor del impuesto por cada local y el valor de los 20 SMMLV para la vigencia que se cobra, afirmando que esos topes nunca fueron superados.

Finalmente, propone las excepciones de legalidad del acto administrativo, legalidad del cobro del impuesto de alumbrado público, y, cobro de lo no debido.

5. Alegatos de conclusión.

- Alegatos demandado (Documento 032 del expediente digital)

El municipio de la Dorada reitera en su totalidad los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, y refiere que la administración municipal determinó el tributo a ser cancelado por la empresa Comunicación Celular S.A. y dio aplicación taxativa a lo establecido en el Acuerdo 013 de 2016, reglamentación especial que regula el cobro del alumbrado público; y que no es viable realizar repararlos a la norma que reglamenta el tributo en el acto de aplicación del mismo, de manera que, si los reparos que la empresa COMCEL S.A. van dirigidos a la legalidad de lo preceptuado en el acuerdo número 013 de 2016, es dicho acto el que debe ser objeto de reproche por medio de la vía judicial.

Advierte que la alcaldía de la Dorada obró conforme a una potestad reglada por medio del acuerdo municipal 013 de 2016; que la actuación fue adelantada por funcionario competente; que se siguió el procedimiento establecido en la norma para la determinación del tributo; los actos administrativos fueron debidamente notificados, pues prueba de ello es la impugnación de éstos vía recurso de reconsideración; y que el acuerdo 013 de 2016 goza de presunción de legalidad y es la norma especial vinculante para la determinación del tributo de alumbrado público y hace parte del sistema jurídico.

- Alegatos parte demandante (Documento 033 expediente digital)

La parte demandante hace un recuento de la contestación de la demanda y los alegatos de la parte actora, y en lo demás, reitera en su totalidad los argumentos presentados en la demanda, las causales de nulidad invocadas y se ratifica en las pretensiones de la misma.

6. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto como dice la constancia secretarial del 25 de noviembre de 2021, que se encuentra en el documento 34A del expediente digital.

II. Consideraciones de la Sala

1. Problemas jurídicos a resolver:

El problema jurídico general se contrae a establecer de acuerdo a la discusión central en el presente asunto es si, hay o no lugar a la declaratoria de nulidad de los actos demandados, para lo cual es necesario resolver a su vez, los siguientes:

1. ¿Los actos demandados cumplieron con el requisito de motivación del acto administrativo, y de ser así, se requería un acto previo a su expedición?
2. ¿Los actos administrativos demandados se notificaron en debida forma?
3. ¿La determinación de la tarifa del impuesto de alumbrado público a cargo de la demandante, debió basarse en un estudio técnico de referencia para la determinación de costos de la prestación del servicio de alumbrado público?
4. ¿El impuesto liquidado, superó en este caso el límite de 20 SMLMV, y cómo se define dicho límite?

2. Análisis normativo

De las normas que el demandante cita como vulneradas, se trasciben las siguientes por ser de mayor relevancia para el estudio inicial del fondo del asunto, normas del estatuto tributario vigente al momento de liquidación del impuesto.

El artículo 287 y el numeral 4 del artículo 313 constitucional disponen:

“Artículo 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

Artículo 313. Corresponde a los concejos:

4. Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales.”

Los artículos 349, 351 y 353 de la Ley 1819 de 2016, mediante la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal y se dictan otras disposiciones, contemplan:

“Artículo 349. Elementos de la obligación tributaria. Los municipios y distritos podrán, a través de los concejos municipales y distritales, adoptar el impuesto de alumbrado público. En los casos de predios que no sean usuarios del servicio domiciliario de energía eléctrica, los concejos municipales y distritales podrán definir el cobro del impuesto de alumbrado público a través de una sobretasa del impuesto predial.

El hecho generador del impuesto de alumbrado público es el beneficio por la prestación del servicio de alumbrado público. Los sujetos pasivos, la base gravable y las tarifas serán establecidos por los concejos municipales y distritales.

Parágrafo 1o. Los municipios y distritos podrán optar, en lugar de lo establecido en el presente artículo, por establecer, con destino al servicio de alumbrado público, una sobretasa que no podrá ser superior al 1 por mil sobre el avalúo de los bienes que sirven de base para liquidar el impuesto predial.

Esta sobretasa podrá recaudarse junto con el impuesto predial unificado para lo cual las administraciones tributarias territoriales tendrán todas las facultades de fiscalización, para su control, y cobro.

Parágrafo 2o. Dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de la presente ley, el Gobierno nacional reglamentará los criterios técnicos que deben ser tenidos en cuenta en la determinación del impuesto, con el fin de evitar abusos en su cobro, sin perjuicio de la autonomía y las competencias de los entes territoriales.

Artículo 351. Límite del impuesto sobre el servicio de alumbrado público. En la determinación del valor del impuesto a recaudar, los municipios y distritos deberán considerar como criterio de referencia el valor total de los costos estimados de prestación en cada componente de servicio. Los Municipios y Distritos deberán realizar un estudio técnico de referencia de determinación de costos de la prestación del servicio de alumbrado público, de conformidad con la metodología para la determinación de costos establecida por el Ministerio de Minas y Energía, o la entidad que delegue el Ministerio.

Artículo 353. Transición. Los acuerdos que se adecuen a lo previsto en la presente ley mantendrán su vigencia, salvo aquellos que deben ser modificados, lo que deberá surtirse en un término máximo de un año.”

El artículo 565 del Estatuto Tributario vigente para la época de la actuación administrativa contempla:

“ARTICULO 565. FORMAS DE NOTIFICACIÓN DE LAS ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN DE IMPUESTOS. Los

requerimientos, autos que ordenen inspecciones o verificaciones tributarias, emplazamientos, citaciones, resoluciones en que se impongan sanciones, liquidaciones oficiales y demás actuaciones administrativas, deben notificarse de manera electrónica, personalmente o a través de la red oficial de correos o de cualquier servicio de mensajería especializada debidamente autorizada por la autoridad competente.

Las providencias que decidan recursos se notificarán personalmente, o por edicto si el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, no compareciere dentro del término de los diez (10) días siguientes, contados a partir de la fecha de introducción al correo del aviso de citación. En este evento también procede la notificación electrónica.

El edicto de que trata el inciso anterior se fijará en lugar público del despacho respectivo por el término de diez (10) días y deberá contener la parte resolutiva del respectivo acto administrativo.

Parágrafo 1o. *La notificación por correo de las actuaciones de la administración, en materia tributaria, aduanera o cambiaria se practicará mediante entrega de una copia del acto correspondiente en la última dirección informada por el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante en el Registro Único Tributario - RUT. En estos eventos también procederá la notificación electrónica.*

Cuando el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, no hubiere informado una dirección a la administración tributaria, la actuación administrativa correspondiente se podrá notificar a la que establezca la administración mediante verificación directa o mediante la utilización de guías telefónicas, directorios y en general de información oficial, comercial o bancaria. Cuando no haya sido posible establecer la dirección del contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, por ninguno de los medios señalados, los actos de la administración le serán notificados por medio de publicación en un periódico de circulación nacional.

Cuando la notificación se efectúe a una dirección distinta a la informada en el Registro Único Tributario, RUT, habrá lugar a corregir nel error dentro del término previsto para la notificación del acto.

Parágrafo 2o. *Cuando durante los procesos que se adelanten ante la administración tributaria, el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, actúe a través de apoderado, la notificación se surtirá a la última dirección que dicho apoderado tenga registrada en el Registro Único Tributario, RUT.*

Parágrafo 3o. *Las actuaciones y notificaciones que se realicen a través de los servicios informáticos electrónicos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales como certificadora digital cerrada serán gratuitos, en los términos de la Ley 527 de 1999 y sus disposiciones reglamentarias.”*

3. De las pruebas que reposan en este asunto.

Las pruebas que se relacionan a continuación fueron aportadas con la demanda y la contestación de la misma, y reposan en los documentos 01, 016, y carpetas 015 y 024 anexos de contestación de la demanda.

- Documentos que dicen ser equivalentes a la factura del municipio de la Dorada, con nombre de Comunicación Celular SA CONCEL S.A., que contienen la cantidad, descripción de la operación y el valor de la misma.
- Resolución 043 de 11 de noviembre de 2020, mediante al cual se determina el impuesto de alumbrado público de un contribuyente del municipio de la Dorada, resolviendo determinar el impuesto contra Comunicación Celular COMCEL SA, por la suma de \$120.221.830, y dice notificar la resolución de acuerdo al artículo 565 del ET, advirtiendo que procede contra ella recurso de reconsideración; y las resoluciones siguientes de la misma fecha, con el mismo objeto, pero sumas diferentes así:
 - Resolución Nro. 494 por la suma de \$103.624.480; Nro. 495 de suma \$56.164.000; Nro. 496 de suma \$56.164.000; Nro. 497 de suma \$56.164.000; Nro. 498 de suma \$56.164.000; y, Nro. 499 de \$56.164.000.
 - Resolución 109 de 3 de junio de 2021, por medio de la cual se resuelve recurso de reconsideración contra la resolución 493 de 11 de noviembre de 2020, reponiendo parcialmente, y determinando el impuesto de alumbrado público a favor del municipio de la Dorada, contra el contribuyente Comunicación Celular S.A. en la suma de \$93.671.830, y las resoluciones siguientes de la misma fecha, que también resuelven los recursos de reconsideración contra las resoluciones que se menciona, reponiendo parcialmente al impuesto por los valores que son las siguientes:
 - Resoluciones Nro. 112 de 11 de junio de 2021, resuelve recurso de reconsideración contra la resolución 494 y repone parcialmente la misma, fijando el impuesto en \$81.520.480; Nro. 113 de 11 de junio de 2021, resuelve recurso contra la resolución 495 y fija en suma de \$47.142.000; Nro. 114 , resuelve recurso contra la resolución 496 y fija la suma de \$47.142.000; Nro. 115 (SIC), que resuelve recurso contra la resolución 497 y fija la suma de \$47.142.000; Nro. 116 (SIC), que resuelve reconsideración contra la resolución 498 y fija la suma de \$47.142.000; Nro. 117, que resuelve recurso contra la resolución 498, fijando la suma de \$47.142.000.

- Acuerdo 013 de 2016 mediante el cual se regulan las normas relativas al impuesto para el servicio de alumbrado público en el municipio de la Dorada – Caldas, y se dictan otras disposiciones sobre el servicio de alumbrado público; acuerdo que contiene los principios del tributo; elementos de la obligación tributaria; pago del impuesto, sistema de recaudo y vigencia a partir del 1º de noviembre de 2016.
- Oficio GI-1148 de noviembre de 2020, mediante el cual el apoderado judicial de Comunicación Celular S.A. - COMEL S.A., y solicita a la alcaldía de la Dorada, notifique personalmente el contenido de las resoluciones 493, 494, 495, 496, 497, 498 y 499 de 11 de noviembre de 2020, mediante las cuales se determina el impuesto de alumbrado público para la empresa COMCEL S.A., y solicita el envío de los oficios a los correos electrónicos Jefferson.castiblancos@claro.com.co y/o alvarezgal.juan94@gmail.com, y en forma física a la carrera 68 A No. 24 B – 10 en la ciudad de Bogotá.
- Pantallazo de correo electrónico enviado por la oficina de cobro coactivo de La Dorada, a los correos mencionados, y con oficio de fecha 21 de diciembre de 2020, en la cual notifica mediante correo electrónico las resoluciones citadas en ítem anterior.
- Copias de los recursos de reconsideración contra las resoluciones 493, 494, 495, 496, 497, 498 y 499 de 11 de noviembre de 2020, mediante las cuales se determina el impuesto de alumbrado público para la empresa COMCEL S.A.,
- Pantallazo de correo electrónico mediante el cual se envían las resoluciones que resuelven los recursos de reconsideración, con oficio de fecha 28 de junio de 2021, y, en el cual se adjuntan las resoluciones proferidas.

4. De la sentencia de unificación respecto del Impuesto de Alumbrado Público, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado¹ el 6 de noviembre de 2019 se permite esta Sala trascibir lo siguiente:

“(…) II. Los lineamientos generales admitidos para determinar los elementos esenciales del impuesto sobre el servicio de alumbrado público. Reglas de unificación jurisprudencial

En materia de facultad impositiva territorial, en asuntos relacionados con este impuesto de carácter municipal, la Sala ha reiterado que mediante sentencia del 9 de julio de 2009 se modificó la jurisprudencia, a partir de la que se ha mantenido una línea jurisprudencial según la cual las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales tienen la facultad de determinar directamente los elementos de la obligación tributaria de su jurisdicción de conformidad con las pautas dadas por el legislador, dentro de parámetros de razonabilidad, proporcionalidad y, por ende, de equidad”.

1. Sujeto activo

Como se indicó en el apartado anterior, el legislador autorizó a los concejos municipales para crear el impuesto sobre el servicio de alumbrado público en su jurisdicción y determinar los elementos esenciales, esto es, designó a los municipios como sujetos activos del impuesto sobre el servicio de alumbrado público

Regla (i) *El sujeto activo del impuesto sobre el servicio de alumbrado público determinado por el legislador son los municipios.*

2. Hecho generador

(...)

Regla (ii) *El hecho generador del tributo es ser usuario potencial receptor del servicio de alumbrado público, entendido como toda persona natural o jurídica que forma parte de una colectividad, porque reside, tiene el domicilio o, al menos, un establecimiento físico en determinada jurisdicción municipal sea en la zona urbana o rural y que se beneficia de manera directa o indirecta del servicio de alumbrado público.*

3. Fórmulas o referentes utilizados por las autoridades municipales para determinar los elementos esenciales del impuesto sobre el alumbrado público

A. El carácter de usuario del servicio público domiciliario de energía eléctrica

(...)

Subregla a. *Ser usuario del servicio público domiciliario de energía eléctrica es un referente válido para determinar los elementos del impuesto sobre el servicio de alumbrado público, toda vez que tiene relación ínsita con el hecho generador.*

(...)

Subregla b. *La propiedad, posesión, tenencia o uso de predios en determinada jurisdicción municipal es un referente idóneo para determinar los elementos del impuesto sobre el servicio de alumbrado público, toda vez que tiene relación ínsita con el hecho generador. (...)"*

Se precisa que, el Acuerdo número 013 de 10 de octubre de 2016 del municipio de la Dorada, cumple con los elementos mencionados en la sentencia de unificación del Consejo de Estado mencionada; y además el mismo, ya fue objeto de estudio por parte de este Tribunal con sentencia

calendada 20 de enero de 2023, cuyo Magistrado Ponente es el doctor Dohor Edwin Varón Vivas.

5. ¿Los actos demandados cumplieron con el requisito de motivación del acto administrativo, y de ser así, se requería un acto previo a su expedición?

El demandante sostiene que la Secretaría de Hacienda municipal no profirió previa a la liquidación oficial, un acto motivado, por lo que no se pudieron discutir las facturas de energía eléctrica; y que los documentos equivalentes a la factura proferidos por el municipio carecen de motivación; sumado a que no hubo notificación de los actos previos.

Sea lo primero advertir que, la manifestación del demandante es general, y no dice cuáles son el tipo de actos que debían preceder a la imposición del impuesto de alumbrado público, ni especifica norma alguna que indique que ello debía ocurrir.

Por su parte, el artículo 2º del Decreto 2424 de 2006, por la cual se regula la prestación del servicio de alumbrado público, define como servicio de alumbrado público lo siguiente:

“Artículo 2º. Definición Servicio de Alumbrado Público. Es el servicio público no domiciliario que se presta con el objeto de proporcionar exclusivamente la iluminación de los bienes de uso público y demás espacios de libre circulación con tránsito vehicular o peatonal, dentro del perímetro urbano y rural de un municipio o Distrito. El servicio de alumbrado público comprende las actividades de suministro de energía al sistema de alumbrado público, la administración, la operación, el mantenimiento, la modernización, la reposición y la expansión del sistema de alumbrado público.

Parágrafo. La iluminación de las zonas comunes en las unidades inmobiliarias cerradas o en los edificios o conjuntos residenciales, comerciales o mixtos, sometidos al régimen de propiedad respectivo, no hace parte del servicio de alumbrado público y estará a cargo de la copropiedad o propiedad horizontal. También se excluyen del servicio de alumbrado público la iluminación de carreteras que no estén a cargo del municipio o Distrito.”

Así mismo, el numeral 2 del artículo 3ro del acuerdo 013 de 2016, por medio del cual se regulan las normas relativas al impuesto para el servicio de Alumbrado Público en el municipio de la Dorada- Caldas, y se dictan otras

disposiciones sobre el servicio de alumbrado público, contempla como sujeto pasivo del impuesto de alumbrado público lo siguiente:

“Artículo 3º: Elementos de la obligación tributaria. Son elementos de la obligación tributaria los siguientes:

1. *Sujeto activo. El Municipio (...)*
2. *Sujeto pasivo: Los sujetos pasivos de este tributo en el municipio de La Dorada - Caldas, es el usuario o suscriptor del servicio de energía eléctrica en el sector urbano y rural, perteneciente al Municipio; toda persona natural o jurídica, pública o privada y sus asimiladas, asociadas con la propiedad, posesión, ocupación, explotación, tenencia, usufructo, uso de predios o el desarrollo de actividades económicas, industriales, comerciales, oficiales, agropecuarias, sociales, culturales, religiosas, recreativas, educativas, en el área geográfica del municipio de La Dorada, o el desarrollo en el mismo de cualquiera de las actividades económicas específicas definidas en el presente Acuerdo.*

Parágrafo. - La tarifa del impuesto de alumbrado público se aplicará a todos los sectores de consumo: residencial, comercial, oficial, especial asistencial, especial educativo, industrial y áreas comunes pertenecientes al sector urbano y rural del Municipio. Para el área rural, se aplica igualmente a todos los usuarios de los centros poblados y rurales dispersos, aplicando el principio de indivisibilidad del tributo.”

De igual manera, el artículo 5º del acuerdo 013 de 2016, dispuso con relación al sistema de recaudo:

“Artículo 5º.- sistema de recaudo. EL Municipio entregará a los contribuyentes que no se facturen dentro de la factura de energía eléctrica, la liquidación y cobro respectivo del tributo de manera directa. En todos los demás casos por cobro con la factura de energía. Surtido este procedimiento sin que se obtenga el pago correspondiente por parte del contribuyente, se adelantará de manera oportuna el procedimiento administrativo de determinación, liquidación, discusión y cobro coactivo del tributo. Para tales efectos, el impuesto se liquidará y deberá pagarse mes vencido, dentro de los 20 días siguientes a su facturación y cobro cuando se produce de manera directa y en los eventos de facturación dentro de la factura de energía, con los vencimientos de los ciclos de facturación del comercializador que atienda al contribuyente.

Sea lo primero decir que, al revisar los actos administrativos demandados, relativos a la determinación del impuesto y los que resuelven el recurso de reconsideración de cada uno, en todos ellos se observa una parte considerativa que da cuenta de la definición de alumbrado público, en qué consiste el servicio, la determinación de la obligación por parte de los municipios, y las normas en las que se funda. Así como en los actos que

reponen parcialmente las resoluciones en las cuales se determinó el impuesto, también se advierte una parte considerativa con la exposición de motivos del origen de los actos que determinaron el impuesto, sustento normativo, explicación de la liquidación de intereses; y, en todos los actos en su parte resolutiva, no solo se determina el impuesto, se repone parcialmente las resoluciones recurridas, y se fija no sólo la suma dinero correspondiente la deuda por concepto de alumbrado Público, sino que, en todos los actos se incluyen extensos cuadros que identifican al contribuyente, el Nit, el nombre, el consumo de energía, el valor, las facturas en las cuales se soporta, el valor de la tarifa; detalla el grupo al cual pertenece, la dirección y los intereses.

Baste lo expuesto para decir que, en este caso, los actos demandados cuentan no solo con la motivación requerida, sino que incluyen de manera detallada cada concepto necesario de determinación del impuesto de alumbrado público.

También discute el demandante la necesidad de proferir unos actos previos a la expedición de los actos demandados; y menciona una sentencia del Consejo de Estado² que, según su interpretación, se exige la expedición de actos previos a la liquidación y determinación del impuesto de alumbrado público, la cual se trae cita a continuación, con el posterior análisis correspondiente:

“(…). Procedimiento de aforo. Reiteración Jurisprudencial”

*La Sección, en reciente pronunciamiento³ que en lo pertinente reitera, se refirió al procedimiento de aforo, en cuanto al «**acto previo a la determinación del tributo**», en el cual precisó que en casos similares esta Sala ha manifestado que en los impuestos en los cuales el contribuyente no tiene la obligación formal de declarar, no es aplicable el procedimiento de liquidación de aforo, pero la Autoridad Fiscal sí debe emitir un acto previo a la determinación del tributo, de tal forma que el administrado pueda discutir los elementos de la obligación tributaria previo a su cobro y, en este sentido, se le garantice el debido proceso. Al respecto, reitero lo expresado por la Corporación, así:*

«En un caso en el que el que se discutía si antes de liquidar oficialmente el tributo, la Administración debía expedir un emplazamiento para declarar, la Sala⁴ precisó que cuando no exista la obligación de declarar, no es viable el procedimiento de aforo, porque éste supone la omisión de dicho deber formal. Al respecto, la Sala señaló:

*“Como se advierte, el artículo 8º del Acuerdo 023 de 2008 expresamente dispone que los sujetos pasivos, a quienes no se les factura el servicio, **no** están obligados a presentar declaración*

privada. En otras palabras, en Uribia no existe la obligación formal de declarar el impuesto de alumbrado público.

En esas condiciones, la Sala advierte que en el sub examine, contrario a lo sostenido por la demandante, no resulta procedente el proceso de aforo, toda vez que es un trámite particular dirigido contra quienes, estando obligados a presentar declaraciones tributarias, omitan su cumplimiento, por tanto, si en el ordenamiento local no está prevista la obligación de declarar el tributo, frente a éste, el proceso de aforo se torna improcedente⁵. (Subrayas del texto).

En ese contexto, como lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación, en casos como el presente, en los cuales el administrado no está obligado a presentar la declaración del impuesto al servicio de alumbrado público, se puede generar violación al debido proceso si la Administración no emite un acto previo a la determinación de la obligación fiscal.

Lo anterior, dado que los elementos de la obligación tributaria como lo son la sujeción pasiva, la base gravable, el hecho gravado y la tarifa a aplicar en el impuesto al servicio de alumbrado público tienen una connotación especial para algunos contribuyentes en particular, como lo son las empresas de servicios públicos domiciliarios, a quienes se les liquida el tributo bajo unos presupuestos singulares que no son aplicables a los demás integrantes de la colectividad sujetos pasivos del tributo.

(...)

En el caso, a la Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. E.S.P. no se le liquidó el gravamen en el municipio de Agua de Dios como sucede con la generalidad de los sujetos pasivos del impuesto al servicio de alumbrado público, esto es, conforme al valor de la factura de energía eléctrica del mes anterior⁶, el cual es un criterio objetivo que no requiere de una mayor determinación; sino que el precitado tributo le es liquidado a la demandante de acuerdo con la capacidad instalada por subestación de energía eléctrica⁷; de allí que como mínimo se requiera un acto previo a fin de determinar en cada periodo la base gravable y los demás elementos de la obligación tributaria, so pena de la violación al debido proceso del administrado (...)"

Con relación a la sentencia mencionada, advierte esta Sala que, ésta debe interpretarse íntegramente, teniendo en cuenta el contexto de los hechos y entidades demandantes de ese caso en particular; pues si bien allí se habla de la necesidad de un acto previo a la determinación del tributo, ello es para el caso particular de contribuyentes que, no tienen la obligación formal de declarar; sin ser procedente la liquidación de aforo en esos casos.

También debe decirse que, en el sub examen se encuentra demostrado, empezando por las mismas afirmaciones de la sociedad demandante en los hechos de la demanda, que, se expidió un documento que dice equivale a la factura, el cual es proferido por el municipio de La Dorada, con destino a COMCEL, hoy demandante; documento que contiene los diferentes períodos

que se discuten en el presente asunto, esto es, por los años 2017, 2018, 2019 y de enero a mayo de 2020; factura que describe cada uno de los establecimientos de comercio de los cuales se reputa el pago, y donde da un valor total de operación por la suma de \$504.666.310; haciendo claridad que respecto de éste documento, no plantea el demandante discusión alguna, relacionada con su conocimiento, notificación o entrega.

Así pues, con fundamento en la jurisprudencia mencionada, no es menester en este caso, dada la característica del contribuyente, que, según el certificado de existencia y representación corresponde a Comunicación Celular SA COMCEL SA, cuyo objeto social es entre otros, la prestación y comercialización de servicios de comunicaciones, que tiene varios puntos en el municipio de la Dorada, los cuales, valga decir, no son discutidos en la demanda; por ello, no era necesario expedir el acto previo que reclama el demandante y regulado dentro del trámite de liquidación de aforo; además, porque ese acto previo lo constituye en este caso, la factura de cobro expedida por el municipio de La Dorada, Caldas.

Por lo expuesto, no encuentra esta Sala vulnerado el debido proceso, pues el contribuyente, ahora demandante fue conocedor de la suma de dinero solicitada a pagar por concepto de impuesto de alumbrado público de los años allí previstos; así como tuvo la oportunidad, y de hecho lo hizo, interponer los recursos de reconsideración contra las resoluciones mediante las cuales se determinó el impuesto de alumbrado público; los actos demandados fueron debidamente notificados, se surtió el trámite de defensa y contradicción y, si la sociedad COMCEL hubiese estado en desacuerdo con el documento equivalente a la factura, ningún reproche hizo a su contenido, ni elevó requerimiento, reclamo o petición al municipio demandado, relacionada con su inconformidad; pues al menos, en el expediente no obra prueba de ello.

Al revisar cuidadosamente las normas citadas inicialmente, así como la sentencia de unificación del Consejo de Estado, y el Acuerdo 013 de 2016 expedido por el municipio de la Dorada, en ninguna de ellas se impone como requisito proferir un acto previo a la liquidación del impuesto de alumbrado público; y contrario a ello, en el artículo 5 del acuerdo en mención, se dice que, el municipio entregará a los contribuyentes que no se facturen dentro de la factura de energía eléctrica, la liquidación y cobro respectivo del tributo de

manera directa; y en los demás casos, por cobro en la factura de energía; y de no conseguirse el pago de la obligación, se procederá a adelantar el procedimiento de determinación y liquidación.

También resulta preciso señalar que, conforme a lo considerado en este punto, en este caso el contribuyente tenía clara su obligación de pago de impuesto de alumbrado público, al ser una empresa comercial, que prestaba sus servicios en varios locales del municipio de Dorada, y según las normas expuestas, no hay duda que es un sujeto pasivo de dicho impuesto, teniendo en su obligación el pago de éste en virtud no sólo de su actividad, sino de cada uno de los locales comerciales que tenía en el municipio mencionado; por lo que tampoco advierte esa Sala un requisito para la determinación de este impuesto, actos previos que pudieran ser controvertidos, cuando contra los actos de determinación se interpusieron los recursos de reconsideración a que había lugar, siendo resueltos en su totalidad, y dando lugar a con ello a revocar parcialmente la decisión inicial, en el monto determinado.

Sumado a lo anterior, en el expediente reposan varios documentos que dicen ser equivalentes a facturas, con número, proferidas por el municipio de la Dorada, con el nombre del contribuyente, Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A., el Nit, la fecha, dirección, descripción de la operación y el valor de la misma, documentos que si bien no tienen motivación por la naturaleza de éstos; sí se profirieron de manera previa a las resoluciones de determinación del impuesto de alumbrado público; por lo que, no encuentra la Sala prosperidad de este cargo, tal como lo plantea el demandante.

Esto por cuanto el artículo 5º del acuerdo 013 de 2016, dispuso con relación al sistema de recaudo:

“Artículo 5º.- sistema de recaudo. El Municipio entregará a los contribuyentes que no se facturen dentro de la factura de energía eléctrica, la liquidación y cobro respectivo del tributo de manera directa. En todos los demás casos por cobro con la factura de energía. Surtido este procedimiento sin que se obtenga el pago correspondiente por parte del contribuyente, se adelantará de manera oportuna el procedimiento administrativo de determinación, liquidación, discusión y cobro coactivo del tributo. Para tales efectos, el impuesto se liquidará y deberá pagarse mes vencido, dentro de los 20 días siguientes a su facturación”

Se itera que, el demandante no discute la expedición y notificación del documento similar a factura expedido por el municipio de La Dorada, pues en el mismo hecho primero dice que el 23 de octubre de 2020 el municipio expidió documento equivalente a factura, y describe el contenido de la misma; sin afirmar no haberlo recibido o conocido previo a la determinación y liquidación oficial del impuesto de alumbrado público discutido.

6. ¿Los actos administrativos demandados se notificaron en debida forma?

Se deja presente en este problema jurídico que, el demandante enfoca el cargo de indebida notificación, en que no se le notificaron los actos previos a los actos de determinación del impuesto de alumbrado público, discusión que se encuentra superada por cuanto, no sólo no hay prueba de la existencia de los mismos; sino que, quedó zanjada en el problema jurídico anterior.

Ahora bien, respecto de la notificación por correo electrónico, el demandante sólo dice que “*la administración notificó directamente al contribuyente por correo electrónico omitiendo proferir citación para notificación personal*”, afirmación que es general, que no precisa cuáles son los actos de los cuales predica la indebida notificación; tampoco desconoce con ese argumento que la notificación se hubiera realizado y, el aparte del artículo que cita (565 del ET) solo se refiere a la notificación de las providencias que deciden recursos.

Hecha la anterior claridad, dentro del proceso se encuentra probado lo siguiente:

- El apoderado judicial de Comunicación Celular S.A. - COMCEL S.A., solicita a la alcaldía de la Dorada mediante oficio (GI-1148 de noviembre de 2020) que “*con el fin de dar alcance al oficio mediante el cual se informó la citación para surtir el trámite de notificación personal de la referencia (resoluciones 493, 494, 495, 496, 497, 498, y 499), de tal forma que nos permitimos instaurar derecho de petición en los siguientes términos:*”, y dice que “*Solicitamos que las mismas sean notificadas mediante edicto*”; así como en peticiones dice expresamente que “*solicita la notificación personal del contenido de las resoluciones 493, 494, 495, 496, 497, 498 y 499 de 11 de noviembre de 2020, mediante las cuales se determina el impuesto de alumbrado público para la empresa COMCEL S.A., (...)*” solicita el envío de las resoluciones y oficios a

los correos electrónicos Jefferson.castiblancos@claro.com.co y/o alvarezgal.juan94@gmail.com, y en forma física a la carrera 68 A No. 24 B – 10 en la ciudad de Bogotá.

De lo anterior se pueden advertir varias situaciones a saber:

En primer lugar, que es el mismo demandante COMCEL, quien acepta fue citado para notificación personal de los actos demandados, no obstante, solicita que éstos se notifiquen mediante edicto, así como que se envíen por correo electrónico que suministra.

Por su parte, el artículo 565 del Estatuto Tributario vigente para el momento de la actuación administrativa, y que cita el demandante como vulnerado dice que: “*Los requerimientos, autos que ordenen inspecciones o verificaciones tributarias, emplazamientos, citaciones, resoluciones en que se impongan sanciones, liquidaciones oficiales y demás actuaciones administrativas, deben notificarse de manera electrónica, personalmente o a través de la red oficial de correos o de cualquier servicio de mensajería especializada debidamente autorizada por la autoridad competente*”, y el parágrafo primero contempla que: “*La notificación por correo de las actuaciones de la administración, en materia tributaria, aduanera o cambiaria se practicará mediante entrega de una copia del acto correspondiente en la última dirección informada por el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante en el Registro Único Tributario - RUT. En estos eventos también procederá la notificación electrónica.*”

Del artículo en mención queda claro que, los actos de determinación del impuesto de alumbrado público deben notificarse de manera electrónica, personalmente o a través de correos; y en este caso, el municipio procedió a citar al contribuyente, quien, posterior a ello, solicita expresamente la notificación por edicto, y a su vez suministra unas direcciones de correo electrónico para el envío de los actos administrativos; notificación que se encuentra acreditada mediante pantallazo de correo electrónico enviado por la oficina de cobro coactivo de la Dorada, a los correos mencionados por el apoderado judicial de COMCEL S.A. en el oficio referido, y se lee que, en fecha 21 de diciembre de 2020 mediante oficio enviado a correo electrónico se notifican las resoluciones 493, 494, 495, 496, 497, 498 y 499 de 11 de

noviembre de 2020, con el envío de los archivos adjuntos de cada una de ellas.

Tanto es así que se surtió la notificación de los actos mencionados que, contra cada uno de ellos se interpuso recurso de reconsideración que fueron resueltos mediante las resoluciones números 109, 112, 113, 114, 115, 116 y 117 de junio de 2021, también demandadas.

Ahora, dichas resoluciones también fueron notificadas de manera electrónica, tal como consta en el pantallazo de correo electrónico mediante el cual se envían las resoluciones que resuelven los recursos de reconsideración, con oficio de fecha 28 de junio de 2021, y, en el cual se adjuntan las resoluciones proferidas.

De igual manera, el artículo 565 del Estatuto Tributario en cita, dispone que: *“Las providencias que decidan recursos se notificarán personalmente, o por edicto si el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, no compareciere dentro del término de los diez (10) días siguientes, contados a partir de la fecha de introducción al correo del aviso de citación. En este evento también procede la notificación electrónica.”*

De lo expuesto queda claro que, por una parte la norma admite la notificación mediante correo electrónico de las actuaciones administrativas y de los actos que deciden recursos; sumado a ello, el mismo demandante solicitó unas notificaciones que si bien resultan totalmente imprecisas en este caso, el oficio suministraba expresamente los correos electrónicos a los cuales pretendía el envío de los actos demandados; y, finalmente, no se puede predicar una indebida notificación de los actos de liquidación del impuesto de alumbrado público, cuando el contribuyente interpuso los recursos de reconsideración en el tiempo oportuno y estos fueron resueltos por la administración.

Tampoco discute el demandante en este caso que, fuera otra la dirección de correo electrónico, que se haya hecho una notificación indebida o que no hubiera podido ejercer su derecho de defensa por el desconocimiento de los actos, motivos por los cuales esta Sala no encuentra la prosperidad del cargo demandado.

7. ¿La determinación de la tarifa del impuesto de alumbrado público a cargo de la demandante, debió basarse en un estudio técnico de referencia para la determinación de costos de la prestación del servicio de alumbrado público?

Previo al estudio de fondo de este problema jurídico, debe dejarse presente que, este Tribunal se pronunció de fondo sobre este particular, en sentencia recientemente proferida el 20 de enero de 2023⁸, en un medio de control de nulidad simple en el cual se demandó la nulidad parcial del artículo 3 del Acuerdo 013 de 2016, expedido por el Concejo de la Dorada, estudiando de fondo si el acuerdo era nulo por no contar el municipio con el estudio técnico de referencia de determinación de costos de la prestación del servicio público de alumbrado público, estableciendo una tarifa sin cumplir los requisitos legales y consideró entre otros lo siguiente:

“(…) Destaca la Sala que, fue solo hasta la expedición de la referida Ley 1819 de 2016 que se estableció el marco regulatorio para fijar un límite al impuesto de alumbrado público, que debía considerar como criterio de referencia, el valor de los costos estimados de prestación en cada componente del servicio, para lo cual debía realizarse un estudio técnico tarifario acorde a la metodología expedida por el ministerio de Minas y Energía y que la referida metodología solo fue definida mediante el Decreto 943 del 30 de mayo de 2018.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala encuentra que, el artículo demandado, se originó y empezó a regir antes de la vigencia de la Ley 1819 de 2016, por lo tanto, el requisito del “estudio técnico de referencia de determinación de costos de la prestación del servicio de alumbrado público” no era exigible para su validez, y por tanto no se configura la causal de nulidad invocada por la parte demandante

(…)

Las anteriores consideraciones se realizan sin perjuicio de resaltar el deber del ente territorial de ajustar sus disposiciones a la normatividad actual vigente, máxime que, el artículo 353 de la Ley 1819 de 2016 estableció que: “Los acuerdos que se adecuen a lo previsto en la presente ley mantendrán su vigencia, salvo aquellos que deben ser modificados, lo que deberá surtirse en un término máximo de un año”.

Finalmente se resalta que, el incumplimiento de dicho deber no invalidó el artículo 3º del Acuerdo 013 de 2016, pues tal circunstancia no se encuentra tipificada como una causal de nulidad.

(…)

3.4. Conclusión Colofón de lo expuesto se concluye que, los apartes del artículo 3º del Acuerdo 013 de 2016 – a través de los cuales se regula el impuesto de alumbrado público, no se encuentran viciados de nulidad por cuanto se originaron y empezaron a regir antes de la vigencia de la Ley 1819 de 2016, por lo tanto, el requisito del “estudio

técnico de referencia de determinación de costos de la prestación del servicio de alumbrado público” no era exigible para su validez. (...)

Ahora bien, en este asunto se demanda la nulidad de unos actos administrativos proferidos el 11 de noviembre de 2020 y en 11 de junio de 2021; no obstante, esos actos son producto de la determinación del impuesto por los periodos comprendidos entre el año 2017 y el año 2020.

Es necesario precisar que, la Ley 1819 de 29 de diciembre de 2016, se profirió posterior al acuerdo municipal de la Dorada, 013 de 10 de octubre de 2016.

Por su parte el parágrafo 2º del artículo 349 de la Ley 1819 de 2016 contempló:

“Parágrafo 2º. Dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de la presente ley, el Gobierno nacional reglamentará los criterios técnicos que deben ser tenidos en cuenta en la determinación del impuesto, con el fin de evitar abusos en su cobro, sin perjuicio de la autonomía y las competencias de los entes territoriales”.

Mediante el Decreto 943 de 30 de mayo de 2018, se modificó y adicionó la Sección 1, Capítulo 6 del Título III del Libro 2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, 1073 de 2015, relacionado con la prestación del servicio de alumbrado público, y en su artículo 2.2.3.6.1.3. con relación al estudio técnico de referencia dispuso:

“ARTÍCULO 2.2.3.6.1.3. Estudio Técnico de Referencia. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 351 de la Ley 1819 de 2016, los municipios y distritos deberán realizar, dentro de un plazo razonable, un estudio técnico de referencia de determinación de costos estimados de prestación en cada actividad del servicio de alumbrado público, que deberá mantenerse público en la página web del ente territorial y contendrá como mínimo lo siguiente: (...)"

De lo expuesto se puede decir que, por una parte, los periodos que se liquidan y que son objeto de discusión en este caso, están comprendidos entre el año 2017 y 2020; es decir que el Decreto 943 de 2018, solo aplica para los periodos comprendidos a partir de junio de 2018.

También debe decirse que, si bien el artículo antes citado dice que, se debe proferir un estudio técnico de referencia de determinación de costos estimados, también es cierto que, ese artículo dice que ello debe ocurrir

dentro de un plazo razonable; sin que se delimite esa obligación en un tiempo real y exigible; y, contrario a ello, plantea un término ambiguo, no perentorio, y manejando un término subjetivo de “*razonable*”.

Sumado a lo anterior, tal como lo dijo este Tribunal en la sentencia mencionada, en virtud que el acuerdo 013 de 2016, mediante el cual se regulan las normas relativas al impuesto para el servicio de Alumbrado Público en el municipio de la Dorada – Caldas, y se dictan otras disposiciones se profirió con anterioridad a la Ley 1819 de 2016, y se encontraba vigente para los períodos respecto de los cuales se determinó el impuesto de alumbrado público, gozando de presunción de legalidad hasta el momento; y ello, sumado a que el Decreto 943 de 2018 no fijó un término claro, perentorio y exigible para la realización del estudio técnico de referencia de determinación de costos estimados en cada actividad del servicio de alumbrado público, no puede decirse que las tarifas determinadas en las liquidaciones oficiales debían hacerse con base en un estudio técnico de referencia que no existía; pues las tarifas aplicables, hasta tanto el municipio de la Dorada no realice el estudio en mención, serán las consideradas en el acuerdo vigente número 013 de 2016; por lo que este cargo de nulidad invocado, tampoco encuentra vocación de prosperidad.

Al finalizar el estudio de este problema jurídico, debe adicionarse que, por las razones acá expuestas y sin necesidad de más consideraciones, tampoco prospera el cargo de violación del régimen de transición invocado por el demandante; el cual consistía en afirmar que, hasta la fecha de presentación de la demanda, el acuerdo 013 de 2016, no había sido modificado.

8. ¿El impuesto liquidado, superó en este caso el límite de 20 SMLMV, y cómo se define dicho límite?

Finalmente, el demandante sostiene que los actos demandados excedieron el límite máximo del impuesto de alumbrado público, por cuanto el acuerdo 013 de 2016 dispone que éste no podrá exceder los 20 SMLMV, y allega una tabla con los períodos, el impuesto liquidado y el límite considerado, sin que esos montos coincidan con los determinados en las resoluciones que modificaron los montos del impuesto.

Sea lo primero precisar que, efectivamente el parágrafo 2 del artículo 3 del acuerdo 013 de 2016 dispuso:

“Establézcase un límite máximo para todos los contribuyentes del régimen general y especial que nunca podrá exceder los 20 S.M.M.L.V., como impuesto a su cargo por periodo facturado”

Ahora, se liquidan los años de 2017 a 2020, años en los cuales el salario mínimo estaba en las siguientes sumas, incluyendo las equivalencias en los 20 SMLMV que dispuso el acuerdo así:

2017: \$737.717. Esto por 20 equivale a: \$14.754.340

2018: \$781.242. Esto por 20 equivale a: \$15.624.840

2019: \$828.116. Esto por 20 equivale a: \$16.565.320

2020: \$877.802. Esto por 20 equivale a: \$17.556.040

Al revisar una a una las resoluciones demandadas, mediante las cuales se resolvieron los recursos de reconsideración se advierte que, el impuesto se liquida mes a mes, en cada establecimiento de comercio que COMCEL S.A. tiene en el municipio de la Dorada, de los cuales se extraen las siguientes muestras, por conservar identidad en los valores mes a mes en cada una; y transcribiéndose el valor de uno solo de cada mes liquidado por cada año, en cada establecimiento de la siguiente manera:

CAV la Dorada

Diciembre 2017: \$2.548.720

2018 \$2.652.480

2019: \$2741.600

2020: \$2.848.560

CAD Dorada Sur

2017: \$2.548.720

2018: \$2.652.480

2019: \$2.741.600

2020: \$2.848.560

COMCEL CA Dorada 2

2019: \$2.741.600

2020: \$2.848.560

COMCEL CA Dorada 3

2019: \$2.741.600

2020: \$2.848.560

COMCEL CA Dorada 4

2019: \$2.741.600

2020: \$2.848.560

COMCEL Dorada Parque

2019: \$2.741.600

2020: \$2.848.560

COMCEL Dorada Parque

2019: \$2.741.600

2020: \$2.848.560

Teniendo en cuenta el equivalente a 20 SMLMV de cada uno de los años 2017 a 2020; y en cotejo con cada uno de los meses liquidados por esos mismos años, no encuentra esta Sala que, se supere en modo alguno, el límite máximo planteado por el municipio en el Acuerdo 013 de 2016; pues las sumas que arrojan el estudio de cada uno de los actos demandados, no se acerca ni siquiera a los 20 SMLMV por periodo facturado.

Ahora bien, debe aclarar esta Sala que, en primer lugar el impuesto al alumbrado público se liquida y factura mes a mes, por cada uno de los establecimientos de comercio objeto del impuesto de alumbrado público que estén ubicados en el municipio de la Dorada, y es mes a mes que no puede superar ese tope de los 20 SMLMV; no como podría interpretarlo el demandante, que, al parecer para el cálculo que expone en la demanda, toma el monto del equivalente al año completo en comparación con el límite máximo.

Por lo expuesto, este cargo tampoco tiene vocación de prosperidad.

Por lo considerado, no hay lugar a declarar la nulidad de las resoluciones demandadas, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda; así como se debe declarar la prosperidad de las excepciones propuestas por el municipio de la Dorada denominadas “*Legalidad del acto administrativo*”, “*Legalidad del cobro del impuesto de alumbrado público*”, y “*Cobro de lo no debido*”, como se dirá en la parte resolutiva de esta sentencia.

9. Costas

No se condenará en costas a la parte actora vencida, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión a las normas procedimentales civiles, contenida en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por cuanto no se encuentran acreditadas las mismas, acorde con la posición que ha asumido el Consejo de Estado que, luego de señalar el criterio objetivo- valorativo para la imposición de costas⁹, en la que se indicó que: “(...) En esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe). Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365”, y, ha proferido número de sentencias¹⁰ sin condena en costas, al considerar que no se encuentra demostrada su causación.

Pues bien, teniendo en cuenta que la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), dispone en el numeral octavo del artículo 365, entre otras que: “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”; una vez revisado el expediente, se advierte que no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas en esta instancia, así como tampoco se observa ningún tipo de conducta que amerite la condena por ese concepto, razonamientos estos que son trasunto de los que las diferentes secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado han señalado en punto a costas, donde la regla general ha sido la no condena por tal concepto. En consecuencia, al no existir fundamento para su imposición la Sala concluye que no es procedente la condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Caldas**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Falla

Primero: Se declaran prósperas las excepciones propuestas por el municipio de La Dorada, Caldas, denominadas “*legalidad del acto administrativo*”, “*Legalidad del cobro del impuesto de alumbrado público*”, y “*Cobro de lo no debido*”.

Segundo: Negar las pretensiones del demandante dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por COMCEL S.A. contra el municipio de La Dorada, Caldas.

Tercero: Sin condena en costas.

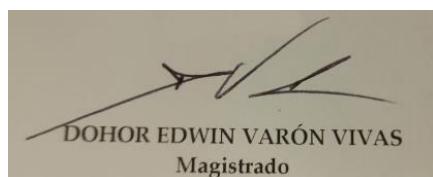
Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, liquidar los gastos del proceso, devolver los remanentes si los hubiere, y archivar el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia XXI.

Notifíquese y cúmplase

Discutido y aprobado en Sala de Ordinaria de Decisión celebrada en la fecha.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



Augusto Morales Valencia
Salva el voto

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 039

Manizales, tres (3) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-39-006-2021-00302-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Sandra Milena Quintero Uribe
Demandado: Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada frente a la sentencia que accedió a las pretensiones de la demandante.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita, inaplicar “el artículo 17 del Acuerdo PSAA15-10402 de La Sala Administrativa del Consejo Superior de La Judicatura, en cuanto a la denominación “GRADO 23” asignada al cargo de ABOGADO ASESOR creado mediante dicho Acuerdo, en tanto el cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial se encuentra plenamente nominado en el artículo 3º numeral 2º del Decreto 57 de 1993.”.

Que, además se declare la nulidad de i) la Resolución DESAJMAR21 – 385 del 24 de agosto de 2021, mediante el cual se negó la reliquidación con efectos retroactivos de las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el “grado 23” y el salario del cargo nominado de abogado asesor; ii) la Resolución N° RH 2987 del 07 de febrero de 2022 “Por medio de la cual se resuelven recursos de apelación”.

Que en consecuencia, se ordene a la demandada reconocer que el cargo de Abogado Asesor que ha desempeñado, durante su tiempo de vinculación al servicio de la Rama Judicial, hasta la fecha, no ostenta ninguna denominación o grado adicional o diferencial al de “Abogado Asesor de Tribunal Judicial”, conforme con lo reglamentado por el Gobierno Nacional a través de los Decretos 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014, 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018, 991 de 2019 y 301 de 2020, así como los que los modifiquen, sustituyan o adicionen. Que la remuneración salarial del cargo de “Abogado Asesor” debe liquidarse según lo preceptuado por el Gobierno Nacional a través del artículo 4 de los citados Decretos.

Que se condene a la Rama Judicial a reconocer, liquidar y pagar con efectos retroactivos, las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el “grado 23”, que se le han venido

cancelando erróneamente y el cargo de “*Abogado Asesor de Tribunal Judicial*”, de acuerdo con lo dispuesto en los señalados decretos de asignación salarial y prestacional para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, durante el tiempo de vinculación en el Tribunal Administrativo de Caldas, en el cargo de Abogado Asesor.

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

1.2. Sustento fáctico relevante

Señaló que, ocupa el cargo de *Abogado Asesor* desde el 15 de febrero de 2012, por lo que para efectos salariales el eran aplicables los Decretos 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014, 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018, 991 de 2019 y 301 de 2020, expedidos por el Gobierno Nacional en desarrollo de lo dispuesto en la Ley 4^a de 1992.

Su vinculación como *Abogada Asesora grado 23* surgió con ocasión a los Acuerdos expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que crearon dicho cargo, por lo que el 4 de agosto de 2021, solicitó a la demandada inaplicar por excepción de inconstitucionalidad la expresión “*grado 23*” contenida en tales Acuerdos, en tanto le asignaron al cargo de Abogado Asesor de los despachos de este Tribunal una remuneración diferente a los empleados que ocupan el cargo de Abogado Asesor de Tribunal a nivel nacional, asimismo solicitó la reliquidación con efectos retroactivos de las diferencias salariales y prestacionales existentes entre dichos cargos.

La demandada mediante Resolución DESAJMAR21-385 del 24 de agosto de 2021, negó la petición anterior; contra la decisión presentó recurso de apelación; la cual fue resuelta desfavorablemente mediante la Resolución RH 2987 del 07 de febrero de 2022 confirmando la decisión adoptada.

1.3. Normas violadas y concepto de violación.

Se considera que, con los actos demandados se han vulnerado los artículos 4, 13 53, 150 y 257 de la Constitución Política de Colombia; Leyes 4 de 1992, 270 de 1996 y los Decretos 57 de 1993, 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014, 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018, 991 de 2019 y 301 de 2020.

Como fundamento de lo anterior indicó que, los actos administrativos censurados están viciados de nulidad relativa por la violación de la Ley, por cuanto en cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 19 del artículo 150 C.P., el Congreso de la República expidió la Ley 4 de 1992, por medio de la cual se fijó el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos; dentro de los criterios y objetivos allí determinados para el efecto, los cuales estaban, el establecimiento de rangos de remuneración para los cargos de los niveles profesional y asesor y, que el Gobierno Nacional en desarrollo de dicha normativa expidió los Decretos Salariales 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014 en los cuales estableció la remuneración mensual para el *Abogado Asesor de Tribunal Judicial* y señaló expresamente que “*la remuneración mensual para los empleos de la Rama Judicial y la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores (4 y 5) se*

regirá por la siguiente escala..." lo cual supuso una remuneración subsidiaria aplicable según el grado asignado solo para aquellos cargos que no estuvieran contemplados en forma expresa en dichos decretos, lo cual no es el caso del cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial, pues este corresponde a una denominación expresamente allí efectuada, con su respectiva remuneración.

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

Que posteriormente se expedieron los Decretos 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014, 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018, 991 de 2019 y 301 de 2020, los cuales determinaron el reajuste de las escalas salariales que regulan la remuneración mensual y asignaciones básicas mensuales de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial en ese mismo sentido.

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

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

2. Contestación de la demanda.

La **demandada** se opuso a las pretensiones de la actora y señaló que, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política y en la Ley 4^a de 1992, los actos administrativos demandados fueron expedidos dentro de las facultades legales y constitucionales otorgadas al Consejo Superior de la Judicatura, y en consecuencia son acordes al ordenamiento jurídico, pues si bien la facultad para fijar las remuneraciones de los servidores públicos radica única y exclusivamente en el Gobierno Nacional, tal como se dispuso en el Decreto 57 de 1993, en el cual estableció el nuevo régimen salarial y prestacional de los servidores de la Rama Judicial, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, tiene potestades para crear cargos con el fin de descongestionar los despachos judiciales, conforme lo establece el artículo 63 de la Ley 270 de 1996.

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

Por lo anterior propuso las excepciones que denominó “*Falta de causa para demandar*”, “*Legalidad de los actos administrativos*” e “*Innominada*”.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* dispuso inaplicar por inconstitucionalidad la expresión “*Grado 23*” relacionada al cargo Abogado Asesor contenida en el literal a del artículo 17 del Acuerdo No. PSAA15-10402 del 29 de octubre de 2015, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y en consecuencia la nulidad de las Resoluciones No. DESAJMAR21 – 385 del 24 de agosto de 2021 y RH 2984 del 07 de febrero de 2022; igualmente, a título de restablecimiento del derecho ordenó a la entidad accionada reconocer y pagar a favor de Sandra Milena Quintero Uribe la diferencia existente entre los salarios, y prestaciones sociales devengados durante el tiempo laborado en el cargo de Abogado Asesor Grado 23 del Tribunal Administrativo de Caldas; y la asignación salarial y demás prestaciones dispuestas mediante decreto, por el Gobierno Nacional para el cargo de Abogado Asesor de Tribunal Administrativo.

El *a quo* arribó a dicha conclusión tras advertir que si bien al Consejo Superior de la Judicatura en su Sala Administrativa le fue otorgada de manera expresa la facultad de intervenir en la administración de justicia, mediante creación, modificación o supresión de los cargos, le asiste razón a la parte demandante al denunciar la extralimitación en que incurrió el Consejo Superior de la Judicatura de dichas facultades al crear y asignar grados salariales a cargos ya nominados por el Ejecutivo de manera específica, pues tal facultad sólo podía darse sobre empleos no creados mediante los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, para los cuales si podía fijar su remuneración asignándoles grados salariales, no siendo este el caso del cargo de abogado asesor.

Igualmente sustentó, su posición en sentencia del H. Consejo de Estado, radicado: 05001-23-31-000-2003-04078-01(0137-13) en la cual se discutió un asunto similar en que el Consejo Superior de la Judicatura asignó un grado salarial al cargo de “*Escríbiente*”, providencia en la cual dicha corporación concluyó que tal atribución no era competencia del Consejo Superior de la Judicatura, pues el ejecutivo con anterioridad había determinado “*de manera precisa los grados y la escala salarial para el cargo de Escriviente*”.

4. Recurso de apelación

La **parte accionada** recurrió la sentencia arguyendo que, el cargo de “*abogado asesor grado 23*” de ninguna manera puede ser homologado al cargo de “*abogado asesor nominado*”, es decir, sin grado, cuya remuneración se encontraba contemplada en el numeral 2º del artículo 4º de la misma norma, pues su creación se dio como un “*abogado asesor grado 23*”, destacando que los apartes del acuerdo de los cuales se dispuso su inaplicación fueron expedidos en cumplimiento a las funciones del Consejo Superior de la Judicatura; que la ley estatutaria de administración de justicia -ley 270 de 1996- otorgó plenas facultades al Consejo Superior de la Judicatura para que dentro de la autonomía administrativa diseñara el plan de

descongestión, determinara el tipo de cargos que se requerían crear de manera transitoria, y el seguimiento de las medidas, el control, y revisión de metas.

Finalmente arguyó que el Consejo de Estado ha vedado la posibilidad de nivelar salarialmente cargos al interior de la Rama Judicial, ello en sentencia emitida en un caso análogo con radicado 25000-23-25-000-2005-09472-01(0021-11).

III. Consideraciones

1. Problemas Jurídicos

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

Igualmente, de forma oficiosa se analizará por la Sala si *¿En el presente asunto se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción respecto de las sumas reconocidas a la parte actora?*

2. Cuestión Previa

El Magistrado Augusto Ramón Chávez Marín manifestó encontrarse inmerso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 5 del artículo 141 del C.G.P., indicando que el apoderado de la parte actora, esto es, el abogado Jorge Olmedo Upegui Vélez, actualmente “[l]e representa judicialmente en algunos asuntos personales”.

De cara a lo anterior, cabe señalar entonces que el régimen de impedimentos se fundamenta en la necesidad de preservar la integridad moral del funcionario que reconoce la existencia de situaciones de hecho que pueden comprometer su criterio en la decisión y, de otra parte, constituyen una garantía de imparcialidad y transparencia de la justicia en los juicios que emite en los casos de su conocimiento¹.

Así, el artículo 130 del CPACA prevé como tales para los magistrados y jueces Administrativos, entre otras, las previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso, disposición normativa que a su vez, señala en su numeral 5º que:

“(...) Son causales de recusación las siguientes:

5. Ser alguna de las partes, su representante o apoderado, dependiente o mandatario del juez o administrador de sus negocios. (...)”.

Frente al caso concreto, se tiene entonces que según lo ha manifestado el H. Magistrado Augusto Ramon Chavez Marín el abogado Jorge Olmedo Upegui Vélez, quien funge en esta causa como apoderado de la parte actora, igualmente representa judicialmente a dicho funcionario en otros asuntos, por lo cual se considera que la situación plantea encaja dentro de la citada causal de impedimento.

¹ Consejo de Estado en sentencia de 27 de septiembre de 2012 Rad. 17001-33-31-004-2011-00142-01 (AP).

Corolario, dado que, la circunstancia descrita se ajusta al contenido del numeral 5 del artículo 141 del CGP, y que dicha situación constituye impedimento para conocer del medio de control de la referencia, se aceptará el impedimento manifestado por el Magistrado Augusto Ramón Chávez Marín, declarándolo separado del conocimiento del presente asunto.

3. Primer problema jurídico

Tesis: Es procedente inaplicar por inconstitucional la expresión “*Grado 23*” para nominar el cargo de *Abogado Asesor*, contenida en los Acuerdos que crearon y prorrogaron dicho cargo para el Tribunal Administrativo de Caldas, por cuanto la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura no tenía competencia para crear o variar la remuneración aplicable para ese cargo, toda vez que esta se encontraba expresamente señalada en el Decreto 57 de 1993 y los decretos anuales que fijaban el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial; además, no podía acudir a la norma supletoria señalada en el artículo 4º ibidem para ubicar la remuneración en el grado 23, la cual resulta inferior, pues dicha tabla aplica únicamente para los cargos que no cuente con denominación expresa, como los señalados en el artículo 3º, entre ellos el de *Abogado Asesor de Tribunal Judicial*.

Por lo tanto, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura resultó abiertamente contraria a los artículos 125, 150-23 y 257 de la Constitución, pues no era competente para fijar la remuneración del cargo de *Abogado Asesor* de Tribunal Judicial, pues tal potestad corresponde al Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992.

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

3.1. Marco normativo y jurisprudencia

3.1.1. Concepto y alcance de la excepción de inconstitucionalidad

La «*excepción de inconstitucionalidad*» tiene su fundamento en el artículo 4º de la Constitución Política de 1991 que a continuación se trascibe, según el cual, cuando existen normas contrarias a la Constitución, se preferirán las contenidas en la Carta Política debido a su superioridad jerárquica y aplicación inmediata:

«*Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.*».

La Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que se trata de una facultad, así como de un deber que tienen las autoridades, tanto judiciales como administrativas, para inaplicar una norma y en su lugar hacer efectiva la Constitución, consolidándose como una suerte de control de constitucionalidad difuso.

Sobre este aspecto, la jurisprudencia constitucional ha definido que «*es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser*

*alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política».*²

En este sentido, la excepción de inconstitucionalidad consiste en una eficaz herramienta jurídica de protección a los principios de «*aplicación directa de la norma fundamental*» y de «*supremacía constitucional*», garantizando (en el caso concreto) la jerarquía, materialidad y aplicación directa de la Constitución Política dentro del sistema de fuentes normativas.

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

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

La segunda característica esencial de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, es que su alcance es inter-partes y, por ende, la norma inaplicada al prosperar la excepción de inconstitucionalidad, no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida.⁹ Con lo que se conserva la competencia funcional atribuida por el Constituyente Primario de 1991

² Sentencia SU-132 de 2013.

³ Sentencia T-808 de 2007.

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

⁵ Sentencia T-103 de 2010.

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

⁷ Sentencia T-103 de 2010.

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

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

en el artículo 241 a la Corte Constitucional para pronunciarse de fondo sobre la materia, siendo esta la instancia última de control de constitucionalidad de las leyes, conforme al referido artículo 241 superior.

Así, la excepción de inconstitucionalidad **no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción e incluso** puede ser ejercida de manera oficiosa. Al respecto el Consejo de Estado, en la sentencia de 27 de enero de 2000, radicación número 911-1801-99, sobre la aplicación de esta figura frente a un Acuerdo expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, señaló que:

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

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

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

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

La Constitución Política de 1991 dispuso en su artículo 150 como una de las atribuciones del Congreso:

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

(...)

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

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

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

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

(...)

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

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

Por su parte, el artículo 3 previó que, el sistema salarial de los servidores públicos está integrado por los siguientes elementos: *"la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos."* (Se destaca)

En torno al alcance de las escalas salariales, la Corte Constitucional en Sentencia C-416 de 1992, señaló que *"no son otra cosa que los grados o niveles dentro de los cuales se ubican los salarios que el Estado reconoce a sus servidores"*.

3.1.3. Competencia del Consejo Superior de la Judicatura para crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la Rama Judicial

De conformidad con el artículo 116 de la Carta Política, el Consejo Superior de la Judicatura hace parte de la Rama Judicial; fue creado con el fin de garantizar su adecuada administración y como representación del principio de autogobierno que la guía¹⁰. Para la jurisprudencia constitucional *"obedece a varios propósitos del Constituyente, entre los que está la idea de modernizar y transformar las funciones correspondientes a la administración de los recursos económicos y de personal de la Justicia, y la del fortalecimiento de la actividad disciplinaria, garantizando el mantenimiento de elementos doctrinarios y de distribución de competencias orgánicas y funcionales de los distintos poderes públicos que, en especial, se relacionan con la autonomía de integración y de orientación de la misma Rama Judicial"*¹¹.

Los artículos 254, 255, 256 y 257 de la Constitución regularon, en su texto original y en su orden: i) su integración y el período de sus magistrados, ii) los requisitos para ser miembro de este Consejo Superior, iii) sus atribuciones y iv) funciones. Específicamente, el artículo 257 Constitucional, fijó como funciones, sujetas a la ley, las descritas a continuación:

2. Crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la administración de justicia. En ejercicio de esta atribución, el Consejo Superior de la Judicatura no podrá establecer a cargo del Tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales.

3. Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador. (...)

¹⁰ C-285 de 2016

¹¹ C-265 de 1993. En ella se resolvió la acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 4o. del Decreto-ley 2652 de 1991, que reguló las funciones de la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura.

Acerca del alcance de dichas atribuciones y funciones del Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Constitucional en sentencia SU-539 de 2012, destacó su carácter administrativo, al señalar que *"la interpretación adecuada de los artículos 256 y 257 del Texto Superior, es aquella según la cual la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ejerce y está sujeta a las funciones administrativas determinadas por la Constitución y la ley, comoquiera que los dos artículos referidos expresamente señalan que le corresponde al Consejo Superior de la Judicatura el cumplimiento de sus atribuciones y funciones "de acuerdo con la ley" y "con sujeción a la ley"*. Así, se entiende que la Sala Administrativa lleva a cabo simplemente *"actos operativos o de ejecución"* justamente de naturaleza administrativa, a fin de acatar los mandatos superiores y la ley.

De esta manera, es posible distinguir las funciones de esa Sala con *"las funciones de alta política que en el campo judicial cumple [la Sala Plena] [d]el Consejo Superior de la Judicatura y que podrían señalarse como cuestiones atinentes al supremo gobierno de los asuntos de la Rama Judicial (...)"* Y concluyó que *"(i) el Consejo Superior de la Judicatura tiene la facultad de reglamentar materias administrativas y funcionales de la administración de justicia; y (ii) en ejercicio de esa facultad (...) no puede ocuparse de asuntos de competencia exclusiva del legislador, en los términos previstos en los artículos 125 y 150-23 de la Constitución, como lo es la clasificación de los cargos de la rama judicial"*. Criterio pacífico desde la sentencia C-265 de 1993¹² que destacó que, las funciones asignadas a la Sala Administrativa, son de índole netamente administrativa y su ejercicio está atado a la Constitución y la ley.

En torno a su función constitucional de creación y modificación de cargos, la Corte Constitucional también indicó que, es una atribución *in genere* que ofrece una herramienta práctica para atender de manera satisfactoria la demanda del servicio de administración de justicia y que, dentro de ese marco constitucional y legal, podrá crear cargos de duración indefinida o de vigencia precisa¹³.

Ahora bien, el desarrollo legislativo de las funciones del Consejo Superior de la Judicatura se vio reflejado en la Ley 270 de 1996 que reiteró en su artículo 75 el mandato superior atinente a que *"Al Consejo Superior de la Judicatura le corresponde la administración de la Rama Judicial y ejercer la función disciplinaria, de conformidad con la Constitución Política y lo dispuesto en esta ley"*.

Dentro de las funciones administrativas asignadas al Consejo Superior, el numeral 9 del artículo 85 de la norma citada, previó su competencia para *"9. Determinar la estructura y las plantas de personal de las Corporaciones y Juzgados. Para tal efecto podrá crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la Rama Judicial, determinar sus funciones y señalar los requisitos para su desempeño que no hayan sido fijados por la Ley"*.

Es decir, que a efectos de concretar esta función, el Consejo Superior de la Judicatura debe sujetarse a la ley y goza de atribuciones además para establecer la división del territorio para efectos judiciales, regular los cargos de la administración de justicia, dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento y organización de los despachos judiciales, y ubicar y redistribuir los despachos judiciales y, crear o suprimir los cargos que se requieran.

¹² Véase también la sentencia T-176 de 2016

¹³ T-633 de 2007

Para la Sala, no hay duda entonces que las normas constitucionales y legales antes transcritas, le otorgan al Consejo Superior de la Judicatura facultades de reglamentación, lo que demuestra una autorización constitucional y legal para que pueda dictar los reglamentos necesarios para hacer eficaz el funcionamiento de la Administración de Justicia, limitándose en lo dispuesto en mandatos superiores. Ello también la habilita para determinar la estructura de las plantas de personal de las Corporaciones y de los Juzgados facultándosele, en consecuencia, para crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos al interior de la Rama Judicial, con el consecuente señalamiento de requisitos y funciones para su desempeño, siempre que no hayan sido fijados por la ley¹⁴.

Precisamente en atención a dichos mandatos, el Consejo de Estado en sentencia del 16 de abril de 2009¹⁵ concluyó que, el Consejo Superior de la Judicatura incurría en una transgresión a normas superiores cuando fijaba una remuneración a un cargo cuya denominación se encuentra expresamente establecida en los Decretos Nacionales que regulan el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial. Ello en un asunto en el cual declaró la nulidad parcial de un Acuerdo en el cual varió la remuneración de un Oficial Mayor catalogado de Tribunal Nacional, Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Tribunales Administrativos y Consejos Seccionales de la Judicatura, que estaba establecida taxativamente en los decretos nacionales; al respecto precisó:

"Sostiene la parte actora que la actuación del Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa, de señalar grados para el cargo de Oficial Mayor con ocasión de la fijación de los requisitos para el desempeño del cargo y, como consecuencia de ello, variar la remuneración contemplada en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993, resulta ilegal e inconstitucional.

La Sección Segunda ya ha tenido oportunidad de estudiar el mismo cargo frente a otros empleos de la rama jurisdiccional¹⁶, dentro de los procesos instaurados contra el Consejo Superior de Judicatura, en los cuales igualmente se ha solicitado la nulidad parcial del mismo Acuerdo 05 de 1993. En aquellas oportunidades la Sala ha llegado a la convicción de que el Consejo Superior de la Judicatura no puede variar la remuneración contemplada en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993.

Y como en esta ocasión no encuentra ninguna argumentación adicional contundente, por parte de la entidad demanda, para desvirtuar lo decidido en los precedentes que se citan, se permite exponer nuevamente la ratio decidendi, determinante para acceder a las súplicas de la demanda. (...)

Así entonces, como el cargo de Oficial Mayor se encontraba contemplado en el artículo 3º del decreto 57 de 1993, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, carecía de la facultad para determinarle grados y, además, no era competente para fijar su remuneración, pues tal potestad, como se dijo, correspondía al Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992.

En esas condiciones, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, al señalar la remuneración con ocasión de la fijación de los requisitos para el desempeño del cargo, resulta inconstitucional.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia del 19 de abril de 2012. Rad.: 11001-03-25-000-2006-0013000(2018-06).

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero, 16 de abril de dos 2009. Rad.: 11001-0325-000-2006-00055-00(1130-06)

¹⁶ Ver expedientes 110/99 – 1846/99 –1801/99 – 7375/05 – 2630/05

De conformidad con lo expuesto, se declarará la nulidad sólo en lo referente al cargo de Oficial Mayor, dejando en claro que cesan los efectos de la suspensión provisional respecto del cargo de sustanciador, por cuanto este empleo, aunque tiene igual remuneración que aquél, no fue objeto de demanda". (Se destaca)

También en sentencia del 20 de octubre de 2014¹⁷, al examinar un asunto en el cual se debatía la legalidad de la remuneración mensual de los escribientes de Juzgados del Circuito, por cuanto se circunscribía a un Acuerdo expedido por el Consejo Superior de la Judicatura que modificó sus grados y denominación, sostuvo que incurría en un exceso de su facultad reglamentaria al desconocer los decretos salariales y procedía *motu proprio*, a fijar remuneraciones mensuales. Sobre el particular señaló:

"Así entonces, como el cargo de Escribiente se encontraba contemplado en el artículo 3º del Decreto 57 de 1993, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, carecía de facultad para determinarle grados y, además, no era competente para fijar su remuneración, pues ello, como se dijo, correspondía al Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la ley 4ª de 1992.

En esas condiciones, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa - al señalar grados para el cargo de escribiente y, como consecuencia, variar la remuneración con ocasión de la fijación de los requisitos para el desempeño del cargo, resulta inconstitucional. En sentido similar se ha pronunciado esta Sección en varias ocasiones inaplicando la disposición que mediante esta sentencia de anula"¹⁸.

(...)

Lo anterior permite concluir que es evidente la diferencia salarial existente entre el valor que debía reconocerse al actor, en aplicación de los decretos anuales que consagraron el salario correspondiente al escribiente de Juzgado de Circuito y el que determinó aplicar la Dirección de Administración Judicial, en virtud de lo dispuesto en el referido Acuerdo 05 de 1993."

En este mismo sentido se ha pronunciado la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencias del 9 de febrero de 2012¹⁹, 26 de septiembre de 2012²⁰, 2 de mayo de 2013²¹, 12 de mayo de 2014²², entre otras providencias. Sin duda, el criterio expuesto es pacífico y reiterado.

Es decir, si bien el Consejo Superior de la Judicatura tiene la potestad de crear, fusionar, trasladar y suprimir cargos necesarios para el funcionamiento de la Administración de Justicia, no tiene competencia para fijar o variar la remuneración a un cargo cuya denominación se encuentra expresamente establecida por los decretos expedidos por el Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992 y que regulan el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia del 20 de octubre de 2014, Rad.: 0500123-31-000-2001-02343-01(0054-13).

¹⁸ C.P. Alberto Arango Mantilla, Rad. 11001-03-25-000-1998-0130-000 (1711/98)

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad.: 05001-23-31-000-2003-02448-01(2135-10)

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad.: 05001-23-31-000-2001-02457-01 (1584-11)

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero, 2 de mayo de 2013. Rad.: 05001-23-31000-2001-04365-01(0081-10).

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad.: 05001-23-31-000-2003-04078-01(0137-13)

3.1.4. Régimen Salarial de la Rama Judicial.

En desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4 de 1992, el Presidente de la República expidió el Decreto 57 de 1993, a través del cual “*dictó normas sobre el Régimen Salarial y Prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones*” y estableció el llamado “*régimen acogido*” aplicable a los servidores judiciales vinculados antes de su expedición y a quienes que se vinculen al servicio con posterioridad a su vigencia.

Aclara el Consejo de Estado que, antes de la expedición del Decreto 57 de 1993, la técnica que se utilizaba en la Rama Judicial para establecer la escala salarial, comprendía la denominación del cargo y el grado de acuerdo con la naturaleza de las funciones, la índole de responsabilidades y los requisitos exigidos para su desempeño. “*A partir de la expedición del Decreto 57 de 1993, en dicha técnica, para la fijación de la escala salarial, se aprecia un cambio, se establece la denominación de los cargos de funcionarios y empleados, sin fijarles el grado, y para los cargos que expresamente no registren denominación, en otra disposición contempla la tabla de grados del 01 al 33*”.²³

Tal régimen salarial y prestacional se consolidó con los Decretos 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995, 36 de 1996, 76 de 1997, 64 de 1998, 43 de 1999, 2740 de 2000, Decreto 2777 de 2001, 673 de 2002, 3569 de 2003, 4172 de 2004, 936 de 2005, 389 de 2006, 618 de 2007, 658 de 2008, 723 de 2009, 1388 de 2010 y subsiguientes expedidos por el Presidente de la República.

En esos términos, el Gobierno Nacional fijó el régimen salarial y prestacional mediante decreto ya fuera respecto a cargos con una nominación específica o subsidiariamente a partir de una escala salarial y al Consejo Superior de la Judicatura le correspondía hacer las incorporaciones a las plantas de personal, en obedecimiento a las regulaciones de carácter general.

Así las cosas, es claro para esta Corporación que el Consejo Superior de la Judicatura dentro de las facultades que le han sido otorgadas no puede asignar un grado salarial a un cargo cuya denominación y salario ya fue fijada por el Gobierno Nacional, pues tal imposición de grado no es otra cosa que la modificación del salario que previamente había sido dispuesto para el cargo ya nominado, abrogándose así una función de determinación salarial que ha sido asignada únicamente en cabeza del ejecutivo.

3.1.5. Cargo y Remuneración Abogado Asesor de Tribunal Judicial y grado 23

El referido Decreto 57 de 1993²⁴, en el artículo 3º numeral 2º contempló como cargo nominado para “*Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura*” el cargo de **Abogado Asesor** y señaló su remuneración, así:

2. *Para los siguientes empleos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura:*

²³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “B”. C.P.: Alejandro Ordóñez Maldonado. Sentencia 23 de junio de 2005. Rad.: 11001-03-25-000-2002-0079-01(0721-02)

²⁴ Por el cual se dictan normas sobre el Régimen Salarial y Prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones. Derogado Artículo 20 Decreto 106 de 1994 <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1900228>

<i>DENOMINACION DEL CARGO</i>	<i>REMUNERACION MENSUAL</i>
<i>Magistrado de Tribunal Nacional de Orden Público</i>	1.937.500
<i>Magistrado de Tribunal y Consejo Seccional</i>	1.812.500
<i>Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar</i>	1.812.500
<i>Abogado Asesor</i>	1.125.000
<i>Secretario de Tribunal y Consejo Seccional</i>	750.000
<i>Relator</i>	750.000
<i>Secretario de Tribunal Militar</i>	625.000
<i>Sustanciador</i>	468.750
<i>Oficial Mayor</i>	468.750
<i>Auxiliar Judicial</i>	468.750
<i>Escribiente</i>	325.000

En el artículo 4º ibidem, se señaló la remuneración subsidiaria y excluyente para los empleos **que no estaban consagrados en el citado artículo 3**, igualmente estableció una escala salarial del grado 01 a 33, así:

ARTICULO 4o. *La remuneración mensual para los empleos de la Rama Judicial y la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en el artículo anterior, se regirá por la siguiente escala:*

<i>GRADO</i>	<i>REMUNERACIÓN</i>
01	91.377
02	107.068
03	127.989
04	151.764
05	184.415
06	217.067
07	243.694
08	275.553
09	307.490
10	339.429
11	371.287
12	403.225
13	435.083
14	467.022
15	498.959
16	530.818
17	562.755
18	594.614
19	658.489
20	725.138
21	756.838
22	788.538
23	820.238
24	851.938
25	883.638

26	915.338
27	947.038
28	978.738
29	1.010.438
30	1.042.138
31	1.073.838
32	1.105.538
33	1.137.238

Por otra parte, en el año 2011 se expidió el Decreto 1039²⁵, aplicable a los acogidos y a quienes se vincularon con posterioridad a la expedición de los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995. El artículo 4 previó la remuneración mensual de los empleos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a partir del 1º de enero de 2011; para los empleos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura; en relación con el cargo de *Abogado Asesor* estableció:

DENOMINACIÓN DEL CARGO	REMUNERACIÓN MENSUAL
(...)	(...)
<i>Abogado Asesor</i>	5.140.170
(...)	(...)

Y luego en el artículo 6 prescribió que “*La remuneración mensual para los empleos de la Rama Judicial y la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, se regirá por la siguiente escala:*

GRADO	REMUNERACIÓN MENSUAL	GRADO	REMUNERACIÓN MENSUAL	GRADO	REMUNERACIÓN MENSUAL
1	542.694	12	2.004.884	23	3.845.934
2	613.957	13	2.137.918	24	3.991.118
3	731.575	14	2.267.680	25	4.128.891
4	864.957	15	2.417.911	26	4.270.844
5	994.775	16	2.563.488	27	4.334.394
6	1.157.200	17	2.684.026	28	4.473.006
7	1.265.271	18	2.831.098	29	4.610.325
8	1.398.320	19	3.122.359	30	4.745.804
9	1.556.990	20	3.419.667	31	4.886.387
10	1.698.226	21	3.564.026	32	5.022.397
11	1.853.458	22	3.704.404	33	5.163.405

(...)”

El Gobierno Nacional ha expedido anualmente decretos de igual naturaleza y objeto, así como de igual contenido al previsto en los artículos 4 y 6 del Decreto 1039 y señalado el valor de la remuneración y asignación mensual o el reajuste porcentual respectivo. Para el cargo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial y los empleos del grado 23, ha determinado la siguiente asignación:

²⁵ Por el cual se dictaron disposiciones en materia salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar.

- Decreto No. 874 de 2012:

“(…)

Artículo 4: (...) 2. Para los siguientes empleos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura:

DENOMINACIÓN DEL CARGO	REMUNERACIÓN MENSUAL
(…)	(…)
Abogado Asesor	5.397.179
(…)	(…)
(…)	

Artículo 6: La remuneración mensual para los empleos de la Rama Judicial y la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, se regirá por la siguiente escala:

Grado	Remuneración Mensual	Grado	Remuneración Mensual	Grado	Remuneración Mensual
1	569.829	12	2.105.129	23	4.038.231
(…)	(…)	(…)	(…)	(…)	(…)

“(…)"

- Decreto No. 1024 de 2013,

“(…)

Artículo 4: (...) 2. Para los siguientes empleos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura:

DENOMINACIÓN DEL CARGO	REMUNERACIÓN MENSUAL
(…)	(…)
Abogado Asesor	5.582.842
(…)	(…)
(…)	

Artículo 6: La remuneración mensual para los empleos de la Rama Judicial y la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, se regirá por la siguiente escala:

Grado	Remuneración Mensual	Grado	Remuneración Mensual	Grado	Remuneración Mensual
1	589.500	12	2.177.546	23	4.177.147
(…)	(…)	(…)	(…)	(…)	(…)

- Decreto No. 194 de 2014:

“(…)

Artículo 4: (...) Para los siguientes empleos de los Tribunales Judiciales del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura:

DENOMINACIÓN DEL CARGO	REMUNERACIÓN MENSUAL
(…)	(…)
Abogado Asesor	5.746.978
(…)	(…)

(...)

Artículo 6: La remuneración mensual para los empleos de la Rama Judicial y la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, se regirá por la siguiente escala:

Grado	Remuneración Mensual	Grado	Remuneración Mensual	Grado	Remuneración Mensual
1	616.000	12	2.241.566	23	4.299.956
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)

"

Los Decretos 1257 de 2015²⁶, 245 de 2016²⁷, 1013 de 2017²⁸, 337 de 2018²⁹; 991 de 2019³⁰; 301 de 2020³¹; 981 de 2021³²; 470 de 2022³³ dispusieron en su artículo 1º el reajuste porcentual anual de las escalas salariales que regulan la remuneración mensual y asignaciones básicas mensuales de los funcionarios y empleados no solo de la Rama Judicial, sino de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo señaladas en los Decretos 186, 194, 196 y 1239 de 2014.

De tal modo que, tratándose de los cargos de la Rama Judicial expresamente contenidos en el artículo 4 de los Decretos 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013 y 194 de 2014, entre estos, el de *Abogado Asesor de Tribunales Judiciales*, se encontraba señalada su remuneración mensual, y para los años subsiguientes, 2015 a 2022, la remuneración de los cargos existentes fue reajustadas *porcentualmente*.

3.1.6. Requisitos del cargo de abogado asesor de Tribunal o abogado asesor grado 23

²⁶ Artículo 1: "Reajústase, a partir del 1º de enero de 2015, en un cuatro punto sesenta y seis por ciento (4.66%) las escalas salariales que regulan la remuneración mensual y asignaciones básicas mensuales de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo señaladas en los decretos 186, 194, 196 y 1239 de 2014"

²⁷ Artículo 1. Reajústase, a partir del 1º de enero de 2016, en siete punto setenta y siete por ciento (7.77%) las escalas salariales que regulan la remuneración mensual y asignaciones básicas mensuales de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo señaladas en los Decretos 186, 194, 196 y 1239 de 2014, modificados por el Decreto 1257 de 2015"

²⁸ Artículo 1: Reajústase, a partir del 1º de enero de 2017, en seis punto setenta y cinco por ciento (6.75%) las escalas salariales que regulan la remuneración mensual y asignaciones básicas mensuales de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo señaladas en los Decretos 186, 194, 196 y 1239 de 2014, modificados por los Decretos 1257 de 2015 y 245 de 2016

²⁹ Artículo 1: Reajuste salarial. Reajustar a partir del 1º de enero de 2018 en cinco punto cero nueve por ciento (5.09%) las escalas salariales que regulan la remuneración mensual y asignaciones básicas mensuales de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo señaladas en los Decretos 186, 194, 196 y 1239 de 2014, modificados por los Decretos 1257 de 2015, 245 de 2016 y 1013 de 2017.

³⁰ Artículo 1: Reajuste salarial. Reajustar a partir del 1º de enero de 2019 en cuatro punto cinco por ciento (4.5%) las escalas salariales que regulan la remuneración mensual y asignaciones básicas mensuales de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo señaladas en los Decretos números 186, 194, 196 y 1239 de 2014, modificados por los Decretos número 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018 y 1498 de 2018.

³¹ Que el incremento porcentual del IPC total de 2019 certificado por el DANE fue de tres punto ochenta por ciento (3.80%), en consecuencia, los salarios y prestaciones establecidos en el presente decreto se ajustarán en cinco punto doce por ciento (5.12%) para el año 2020, retroactivo a partir del 1º de enero del presente año.

³² Que el incremento porcentual del IPC total de 2020 certificado por el DANE fue de uno punto sesenta y uno por ciento (1.61%) y, en consecuencia, los salarios y prestaciones establecidos en el presente decreto se ajustarán en dos punto sesenta y uno por ciento (2.61%) para 2021, retroactivo a partir del 1º de enero del presente año.

³³ Que el incremento porcentual del IPC total de 2021 certificado por el DANE fue de cinco punto sesenta y dos por ciento (5.62%), en consecuencia, los salarios y prestaciones establecidos en el presente decreto se ajustarán en siete punto veintiséis por ciento (7.26%) para el año 2022, retroactivo a partir del 1º de enero del presente año.

En el Acuerdo 25 de 1997 “*Por medio del cual se da aplicación al artículo 161 de la Ley 270 de 1996*”, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se clasifican los cargos de Carrera de la Rama Judicial en niveles ocupacionales, pero no se señalan los requisitos para estos cargos³⁴.

En el Acuerdo PSAA06-3560 de 2006 “*Por el cual se adecuan y modifican los requisitos para los cargos de empleados de Tribunales, Juzgados y Centros de Servicios*” proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, tampoco se señalan los requisitos para el cargo de abogado asesor de Tribunal Judicial o abogado asesor grado 23.³⁵

En el Acuerdo PSAA13-10038 de 2013 “*Por el cual se adecuan y modifican los requisitos para los cargos de empleados de Tribunales, Juzgados y Centros de Servicios*” proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se señalan los requisitos para el cargo Abogado Asesor grado 23:³⁶

“ARTÍCULO 1º.- Establecer y adecuar los requisitos de los siguientes cargos de empleados de Tribunales, Juzgados y Centros de Servicios, así:

DENOMINACION DE CARGO	GRADO	REQUISITOS
...
Abogado Asesor	23	Título de formación profesional en derecho, título de postgrado y un (1) año de experiencia profesional”.

3.2. Lo probado

- Mediante los Acuerdos PSAA12-9214 del 02 de febrero de 2012³⁷, Acuerdo PSAA12-9524 del 21 de junio de 2012, PSAA12-9781 DE 2012, PSAA13-9897 DE 2013, PSAA13-9962 DE 2013, PSAA13-9991 DE 2013, PSAA13-10048 DE 2013, PSAA13-10068 DE 2013, PSAA13-10072 DE 2013, PSAA14-10156 DE 2014, PSAA14-10195 DE 2014, PSAA14-10197 DE 2014, PSAA14-10251 DE 2014, PSAA14-10277 DE 2014, PSAA14-10282 DE 2014, PSAA15-10288 DE 2015, PSAA15-10323 DE 2015, PSAA15-10335 DE 2015, PSAA15-10356 DE 2015, PSAA15-10363 DE 2015, PSAA15-10371 DE 2015, PSAA15-10377 DE 2015 y PSAA15-10385 DE 2015, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura creó transitoriamente para el Tribunal Administrativo de Caldas un cargo de *Abogado Asesor* con grado 23.

En ellos se especifica que el régimen salarial y prestacional sería el establecido para la Rama Judicial y se indica que su función consiste en proyectar para fallo un número de sentencias promedio mensuales³⁸. El numeral 6 del artículo 88 del Acuerdo PSAA1510402 del 29 de octubre de 2015, creó con carácter permanente “*Un (1) cargo de Abogado Asesor grado 23*”.

³⁴

http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:835evv1Qz3YJ:actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx%3Dfurl%3D%257E%252FApp_Data%252FUpload%252F025-97.doc+&cd=1&hl=it&ct=clnk&gl=co

³⁵ <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10635/2058718/Acuerdo+3560+de+2006.pdf/4161e9be-0bed-42ce-86ea-0dcda75f7c4b>

³⁶

https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FPSAA13-10038.pdf

³⁷ https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7E%2FApp_Data%2FUpload%2FGACE TA28-12.pdf

³⁸ Artículo 2. Acuerdo PSAA12-9214 (febrero 2 de 2012)

- . Según la Constancia 0660 del 06 de agosto de 2021 suscrita por el jefe del Área de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Manizales³⁹, la servidora Sandra Milena Quintero Uribe, se desempeñó en el cargo de *Abogado Asesor grado 23*, desde el 15 de febrero de 2012 y continuaba vinculada a la fecha de emisión de dicha certificación.

- La demandante, el 04 de agosto de 2021 solicitó al Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Manizales, la nivelación y demás acreencias laborales deprecadas en esta sede judicial.⁴⁰

- . La Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Manizales, negó la petición antes mencionada, por medio de la Resolución DESAJMAR21-385 del 24 de agosto de 2021.⁴¹

- . La demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, el cual fue resuelto confirmando la decisión ya adoptada a través de la por la Resolución RH- 2984 del 07 de febrero de 2022.⁴²

3.3. Análisis sustancial del caso

De acuerdo con lo expuesto se tiene que, mediante Decreto 57 de 1993⁴³ en el artículo 3º numeral 2º se contempló como cargo nominado para “Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura” el cargo de **Abogado Asesor** y se señaló su remuneración; adicionalmente se señaló en el artículo 4º la remuneración subsidiaria y excluyente para los empleos **que no estaban consagrados en el citado artículo 3**, e igualmente estableció una escala salarial del grado 01 a 33.

El Gobierno Nacional a través de los Decretos 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013 y 194 de 2014, señaló el valor de la remuneración mensual para los cargos de la Rama Judicial, entre ellos, el de Abogado Asesor de Tribunal Judicial y los empleos del grado 23; y a través de los Decretos 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018 y 991 de 2019 señaló el reajuste porcentual anual de las escalas salariales de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, entre otros.

Por su parte, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de los acuerdos previamente reseñados, creó inicialmente en forma transitoria y finalmente con carácter permanente para el Tribunal Administrativo de Caldas un cargo de **Abogado Asesor**, pero indicó como grado de remuneración el 23, a pesar que tanto en el Decreto 57 de 1993 como en los decretos anuales se señalaba expresamente la remuneración mensual para dicho cargo.

Por lo tanto, conforme a la línea jurisprudencial traída a colación, no queda duda que, al estar expresamente señalada por el Gobierno Nacional, la remuneración del empleo de *Abogado Asesor* de Tribunal Judicial, el Consejo Superior de la Judicatura carecía de competencia para acudir a la norma supletoria señalada en el artículo 4º del Decreto 57 de 1993 para variar la remuneración y así ubicarla en el grado 23, la cual resulta inferior.

³⁹ fls. 3-16, exp. digital, archivo: “004Anexos”

⁴⁰ fls. 17-26, exp. digital, archivo: “004Anexos”.

⁴¹ fls. 27-28, exp. digital, archivo: “004Anexos”

⁴² fls. 1-5, exp. digital, archivo: “018Anexo”

⁴³ <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1900228>

Ahora bien, en este punto cabe resaltar que la facultad que ha sido otorgada al Consejo Superior de la Judicatura de crear, fusionar, trasladar y suprimir cargos **necesarios** para el funcionamiento de la Administración de Justicia, no puede ser ejercida en forma meramente discrecional sin que medie justificación alguna para su adopción; en tal sentido, para esta Sala no obra prueba o tan siquiera argumentación alguna mediante la cual el Consejo Superior de la Judicatura haya justificado la **necesidad** de crear el cargo de abogado asesor grado 23 en condiciones diferentes (requisitos, funciones y grado) a las del cargo de abogado asesor que en forma nominada ya existía.

Al respecto cabe destacar que en providencia del 19 de abril de 2021⁴⁴, esta corporación ya había destacado como la Unidad de Carrera Judicial a través del oficio No. CJO21-1026 del 19 de marzo de 2021 fue requerida para que informase “*i) los requisitos y funciones para el empleo de Abogado Asesor de Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura; ii) si en la actualidad, se encuentran implementados los empleos de Abogado Asesor de Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura; y finalmente iii) debía señalar las razones por la cuales no ha sido implementado el mencionado cargo.*” Petición frente a la cual se destacó por esta Colegiatura que:

“En la respuesta ofrecida por la mencionada Directora, simplemente se limitó a mencionar que el cargo de Abogado Asesor grado 23 –que se encuentra en la actualidad implementado- no es igual al Abogado Asesor de Tribunales Judiciales; frente a los demás requerimientos, guardó silencio y expresó las generalidades respecto del cargo de Abogado Asesor grado 23 que ya ampliamente fueron expuestas en la contestación de la demanda y han sido analizadas en esta providencia. Siendo diáfano concluir que, el órgano de gobierno y administración de la Rama Judicial, arbitrariamente se negó a implementar el cargo objeto de controversia [Abogado asesor de Tribunal Judicial] y paralelo a ello, se atribuyó la función de crear el cargo de Abogado Asesor grado 23 sin tener la facultad legal y constitucional para hacerlo.” (Subrayado, negrilla y contextualización en corchetes no son propias del texto en cita)

En efecto, al encontrarse el Tribunal Administrativo de Caldas, en la categoría de “Tribunales Judiciales”, los decretos expedidos por el Gobierno Nacional que fijaron el salario para el empleo de Abogado Asesor de Tribunal Judicial - 1039 de 2011, 874 de 2012, 1024 de 2013, 194 de 2014, 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017, 337 de 2018, 991 de 2019; 301 de 2020; 981 de 2021; 470 de 2022 –comparados con el salario asignado al empleo de Abogado Asesor - Grado 23, resulta lo siguiente:

Decreto	Abogado Asesor de Tribunal Judicial	Abogado Asesor Grado 23
1039 de 2011	\$5.140.170	\$3.845.934
874 de 2012	\$5.397.179	\$4.038.231
1024 de 2013	\$5.582.842	\$4.177.147
194 de 2014	\$5.746.978	\$4.299.956
1257 de 2015	\$6.014.797 (4.66%)	\$4.500.333 (4.66%)
245 de 2016	\$6.482.146 (7.77%)	\$4.850.008 (7.77%)
1013 de 2017	\$6.919.690 (6.75%)	\$5.177.383 (6.75%)
337 de 2018	\$7.271.902 (5.09%)	\$5.440.912 (5.09%)

⁴⁴ Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Tercera de Decisión, M.P. Dohor Edwin Varón vivas.

991 de 2019	\$ 7.599.138 (4.5%)	\$ 5.685.753 (4.5%)
301 de 2020	\$ 7.988.213 (5.12%)	\$ 5.976.864 (5.12%)
981 de 2021	\$ 8.196.706 (2.61%)	\$ 6.132.860 (2.61%)
470 de 2022	\$ 8.791.787 (7.26%)	\$ 6.578.105 (7.26%)

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia proferida el 16 de julio de 2009⁴⁵ precisó:

"La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura no podía crear escalas de remuneración, pues apenas estaba facultada para realizar la incorporación del personal a los cargos, pues así se menciona explícitamente en el propio preámbulo del acto acusado, es decir del Acuerdo No. 05 de 15 de febrero de 1993 hoy atacado. Entonces, cuando el Consejo se fija como objetivo del acto "la correcta aplicación del Decreto 57 de 1993, en lo relativo a la remuneración adecuada para cargos nominados, existentes en las Corporaciones y Despachos Judiciales de la Rama Judicial"; y con ese pretexto modifica la escala de remuneración desborda los límites de su competencia, pues se hallaba desprovisto de atribuciones para determinar grados y, por tanto, carecía de competencia para modificar la escala de remuneración, por ser esta facultad exclusiva del ejecutivo. Al cambiar la escala salarial de los servidores de la administración de justicia, en ejercicio de una competencia de la que estaba desprovisto, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura resulta abiertamente reñida con la Constitución y la ley; y por lo mismo, debe recibir la sanción de nulidad, pues una cosa es incorporar las personas a unos cargos y otra muy distinta crear escalas de remuneración intermedias no previstas por el legislador, para consagrarse diferencias salariales entre quienes cumplen la misma función. Y tal proceder no se valida, con el pretexto de brindar "... a la correcta aplicación del Decreto 57 de 1993..." que no le dispensaba esa prerrogativa al Consejo Superior de la Judicatura...". (Se resalta)

Así las cosas, encuentra la Sala que el Consejo Superior de la Judicatura no podía crear o variar la remuneración aplicable para el cargo de *Abogado Asesor*; de manera que, al catalogar dicho empleo creado para el Tribunal Administrativo de Caldas, con el "grado 23", se desbordaron los límites de su competencia, pues se reitera, al asignar un grado salarial a un cargo nominado al que ya le había sido determinado una remuneración, el Consejo Superior de la Judicatura no hizo otra cosa que alterar dicha condición salarial del cargo ya existente, siendo esta una facultad exclusiva del ejecutivo.

3.4. Conclusión – primer problema jurídico

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala -en reiteración de la posición que ya ha sido adoptada por esta Sala de decisión en ocasiones anteriores- que, es procedente inaplicar por inconstitucional la expresión "Grado 23" para nominar el cargo de *Abogado Asesor*, contenida en los Acuerdos que crearon y prorrogaron dicho cargo para el Tribunal Administrativo de Caldas, por cuanto la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura no tenía competencia para crear o variar la remuneración aplicable para ese cargo, toda vez que esta se encontraba expresamente señalada en el Decreto 57 de 1993 y los decretos anuales que fijaban el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial. Además, no podía acudir a la norma supletoria señalada en el artículo 4º ibidem para ubicar

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Rad.: 68001-23-15-000-2003-02985-01(1895-08)

⁴⁶ Ver entre otras, sentencia del 19 de abril de 2021, asunto radicado 17-001-23-33-000-2019-00418-00; sentencia del 16 de septiembre de 2022, asunto radicado 17-001-33-39-006-2019-00438-02; sentencia del 19 de septiembre de 2022, asunto radicado 17-001-23-33-000-2019-00395-00.

la remuneración en el grado 23, la cual como se comprobó resulta inferior, pues dicha tabla aplica únicamente para los cargos que no estén señalados en el artículo 3º.

Por lo tanto, la actuación del Consejo Superior de la Judicatura resultó abiertamente reñida con los artículos 125, 150-23 y 257 de la Constitución, pues no era competente para fijar la remuneración del cargo de *Abogado Asesor* de Tribunal Judicial, pues tal potestad corresponde al Presidente de la República en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992.

Corolario de lo expuesto, se confirmará la decisión adoptada por el *a quo*.

4. Segundo problema jurídico – prescripción

Previo a descender al análisis de la figura de prescripción en el presente asunto, la cual fue pasada por alto por el *a quo*, resulta necesario destacar que como lo ha señalado la H. Corte Constitucional, el estudio oficioso de esta excepción en la jurisdicción contencioso administrativa -a diferencia de otras jurisdicciones- vela por la prevalencia del interés general y se torna como una facultad que debe ser ejercida por el Juez Contencioso en pro de dicho principio constitucional. En efecto dicha Corporación advirtió:

"Al prohibir al juez el reconocimiento oficioso de la prescripción, a diferencia de lo previsto en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los artículos 282 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso y 2513 del Código Civil no vulneran el principio constitucional de igualdad, ya que a pesar de que se evidencia un trato diferente respecto de los justiciables, usuarios del servicio público de administración de justicia, dicha diferencia resulta razonable, ya que las normas demandadas persiguen la finalidad constitucionalmente legítima de amparar la autonomía de la voluntad y el medio utilizado es idóneo para alcanzar dicho fin, mientras que la norma del CPACA persigue el fin de interés general, de amparar el patrimonio público en los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sin comprometer, no obstante, su imparcialidad en la decisión del asunto."

En línea con lo anterior, se procederá de manera oficiosa a analizar el acaecimiento de dicha figura en el *sub lite*.

Como se advirtió en precedencia, se encuentra acreditado en el presente asunto que, la servidora Sandra Milena Quintero Uribe, se desempeñó en el cargo de Abogado Asesor grado 23, desde el 15 de febrero de 2012 y continuaba vinculada a la fecha de emisión de dicha certificación -06 de agosto de 2021-; así mismo se tiene que la demandante, el 04 de agosto de 2021 solicitó al Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Manizales, la nivelación y demás acreencias laborales deprecadas en esta sede judicial.

En este orden de ideas, se observa por la Sala que entre la data en que la demandante empezó a devengar la asignación salarial y prestacional cuya reliquidación se dispone en el *sub lite* (2012) y la fecha en que reclamó dicha nivelación ante la entidad demandada (2021), transcurrieron mas de 3 años, por lo cual se hace necesario traer a colación el Decreto 1848 de 1969 reglamentario del Decreto 3135 de 1968 que en su artículo 102 dispone:

"PREScripción DE ACCIONES.

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

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

Se tiene que en el *sub iudice* el reconocimiento de los mayores valores por concepto de salarios y prestaciones ordenadas por el *a quo* data desde la fecha en que la demandante empezó su ejercicio en el cargo de "*abogado asesor*", esto es, desde el 15 de febrero de 2012, sin embargo de conformidad con la normativa en cita, resulta necesario señalar que entre dicha data y la fecha de la reclamación efectuada por aquella, esto es, el 04 de agosto de 2021 trascurrieron más de 3 años, lapso que valga advertir, por el contrario no trascurrió entre dicha reclamación y la fecha de presentación de la demanda.

Así las cosas, se modificará la sentencia recurrida en el sentido de advertir que, el reconocimiento efectuado en el numeral 4⁴⁷ de la providencia solo tendrá efectos respecto de los salarios y prestaciones que se hayan causado a partir del 04 de agosto de 2018, en razón a la prescripción trienal ya advertida.

5. Costas

Atendiendo al criterio objetivo valorativo que ha sido desarrollado por el H. Consejo de Estado con respecto a la imposición de costas (gastos procesales y agencias en derecho), no se condenará en costas de segunda instancia advirtiendo que no se encuentran acreditadas, toda vez que las partes recurrentes no incurrieron en gastos procesales, ni desplegaron actuaciones ante este Tribunal que puedan generar agencias en derecho.

Por lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR fundado el **impedimento** manifestado por el Magistrado Augusto Ramón Chávez Marín para integrar la Sala dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instauró Sandra Milena Quintero Uribe contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 4 de la sentencia de primera instancia emitida el 29 de septiembre de 2022 por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del Derecho promovido por Sandra Milena Quintero Uribe contra la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, el cual quedará así:

⁴⁷ El cual se emitió al siguiente tenor literal:

"CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, SE CONDENA a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, reconocer y pagar a favor de SANDRA MILENA QUINTERO URIBE quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 24.341.778; la diferencia existente entre los salarios, y prestaciones sociales devengados durante el tiempo laborado en el cargo de ABOGADO ASESOR GRADO 23 del Tribunal Administrativo de Caldas; y la asignación salarial y demás prestaciones dispuestas mediante decreto, por el Gobierno Nacional para el cargo de ABOGADO ASESOR del Tribunal Judicial."

"CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, SE CONDENA a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, reconocer y pagar a favor de SANDRA MILENA QUINTERO URIBE quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 24.341.778; la diferencia existente entre los salarios, y prestaciones sociales devengados a partir del 04 de agosto de 2018 -por prescripción trienal- durante el tiempo laborado en el cargo de ABOGADO ASESOR GRADO 23 del Tribunal Administrativo de Caldas; y la asignación salarial y demás prestaciones dispuestas mediante decreto, por el Gobierno Nacional para el cargo de ABOGADO ASESOR del Tribunal Judicial."

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

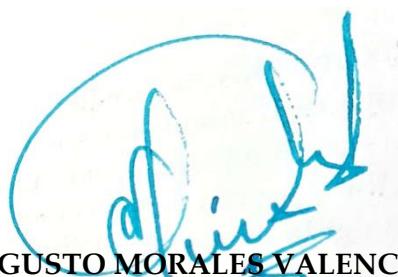
QUINTO: En firme esta providencia remítase el expediente al Juzgado de Origen, previas las anotaciones pertinentes en el sistema "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 16 de 2023.

NOTIFICAR

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 41

Manizales, tres (3) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO: 17 001 33 33 001 2022 00001 02
NATURALEZA: Protección de Derechos e Intereses Colectivos
ACCIONANTE: Enrique Arbeláez Mutis
DEMANDADOS: Aguas de Manizales S.A. E.S.P. y municipio de Villamaría
VINCULADOS: Municipio de Manizales, Corpocaldas, Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, y Aquamaná S.A. E.S.P.

Se resuelve el recurso de apelación formulado por el demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. Demanda

El actor señaló que, el Consejo de Estado en sentencia de segunda instancia del 8 de mayo de 2006, ordenó a Aguas Manizales, el saneamiento de aguas residuales y protección de áreas de importancia ecológica y se dispuso de dos años, sin perjuicio de adopción de medidas provisionales.

Que desde septiembre de 2016 se llevó a efecto un convenio interadministrativo entre el municipio de Villamaría, Aquamaná, Aguas Manizales y Corpocaldas, donde Villamaría aportó 300 millones de pesos y Aquamaná 60 millones en aras de lograr el saneamiento de aguas residuales, con los respectivos estudios técnicos y demás actividades de esa naturaleza.

Que el Alcalde actual de Manizales ha manifestado desde hace mucho tiempo que no aceptaba la licitación con una empresa denominada Fypasa; que como consecuencia de la dilación de la licitación, las contradicciones y demás choques políticos la obra de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales - Ptar se occasionaron unos sobrecostos, lo que genera un grave detrimento patrimonial.

Que sin consentimiento de las autoridades de Villamaría y Aquamaná se dispuso a construir la PTAR en el sitio de Los Cámbulos, que poco tiene de recoger las aguas residuales de Villamaría cuya mayor descarga es mucho más abajo, por tener barrios en terrenos muy distantes de la planta, esto conllevaría a perder esfuerzos y dinero porque la solución quedaría a medias. Sumado a ello, la planta de tratamiento generaría malos olores, con ello, un grave perjuicio a los habitantes del sector.

Con fundamento en lo anterior solicita la protección a los derechos colectivos al medio

ambiente sano, a la construcción de obras públicas eficientes y oportunas, y a la moralidad administrativa. En consecuencia solicita se ordene: i) que para efecto de construir la PTAR se escoja un sitio ideal desde donde pueda garantizar que se minimizará el problema ambiental de aguas residuales de Manizales y Villamaría; ii) que se garantice con criterio y rigor técnico que la obra sea ejecutada por un oferente digno de credibilidad y que no cuente con antecedentes que pongan en tela de juicio la ejecutoria de la obra; y iii) que el proyecto se socialice y se produzca veeduría y seguimiento de quienes han tenido acciones populares con sentencias ejecutorias relacionadas con el saneamiento de aguas residuales de los dos municipios.

2. Pronunciamiento frente a la demanda

2.1. Aguas de Manizales S.A. E.S.P.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones del actor, para ello formuló las excepciones que denominó:

“HECHO SUPERADO” basada en que, respecto de la primera pretensión referente a la escogencia del sitio ideal para la construcción de la PTAR, el municipio de Manizales, Aguas de Manizales S.A. E.S.P., el municipio de Villamaría, Corpocaldas y Aquamaná firmaron el convenio interadministrativo 1609080520 el 8 de septiembre de 2016, para adelantar los estudios y diseños de la PTAR. Que derivado de dicho convenio se desarrolló la licitación internacional para llevar a cabo los estudios y diseños de la PTAR. En marzo de 2017 se adjudicó el contrato de consultoría al Consorcio Hazen and Sawyer P.C. - Conhydrá S.A. E.S.P. En el marco del desarrollo de la Consultaría se analizaron 32 tecnologías con el fin de escoger la más adecuada para el contexto regional. De este ejercicio resultó seleccionada por contar con las mejores condiciones técnicas, económicas y ambientales para la región la de “Lodos Activados Convencionales”.

En cuanto al sitio de ejecución de las obras advirtió que inicialmente se tenía planteada la construcción de la planta de tratamiento en un lote de La Floresta, Villamaría, sin embargo, de acuerdo al análisis hecho por las mesas de trabajo se determinó que este bien no contaba con el uso del suelo autorizado para la construcción de la PTAR, además de encontrarse en una zona inestable y de riesgo, entre otras variables que se tuvieron en cuenta para determinar que era preferible la construcción en el sector de Los Cámbulos.

En cuanto a la segunda pretensión señaló que, en los términos de referencia establecían unos criterios de idoneidad respecto a la experiencia, capacidad financiera y jurídica. Para lograr la materialización del proyecto, fue necesario el aval del banco alemán KFW; En virtud del citado proceso de licitación pública internacional se suscribió el contrato para la ejecución de la PTAR con el oferente seleccionado Fypasa Construcciones S.A. DE CV, quien cuenta con amplia experiencia específica certificada en construcción y operación de plantas de tratamiento de aguas residuales de tecnología de lodos actividades convencionales como está en los diseños del proyecto; también los requisitos financieros que garantizan la capacidad del proponente en ese sentido y además de una serie de requisitos legales que avalan su existencia y representación legal, lo anterior de acuerdo a lo requerido dentro del proceso. Adicionalmente la experiencia del contratista está claramente indicada en el informe técnico efectuado por los ingenieros Darío Restrepo y Leonardo Arbeláez. De igual

forma la Contraloría General de la República efectúa un permanente seguimiento para el ejercicio del control concomitante y preventivo del proyecto.

En cuanto a la tercera pretensión señaló que, tanto el proceso con radicado 2003-01223, como el 2006-0071 han tenido audiencias de verificación de cumplimiento en atención a lo ordenado en cada uno de los fallos. Que el aquí demandante forma parte de una de las veedurías conformadas para el seguimiento al proyecto de la PTAR; además que se ha socializado con todos los grupos de interés.

“COSA JUZGADA” basada en que sobre el tema hay pronunciamientos que imponen a la parte demandada la obligación de agotar los trámites que sean para efectuar el tratamiento de las aguas residuales de Manizales y Villamaría.

“INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN A LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS POR PARTE DE AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P.” basado en que, de las pruebas que reposan en el expediente se puede colegir que la empresa de servicios públicos ha cumplido las obligaciones que se derivan de los distintos fallos que se han expedido en torno al tratamiento de aguas residuales en Manizales y Villamaría.

2.2. Municipio de Manizales

Se opuso a las pretensiones y a los hechos de la demanda por considerar que carecen de sustento fáctico, jurídico y probatorio. Para ello formuló las excepciones que denominó:

“IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR POR EXISTENCIA DE OTROS MEDIOS JUDICIALES PARA LA SATISFACCIÓN DE LAS PRETENSIONES”, basada en que el demandante ha debido acudir al incidente de desacato por la existencia de pronunciamiento judicial sobre el tema. “COSA JUZGADA” basada en que entre las partes existe i) identidad de objeto, (ii) identidad de causa e (iii) identidad jurídica de las partes, respecto a la orden judicial impartida a por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, confirmada por el Tribunal Administrativo de Caldas, dentro del proceso 2006-0071. “FALTA DE PRUEBA DE LOS HECHOS CONSTITUTIVOS DE VULNERACIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS” por cuanto la parte actora no logra probar los hechos constitutivos de vulneración de los derechos colectivos; y “LA FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORCIO NECESARIO” por cuanto son varias son las entidades que deben concurrir necesariamente al trámite de la presente acción en atención a que las resultas de las mismas pueden afectar sus legítimos derechos e intereses por haber sido parte de los convenios interadministrativos suscritos, y que no fueron vinculados, como son: el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y Corpocaldas.

2.3. Aquamaná S.A. E.S.P.

Solicitó se acceda al amparo de los derechos e intereses colectivos invocados por el accionante, en consecuencia, se ordene a Aguas de Manizales modificar la ubicación de la PTAR en un sitio estratégico tanto para Manizales como para Villamaría y se garantice la inclusión de la última entidad territorial desde la primera etapa del proyecto mediante la realización de los respectivos acuerdos y socializaciones.

Que Aquamaná no hizo parte del proceso de contratación adelantado para la realización de las obras de construcción de la PTAR, por lo que la Entidad no tuvo injerencia en la selección del contratista. Respecto a los sobrecostos a que hace referencia el demandante, si bien, no es posible determinar a ciencia cierta el monto, si puede inferirse que, el paso del tiempo entre la suscripción del convenio, la realización de los estudios y diseños y la adjudicación del contrato y su posterior ejecución se verá representado en gastos adicionales.

En lo que respecta a los aspectos técnicos del proyecto, en los estudios previos del convenio 621, se presentaba una PTAR de 640 litros por segundo, ahora se observa con sorpresa que la construcción actual, según los términos es para un caudal de 520 litros por segundo, tratando así un caudal menor, de lo que se puede concluir que a este proyecto le fueron extraídos 120 litros, los cuales son necesarios para el municipio de Villamaría teniendo en cuenta la dinámica de crecimiento poblacional.

Que el Plan de Saneamiento y Manejo de Vertimientos - PSMV de Aquamaná ha estado proyectado desde años atrás con obras tendientes a la conducción de los vertimientos hacia el sector de La Floresta, teniendo en cuenta que este era el lugar inicialmente planteado para la construcción de la PTAR, específicamente, se han invertido una serie de recursos para la construcción de obras de descole y colectores, para este caso el Colector San Carlos y la prolongación del Box Coulvert La Diana, las cuales tuvieron un valor aproximado de mil millones de pesos, siendo estas las únicas obras que han podido ejecutarse debido a la incertidumbre acerca de la ubicación de la PTAR, lo cual ha generado retrasos en la ejecución de las obras establecidas en el PSMV, a efectos de evitar un detrimento patrimonial.

Que si por parte de Aquamaná se apoyara la construcción de la PTAR en el sector Los Cámbulos, se tendrían que reconducir las obras proyectadas, además de tener que implementar un sistema de bombeo que permita la conducción de los vertimientos del municipio, generando inversiones administrativas y operativas adicionales que no son financieramente viables para la Empresa y que se verían traducidas en un aumento tarifario desmesurado para los suscriptores.

2.4. Municipio de Villamaría

Se opuso a las pretensiones del demandante toda vez que, según su opinión superan la órbita jurisdiccional de ese ente territorial. Propuso la excepción denominada: "*Falta de legitimación en la causa por pasiva*", habida cuenta que ese municipio ha dado estricto cumplimiento a los imperativos estipulados en el convenio interinstitucional, todo dentro de sus capacidades materiales y jurisdiccionales. Por lo cual resulta improcedente adjudicarle algún tipo de omisión a su deber de protección.

2.5. Corpocaldas

Se opuso a las pretensiones del demandante toda vez que la problemática se refiere al funcionamiento de la PTAR diseñada para implementarse en el sector de Los Cámbulos del municipio de Manizales, construcción que no es de la competencia de la Corporación, como tampoco lo es impedirlo, según la Ley 99 de 1993.

Afirmó que ha cumplido con la carga obligacional impuesta, la cual cumple a través de la inversión de recursos en los proyectos de descontaminación hídrica provenientes del recaudo por concepto de tasa retributiva a través de la celebración de convenios para el seguimiento a los planes de saneamiento y manejo de vertimientos, así como el otorgamiento de permisos de vertimientos con el control respectivo.

Que, como consecuencia de la providencia que ordenara la construcción de la planta de tratamiento se celebró el convenio interadministrativo de uso de recursos, en el cual participó la entidad. Que el proyecto cuenta con estudios detallados que permitieron el concepto favorable del Viceministerio de Aguas y Saneamiento Básico, que apalancó la posibilidad de efectuar esa construcción para la recuperación de la cuenca del Río Chinchiná. De manera que el proyecto de la PTAR cuenta con rigor técnico y científico para su implementación, sin que se vean afectados de manera alguna los derechos de los habitantes de Villamaría o sectores aledaños.

Con fundamento en lo anterior formuló las excepciones: “*Cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales en materia de manejo de aguas residuales y saneamiento*”, “*cumplimiento de la carga obligacional impuesta a Corpocaldas*”, “*ausencia de transgresión de los derechos colectivos y cumplimiento integral y diligente de las funciones asignadas por la ley a la Corporación en atención a su órbita de competencia*”, “*Falta de legitimación en la causa por pasiva de la Corporación Autónoma y Regional de Caldas “Corpocaldas”, en atención a su órbita de competencia*”.

2.6. Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio

Se opuso a las pretensiones del demandante y solicitó su desvinculación del presente trámite pues no ha vulnerado los derechos.

Propuso la excepción “*Falta de legitimación en la causa por pasiva*” basada en que no existe ninguna relación de causalidad en la medida que la entidad no tuvo injerencia en la situación fáctica que alude el actor para la configuración de la posible existencia de un daño por amenaza y lesión a los derechos e intereses colectivos como consecuencia de la construcción de la PTAR. Adicionalmente, argumentó sobre la autonomía administrativa que les asiste a las autoridades territoriales para la administración y gestión de sus necesidades.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró impróspera la excepción de cosa juzgada presentada por el municipio de Manizales y Aguas de Manizales S.A. E.S.P., y prosperas algunas de las formuladas por las entidades demandadas¹; en consecuencia, negó las pretensiones del demandante.

¹ Aguas de Manizales: (i) *Hecho superado*; (ii) *inexistencia de violación de los derechos colectivos por parte de Aguas de Manizales S.A. E.S.P.* - Municipio de Manizales: (i) *Improcedencia de la acción popular por la existencia de otros medios judiciales para la satisfacción de sus pretensiones*; (ii) *falta de prueba de los hechos constitutivos de violación a los derechos colectivos*. - Municipio de Villamaría: (i) *falta de legitimación en la causa por pasiva*. - Corpocaldas: (i) *Cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales en materia de manejo de aguas residuales y saneamiento*; (ii) *cumplimiento de la carga obligacional impuesta a Corpocaldas*; (iii) *Ausencia de transgresión de los derechos colectivos y cumplimiento integral y diligente de las funciones asignadas por la ley a la corporación autónoma regional caldas - Corpocaldas-, en atención a su órbita de competencia*; (iv) *falta de legitimación en la causa por pasiva de la Corporación Autónoma y Regional de Caldas-Corpocaldas- en atención a la órbita de su competencia*.

Para fundamentar su decisión señaló que, se pretende la reubicación de una obra en ejecución, es decir, se pretende que la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Manizales se construya en un sitio diferente al que ya se decidió construir; infraestructura que es edificada como consecuencia de una orden impartida por el Consejo de Estado en sentencia del 8 de mayo de 2006 y por el Tribunal Administrativo de Caldas que confirmó el fallo del Juzgado Segundo Administrativo de Manizales.

Que esas mismas consideraciones impiden que el juez popular se convierta, en una instancia nueva de verificación y cumplimiento de lo decidido por otras autoridades judiciales, so pretexto que el incumplimiento de lo ordenado por otros jueces entrañaría vulneración o amenaza de derechos colectivos (vgr. moralidad administrativa). Que la ciudadanía contaría con otros recursos judiciales para hacer control a las decisiones de la administración, entre ellos, el incidente de desacato el cual sí procura la verificación y cumplimiento de una decisión judicial que previamente ha emitido unas órdenes específicas.

Sobre la carga de la prueba expuso que, no se encontraron hallazgos probatorios que permitan inferir que se están cometiendo irregularidades que estén vulnerando los derechos e intereses de la colectividad. Que por el contrario, se demostró el adelantamiento de una buena cantidad de trámites técnicos y administrativos tendientes a la ejecución de PTAR, con sujeción a las condiciones técnicas que han considerado como las más viables. Tanto es así que han obtenido las diferentes autorizaciones y aprobaciones de entidades territoriales y nacionales para la ejecución de la obra. En este sentido no se encuentran evidencias sobre las que se pueda sustentar una decisión tendiente a la suspensión y/o la reubicación de la construcción.

4. Recurso de apelación

El **accionante** solicitó se revoque la sentencia y en su lugar se acceda a sus pretensiones, para ello señaló que, Aquamaná y el municipio de Villamaría, siempre han indicado que se encuentran engañados por la decisión tomada por Manizales respecto a la Ptar, porque no los tuvieron en cuenta a pesar de haber aportado dinero para sus diseños y estudios. Que cuando se dieron cuenta de que la planta estaba siendo ubicada en el sector de Los Cámbulos, dejaron constancia que allí no llegaba un buen caudal del municipio de Villamaría por estar situado el proyecto en la parte alta del municipio quedando una población mayor sin la recolección de las aguas residuales.

Que la Ptar recoge poca agua residual de Manizales y mínima de Villamaría, con lo cual se produce un grave problema de detrimento patrimonial porque en corto o mediano plazo tendrían que construir otra planta porque la sentencia fue contundente en este sentido.

La planta en Los Cámbulos carece de planeación, cada vez cuesta más por problemas de ser suspendida la obra. El costo es considerable por ese motivo pues puede equivaler a 147.000 millones de pesos en sobrecostos. Hay convocatorias desiertas, la obra se hace con la misma firma que fuera cuestionada por el alcalde actual. Es una obra cuestionada social, ambiental y económicamente; lo propio puede decirse de ser paquidérmica. Que la firma cuestionada ahora pide 20.000 millones de adición al proyecto.

Que el sitio no es el propicio porque ambientalmente puede causar problemas de salubridad pública al hacerse en lugares cercanos a poblaciones urbanas.

Que es el propio municipio de Villamaría quien pierde en todo sentido: social, ambiental y económicamente porque la planta no le va a servir para resolver problemas de esta naturaleza al recoger muy poco las aguas residuales. La contaminación seguirá siendo un grave problema en el Río Chinchiná.

5. Alegatos y concepto del Ministerio Público

Corpocaldas reiteró los argumentos expuestos en su contestación y luego de analizar la sentencia de primera instancia solicitó su confirmación, por no haberse demostrado dentro del presente proceso vulneración a derecho colectivo alguno, lo que lleva a concluir que mi representada ha cumplido con las competencias legales que tiene establecidas.

Aguas de Manizales S.A. E.S.P., luego de analizar la sentencia de primera instancia solicitó su confirmación, en atención a las pruebas que obran en el proceso.

Municipio de Manizales solicitó confirmar la sentencia por cuanto se demostró que las acciones adelantadas por el municipio se encuentran ajustadas a derecho, de acuerdo a los requerimientos técnicos para ese tipo de proyectos de infraestructura; aunado a que no logró probarse que las accionadas vulneraran los derechos colectivos invocados.

Aquamaná realizó manifestaciones respecto a la posible reubicación de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales y sus apreciaciones sobre el particular.

Municipio de Villamaria reiteró la excepción relativa a la falta de legitimidad por pasiva, bajo el entendido de que ente ha dado cabal cumplimiento a los deberes contraídos en el convenio interinstitucional.

Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio reiteró que su actuación se ajustó en el marco de sus competencias y funciones establecidas por el ordenamiento jurídico, tal es el caso de lo dispuesto por el artículo 121 de la Constitución Política, el Decreto 3571 de 2011, modificado por el Decreto 1604 de 2020, el Decreto 1077 de 2015, razón por la cual solicitó que se confirme el fallo de primera instancia.

Concepto del Ministerio Público, considera procedente que se de Caldas confirme la sentencia de primera instancia, por medio de la cual se decidió declarar prósperas las excepciones propuestas por las entidades accionadas y vinculadas y negar las pretensiones de la demanda, ante la ausencia de pruebas que demuestren la vulneración o amenaza a los derechos colectivos.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos propuestos en el recurso de apelación, se centra en dilucidar: *¿Se encuentra acreditada la amenaza o vulneración de los derechos colectivo al medio*

ambiente sano, a la construcción de obras públicas eficientes y oportunas, y a la moralidad administrativa, con la construcción de la PTAR en el lote Los Cámbulos?

2. Tesis del Tribunal

No se encuentra acreditada la amenaza o vulneración de los derechos colectivos al medio ambiente sano, a la construcción de obras públicas eficientes y oportunas, y a la moralidad administrativa, con la construcción de la PTAR en el lote Los Cámbulos, por el contrario, se encuentra acreditado que, las entidades públicas demandadas y vinculadas al proceso han realizado esfuerzos técnicos, presupuestales y administrativos considerables para llevar a cabo la construcción del referido proyecto.

Para fundamentar lo anterior, se analizarán: i) el marco jurídico sobre, la naturaleza de las acciones populares; el alcance de los derechos colectivos invocados; la carga de la prueba; para descender al ii) análisis de los hechos probados y la resolución del caso concreto.

3. Marco jurídico

3.1. Naturaleza de las acciones populares

Las acciones populares consagradas en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política y reglamentada por la Ley 472 de 1998, tienen como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando estos resulten amenazados por la acción u omisión de las autoridades o de los particulares. Cabe señalar que tales derechos e intereses colectivos no son únicamente los enunciados en el artículo 4º de la Ley 472 de 1998, sino también los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados internacionales celebrados por Colombia.

Los supuestos sustanciales para que proceda la acción popular son los siguientes, a saber: a) una acción u omisión de la parte demandada; b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, y; c) la relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de los derechos colectivos, los tres supuestos anteriores deben demostrarse en el trámite respectivo.

3.2. Alcance de los derechos colectivos invocados

En la sentencia apelada fueron amparados los derechos: “*al medio ambiente sano, a la construcción de obras públicas eficientes y oportunas, y a la moralidad administrativa*” estos derechos tienen la calidad de colectivos, como se describe a continuación:

3.2.1. Derecho al medio ambiente

La Constitución Política de 1991 es una Constitución Ecológica como quiera que, sobre el particular hay más de 30 disposiciones que desarrollan la materia, entre los cuales se destacan los artículos 8.º, 58, 79, 80 y 95 que prevén: i) la obligación del Estado y de las personas de proteger las riquezas naturales de la Nación; ii) la función ecológica de la propiedad; iii) el derecho a gozar de un ambiente sano y el deber del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservando las áreas de especial importancia ecológica y fomentando la educación para el logro de estos fines; y iv) el deber del Estado

de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Así como de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Estos preceptos concentran los atributos principales en relación con el medio ambiente que se manifiestan en otros artículos constitucionales, de ahí que el análisis de este bien jurídico superior se efectúe desde tres perspectivas: i) como un derecho de las personas, ii) un servicio público y, iii) un principio que permea el ordenamiento jurídico en su integridad, dado que asigna facultades e impone compromisos a las autoridades así como a los particulares, en aras de su protección adquiriendo, de esa forma, un carácter de objetivo social.²

Acerca del medio ambiente como derecho colectivo, la Corte Constitucional³ ha resaltado su importancia, ya que: "*no sólo se le deben a toda la humanidad, en cuanto son protegidos por el interés universal, y por ello están encuadrados dentro de los llamados derechos humanos de 'tercera generación', sino que se le deben incluso a las generaciones que están por nacer*", toda vez que "*la humanidad del futuro tiene derecho a que se le conserve, el planeta desde hoy, en un ambiente adecuado a la dignidad del hombre como sujeto universal del derecho...*".

Y en cuanto a los componentes de este derecho y los deberes del Estado precisa⁴:

"Así pues, por un lado, en Colombia todos los ciudadanos tienen derecho a un ambiente sano y el deber de participar en su protección y conservación; y, por otro lado, el Estado tiene la obligación de: 1) proteger su diversidad e integridad, 2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, 3) conservar las áreas de especial importancia ecológica, 4) fomentar la educación ambiental, 5) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, 6) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, 7) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente y 8) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera.

Adicionalmente, en Colombia el derecho al ambiente sano está ligado al desarrollo económico sostenible, en el entendido de que se debe "armonizar el derecho al desarrollo -indispensable para la satisfacción de las necesidades humanas- con las restricciones derivadas de la protección al medio ambiente".

3.2.2. Derecho a la construcción de obras públicas eficientes y oportunas

En cuanto al contenido y alcance de este derecho, el Consejo de Estado⁵ ha precisado:

"De acuerdo con lo señalado por la jurisprudencia de esta Corporación este derecho implica [...] la necesidad de proteger la adecuada utilización, transformación y ocupación del suelo, de manera que las autoridades competentes no actúen en forma arbitraria en

² Consejo de Estado Sección Primera. Sentencia del 31 de mayo de 2018, C.P. Hernando Sánchez Sánchez. A.P. 50001-23-33-000-2015-00234-01

³ Corte Constitucional, Sentencia C-699 de 2015.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-644 de 2017.

⁵ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 10 de diciembre de 2018. C.P. Hernando Sánchez. Rad.: 170012331000201100424-03.

contravención del respectivo plan de ordenamiento territorial o instrumento que haga sus veces, a través de acciones que estén fuera de su marco normativo [...]".

115. De igual forma, esta sección mediante sentencia de 7 de abril de 2011, determinó que el núcleo esencial del derecho colectivo comprendía los siguientes aspectos: i) respeto y acatamiento del principio de función social y ecológica de la propiedad; ii) protección del espacio público procurando adelantar cualquier tipo de construcción o edificación con respeto por el espacio público, el patrimonio público, y la calidad de vida de los demás habitantes; iii) respetar los derechos ajenos y no abusar del derecho propio; y iv) Atender los procesos de cambio en el uso del suelo, en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la función social de la propiedad a la cual le es inherente una función ecológica, buscando el desarrollo sostenible.

(...)

Así las cosas, para la Sala es claro que el derecho señalado en el literal m) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998, corresponde a la obligación que le impone el legislador a las autoridades públicas y particulares, en general, de acatar plenamente los preceptos jurídicos que rigen la materia urbanística es decir la forma como progresá y se desarrolla una determinada población, en términos de progreso físico y material, asentada en una determinada entidad territorial -bien sea en sus zonas urbanas o rurales- con miras a satisfacer plenamente las necesidades de la población".

En ese orden de ideas, la vulneración al derecho colectivo de la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de calidad de vida de los habitantes implica que las autoridades y/o los particulares desconozcan la normativa en materia urbanística y usos del suelo.

3.2.3. Derecho a la moralidad administrativa

Este derecho, como otros tantos, no se encuentra definido en las normas constitucionales y legales, pero comporta uno de los derechos colectivos de especial protección, de conformidad con lo previsto en el artículo 88 de la Carta Política y en el literal b) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998.

En Sentencia de Unificación del 13 de febrero de 2018⁶, el Consejo de Estado analizó su alcance bajo la premisa de que, al no encontrarse definido en la Ley 472 de 1998, se trata de un concepto jurídico indeterminado que debe ser estudiado en cada caso concreto; sin soslayar que al tiempo comporta un principio que debe regir toda la actividad administrativa, así:

166. *Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha considerado a la moralidad administrativa dentro de una doble dimensión: i) como principio de la función administrativa (artículo 209 CP) y ii) como derecho colectivo (artículo 88 ibidem).*

⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de febrero de 2018, radicación nro. 25000-23-15-000-2002-02704-01(SU), C.P. William Hernández Gómez.

«[...] como principio, la moralidad administrativa orienta la producción normativa infraconstitucional e infralegal a la vez que se configura como precepto interpretativo de obligatoria referencia para el operador jurídico; y como derecho o interés colectivo, alcanza una connotación subjetiva, toda vez que crea expectativas en la comunidad susceptibles de ser protegidas a través de la acción popular [...]»

167. Respecto de la moralidad administrativa, se ha señalado que si bien es un concepto jurídico indeterminado, en todo caso, la actuación de la administración debe estar direccionada a la satisfacción del interés general y realizarse dentro del marco de los fines establecidos por la Constitución y la ley.

168. En ese sentido la Sección Tercera de esta Corporación señaló: «[...] en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (art. 1), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa (art. 209 *ibidem*), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley».

169. Ahora bien, en sentencia del 1º de diciembre de 2015, la Sala Plena de esta Corporación se pronunció sobre el alcance de ese concepto así:

- La moralidad administrativa está referida a la lealtad del funcionario con los fines de la función administrativa;
- Para que se configure su trasgresión desde el punto de vista del interés colectivo tutelable a través de la acción popular, es necesario que se demuestre el elemento objetivo que alude al quebrantamiento del ordenamiento jurídico y el elemento subjetivo relacionado a la comprobación de conductas amañadas, corruptas, arbitrarias, alejadas de la correcta función pública; y
- En cumplimiento del artículo 18 de la Ley 472 de 1998 y el 167 del Código General del Proceso, debe existir respecto de tal derecho colectivo una imputación y carga probatoria por parte del actor popular.

170. De manera que, de conformidad con la jurisprudencia actual de esta Corporación, para que se configure la vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa, prima facie, el análisis tiene un carácter eminentemente objetivo, sin embargo, en algunos casos, puede ser relevante la acreditación del elemento subjetivo. Todo dependerá de las circunstancias concretas”.

Bajo esta línea de pensamiento, la actuación administrativa debe estar al servicio del interés general y el cumplimiento de los fines del Estado, evitando (i) el favorecimiento de intereses particulares, (ii) la desviación de poder y (iii) la inobservancia de la ley.

Empero, ello exige un análisis en cada caso particular, para establecer si se configura i) el elemento objetivo, que se verifica teniendo en cuenta si, con la actuación cuestionada, la autoridad administrativa incurrió en la inobservancia o transgresión de la ley y, ii) el elemento subjetivo, consistente en la materialización de conductas amañadas, corruptas y alejadas de la correcta función pública.

El análisis anterior no indica, de todas maneras, que el punto de partida sea necesariamente el objetivo, o que ambos análisis se deban efectuar de manera separada, pues en la medida que la demanda o la probanza revele el torcido fin para el cual se ha desplegado la función administrativa, el fallador deberá encauzar su indagación y análisis a la verificación de este, en el contexto propio de la actuación administrativa que es objeto de cuestionamiento.

3.3. Carga de la prueba

De conformidad con el artículo 30 de la Ley 472 de 1998⁷, la carga de la prueba sobre la vulneración de los derechos colectivos corresponde al demandante. Este es el denominado principio “*onus probandi*” que en materia de acciones populares ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia del Consejo de Estado; así, en fallo de 8 de junio de 2018⁸ indicó:

“XV.1.18. Sumado a todo lo anterior, es claro que frente a estas situaciones el actor tenía la carga de probarlas en el curso del proceso, conforme a lo previsto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, actividad procesal que corresponde al principio del “onus probandi”, definido por la doctrina en los siguientes términos⁹:

“[...] [C]on esta expresión se quiere indicar la actividad correspondiente a cada una de las partes en la tarea de hacer conocidos del juez los hechos en que se basan sus afirmaciones de la demanda o de la defensa.

Son tres las reglas que informan la carga de la prueba, a que no escapa ninguna legislación antigua ni moderna, a saber:

1. *Onus probandi incumbit actori*, o sea que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción.

2. *Reux, in excipiendo, fit actor*, o sea que el demandado, cuando excepciona o se defiende, se convierte en demandante para el efecto de tener que probar a su turno los hechos en que funda su defensa; y

3. *Actore non probante, reus absolvitur*, es decir, que el demandado ha de ser absuelto de los cargos o acción del demandante, si éste no logró en el proceso probar los hechos constitutivos de su demanda.

(...)

La distribución de la carga de la prueba consagrada en el artículo 1757 del C.C. tiene por fundamento una regla de experiencia universal: el interés o conveniencia de cada una de las partes de sacar avante sus propias afirmaciones. Quien pretenda ser acreedor al cumplimiento o pago de una prestación es el interesado y no el deudor,

⁷ Artículo 30.- *Carga de la Prueba*. La carga de la prueba corresponderá al demandante. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, si dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella. En el evento de no existir la posibilidad de allegar la prueba respectiva, en virtud de lo establecido en el inciso anterior, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de marzo de 2014, Rad.: 25000-23-15-000-2010-02404-01(AP), C.P. Stella Conto Diaz Del Castillo.

⁹ Cita de Cita: Antonio Rocha Alvira, Derecho Probatorio, Universidad Externado de Colombia, 1987.

en hacer conocidos del juez, mediante la prueba pertinente, los hechos base de su pretensión (...).

XV.1.19. *Se entiende, entonces, que el “onus probandi” persigue que las partes asuman en el proceso un rol activo, es decir, sin limitarse a la diligencia del juez como conductor del proceso o a las deficiencias probatorias de la contraparte. No obstante, si bien la carga procesal exige una conducta de la parte involucrada, ésta conserva, en todo caso, la facultad de ejercerla o no, sin que pueda el Juez u otra persona coaccionar su ejercicio. Lo anterior, por cuanto, la omisión en el cumplimiento de la carga procesal que le corresponde a la parte actora trae consigo eventuales consecuencias desfavorables, como lo es, el no acreditar los hechos en que sustenta su demanda y, en virtud de ello, obtener un fallo desfavorable.*

XV.1.20. *Ahora bien, el principio del “onus probandi” admite excepciones, previstas especialmente, cuando la carga de prueba resulta ser desproporcionada, irrazonable o injusta, permitiéndole al juez pronunciarse frente a la distribución de la carga de la prueba.*

XV.1.21. *Es así como, el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, impone al Juez constitucional del deber de impartir las órdenes correspondientes para suplir las deficiencias probatorias, en aquellos eventos donde la carga no pueda ser cumplida por razones de orden económico o técnico; sin que con ello se suplan las cargas impuestas a las partes, y el deber de actuar de forma diligente en el trámite procesal”. (Destacado es del texto).*

Así, no basta con indicar que determinados hechos violan los derechos e intereses colectivos para que se tenga por cierta su afectación o vulneración; el demandante tiene la carga procesal de demostrar los supuestos fácticos de sus alegaciones.

De acuerdo con el marco jurídico expuesto, a continuación se señalarán los hechos acreditados relevantes para resolver el problema jurídico propuesto.

4. Hechos acreditados

- El Consejo de Estado en sentencia de segunda instancia del 8 de mayo de 2006 proferida dentro de la acción popular formulada por el señor Enrique Arbeláez Mutis, radicado 17001-23-31-000-2003-01223-01 (AP) ordenó a Aguas de Manizales realizar las gestiones de todo orden para materializar los estudios necesarios para solucionar la problemática y lograr la ejecución del plan de saneamiento de las aguas residuales para los municipios de Manizales y Villamaría. Además exhortó al municipio de Manizales y a Corpocaldas para contribuir a la materialización de la solución al problema a que se refieren los hechos¹⁰.

- El Juzgado Segundo Administrativo de Manizales en sentencia del 09 de octubre de 2007, proferida dentro de la acción popular formulada por Vidalia Osorio Daza y otros, radicado 17001-33-31-02-2006-00071 ordenó a Aguas de Manizales S.A. E.S.P. y Aquamaná S.A. E.S.P. que construyan las obras de tratamiento de aguas residuales necesarias para la recuperación de la cuenca del Río Chinchiná, en el tramo que corresponde a los municipios de Manizales y de Villamaría; y a los municipios de Manizales y Villamaría, y a Corpocaldas adelantar las gestiones administrativas y presupuestales necesarias, para que de conformidad con sus competencias legales contribuyan a la materialización de las obras de tratamiento de aguas

¹⁰ Fl. 10-24 A.D. 02DemandAnexos.pdf y 1-6 A.D. 06AnexosContinuacionPopular.pdf

residuales necesarias para la recuperación de la cuenca del río Chinchiná¹¹. El Tribunal Administrativo de Caldas el 25 de junio de 2008 modificó el plazo para la ejecución de las obras de dos a seis años contados a partir de la ejecutoria de la sentencia.¹²

- El municipio de Manizales, Aguas de Manizales S.A. E.S.P., el municipio de Villamaría, Corpocaldas y Aquamaná firmaron el Convenio Interadministrativo 1609080520 el 8 de septiembre de 2016, cuyo objeto consistía en “Aunar esfuerzos técnicos, administrativos financieros y de gestión entre Aguas de Manizales SA. E.S.P., municipio de Manizales, municipio de Villamaría, Aquamaná, y la Corporación Autónoma Regional de Caldas - Corpocaldas, para realizar la ejecución de los servicios de consultoría para el análisis de alternativas, estudio de factibilidad, diseños definitivos y preparación de términos de referencia para la construcción de la planta de tratamiento de agua residual, su conexión (aducción) y colector la Diana, en la ciudad de Manizales y municipio de Villamaría, y la respectiva interventoría”¹³.

- En dicho convenio, se señalaron como obligaciones de Aguas de Manizales, entre otras: “3. Realizar todas las actividades inherentes a los procesos contractuales que se requieran para seleccionar al contratista que hará los servicios de Consultoría para el análisis de alternativas, estudios de factibilidad, diseños definitivos y preparación de términos de referencia para la construcción de la planta de tratamiento de agua residual, su conexión (aducción) y colector la Diana, en la ciudad de Manizales y municipio de Villamaría, y la respectiva interventoría”.

- En desarrollo del convenio, Aguas de Manizales adelantó la licitación Internacional para llevar a cabo los estudios y diseños de la PTAR. En marzo de 2017 se adjudicó el contrato de consultoría al Consorcio Hazen and Sawyer PC. - Conhydrá S.A. E.S.P., a través del cual se realizó el: - Levantamiento, Verificación, validación y actualización de datos básicos del proyecto; - Estudio de Alternativas; - Estudio de Factibilidad; - Estudio de Impacto Ambiental; - Diseños definitivos y Documentos de Licitación.

- El 28 de diciembre de 2018, mediante otrosí 01 al convenio interadministrativo 1609080520 las partes acordaron: “CLÁUSULA PRIMERA … en cuanto al lote donde se construirá la Planta de Tratamiento de Aguas residuales por los argumentos técnicos, económicos y ambientales mencionados en los considerandos del presente documento predio que será remplazado por el lote los Cámbulos”.¹⁴

- El 17 de junio de 2019 la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA, mediante Resolución 1089 otorgó la licencia ambiental a Aguas de Manizales para la ejecución del proyecto “Construcción y Operación de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales Los Cámbulos de los municipios de Manizales y Villamaría”¹⁵.

- Entre el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, el municipio de Manizales, Corpocaldas y Aguas de Manizales S.A. E.S.P., se suscribió el Convenio Interadministrativo de Uso de Recursos -CUR- 621 de 26 de junio de 2019, cuyo objeto consistía en “Establecer los términos y condiciones para el uso de los recursos aportados por la Nación a la ALCALDÍA DE MANIZALES. Para apoyar el proyecto denominado: “SANEAMIENTO CUENCA DEL RÍO

¹¹ Fl. 69-92 A.D. 53ConveniointeradministrativodaviviendarevisarfechaRevisarFecha_REVISAR_FECHA.pdf

¹² Fl. 64-68 A.D. 53ConveniointeradministrativodaviviendarevisarfechaRevisarFecha_REVISAR_FECHA.pdf

¹³ A.D. 5. Convenio interadministrativo Nro. 1609080520.pdf

¹⁴ Fl. 19-25 A.D. 5. Convenio interadministrativo Nro. 1609080520.pdf

¹⁵ A.D. 129LicenciaAmbientalPTAR

CHINCHINÁ MUNICIPIOS DE MANIZALES Y VILLAMARÍA".¹⁶

- El 31 de diciembre de 2020 se suscribió el Otrosí 1 al convenio interadministrativo 621 de 2019, en el que, entre otros aspectos, se modificó el valor del convenio, para un total de \$146.408.081.084¹⁷.

- El 27 de abril de 2021 se suscribió el Otrosí 2 al convenio interadministrativo 621 de 2019, a través del cual se modificó la cláusula séptima – Valor del convenio y se aclaró el considerando No. 15¹⁸.

- El 27 de octubre de 2021 se suscribió el Otrosí 3 al referido convenio interadministrativo, modificando el numeral 31 de la cláusula tercera – obligaciones del municipio, el cual quedaría así: “Realizar la contratación de la intervención técnica, administrativa y financiera del proyecto, remitiendo previamente EL MINISTERIO todos los documentos de licitación para ser presentados al KfW”¹⁹.

- Entre el municipio de Manizales y Aguas de Manizales se suscribió el Convenio interadministrativo 906260526 del 26 de junio de 2019, cuyo objeto consistía en:

“La Ejecución de los recursos asignados por el ministerio de vivienda ciudad y territorio al municipio de Manizales, así como los recursos aportados por el municipio de Manizales, CORPOCALDAS y la empresa AGUAS DE MANIZALES SA ESP mediante el convenio interadministrativo celebrado el 26 de junio de 2019, se materializarán en la construcción de las obras, suministro e instalación de equipos, puesta en marcha y asistencia operativa de la planta de tratamiento de aguas residuales en el sector de Los Cámbulos en la ciudad de Manizales y la contratación del encargo fiduciario”.

Como obligación a cargo de Aguas de Manizales se pactaron, entre otras:

“1. Contratar de manera directa o a través de un tercero un encargo fiduciario para el manejo de los recursos consagrados y aportados en el presente convenio, de conformidad al régimen contractual aplicable a AGUAS DE MANIZALES SA ESP. 2. Contratar de manera directa o a través de un tercero la ejecución del proyecto y la intervención técnica y administrativa del mismo, de conformidad al régimen contractual aplicable a AGUAS DE MANIZALES... 4. Ejecutar el siguiente proyecto en los términos que fueron viabilizados por el mecanismo de la ventanilla única del ministerio de vivienda, ciudad y territorio: “Construcción de las obras, suministro e instalación de equipos, puesta en marcha y asistencia operativa de la planta de tratamiento de aguas residuales en el sector de los cámbulos en la ciudad de Manizales, Caldas, Colombia, e intervención técnica y administrativa”.

Como obligación a cargo del municipio se pactaron, entre otras: *“1. Transferir los recursos al encargo fiduciario dentro de los plazos acordados en el convenio marco suscrito con el ministerio de vivienda ciudad y territorio 2. Efectuar la supervisión y el seguimiento al presente convenio...”*.

¹⁶ Fl. 1-20 A.D. 53ConveniointeradministrativodaviviendarevisarfechaRevisarFecha_REVISAR_FECHA.pdf

¹⁷ Fl. 156-163 A.D. 86ContestacionDemandCorpocaldas.pdf

¹⁸ Fl. 164-167 A.D. 86ContestacionDemandCorpocaldas.pdf

¹⁹ Fl. 168-170 A.D. 86ContestacionDemandCorpocaldas.pdf

- En virtud de lo anterior, entre Aguas de Manizales y Alianza Fiduciaria S.A., el 8 de noviembre de 2019 se suscribió el contrato de encargo fiduciario “*para la administración y pago de los recursos que transfieran los PARTICIPES debidamente contabilizados por cuenta del CONSTITUYENTE para la ejecución y desarrollo del PROYECTO*” denominado: “*Saneamiento cuenca del Rio Chinchiná, Municipio de Manizales y Villamaría el cual está encaminado a la - CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS. SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE EQUIPOS, PUESTA EN MARCHA Y ASISTENCIA OPERATIVA DE LA PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES EN EL SECTOR LOS CÁMBULOS EN LA CIUDAD DE MANIZALES - CALDAS - COLOMBIA*”²⁰.

- Además, Aguas de Manizales el 4 de julio de 2020 dio apertura al Proceso de Licitación Pública Internacional para la construcción de las obras, suministro e instalación de equipos, puesta en marcha y asistencia operativa de la planta de tratamiento de aguas residuales en el sector Los Cámbulos. Posteriormente Aguas de Manizales canceló dicho proceso.²¹

- Aguas de Manizales posteriormente adelantó el proceso de Invitación Pública 38 publicada el 16 de abril de 2021 para la “*CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS, SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE EQUIPOS, PUESTA EN MARCHA Y ASISTENCIA OPERATIVA DE PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES DEL SECTOR DE CÁMBULOS EN LA CIUDAD DE MANIZALES*”, dentro del proceso se presentaron dos oferentes: 1: FYPASA S.A. de C.V. y el Consorcio MZL Cámbulos, siendo seleccionado el primero²², con quien se firmó el contrato el 10 de noviembre de 2021.²³

- Aguas de Manizales además adelantó el proceso de Invitación Pública 75 publicada el 9 de septiembre de 2021, para la “*CONTRATACIÓN DE LA SUPERVISIÓN/INTERVENTORÍA DE LA PTAR LOS CÁMBULOS*”, siendo seleccionado el “*CONSORCIO INTER-PTAR Manizales conformado por: SERVICIOS DE INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A.S “SERVINC S.A.S” 50% Y PROYECTOS CIVILES Y TECNOLÓGICOS S.A.S. “PROCYTEC S.A.S” 50%*”²⁴, con quien se firmó el contrato el 26 de noviembre de 2021.

5. Análisis del caso concreto

El actor popular solicita en su demanda la protección de los derechos colectivos al medio ambiente sano, a la construcción de obras públicas eficientes y oportunas, y a la moralidad administrativa, por cuanto considera que se han presentado fallas en el proceso de planeación, contratación y construcción de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales – PTAR Los Cámbulos; por lo que solicita se ordene: construir la planta en un sitio desde donde pueda garantizar que se minimizará el problema ambiental de aguas residuales de los municipios de Manizales y Villamaría; que se garantice con criterio y rigor técnico que la obra sea ejecutada por un oferente digno de credibilidad y que el proyecto se socialice y se produzca veeduría y seguimiento de quienes han tenido acciones populares con sentencias ejecutorias relacionadas con el saneamiento de aguas residuales de los dos municipios.

²⁰ FI. 105-142 A.D. 86ContestacionDemandCorpocaldas.pdf

²¹ FI 12-41 A.D. 90ContestacionDemandMinisterioVivienda.PDF

²²

<https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.1957452&isFromPublicArea=True&isModal=true&asPopupView=true>

²³ FI. 411-414 A.D. 86ContestacionDemandCorpocaldas.pdf

²⁴ FI. 172-176 A.D. 86ContestacionDemandCorpocaldas.pdf

El *a quo* negó las pretensiones del demandante al considerar entre otras razones que, no reposa prueba alguna que permita inferir que se están cometiendo irregularidades que estén vulnerando los derechos e intereses de la colectividad; que por el contrario, se demostró el adelantamiento de una buena cantidad de trámites técnicos y administrativos tendientes a la ejecución de PTAR, con sujeción a las condiciones técnicas que han considerado como las más viables.

El demandante en su apelación insiste en que, la construcción de la PTAR en Los Cámbulos es inconveniente, pues recoge poca agua residual de Manizales y mínima de Villamaría, con lo cual se produce un detrimento patrimonial porque en corto o mediano plazo tendrían que construir otra planta; el lugar de construcción causará problemas de salubridad pública; hay sobrecostos; hay falta de planeación por cuanto se presentan convocatorias desiertas; la construcción de la obra fue adjudicada a una firma cuestionada.

Con fundamento en lo anterior, y partiendo de la base que, de conformidad con el artículo 30 de la Ley 472 de 1998²⁵, por regla general, la carga de la prueba sobre la vulneración de los derechos colectivos corresponde al demandante, la Sala analizará los puntos concretos de inconformidad expuestos por el recurrente, en cuanto: i) al cambio de la ubicación de la PTAR; ii) la capacidad de la PTAR; iii) los impactos ambientales; iv) la generación de sobrecostos; v) la selección del constructor de la PTAR y v) la socialización del proyecto.

5.1. En cuanto al cambio la ubicación de la PTAR

La Sala encuentra acreditado que, dicho cambio obedeció a las reuniones y el estudio realizado por la empresa Consultora Consorcio Hazen and Sawyer PC. - Conhydra S.A. E.S.P., del cual, se concluyó que los estudios y diseños para la PTAR en el predio Los Cámbulos hacia más viable y económico el proyecto, entre otras razones por cuanto el predio La Floresta no cuenta con uso de suelo autorizado para la construcción de dicha planta; presenta condiciones técnicas no favorables tales como que el área disponible para la totalidad del proyecto no es suficiente, existe una torre de energía que atraviesa el lote y lo disminuye en un 30% de su área efectiva, las altas pendientes y la necesidad de comprar lotes contiguos adicionales; además, está en zona inestable y de riesgo, y que se requerirían obras complementarias y mayor tiempo de construcción.

Así, tal como se dejó plasmado en el otrosí 01 del 28 de diciembre de 2018, al convenio interadministrativo 1609080520, las partes acordaron: “CLÁUSULA PRIMERA … en cuanto al lote donde se construirá la Planta de Tratamiento de Aguas residuales por los argumentos técnicos, económicos y ambientales mencionados en los considerandos del presente documento predio que será remplazado por el lote los Cámbulos”, en su parte considerativa se expone que fueron realizadas varias reuniones en las que se analizaron las condiciones de los lotes, tales como “10.... porcentaje de servicio mediante gravedad, temas de riesgo, componente ambiental, el

²⁵ Artículo 30.- *Carga de la Prueba. La carga de la prueba corresponderá al demandante. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, si dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella. En el evento de no existir la posibilidad de allegar la prueba respectiva, en virtud de lo establecido en el inciso anterior, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.*

cumplimiento de los objetivos de calidad y olores generados...”, “Costos Obras Complementarias...” así como mayores tiempos de construcción.²⁶

De acuerdo con el informe técnico elaborado por Aguas de Manizales el 28 de enero de 2021, una vez iniciado el contrato para los estudios y diseños de la PTAR, se llevaron a cabo 3 reuniones o mesas de trabajo los días 14 y 21 de junio y el 13 de julio de 2017, con la participación de todos los actores del proyecto incluyendo la firma consultora, en las que se analizaron los lotes La Floresta y Los Cámbulos y se concluyó que:

1. *El predio la Floresta no cuenta con uso de suelo autorizado para la construcción de una PTAR.*
2. *Ambos lotes tienen la misma exigencia en cuanto a objetivos de calidad del Rio Chinchiná y es la tecnología y la operación de ésta, quien haga cumplir la norma ambiental para Corpocaldas.*
3. *Los costos de optimización de la vía de acceso al predio La Floresta, tienen un valor aproximado de \$112.000.oo millones, así como el mantenimiento de la misma, hace más oneroso el proyecto. El predio La Floresta presenta actualmente unas condiciones técnicas no favorables tales como que el área disponible para la totalidad del proyecto no es suficiente, existe una torre de energía que atraviesa el lote y lo disminuye en un 30% de su área efectiva, las altas pendientes y la necesidad de comprar lotes contiguos adicionales.*
4. *El Lote Actual de La Floresta está en zona inestable y de riesgo, según se describe en el capítulo 4 del estudio de INGESAM.*

A partir de lo presentado se concluyó que llevar a cabo los estudios y diseños para la PTAR en el predio Los Cámbulos hace más viable y económico el proyecto.

Por todo lo anterior, la planta de tratamiento estará ubicada en el lote del sector los Cámbulos propiedad de Aguas de Manizales S.A. E.S.P. y está diseñada para tratar inicialmente el 100% las aguas residuales domésticas del distrito sanitario Sur de la ciudad de Manizales y las aguas residuales provenientes del municipio de Villamaría, tal y como se consideró en el contrato de diseño realizado por el Consorcio Hazen and Sawyer P.C. - Conhydra S.A. E.S.P.

El lote de Los Cámbulos propiedad de Aguas de Manizales S.A. E.S.P., cuenta con el uso del suelo, la licencia ambiental y el cumplimiento de otros requisitos. Este predio es apto para el desarrollo del proyecto”²⁷.

Ahora, el hecho que el Plan de Saneamiento y Manejo de Vertimientos PSMV de Aquamaná estuviese proyectado desde años atrás con obras tendientes a la conducción de los vertimientos hacia el sector de La Floresta, no es suficiente para concluir que deba ordenarse la construcción de la PTAR en dicho sector, pues claramente se han indicado las razones de orden técnico y económico que impiden la construcción en dicho lugar.

De otra parte, cabe señalar que la testigo Luisa Fernanda González Vélez²⁸ hizo referencia al origen de los esfuerzos financieros, técnicos y económicos para realizar la descontaminación de las aguas del distrito sur de Manizales y al detrimento patrimonial que significaría replantear lo que hasta ahora se ha realizado alrededor de la planta de tratamiento; lo cual es evidente teniendo en cuenta que ya se han efectuado unos estudios y unas obras que son cuantiosas y considerables.

²⁶ Fl. 19-25 A.D. 5. Convenio interadministrativo Nro. 1609080520.pdf

²⁷ A.D. 9. Informe Técnico Lote Cambulos.pdf

²⁸ Minutos 01:05:20 a 01:35:30 A.D. 126ActaAudienciaPruebas1y2Junio2022.pdf

Por lo anterior, la Sala no encuentra acreditada la amenaza o vulneración de los derechos colectivos invocados por el actor, debido al cambio de ubicación de la PTAR; por el contrario, dicha decisión se encuentra justificada.

5.2. En cuanto a la capacidad de la PTAR

Al respecto se tiene que, entre el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, el municipio de Manizales, Corpocaldas y Aguas de Manizales S.A. E.S.P., se suscribió el Convenio Interadministrativo de Uso de Recursos -CUR- 621 de 26 de junio de 2019, cuyo objeto consistía en “*Establecer los términos y condiciones para el uso de los recursos aportados por la Nación a la ALCALDÍA DE MANIZALES para apoyar el proyecto denominado: “SANEAMIENTO CUENCA DEL RÍO CHINCHINÁ MUNICIPIOS DE MANIZALES Y VILLAMARÍA”.*

Inicialmente en el convenio, se indicó en el considerando número 15: “*Que con la financiación del proyecto se busca construir un sistema de tratamiento de aguas residuales, proyectado para un caudal medio aproximado de 640 litros/segundo (horizonte 2034), correspondiente a las aguas residuales del distrito sur de la ciudad de Manizales y el área urbana de Villamaría, con la cual se estima que el 50% de las aguas residuales de Manizales y el 100% de las aguas generadas en Villamaría podrán ser tratadas cumpliendo con los objetivos de calidad establecidos por LA CORPORACIÓN”.*

Posteriormente, el 27 de abril de 2021 se suscribió el Otrosí 2 al referido convenio, considerando entre otros aspectos: “*8. Que mediante memorando No. 2021IE0002673 del 8 de abril de 2021 el supervisor del convenio ... se señala la necesidad de aclarar el considerando número 15 del Convenio... puesto que quedó un yerro de digitación frente a los caudales Establecidos...”*. En este sentido en la parte Resolutiva se aclaró el considerando No. 15, el cual quedó así:

“*15. Que con la financiación del proyecto se busca construir un sistema de tratamiento de aguas residuales proyectado para un caudal medio de 520 litros por segundo y un caudal de diseño de 640 litros/segundo (horizonte 2034), Correspondiente a las aguas residuales del distrito sur de la Ciudad de Manizales y el área urbana de Villamaría con lo cual se estima que el 50% de las aguas de Manizales y el 100% de las aguas generadas en Villamaría podrán ser tratadas cumpliendo con los objetivos de calidad establecidos por LA CORPORACIÓN*”²⁹.

Ahora, en el documento “*3.1. Descripción PTAR Los Cámbulos*”³⁰, elaborado por el Consorcio Hazen – Conhydra, el 30 de octubre de 2018, en desarrollo del contrato de Consultoría, en cuanto a los caudales se indicó:

3.1.1 Caudales de diseño

La siguiente tabla muestra las proyecciones de caudal desde el año estimado para la entrada de servicio de la planta, hasta el año proyectado para la finalización de la Fase 1 de implementación del proyecto.

Tabla 1: Caudales de diseño

	2022	2024	2026	2028	2030	2032	2034
--	------	------	------	------	------	------	------

²⁹ Fl. 164-167 A.D. 86ContestacionDemandCorpocaldas.pdf

³⁰

[https://portal.aguasde manizales.com.co/Contratacion/Archivos/3.1.%20Descripci%C3%B3n%20PTAR%20Los%20C%C3%A1mbulos\(9\).pdf](https://portal.aguasde manizales.com.co/Contratacion/Archivos/3.1.%20Descripci%C3%B3n%20PTAR%20Los%20C%C3%A1mbulos(9).pdf)

<i>1. Caudal de diseño PTAR (Biorreactores, Digestores) (m³/s)</i>	0,39	0,50	0,53	0,56	0,58	0,61	0,64
<i>2. Caudal de diseño procesos físicos (Bombeo, cribado, sedimentadores, conductos (m³/s)</i>	0,59	0,78	0,82	0,86	0,91	0,95	0,99
<i>3. Caudales de diseño bombeo de lodos y dosificación (m³/s)</i>	0,47	0,62	0,65	0,68	0,72	0,75	0,78
<i>4. Caudal medio de la PTAR (m³/s)</i>	0,32	0,41	0,43	0,45	0,48	0,50	0,52
<i>5. Caudal mínimo de la PTAR (m³/s)</i>	0,26	0,34	0,36	0,38	0,39	0,41	0,43

Fuente: *Manual de Operación y Mantenimiento, Consorcio Hazen – Conhydra, 2018*

De acuerdo con lo anterior se observa que, la corrección realizada en el otrosí 2 al Convenio 621 corresponde a un error de digitación en cuanto a la descripción de caudal proyectado, que consistió en distinguir entre “*un caudal medio*” y “*un caudal de diseño*”, lo cual coincide con los datos indicados en el documento elaborado por el Consultor Consorcio Hazen – Conhydra. Por lo tanto, no es posible afirmar que existió una reducción del caudal inicialmente estimado, como lo indica el accionante.

Cabe destacar además que, no existe medio de prueba en el proceso que controveja o genere dudas sobre las conclusiones del Estudio Técnico realizado por el Consorcio Hazen – Conhydra, el 30 de octubre de 2018 en cuanto a la capacidad proyectada de la PTAR.

Además, el hecho de que se requieran de obras adicionales a las proyectadas para lograr el tratamiento de la totalidad de las aguas residuales de los municipios de Manizales y Villamaría, no es suficiente para afirmar que el proyecto planteado presente fallas técnicas que hagan evidente su falta de funcionalidad y por tanto que sea necesario ordenar su cancelación o su modificación del proyecto

5.3. En cuanto a los impactos ambientales generados

Se encuentra acreditado que, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, expidió la Resolución 0189 del 17 de junio de 2019 por medio de la cual otorgó la licencia ambiental para la ejecución del proyecto “*Construcción y Operación de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales Los Cámbulos de los municipios de Manizales y Villamaría*”³¹, y en la que se resalta que, luego de realizar el análisis del estudio de impacto ambiental encontró que, la descripción y características técnicas e infraestructura asociada al proyecto tuvo en cuenta los términos de referencia, se delimitó cada área asociada a cada uno de los componentes o grupos de componentes determinantes del proyecto, tales como: el hidrológico, atmosférico y biótico y se determinaron las medidas necesarias para el manejo adecuado del impacto real del proyecto sobre el ambiente; por lo que consideró viable autorizar la licencia ambiental.

Específicamente expuso:

“Respecto de la susceptibilidad a movimientos en masa en el predio, se tiene que predomina la amenaza muy baja. Respecto de los suelos, el predio se ubica en zona urbana. Con respecto al paisaje, en el área donde se localizará el proyecto, se han desarrollado actividades entorno a la

³¹ A.D. 129LicenciaAmbientalPTAR

construcción del terminal de transporte terrestre, la ampliación de la vía panamericana, estaciones de cable hacia Manizales y Villamaría, adicionalmente proyectos urbanísticos de acuerdo al tipo de suelo, coberturas forestales plantadas, permiten determinar una calidad paisajística baja a moderada, visualmente la PTAR se observara desde algunos barrios de Villamaría, ya que el lado de Manizales no se apreciaría debido a las condiciones morfológicas del predio.

...

Respecto al componente hidrológico, la sociedad soportó la proyección del vertimiento que se generará de aguas residuales tratadas, principalmente en la longitud de mezcla la cual se obtiene del análisis de los escenarios de vertimientos de la modelación de calidad de agua. En ese sentido la delimitación del Al para este componente abarca el área de intervención directa donde se pueden presentar impactos sobre el componente hidrogeológico y el tramo del río Chinchiná desde el punto vertimiento en las coordenadas (X: 841362,43; Y: 1050061,09) hasta 1038 metros aguas abajo, donde se presenta la longitud de mezcla.

En cuanto al Componente Atmosférico, para hacer la delimitación del Al del proyecto se tuvo en cuenta la modelación de olores, específicamente para el parámetro sulfuro de hidrógeno (H_2S), precisando que este es el contaminante atmosférico de mayor interés durante el proceso de operación de la PTAR, ello teniendo en cuenta el tipo de proyecto.

De acuerdo con lo establecido en el Artículo 5 de la Resolución 1541 del 12 de noviembre de 2013, por la cual se establecen los niveles permisibles de calidad del aire o de inmisión, el procedimiento para la evaluación de actividades que generan olores ofensivos, los niveles máximos permisibles para el sulfuro de hidrógeno son de 7 $\mu g/m^3$ para tiempo de exposición anual y de 30 $\mu g/m^3$ para tiempo de exposición de 24 horas. Para la definición del área de influencia se hace uso del mayor periodo de exposición, que para este caso es de 24 horas. Una vez corrido el modelo de dispersión de H_2S se obtiene una concentración máxima de 1,28 $\mu g/m^3$, la cual es muy inferior al estándar definido para tiempo de exposición de 24 horas.

Los mayores niveles del contaminante se encontrarían al interior del proyecto, siendo ese mayor valor igual a 1,28 $\mu g/m^3$, a raíz de ello el área de influencia que se genera desde el componente atmosférico no trasciende el área del proyecto. Es de tenerse en cuenta que en la corrida del modelo se consideró el uso de los sistemas de control que se instalarían en la PTAR. Un aspecto importante para tener en cuenta lo constituye el hecho de que el sulfuro de hidrógeno es un compuesto que presenta la siguiente reacción con el oxígeno:



Al hacer el cálculo de la energía Libre de Gibbs de la reacción antes señalada, se obtiene un valor de -118,4651 kcal/mol, lo que quiere decir que se trata de una reacción altamente espontánea, este es un aspecto favorable toda vez que ello genera que el sulfuro de hidrógeno reaccione en gran medida y, por lo tanto, pueda mitigarse de manera natural el impacto que se genera debido a la emisión de olores ofensivos.

Con base en lo antes señalado se establece que el área de influencia generada para el componente atmosférico se determinó de manera adecuada con base en el criterio de la dispersión del sulfuro de hidrógeno.

En cuanto al componente biótico, de acuerdo con la información presentada por la sociedad Aguas de Manizales S.A. E.S.P, el área de influencia directa no se superpone a ningún

ecosistema estratégico o área protegida. En el EIA tampoco se reporta ninguna especie de fauna o flora (diferente a las epífitas) que requieran de un manejo de especial dentro del área de intervención del proyecto, por lo que desde el componente biótico no se presenta restricción para la ejecución de las obras constructivas dentro del Al presentada por la sociedad.

...

Con relación a los olores, la sociedad informó que mediante un modelo gaussiano se efectuó la predicción, para el parámetro Sulfuro de Hidrógeno (H₂S), los resultados de la modelación se basaron en una grilla de 1200 receptores abarcando una distancia de 5 kilómetros de la planta. El resultado del modelo, en comparación con la norma, indica unas concentraciones inferiores y se observa que las mayores concentraciones se encuentran al interior del proyecto, según lo modelado la máxima concentración 24 horas (1.28 ug/m³) no supera los límites normativos, lo que hace concluir que las operaciones llevadas a cabo dentro de la PTAR no afectarán a receptores cercanos y con base en ello se define el Al.

También la concentración de H₂S 1 hora (4.78 ug/m³) se encuentra por debajo de los límites permisibles establecidos en la Resolución 1541 de 2013, lo que implica que en períodos cortos de exposición no se tendrá afectación a ningún receptor y evidentemente la fuente de emisión que más H₂S aporta en la atmósfera, es el procesamiento de lodos con 1.005 E-03 gramos por segundo, sin embargo esto no trasciende a niveles de concentración de inmisión, evidenciando un cumplimiento normativo, lo que supondría una no afectación de los receptores aledaños.

...

En relación con la delimitación del área de influencia a nivel físico - biótico, la sociedad la definió a partir de la delimitación de las microcuencas que colindan con el lote (Quebrada Palogrande y La Camelia), El río Chinchiná hasta el punto histórico de Monitoreo de la red de Corpocaldas y antes del punto de Confluencia con la quebrada Marmato y tomando como barreras artificiales, la terminal de transporte y la vía Panamericana.

...

Teniendo en cuenta que se unifica la información del medio biótico con el medio abiótico se considera por parte de esta Autoridad, que la delimitación del área de influencia se realizó de manera adecuada, estableciéndose las zonas hasta las que trascienden los impactos ambientales significativos que se pueden generar por el proyecto en el medio abiótico y biótico y sus componentes, puesto que se tiene en cuenta la conectividad desde el componente hidrológico y fragmentación de hábitat, la importancia y posible alteración de las coberturas naturales y seminaturales como vegetación secundaria, que representan hábitat para las especies de fauna y flora más sensibles, así como las alteraciones morfológicas y geológicas.

...

La sociedad AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P., dando respuesta a este requerimiento en el complemento del EIA radicado con el número 2019014494-1-000 del 11 de febrero de 2019, señala lo siguiente: Para el medio socioeconómico se definió como área de influencia directa "los barrios que son afectados directamente por la ejecución y operación del proyecto donde se generarán impactos como la alteración de la calidad visual paisajística, generación de expectativas y generación conflictos afectando los barrios de Manizales (Las Colinas, Malhabar y Aranjuez) y Villamaría (Santa Ana, Guayacanes, Villa Juanita, Gerardo Arias, Urapanes y Santa María de la Colina) y el área de Influencia Indirecta "estará conformada por los municipios de Manizales y Villamaría, esto asociado al impacto Aumento en el costo de los servicios de alcantarillado y el mejoramiento de la calidad del agua del río Chinchiná que de una u otra manera la población tanto de Manizales como la de Villamaría estaría afectada indirectamente".

...

Al respecto esta Autoridad considera que la respuesta presentada por la sociedad a la solicitud de información adicional en el requerimiento 21 del acta No. 103 del 19 de diciembre de 2018, es adecuada, así como la definición del área de influencia para el medio socioeconómico...".³²
 (Se resalta)

En igual sentido, el testigo Daniel Andrés Giraldo Ospina³³ sobre los olores que se puedan generar por el funcionamiento de la PTAR afirmó que, en el sector ya hay una problemática asociada al tema, pues los vertimientos se están haciendo directamente a la quebrada; que dentro de los diseños presentados para la expedición de la licencia ambiental se encuentran todas las medidas de mitigación que deben adoptarse para reducir y tratar los riesgos asociados a la generación de olores.

Por su parte, el testigo Jhon Jairo Chisco Leguizamón³⁴, director de infraestructura ambiental de Corpocaldas refirió que, la planta de tratamiento está diseñada para mitigar los efectos de los olores a índices mínimos, de tal manera que no se generen perturbaciones a la salud o la calidad de vida de las personas. La testigo Adriana Mercedes Martínez Gómez³⁵ en cuanto a los olores que eventualmente pueda generar la planta, afirmó que dentro del plan de manejo ambiental se tiene contemplado la mitigación de esos olores y la forma en la que se procederá a su tratamiento.

Dichos testimonios son creíbles por el conocimiento concreto que tienen sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar de desarrollo del proyecto, sin que se evidencie contradicción con los demás medios de prueba.

De otra parte, no obra prueba que permita afirmar que las medidas para el manejo de los impactos ambientales que se generaran por la construcción y operación de la PTAR en el lote Los Cámbulos, sean insuficientes y que por tanto ello conlleve a la amenaza o vulneración del derecho colectivo al medio ambiente o a la salubridad pública.

5.4. En cuanto a los sobrecostos

Se encuentra acreditado que, entre el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, el municipio de Manizales, Corpocaldas y Aguas de Manizales S.A. E.S.P , se suscribió el Convenio Interadministrativo de Uso de Recursos -CUR- 621 de 26 de junio de 2019, cuyo objeto consistía en "*Establecer los términos y condiciones para el uso de los recursos aportados por la Nación a la ALCALDÍA DE MANIZALES. Para apoyar el proyecto denominado: "SANEAMIENTO CUENCA DEL RÍO CHINCHINÁ MUNICIPIOS DE MANIZALES Y VILLAMARÍA".* En la cláusula séptima se indicó que: "*El valor de los aportes del convenio será hasta la suma de ciento diez mil ciento sesenta y ocho millones de pesos M/cte. (\$110.168.000.000), los cuales serán aportados de la siguiente manera*³⁶:

ENTIDAD	VALORES EN MILLONES				
	2019	2020	2021	2022	TOTAL

³² A.D. 129LicenciaAmbientalPTAR

³³ Minutos 00:12:30 a 01:48:07 A.D. 126ActaAudienciaPruebas1y2Junio2022.pdf

³⁴ Minutos 00:01:30 a 01:02:20 A.D. 126ActaAudienciaPruebas1y2Junio2022.pdf

³⁵ Minutos 01:46:28 a 02:26:37 A.D. 126ActaAudienciaPruebas1y2Junio2022.pdf

³⁶ Fl. 1-20 A.D. 53ConveniointeradministrativodaviviendarevisarfechaRevisarFecha_FECHA.pdf

MINISTERIO	\$11.500.000.00	7.800.000.00			42.800.000.00
EL MUNICIPIO	3.000.000.000	4.000.000.00			13.520.000.00
LA CORPORACIÓN	58.731.243	1.693.227.092	2.390.438.247	2.557.603.586	6.700.000.000
AGUAS DE MANIZALES	9.083.000.000	8.213.000.00	7.986.000.000	21.866.000.00	47.148.000.00
<i>Total</i>					\$110.168.000.000

El 31 de diciembre de 2020 se suscribió el Otrosí 1 en el que se modificó el valor del convenio, incrementándolo para un total de \$146.408.081.084, para ello se indicó:

"6. Que Aguas de Manizales SA ESP, presentó ante la ventanilla única de EL MINISTERIO una reformulación al proyecto da la PTAR Los Cámbulos con el fin, de actualizar aspectos financieros y técnicos del proyecto, producto de esta reformulación se actualizó el valor del proyecto.

7. Que Aguas de Manizales SA ESP, mediante correo electrónico del 11 de diciembre de 2020, donde exponen la necesidad de realizar un ajuste a los Certificados de Disponibilidad Presupuestal y las vigencias futuras con que se respaldan los recursos de la empresa Aguas de Manizales SA ESP, además exponente que, este cambio no afecta el cierre financiero del proyecto y que los recursos siempre han estado salvaguardados dentro del proyecto"³⁷.

El 27 de abril de 2021 se suscribió el Otrosí 2 al convenio 621 de 2019, a través del cual se modificó la cláusula séptima – Valor del convenio, incrementándolo para un total de \$146.853.721.084, basado entre otros aspectos en:

"4. Que AGUAS DE MANIZALES presentó el día 17 de marzo de 2021 solicitud ante la ventanilla única del Ministerio bajo radicado No. 2021ER0033225, una reformulación al proyecto de la PTAR Los Cámbulos, con el fin de actualizar aspectos presupuestales del proyecto. Producto de esta reformulación, se actualizarán soportes presupuestares y cambió la fuente de parte de los recursos aportados por la empresa. ..."³⁸.

De acuerdo con lo anterior, se encuentra acreditado que el incremento del valor del Convenio Interadministrativo 621 de 2019, esta justificación en la actualización de los valores y una reformulación del proyecto, sin que de ello sea posible afirmar que ello corresponda a sobrecostos injustificados y que por ello se ha vulnerado el derecho a la moralidad administrativa.

En cuanto a la afirmación del demandante sobre los sobrecostos derivados de las declaratorias de desiertas de licitaciones públicas, se encuentra acreditado que Aguas de Manizales el 4 de julio de 2020 dio apertura al Proceso de Licitación Pública Internacional para la construcción de las obras, suministro e instalación de equipos, puesta en marcha y asistencia operativa de la planta de tratamiento de aguas residuales en el sector Los Cámbulos. Posteriormente Aguas de Manizales canceló dicho proceso, exponiendo las siguientes razones que fueron enviadas para no objeción a KfW el 14 de septiembre de 2020:

³⁷ Fl. 156-163 A.D. 86ContestacionDemandCorpocaldas.pdf

³⁸ Fl. 164-167 A.D. 86ContestacionDemandCorpocaldas.pdf

"Aguas de Manizales S.A. E.S.P. ha identificado una serie de motivos causales de la falta de pluralidad de oferentes en el marco de la Invitación Pública Internacional N° 043 de 2020, los cuales se describen a continuación. No obstante, y en virtud de enriquecer el diagnóstico y la reformulación de los Términos de Referencia para la reapertura del proceso precontractual para garantizar su pluralidad y concurrencia, a tal efecto, se enviará por correo electrónico una encuesta a los interesados, con el objeto de conocer las razones por las cuales no presentaron ofertas y proceder a subsanarlas en caso de que fuese necesario.

1. COVID-19

Es importante resaltar que este proceso se vio impactado por la emergencia sanitaria que se dio a nivel mundial afectando las comunicaciones, el transporte, la comercialización de bienes y servicios, la producción de maquinaria y equipos y los aspectos financieros, como la tasa representativa del mercado - TRM, entre otros; lo que en suma, contribuyó a la no presentación de varios oferentes.

2. PRESUPUESTO.

Si bien el presupuesto con que se publicó la Invitación Pública Internacional N° 043 de 2020 corresponde al elaborado en el año 2018 y, no obstante, este fue actualizado con precios al 2019 para la construcción proyectada a materializarse en los años 2021 y 2022, la pérdida de valor del dinero como consecuencia de la inflación del país y la devaluación del peso colombiano, agravado significativamente por el contexto de crisis global a causa del COVID-19, fue identificada por algunos oferentes como una restricción determinante para la ejecución del proyecto, aunque se indicó en los términos de referencia que en caso de que se obtuviesen beneficios económicos por la exoneración del IVA, estos se le trasladaría directamente al contratista.

De acuerdo con lo anterior, se toma la decisión de reformular el componente financiero del proyecto y ajustar el proceso a las nuevas condiciones económicas mundiales, para garantizar la pluralidad y concurrencia, de tal manera que se obtengan las mejores condiciones en la ejecución de esta obra, de gran importancia para la ciudad, región y país.

3. TIEMPO DE RESPUESTA A ACLARACIONES Y ENMIENDAS A LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA

Durante la fase de recepción de preguntas/aclaraciones a los términos de referencia se presentaron alrededor de 650 solicitudes de 90 oferentes potenciales aproximadamente, que representaron un insumo imprescindible y fundamental para mejorar los requisitos establecidos en los términos de referencia, en virtud de la concurrencia y pluralidad del proceso y algunos de ellos realizaron muchas consultas que denotaron el interés en su participación.

No obstante, el volumen y tenor de respuestas y enmiendas realizadas por el equipo de Aguas de Manizales S.A. E.S.P., las cuales fueron íntegramente discutidas y concertadas con el equipo del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio - MVCT- y del banco de desarrollo alemán KfW, demandó mayores tiempos de los previstos y, por ende, demoró su publicación en la página web de la empresa. Como consecuencia de ello, los oferentes no contaron con el tiempo suficiente para la elaboración de las ofertas, según lo manifestaron varios de ellos...".³⁹

³⁹ FI 12-41 Informe A.D. 90ContestacionDemandMinisterioVivienda.PDF

De acuerdo a lo anterior, la cancelación de dicho proceso obedeció a la falta de pluralidad y concurrencia de oferentes, por razones ajenas a la Aguas de Manizales, lo que motivó el replanteamiento de las condiciones de la invitación pública inicial.

Adicionalmente, no existen elementos de prueba que permitan afirmar que la cancelación de dicho proceso de invitación, quebrantó el ordenamiento jurídico y que fuera producto de conductas amañadas, corruptas, arbitrarias, alejadas de la correcta función pública; o que esa decisión fuera producto de una falta de planeación y que por ello se generaron sobrecostos. Tampoco obra en el proceso prueba que permita afirmar que debido a contradicciones o “choques políticos” se haya generado sobrecostos en la ejecución de la obra.

5.5. En cuanto a la selección del contratista que ejecutará la construcción de la PTAR

Se encuentra acreditado que, Aguas de Manizales adelantó el proceso de Invitación Pública 38 publicada el 16 de abril de 2021 para la “CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS, SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE EQUIPOS, PUESTA EN MARCHA Y ASISTENCIA OPERATIVA DE PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES DEL SECTOR DE CÁMBULOS EN LA CIUDAD DE MANIZALES”. En los términos de referencia se establecían unos criterios de idoneidad respecto a la experiencia, capacidad financiera y jurídica; en cuanto a la experiencia en la construcción de plantas de tratamiento de aguas residuales se indicó:

"a) El oferente deberá acreditar por medio de certificados de contratos y de manera complementaria actas de cumplimiento, o recibo de obra de construcción cada uno de los siguientes requisitos habilitantes:

- El oferente deberá acreditar por medio de certificados la construcción y/u optimización y/o ampliación de Plantas de Tratamiento de Aguas Residuales en cualquiera de estas tecnologías (Solo se admitirán certificados de Lodos Activados Convencionales, Reactores Discretos Secuenciales (SBR), Filtro Percolador (Medio Plástico), Bio-reactores de Membrana (MBR), Reactor de Biopelícula de Lecho Móvil (MBBR), Reactor de Biopelícula de Lecho Fluidizado (FBBR), Lodos Activados de Eje Profundo, Lodos Activados con Alimentación Escalonada, Reactor Anaerobio de Flujo Ascendente o Manto de Lodos (UASB) que hubiesen sido ejecutadas y recibidas a satisfacción, donde la sumatoria de los caudales medios diarios tratados en las plantas sea igual o superior a 520 l/s (litros por segundo) Se aportarán como menos un y por máximo tres (3) certificados de contratos (y/o de manera complementaria actas de cumplimiento o recibo de obra de construcción, en caso que requiere mayor claridad para cumplir el requisito en caso de requerirse), y donde uno de los certificados, deberá corresponder a una planta con capacidad igual o mayor a 448 l/s (litros por segundo) en caudal medio diario. Los certificados deberán corresponder a obras ejecutadas en los últimos veinte (20) años anteriores a la fecha de presentación de la oferta y se deberá anexar un certificado por cada planta de tratamiento acreditada como parte de la experiencia del proponente. Además, deberá acreditar como mínimo la construcción y/u optimización y/o ampliación de Plantas de Tratamiento de Aguas Residuales en cualquiera de las tecnologías, expuestas anteriormente, en los últimos diez (10) años contados a partir de la fecha de cierre.

...

B) Respecto a la experiencia en OPERACIÓN de plantas de aguas residuales:

...

b) El oferente deberá acreditar mediante certificado el mayor tiempo de experiencia en operación en por lo menos un (1) y como máximo tres (3) certificados en la puesta en marcha y/u operación y/u optimización de la operación de Plantas de Tratamiento Secundario de aguas residuales, donde cada una deberá ser equivalente a un caudal medio diario instalados sea igual o mayor a 260 l/s (litros por segundo) (Solo se admitirán certificados en cualquiera de estas tecnologías: de Lodos Activados Convencionales, Reactores Discontinuos Secuenciales (SBR), Filtro Percolador (Medio Plástico), Bio-reactores de Membrana (MBR), Reactor de Biopelícula de Lecho Móvil (MBBR), Reactor de Biopelícula de Lecho Fluidizado (FBBR), Lodos Activados de Eje Profundo, Lodos Activados con Alimentación Escalonada, Reactor Anaerobio de Flujo Ascendente, o Manto de Lodos (UASB). Los certificados deberán corresponder a servicios ejecutadas en los últimos veinte (20) años anteriores a la fecha de presentación de la oferta y se deberá anexar un certificado por cada planta de tratamiento acreditada como parte de la experiencia del proponente. Solo se tendrá en cuenta el tiempo que este dentro de los últimos veinte (20) años y en caso de experiencia paralela se consideraran los tiempos particulares de cada certificado. "

Dentro del proceso se presentaron dos oferentes: FYPASA S.A. de C.V. y el Consorcio MZL Cámbulos, siendo seleccionado el primero⁴⁰, con quien se firmó el contrato el 10 de noviembre de 2021.⁴¹ Para ello, el oferente seleccionado aportó varios contratos con los cuales acreditó contar con la experiencia y capacidad para la construcción y/u optimización y/o ampliación de Plantas de Tratamiento de Aguas Residuales.

Se destaca además que, el proceso de selección del referido contratista estuvo acompañado de la intervención del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio - MVCT- y del Banco Alemán de Desarrollo Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW).

De otra parte, no obra prueba que permita afirmar que el oferente seleccionado presente antecedentes que pongan en riesgo la ejecución de la obra y con ello se amenacen los derechos colectivos señalados por el demandante.

5.6. En cuanto a la socialización del proyecto

En la Resolución 1089 del 17 de junio de 2019 a través de la cual el ANLA otorgó la licencia ambiental para la ejecución del proyecto "Construcción y Operación de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales Los Cámbulos de los municipios de Manizales y Villamaría"⁴², se indica que:

"Con relación a la participación y socialización con las comunidades en el EIA de información adicional, se precisa que la sociedad remite evidencias documentales así: convocatoria, actas de tres (3) socializaciones del proyecto con las comunidades del área de influencia directa e indirecta, certificado de la entrega de volantes; constancia de invitación a la socialización para las administraciones municipales, administraciones públicas, control llamadas para realizar invitación, registro fotográfico y listado de asistencia. A continuación, se resumen los momentos que llevaron a cabo:

...

⁴⁰

<https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.1957452&isFromPublicArea=True&isModal=true&asPopupView=true>

⁴¹ Fl. 411-414 A.D. 86ContestacionDemandaNocorpocaldas.pdf

⁴² A.D. 129LicenciaAmbientalPTAR

AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P. en el EIA presentó las evidencias de la convocatoria y actas de socialización de tres (3) momentos de socialización del proyecto con líderes comunitarios y comunidad en general del área de influencia del proyecto, adjuntan evidencias de la convocatoria, actas de socialización, Certificado entrega de volantes, Certificado entrega de volantes, registro fotográfico y planillas de asistencia y respecto del cumplimiento del requerimiento 21 se observa lo siguiente:

...

De acuerdo con lo anterior se establece que el proyecto no requiere efectuar el proceso de consulta previa".

Lo anterior encuentra respaldo además, en lo afirmado por la testigo Martha Liliana Rojas⁴³ Líder Valor Compartido y Grupos de Interés, quien señaló que, se ha efectuado la socialización del proyecto con la población directamente impactada, realizando actividades como "el puerta a puerta" y la distribución de materiales pedagógicos, entre otras estrategias. Afirmó que, para el 2021, se logró impactar a treinta y cuatro mil personas y, en el 2022, a ocho mil aproximadamente. Refirió además que en la zona se ha constituido dos veedurías, una de la Comuna Tesorito y la otra de la Comuna Universitaria; Que en ellas participa el señor Enrique Arbeláez Mutis.

Por lo anterior, de acuerdo con la prueba documental y testimonial referida se encuentra acreditado que se han realizado varias actividades para socializar el proyecto de construcción de la planta de tratamiento.

6. Conclusión

De conformidad con lo expuesto, se concluye que, no se encuentra acreditada la amenaza o vulneración de los derechos colectivo al medio ambiente sano, a la construcción de obras públicas eficientes y oportunas, y a la moralidad administrativa, con la construcción de la PTAR en el lote Los Cámbulos; por el contrario, se encuentra acreditado que, las entidades públicas demandadas y vinculadas al proceso han realizado esfuerzos técnicos, presupuestales y administrativos considerables para llevar a cabo la construcción del referido proyecto con sujeción a las condiciones técnicas que se han considerado como las más adecuadas.

Por lo anterior, no prosperan los argumentos expuestos por el demandante y en consecuencia, se confirmará en su integridad la sentencia apelada.

7. Costas de Segunda Instancia

De conformidad con el artículo 38 de la Ley 472 de 1998, en armonía con lo previsto en el artículo 365 del C.G.P., no se impondrá costas en esta instancia, toda vez que no se hayan probadas las mismas y que no se evidencia una conducta temeraria del demandante.

Por lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Sentencia:

⁴³ Minutos 01:54:43 a 02:26:16 A.D. 126ActaAudienciaPruebas1y2Junio2022.pdf

Primer: Se confirma la sentencia del **24 de noviembre de 2022** proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales, dentro de la acción popular promovida por el señor Enrique Arbeláez Mutis contra Aguas de Manizales S.A. E.S.P., el Municipio de Villamaría y otros.

Segundo: Sin Costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al Juzgado de origen y hacer las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 16 de 2023.

NOTIFICAR


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente


AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado


AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, tres (3) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 045

Radicado: 170013333009-2022-00072-02
Medio de control: Reparación Directa
Accionante: Ángela Patricia Rendón Alzate y otros
Accionado: Dirección Territorial de Salud de Caldas y otro

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el auto que rechazó la demanda por haber operado la caducidad del medio de control.

I. Antecedentes

1. Providencia recurrida

El juzgado de primera instancia el 29 de noviembre de 2022 rechazó la demanda por considerar que se configuró la caducidad del medio de control de reparación directa, por cuanto el plazo para presentar la demanda venció el 2 de noviembre de 2022 y la demanda fue radicada el 4 de noviembre pasado.

2. Recurso de apelación

La parte demandante solicita se revoque la decisión y en su lugar se admita la demanda aduciendo que, la señora Rendón tuvo conocimiento del daño solo hasta el 26 de octubre de 2020, toda vez que en esa fecha la señora Ángela Patricia Rendón “se rectificó por medio de la patología la extracción correcta de dicho órgano “vesícula biliar” y la mejora de la señora Rendón”. Por lo anterior concluye que la demanda fue presentada dentro de los términos de la ley.

II. Consideraciones

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación interpuesto. Además es procedente, por cuanto el auto que rechaza la demanda se encuentra enlistado en el artículo 243 Ibidem.

2. Problema jurídico

La atención de esta Sala Plural se contrae en determinar: *¿La demanda fue presentada oportunamente?*

3. Tesis del Tribunal

La demanda fue presentada extemporáneamente por cuanto, la víctima tuvo o debió tener conocimiento del daño el 17 de septiembre de 2020, razón por la cual, atendiendo la interrupción del término en virtud de la solicitud de conciliación prejudicial, el término de dos años para presentar la demanda venció el 1o de noviembre de 2022, no obstante, solo se radicó el 4 de noviembre de 2022.

Para soportar lo expuesto se hará referencia a: i) el marco jurídico sobre la oportunidad para presentar la demanda; ii) los hechos acreditados y iii) análisis sustancial del caso.

4. Marco jurídico – oportunidad para presentar la demanda

El artículo 164, numeral 2, literal i, de la ley 1437 de 2011 respecto al término para demandar, se encuentra regulado en el que indica: “*Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia. (...)*”.

5. De lo probado en el proceso:

- De acuerdo con la historia clínica, a la señora Ángela Patricia Rendón Alzate le fue practicada colecistectomía, o extracción de la vesícula biliar, el 20 de diciembre de 2008¹.
- El examen “*Ultrasonografía de abdomen total*” elaborado en el Centro Radiológico Campo Elías Castillo P. del 16 de julio de 2020, arrojó que la señora Ángela Patricia Rendón Alzate padecía: “*Colelitiasis sin signos de colecistitis*”.²
- De acuerdo con la historia clínica del Hospital Santa Sofía de Manizales del 3 de agosto de 2020, la señora Rendón Alzate fue diagnosticada con: “*Calculo de conducto biliar sin colangitis ni colecistitis*”, razón por la cual el médico tratante ordenó la realización de una “*Resonancia magnética de vías biliares*”³.
- De acuerdo con la “*Colangiografía con resonancia nuclear magnética*” realizada el 14 de septiembre de 2020 en la Clínica La Presentación de Manizales, en dicho examen se indicó: “...*Vía biliar de apariencia normal sin dilatación...vesícula biliar presente, con buena distensión, con pequeños cálculos*”⁴.
- El **17 de septiembre de 2020** en valoración y seguimiento por parte del médico tratante, se indicó como diagnóstico: “*cálculo de la vesícula biliar con colecistitis aguda*”; así mismo se indicó que el plan a seguir para ese diagnóstico era: “*Se programa para colecistectomía laparoscópica – se diligencia consentimiento informado...*”⁵. Procedimiento que fue realizado el 13 de octubre de 2020.⁶

6. Análisis sustancial del caso concreto

¹ Pág. 41 a 43 AD “002PoderDemandaaAnexos”

² Pág. 47 Ibidem.

³ Pág. 48-49 Ibidem.

⁴ Pág. 51-53 Ibidem.

⁵ Pág. 55-56 Ibidem.

⁶ Pág. 67 Ibidem.

La parte actora acudió el medio de control de reparación directa, por cuanto considera que el extremo demandado es responsable por la mala práctica médica de la cual presuntamente fue víctima, con ocasión a la colecistectomía⁷ que le fuera practicada el 20 de diciembre de 2008⁸ en el Instituto del Corazón de Manizales, aduciendo que dicho procedimiento no se llevó a cabo o fue defectuoso y que, solo tuvo conocimiento de ese hecho hasta el 26 de octubre de 2020.

El *a quo* en la providencia objeto de apelación señaló que, la parte demandante conoció del hecho causante del daño, el 17 de septiembre de 2020, y como la demanda se presentó el 4 de noviembre de 2022, concluyó que fue instaurada extemporáneamente.

La parte demandante en su recurso señaló que, tuvo conocimiento del daño el 26 de octubre de 2020, cuando “se rectificó por medio de la patología la extracción correcta de dicho órgano “vesícula biliar” y la mejora de la señora Rendón”.

Al respecto considera el Despacho que, en este caso, conforme al 164, numeral 2, literal i, de la ley 1437 de 2011 el término de caducidad se debe contar a partir de la fecha en que la demandante tuvo conocimiento del daño, es decir, que no fue realizada adecuadamente la colecistectomía, o extracción de la vesícula biliar.

Así, la señora Ángela Patricia Rendón Alzate tuvo conocimiento del presunto daño que alega, el 17 de septiembre de 2020, fecha en que el médico tratante confirmó el diagnóstico de “cálculo de la vesícula biliar con colecistitis aguda” y “Se programa para colecistectomía laparoscópica”⁹, es decir se tuvo certeza de que aún tenía la vesícula biliar, esto es, que el procedimiento que fuera realizado en 2008 fue errado.

La Sala no comparte el argumento de la parte recurrente, en tanto señala que solo tuvo conocimiento hasta el 26 de octubre 2020, con la extracción correcta de la vesícula biliar, por cuanto el verdadero conocimiento de que aún conservaba la vesícula biliar se dio el 17 de septiembre de 2020, tanto así que, la misma señora Rendón, suscribió en esa última fecha, el consentimiento informado del procedimiento que se le realizaría¹⁰, esto es la extracción de la vesícula biliar.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la demandante tuvo conocimiento del daño el 17 de septiembre de 2020, el plazo para presentar la demanda de reparación directa se extendía hasta el 18 de septiembre de 2022, sin embargo, como quiera que la parte interesada radicó solicitud de conciliación ante el Ministerio Público el 19 de julio de 2022¹¹, el término de caducidad se interrumpió, faltando dos meses para que fenebara la oportunidad de presentar la demanda.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la Procuraduría 29 Judicial II para Asuntos Administrativos expidió constancia de no conciliación el 31 de agosto de 2022, el término para que la accionante presentara la demanda se reinició el 1 de septiembre, por lo que el término vencía el 1 de noviembre de 2022, empero, solo fue radicada el 4 de noviembre de 2022, razón por la cual se concluye que fue extemporánea.

⁷ La colecistectomía es la intervención quirúrgica consistente en la extracción de la vesícula biliar y es el método más común para tratar distintas patologías de este órgano. Ver: <https://www.cun.es/enfermedades-tratamientos/tratamientos/colescistectomia#:~:text=La%20colecistectom%C3%ADa%20es%20la%20intervenci%C3%B3n,el%2095%25%20de%20los%20pacientes>.

⁸ Pág. 41 a 43 AD “002PoderDemandaNexos”

⁹ Pág. 51-53 Ibidem.

¹⁰ Pág. 57 Ibidem.

¹¹ Pág. 90 Ibidem.

7. Conclusión

Por lo anterior, se confirmará el auto del 29 de noviembre de 2022 proferido por el Juzgado Noveno Administrativo de Manizales.

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

Resuelve:

Primero: Confirmar el auto proferido el 29 de noviembre de 2022 por el Juzgado Noveno Administrativo de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de reparación directa promovió Ángela Patricia Rendón Alzate y otros contra la Dirección Territorial de Salud y otro, en el que se rechazó por extemporánea la demanda.

Segundo: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen para lo de su competencia y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 16 de 2023.

NOTIFICAR

DOCTOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado

AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

A.I. 042

Manizales, tres (3) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento de Derecho.
Radicado: 17-001-33-33-007-2022-00338-02
Demandante: Marcelo Rodríguez Salazar
Demandado: La Nación – Rama Judicial.

ASUNTO

El Tribunal decide sobre el impedimento manifestado la Jueza Septima Administrativa del Circuito de Manizales, que igualmente comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales.

ANTECEDENTES

La parte demandante en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pretende que se declare la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se negó el reconocimiento y pago de la Bonificación Judicial, creada por el **Decreto 383** de 20131, como factor salarial para liquidar salario, prestaciones y demás emolumentos que percibe.

La **Jueza Séptima de Manizales**, manifestó su impedimento para conocer del asunto fundado en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, toda vez que le asiste un interés directo en el resultado del proceso, dado que en su calidad de juez, así como la de los demás jueces administrativos de este circuito judicial, podrían eventualmente beneficiarse del pronunciamiento que al efecto se disponga por ser destinatarios de la bonificación judicial en calidad de funcionarios de la Rama Judicial.

CONSIDERACIONES

El régimen de impedimentos se fundamenta en la necesidad de preservar la integridad moral del funcionario que reconoce la existencia de situaciones de hecho que pueden comprometer su

criterio en la decisión y, de otra parte, constituyen una garantía de imparcialidad y transparencia de la justicia en los juicios que emite en los casos de su conocimiento.

Estudio normativo.

En cuanto a las causales para manifestar el impedimento, el artículo 130 del CPACA prevé como tales para los magistrados y jueces Administrativos, entre otras, las previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso. A su vez, el numeral 1 del artículo 141 del CGP que fundamentó el impedimento que aquí se resuelve, regula:

Artículo 141. *Son causales de recusación las siguientes:*

[...]

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

[...].

Por su parte el numeral 2 del artículo 131 del CPACA establece:

Artículo 131 *Trámite de los impedimentos. Para el trámite de los impedimentos, cuando se trate de jueces Administrativos el procedimiento es el siguiente:*

[...] *Si el juez en quien concurre la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces Administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el Tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto [...]*

Se configura la causal de impedimento.

Realizadas las anteriores precisiones, el Tribunal declarará fundado el impedimento presentado por la **Jueza Séptima** Administrativa de Manizales, que a su vez comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, teniendo en cuenta que le asiste un interés en las resultas del proceso en la medida que tienen el mismo interés salarial perseguido por la parte demandante.

En ese sentido, se torna imperativo admitir la separación de aquel en relación con el conocimiento del asunto de la referencia, en aras de garantizar la imparcialidad, objetividad e independencia de la administración de justicia.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997 del Consejo Superior de la Judicatura, se fija como fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite.

Sin más consideraciones, *el Tribunal Administrativo de Caldas,*

RESUELVE

Primero: Declarar fundado el impedimento manifestado por la **Jueza Séptima Administrativa** del Circuito de Manizales, que comprende a todos los jueces Administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la presente demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto **Marcelo Rodríguez Salazar** contra la Nación – **Rama Judicial**

Segundo: Fijar como fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite, el día 10 de marzo de 2023 a las 2:00 de la tarde.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 16 de 2023.

NOTIFICAR

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado

AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN

Magistrado





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I. 070

Asunto:	Decreto de pruebas
Acción:	Validez de Acuerdo Municipal
Radicación:	17001-23-33-000-2023-00013-00
Accionante:	Sandra Milena Ramírez Vasco (Secretaria Jurídica del Departamento de Caldas)
Accionado:	Artículos 10 y 11 del Acuerdo 025 del 21 de noviembre de 2022, emanado del Concejo Municipal de Pensilvania, Caldas.

Manizales, tres (03) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Dentro del término de fijación en lista se presentó intervención del Municipio de Pensilvania y del señor Procurador Judicial II para Asuntos Administrativos que actúa ante este Despacho, para referirse a la constitucionalidad o legalidad del Artículos 10 y 11 del Acuerdo 025 del 21 de noviembre de 2022, emanado del Concejo de ese municipio.

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

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

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

RECONÓCESE personería jurídica para actuar como apoderada del Municipio de Pensilvania, Caldas, a la abogada Laura Lucia Muñoz Henao, identificada con cédula de ciudadanía n°1.030.659.725 de Bogotá y Tarjeta Profesional n°345.382 del Consejo Superior de la Judicatura, en los términos y para los fines del poder conferido (archivo 10, Exp. digital).

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

Notifíquese y cúmplase

**AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado**

<p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p><u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u></p> <p>No. 038 FECHA: 06/03/2023</p> <p> Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas Secretaria</p>
--

Firmado Por:

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

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

Código de verificación: **885493cb60bdbad41f15b74a1e155a9853f71766615d3f05711220730c9d4017**

Documento generado en 03/03/2023 09:58:03 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

A.I. 044

Manizales, tres (3) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento de Derecho.
Radicado: 17-001-33-33-009-2023-00025-02
Demandante: Luis Alejandro Saza Mejía
Demandado: La Nación – Rama Judicial.

ASUNTO

El Tribunal decide sobre el impedimento manifestado el Juez Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, que igualmente comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales.

ANTECEDENTES

La parte demandante en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pretende que se declare la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se negó el reconocimiento y pago de la Bonificación Judicial, creada por el **Decreto 383** de 20131, como factor salarial para liquidar salario, prestaciones y demás emolumentos que percibe.

El **Juez Noveno de Manizales**, manifestó su impedimento para conocer del asunto fundado en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, toda vez que le asiste un interés directo en el resultado del proceso, dado que en su calidad de juez, así como la de los demás jueces administrativos de este circuito judicial, podrían eventualmente beneficiarse del pronunciamiento que al efecto se disponga por ser destinatarios de la bonificación judicial en calidad de funcionarios de la Rama Judicial.

CONSIDERACIONES

El régimen de impedimentos se fundamenta en la necesidad de preservar la integridad moral del funcionario que reconoce la existencia de situaciones de hecho que pueden comprometer su

criterio en la decisión y, de otra parte, constituyen una garantía de imparcialidad y transparencia de la justicia en los juicios que emite en los casos de su conocimiento.

Estudio normativo.

En cuanto a las causales para manifestar el impedimento, el artículo 130 del CPACA prevé como tales para los magistrados y jueces Administrativos, entre otras, las previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso. A su vez, el numeral 1 del artículo 141 del CGP que fundamentó el impedimento que aquí se resuelve, regula:

Artículo 141. *Son causales de recusación las siguientes:*

[...]

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

[...].

Por su parte el numeral 2 del artículo 131 del CPACA establece:

Artículo 131 *Trámite de los impedimentos. Para el trámite de los impedimentos, cuando se trate de jueces Administrativos el procedimiento es el siguiente:*

[...] *Si el juez en quien concurre la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces Administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el Tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto [...]*

Se configura la causal de impedimento.

Realizadas las anteriores precisiones, el Tribunal declarará fundado el impedimento presentado por el **Juez Noveno** Administrativo de Manizales, que a su vez comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, teniendo en cuenta que le asiste un interés en las resultas del proceso en la medida que tienen el mismo interés salarial perseguido por la parte demandante.

En ese sentido, se torna imperativo admitir la separación de aquel en relación con el conocimiento del asunto de la referencia, en aras de garantizar la imparcialidad, objetividad e independencia de la administración de justicia.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997 del Consejo Superior de la Judicatura, se fija como fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite.

Sin más consideraciones, *el Tribunal Administrativo de Caldas,*

RESUELVE

Primero: Declarar fundado el impedimento manifestado por el **Juez Noveno Administrativo** del Circuito de Manizales, que comprende a todos los jueces Administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la presente demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuso **Luis Alejandro Saza Mejía** contra la Nación – **Rama Judicial**

Segundo: Fijar como fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite, el día 10 de marzo de 2023 a las 2:00 de la tarde.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 16 de 2023.

NOTIFICAR

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado

AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN

Magistrado





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.S.: 012

Asunto:	Corre traslado para alegatos
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2019-00480-00
Demandante:	Alba Lucia García García
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional y Municipio de Salamina.

Manizales, tres (03) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Practicadas las pruebas decretadas en el presente asunto y surtido el traslado de la misma sin que por las partes se realizara ningún pronunciamiento al respecto, y sin que sea necesario efectuar requerimiento adicional alguno, **SE DECLARA CLAUSURADA** la etapa probatoria y, en consecuencia, se continúa con el trámite subsiguiente.

En ese sentido y atendiendo lo previsto por el inciso final del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), por remisión expresa del artículo 182A del mismo estatuto, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, **CÓRRASE traslado** a las partes y al Ministerio Público por el término de diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, para que presenten sus alegatos de conclusión y el respectivo concepto.

Ejecutoriada esta providencia, **REGRESE** inmediatamente el expediente a este Despacho para proferir la sentencia que en derecho corresponda.

ADVIÉRTESE a las partes que todo memorial debe ser allegado únicamente al correo dispuesto para tal fin, esto es, a la cuenta sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN

Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO**

No. 038

FECHA: 06/03/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria

Firmado Por:

Augusto Ramon Chavez Marin

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Oral 5

Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: 3f48481c9bca509180c075d482f5718feb51a2f143e2dbf1dbbcdad0b0501bc

Documento generado en 03/03/2023 01:48:16 PM

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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 073

Asunto:	Niega reposición Concede apelación
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho (Lesividad)
Radicación:	17001-23-33-000-2019-00523-00
Demandante:	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)
Demandados:	Luis Alberto Molina Sánchez Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES)

Manizales, tres (03) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 242 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, procede este Despacho a decidir el recurso de reposición interpuesto por la parte actora contra el auto del treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023), que negó medida cautelar en el proceso de la referencia. Adicionalmente, y en caso de ser necesario, se analizará la procedencia de conceder recurso de apelación respecto de la providencia referida, atendiendo lo previsto por el artículo 243 del CPACA.

ANTECEDENTES

Demanda

El 31 de octubre de 2019², la UGPP presentó demanda³ con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones nº RDP 15429 del 5 de abril de 2013 y nº RDP 32387 del 31 de agosto de 2016, con las cuales dicha entidad, en su orden, reconoció pensión de vejez a favor del señor Luis Alberto Molina Sánchez, de conformidad con la Ley 32 de 1986 y el Decreto 407 de 1994, y

¹ En adelante, CPACA.

² Página 2 del archivo nº 01 del expediente digital.

³ Páginas 103 a 122 del archivo nº 01 del expediente digital y archivo nº 07 ibidem.

reliquidó dicha prestación.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó que se declare que al señor Luis Alberto Molina Sánchez no le asiste derecho al reconocimiento de pensión de vejez en los términos de las resoluciones demandadas, por cuanto aquél no cumplía los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición que permitía aplicar el régimen especial (Ley 32 de 1986) para los funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC.

Por lo contrario, manifestó que al demandado le es aplicable una normativa diferente (Decreto 2090 de 2003), en virtud de la cual se exigía cotización especial de 700 semanas y 55 años de edad, los cuales fueron acreditados cuando el accionado cotizaba a COLPENSIONES y, por tanto, es esta entidad que estaría a cargo del reconocimiento pensional.

Adicionalmente pidió que: **i)** se declare que la competencia para el reconocimiento pensional a favor del señor Luis Alberto Molina Sánchez está a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES)⁴; **ii)** se condene al accionado a pagar o reintegrar a la UGPP, todas las sumas de dinero pagadas de manera indebida; **iii)** se ajuste la condena respectiva, tomando como base el índice de precios al consumidor, conforme al artículo 187 del CPACA; **iv)** se liquiden los intereses comerciales y moratorios conforme al artículo 192 del CPACA, en el evento que el demandado no efectúe el pago en forma oportuna; y **v)** se condene en costas al señor Luis Alberto Molina Sánchez.

Solicitud de medida cautelar

En escrito aparte, allegado con la corrección de la demanda⁵, la entidad solicitó la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos atacados, con fundamento en que éstos son contrarios al ordenamiento jurídico, en la medida en que el señor Luis Alberto Molina Sánchez no acreditó por lo menos uno de los dos requisitos exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para gozar del régimen de transición, dado que al 1º de abril de 1994 no tenía 40 años de edad o 15 años de servicio, de manera que en este caso no podía predicarse que el interesado gozara de un derecho adquirido ni tampoco que era beneficiario del régimen especial contenido en el artículo 96 la Ley 32 de 1986.

⁴ En adelante, COLPENSIONES.

⁵ Páginas 26 a 30 del archivo nº 07 del expediente digital.

Señaló que, tal como se relata en los hechos de la demanda y se constata en el expediente pensional allegado, el señor Luis Alberto Molina Sánchez cumplió su status pensional el 2 de octubre de 2004, y realizó sus últimas cotizaciones al ISS, hoy COLPENSIONES, desde el 1º de agosto de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2014. Expuso que al ser ésta la última entidad a la cual el demandado realizó sus aportes, es a aquella a quien le compete realizar el reconocimiento pensional, si a ello hubiere lugar, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos en los artículos 3 y 4 del Decreto 2090 de 2003.

Manifestó entonces que al señor Luis Alberto Molina Sánchez no le es aplicable el régimen especial de los empleados del INPEC, contenido en la Ley 32 de 1986, debido a que el requisito de 20 años de servicio en cargos de excepción allí establecidos, lo completó con posterioridad al 28 de julio de 2003 (fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003), específicamente el 7 de mayo de 2004.

Luego entonces, refirió que al tenor de lo dispuesto por el parágrafo del artículo 6º ibidem, el causante debió efectuar aportes para pensión cuando menos 500 semanas de cotización especial, además cumplir con el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo, y por lo menos uno de los dos requisitos exigidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para gozar del régimen de transición.

Sostuvo que la normativa aplicable al caso de objeto de análisis es el Decreto 2090 de 2003, que señala que para hacerse acreedora a la pensión en virtud de las normas referidas, la persona debe cumplir el requisito de 55 años de edad y 1.300 semanas de cotización, de las cuales por lo menos 700 semanas deben tener cotización especial.

El conocimiento del presente asunto correspondió por reparto al suscrito Magistrado⁶, a cuyo Despacho fue allegado el 6 de marzo de 2020⁷.

Inadmisión y admisión de la demanda. Traslado de la solicitud de medida cautelar

⁶ Página 2 del archivo nº 01 del expediente digital.

⁷ Página 356 del archivo nº 01 del expediente digital.

Con auto del 11 de septiembre de 2020⁸, se ordenó corregir la demanda. Una vez subsanada en los términos requeridos, se admitió a través de auto del 2 de febrero de 2021⁹.

Por auto del 2 de febrero de 2021¹⁰, el suscrito Magistrado corrió traslado de la solicitud de suspensión provisional a la parte demandada.

Notificación por conducta concluyente

A través de auto del 24 de noviembre de 2022¹¹, el Despacho resolvió tener como notificada por conducta concluyente la demanda promovida en contra del señor Luis Alberto Molina Sánchez y de COLPENSIONES por parte de la UGPP, en las siguientes fechas: 20 de agosto de 2021 y 30 de abril de 2021, respectivamente.

Respuesta frente a la solicitud de medida cautelar

Dentro del término concedido, la parte demandada no se pronunció frente a la solicitud de medida cautelar.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Por auto del 31 de enero de 2023¹², el Despacho negó la medida cautelar solicitada, con fundamento en que ésta no fue sustentada en debida forma como lo exige la norma procedural correspondiente, y además en ella no se identificaron expresamente las normas superiores que se consideraban desconocidas. Se indicó que al acudir al concepto de violación no se advierte, sin necesidad de profundos razonamientos, la violación de normas que amerite suspender provisionalmente los actos, máxime si con esto se menoscabaría la prestación periódica de la que goza una persona de la tercera edad.

RECURSOS DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por esta Corporación, la UGPP interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación¹³, alegando que la medida cautelar procede en este caso, ya que al confrontar las

⁸ Archivo nº 02 del expediente digital.

⁹ Archivo nº 10 del expediente digital.

¹⁰ Archivo nº 11 del expediente digital.

¹¹ Archivo nº 48 del expediente digital.

¹² Archivo nº 51 del expediente digital.

¹³ Archivo nº 53 del expediente digital.

disposiciones invocadas en la demanda con los actos administrativos demandados, resulta evidente la violación de aquellas.

En efecto, hizo alusión al régimen normativo aplicable a los servidores del INPEC, con base en lo cual sostuvo que al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandado no cumplía los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición allí establecido, que le permitiera acceder al régimen especial del INPEC establecido en la Ley 32 de 1986. Por lo tanto, expuso que le era aplicable el Decreto 2090 de 2003.

Expuso que el objetivo de la suspensión provisional, además de llevar consigo la apariencia de buen derecho, no es otro que el de salvaguardar los recursos del Sistema General de Pensiones, así como la sostenibilidad del sistema, todo ello, dentro de los principios generales de la seguridad social de universalidad, eficiencia y solidaridad, consagrados en la Ley 100 de 1993, por lo que el negar la medida cautelar ocasiona un detrimento patrimonial de todo el sistema pensional y de las finanzas públicas, que genera un déficit fiscal, vulnerándose de esta manera las normas constitucionales establecidas en los artículos 4, 6, 48, 121, 123 –inciso 2º–, 124 y 128 de la Constitución Política. En ese sentido, consideró que se demuestra el perjuicio irremediable.

TRASLADO DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

Del recurso de reposición interpuesto, la Secretaría de la Corporación corrió traslado a las partes, conforme lo prevé el artículo 201A del CPACA¹⁴.

Vencido el término de traslado correspondiente, la parte accionada no se pronunció.

Se precisa que si bien el señor Óscar Emilio Lora Espitia allegó escrito manifestando actuar como apoderado sustituto de una firma de abogados que representa supuestamente los intereses de COLPENSIONES en este asunto¹⁵, lo cierto es que no allegó poder conferido en debida forma ni tampoco memorial de sustitución.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procedibilidad y oportunidad del recurso de reposición interpuesto

¹⁴ Archivos nº 55 y 56 del expediente digital.

¹⁵ Archivo nº 57 del expediente digital.

De conformidad con el artículo 242 del CPACA, salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra todos los autos.

En ese orden de ideas, la reposición interpuesta por la UGPP es procedente.

Adicionalmente, el recurso fue presentado en término oportuno, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 318 del Código General del Proceso (CGP)¹⁶, aplicable por remisión expresa del artículo 242 del CPACA.

Decisión del recurso de reposición

Acudiendo a los mismos argumentos expuestos en el auto objeto de recurso, este Despacho se reafirma en la negativa de suspender provisionalmente los efectos jurídicos de las Resoluciones nº RDP 15429 del 5 de abril de 2013 y nº RDP 32387 del 31 de agosto de 2016, con las cuales la entidad accionante reconoció pensión de vejez a favor del señor Luis Alberto Molina Sánchez, de conformidad con la Ley 32 de 1986 y el Decreto 407 de 1994, y reliquidó dicha prestación. Lo anterior, por lo siguiente.

Reitera el Despacho que la petición de suspensión provisional no sólo no está precisada y argumentada suficientemente, como es su deber, sino que además no hizo referencia alguna en el acápite correspondiente, a las normas transgredidas y con base en las cuales habría de confrontarse la legalidad de los actos respectivos.

Considera el Despacho que, en el evento de acudir a las Leyes 100 de 1993 y 32 de 1986, y a los Decretos 407 de 1994 y 2090 de 2003, como una manera de determinar si es viable el decreto de la medida cautelar solicitada, ello exigiría por parte del suscrito, no sólo un análisis integral de tales normas en busca de aquella que interesara al proceso –carga que le corresponde a la parte actora–, sino que además implicaría la realización de profundos razonamientos con base en las pruebas allegadas con la demanda, que no son procedentes en esta etapa temprana del proceso.

En efecto, el análisis que debe realizarse para establecer la aparente ilegalidad de los actos mencionados que viabilice el decreto de la medida cautelar, conlleva una valoración de fondo que es propia de la fase de juzgamiento más que de este primer momento del proceso, para la cual se necesita además el examen juicioso de las pruebas allegadas y las que se requieran.

¹⁶ En adelante, CGP.

De otro lado, estima este Despacho que no puede pasarse por alto que la suspensión de los actos de reconocimiento y reliquidación pensional significaría el menoscabo de una prestación periódica para una persona de la tercera edad, sin que existan razones suficientes para afirmar, desde ahora, que las resoluciones demandadas resultan incuestionablemente violatorias de normas que ni siquiera se han concretado debidamente en la solicitud de medida cautelar.

Por las razones expuestas, el Tribunal negará la reposición del auto objeto de este recurso.

Procedencia del recurso de apelación

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 243 –numeral 5– y 244 del CPACA, por su oportunidad y procedencia se concederá en el efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido por este Tribunal el 31 de enero de 2023, como quiera que aquél negó una medida cautelar en el proceso de la referencia y, por lo tanto, es susceptible de la alzada propuesta.

Para los fines anteriores, la Secretaría de la Corporación remitirá el expediente al Consejo de Estado.

En mérito de lo expuesto, este Despacho del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE

Primero. NIÉGASE la reposición del auto proferido por este Despacho el treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023), que negó la solicitud de medida cautelar elevada por la parte demandante dentro del proceso promovido por la UGPP contra el señor Luis Alberto Molina Sánchez y la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES).

Segundo. CONCÉDESE en el efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto por la UGPP contra el referido auto.

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

Cuarto. RECONÓCESE personería jurídica a la sociedad Legal Assistance Group S.A.S., identificada con el NIT 900.712.338-4, quien actúa en el presente proceso a través del abogado CRISTIAN FELIPE MUÑOZ OSPINA, identificado con la cédula de ciudadanía nº 75'096.530 expedida en Bogotá, y portador de la tarjeta profesional nº 131.246 del Consejo Superior de la Judicatura, para representar judicialmente los intereses de la parte demandante, conforme al poder general otorgado mediante escritura pública nº 139 del 18 de enero de 2022 y de conformidad con el certificado de existencia y representación legal de dicha sociedad¹⁷.

Quinto. NIÉGASE el reconocimiento de personería jurídica al abogado ÓSCAR EMILIO LORA ESPITIA, identificado con la cédula de ciudadanía nº 10'933.427 expedida en Montería, y portador de la tarjeta profesional nº 238.212 del Consejo Superior de la Judicatura, por carencia absoluta de poder para representar judicialmente los intereses de COLPENSIONES en este asunto.

Sexto. Ejecutoriado el auto, CONTINÚE el trámite regular del proceso, teniendo en cuenta el efecto en el que se concede el recurso de apelación.

Notifíquese y cúmplase

**AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado**

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 038
FECHA: 06/03/2023



**Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria**

¹⁷ Páginas 7 a 44 del archivo nº 53 del expediente digital.

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

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

Código de verificación: **e8c43872d9b69442cb4db98ad4b562844b31c511d4ca9c5a44f1248214427b45**

Documento generado en 03/03/2023 02:02:28 PM

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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 074

Asunto:	Niega reposición Concede apelación
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho (Lesividad)
Radicación:	17001-23-33-000-2020-00241-00
Demandante:	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)
Demandada:	Dora Márquez Franco

Manizales, tres (03) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 242 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, procede este Despacho a decidir el recurso de reposición interpuesto por la parte actora contra el auto del treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023), que negó medida cautelar en el proceso de la referencia. Adicionalmente, y en caso de ser así necesario, se analizará la procedencia de conceder recurso de apelación respecto de la providencia referida, atendiendo lo previsto por el artículo 243 del CPACA.

ANTECEDENTES

Demandada

El 26 de agosto de 2020², en ejercicio del medio de control de la referencia, la UGPP presentó demanda contra la señora Dora Márquez Franco³, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones nº 000720 del 12 de enero de 2006, nº 08117 del 23 de marzo de 2007, nº RDP 021327 del 19 de julio de 2019, nº RDP 024989 del 22 de agosto de 2019 y nº RDP 028218 del 18 de septiembre de 2019, expedidas las dos primeras por la Caja Nacional de

¹ En adelante, CPACA.

² Archivo nº 01 del expediente digital.

³ Archivo nº 02 del expediente digital.

Previsión Social (CAJANAL) liquidada, y las demás por la UGPP, con las cuales, en su orden, se reconoció y reliquidó pensión gracia a favor del señor Lud Herrera Espinosa, y se sustituyó dicha prestación a la señora Dora Márquez Franco.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó condenar a la demandada a pagar o reintegrar de manera actualizada, todas las sumas de dinero pagadas en exceso. Pidió además condenarla en costas, si a ello hubiere lugar.

Solicitud de medida cautelar

En memorial aparte⁴, la entidad demandante solicitó la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos cuya nulidad pretende, con fundamento en que no era procedente reconocer la pensión gracia a favor del señor Lud Herrera Espinosa, la que luego se sustituyó a la señora Dora Márquez Franco, por cuanto no existe certeza sobre el tipo de vinculación que ostentaba el causante y el tiempo en el que efectivamente prestó sus servicios para acceder a la citada prestación, ya que en el expediente administrativo no obra certificado expedido por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) y tampoco se encuentran los decretos, resoluciones y actas de posesión.

Expuso que los actos administrativos atacados se encuentran falsamente motivados e infringen las normas en las que debían fundarse, ya que los recursos con los cuales se financió el nombramiento del señor Lud Herrera Espinosa (Decreto nº 000133 del 19 de septiembre de 1997) a partir del 1º de agosto de 1977, son de orden nacional, lo que significa que no tenía derecho a la pensión gracia.

Inadmisión y admisión de la demanda. Traslado de la solicitud de medida cautelar

El conocimiento del presente asunto correspondió por reparto al suscrito Magistrado⁵, a cuyo Despacho fue allegado el 1º de septiembre de 2020⁶.

Luego de que la demanda se corrigiera atendiendo lo señalado en auto del 16 de marzo de 2021⁷, el libelo fue admitido por auto del 6 de mayo de 2021⁸.

⁴ Páginas 21 a 25 del archivo nº 02 del expediente digital.

⁵ Archivo nº 01 del expediente digital.

⁶ Archivo nº 05 del expediente digital.

⁷ Archivo nº 10 del expediente digital.

⁸ Archivo nº 15 del expediente digital.

Con auto del 6 de mayo de 2021⁹, el Despacho corrió traslado a la parte demandada de la solicitud de medida cautelar, tal como lo prevé el artículo 233 del CPACA.

Notificación por conducta concluyente

A través de auto del 24 de noviembre de 2022¹⁰, el Despacho resolvió tener como notificada por conducta concluyente la demanda promovida en contra de la señora Dora Márquez Franco por parte de la UGPP, en la siguiente fecha: 2 de julio de 2021.

Respuesta frente a la solicitud de medida cautelar

Actuando a través de apoderado judicial, la parte demandada se opuso a la solicitud de medida cautelar¹¹, argumentando que la misma carece de fundamento legal; que la UGPP ha desconocido de manera fehaciente los derechos fundamentales de la accionada; y que no existe ninguna razón para que la entidad demandante pretenda arrebatar un derecho válidamente adquirido, obligando a la pensionada a soportar cargas que no le son imputables, causándole un perjuicio irremediable.

Expuso que debe presumirse la buena fe y el hecho que la demandada viene ostentando un derecho adquirido.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Por auto del 31 de enero de 2023¹², el Despacho negó la medida cautelar solicitada, con fundamento en que ésta no fue sustentada en debida forma como lo exige la norma procedural correspondiente, y además en ella no se identificaron expresamente las normas superiores que se consideraban desconocidas. Se indicó que al acudir a las normas que regulan la pensión gracia, como una manera de determinar si es viable el decreto de la medida cautelar solicitada, ello exigiría no sólo un análisis integral del ordenamiento jurídico en busca de aquella que interesaría al proceso –carga que le corresponde a la parte actora–, sino que además implicaría la realización de profundos razonamientos con base en las pruebas allegadas con la demanda, que no son procedentes en esta etapa temprana del proceso; máxime si con esto se menoscabaría la prestación periódica de la que goza una persona de la tercera edad, cuando la entidad demandada ni siquiera tiene certeza sobre el

⁹ Archivo nº 16 del expediente digital.

¹⁰ Archivo nº 28 del expediente digital.

¹¹ Páginas 27 a 31 del archivo nº 23 del expediente digital.

¹² Archivo nº 31 del expediente digital.

tipo de vinculación que ostentaba el causante y el tiempo en el que efectivamente prestó sus servicios para acceder a la citada prestación.

RECURSOS DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por esta Corporación, la UGPP interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación¹³, alegando que la medida cautelar procede en este caso, ya que al confrontar las disposiciones invocadas en la demanda con los actos administrativos demandados, resulta evidente la violación de aquellas.

En efecto, hizo alusión al régimen normativo de la pensión gracia, con base en lo cual sostuvo que el señor Lud Herrera Espinosa no tenía derecho a dicha prestación, como quiera que, si bien fue nombrado por el Gobernador de Caldas, lo cierto es que dicha vinculación se financió con recursos del situado fiscal, los cuales se consideran de origen nacional.

Expuso que el objetivo de la suspensión provisional, además de llevar consigo la apariencia de buen derecho, no es otro que el de salvaguardar los recursos del Sistema General de Pensiones, así como la sostenibilidad del sistema, todo ello, dentro de los principios generales de la seguridad social de universalidad, eficiencia y solidaridad, consagrados en la Ley 100 de 1993, por lo que el negar la medida cautelar ocasiona un detrimento patrimonial de todo el sistema pensional y de las finanzas públicas, que genera un déficit fiscal, vulnerándose de esta manera las normas constitucionales establecidas en los artículos 4, 6, 48, 121, 123 –inciso 2º–, 124 y 128 de la Constitución Política. En ese sentido, consideró que se demuestra el perjuicio irremediable.

TRASLADO DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

Del recurso de reposición interpuesto, la Secretaría de la Corporación corrió traslado a las partes, conforme lo prevé el artículo 201A del CPACA¹⁴.

Vencido el término de traslado correspondiente, la parte accionada no se pronunció¹⁵.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

¹³ Archivo nº 34 del expediente digital.

¹⁴ Archivos nº 35 y 36 del expediente digital.

¹⁵ Archivo nº 37 del expediente digital.

Procedibilidad y oportunidad del recurso de reposición interpuesto

De conformidad con el artículo 242 del CPACA, salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra todos los autos.

En ese orden de ideas, la reposición interpuesta por la UGPP es procedente.

Adicionalmente, el recurso fue presentado en término oportuno, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 318 del Código General del Proceso (CGP)¹⁶, aplicable por remisión expresa del artículo 242 del CPACA.

Decisión del recurso de reposición

Acudiendo a los mismos argumentos expuestos en el auto objeto de recurso, este Despacho se reafirma en la negativa de suspender provisionalmente los efectos jurídicos de las Resoluciones nº 000720 del 12 de enero de 2006, nº 08117 del 23 de marzo de 2007, nº RDP 021327 del 19 de julio de 2019, nº RDP 024989 del 22 de agosto de 2019 y nº RDP 028218 del 18 de septiembre de 2019, con las cuales se reconoció y reliquidó pensión gracia a favor del señor Lud Herrera Espinosa, y se sustituyó dicha prestación a la señora Dora Márquez Franco. Lo anterior, por lo siguiente.

Reitera el Despacho que la petición de suspensión provisional no sólo no fue precisada y argumentada suficientemente por la entidad accionante, como era su deber, sino que además no hizo referencia alguna en el acápite correspondiente, a las normas transgredidas y con base en las cuales habría de confrontarse la legalidad de los actos respectivos.

Considera el Despacho que, en el evento de acudir a las normas que regulan la pensión gracia, como una manera de determinar si es viable el decreto de la medida cautelar solicitada, ello exigiría por parte del suscrito, no sólo un análisis integral del ordenamiento jurídico en busca de aquella que interesaría al proceso –carga que le corresponde a la parte actora–, sino que además implicaría la realización de profundos razonamientos con base en las pruebas allegadas con la demanda, que no son procedentes en esta etapa temprana del proceso.

En efecto, el análisis que debe realizarse para establecer la aparente ilegalidad de los actos mencionados que viabilice el decreto de la medida cautelar, conlleva una valoración de fondo que es propia de la fase de juzgamiento más que de este primer momento del proceso, para la cual se necesita además el examen juicioso de las pruebas allegadas y las que se

¹⁶ En adelante, CGP.

requieran.

De otro lado, estima este Despacho que no puede pasarse por alto que la suspensión de los actos de reconocimiento, reliquidación y sustitución pensional significaría el menoscabo de una prestación periódica para una persona de la tercera edad, sin que existan razones suficientes para afirmar, desde ahora, que las resoluciones demandadas resultan incuestionablemente violatorias de normas que ni siquiera se han concretado debidamente en la solicitud de medida cautelar, y máxime si, como se extrae de la demanda, la entidad no tiene certeza sobre el tipo de vinculación que ostentaba el causante y el tiempo en el que efectivamente prestó sus servicios para acceder a la citada prestación.

Por las razones expuestas, el Tribunal negará la reposición del auto objeto de este recurso.

Procedencia del recurso de apelación

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 243 –numeral 5– y 244 del CPACA, por su oportunidad y procedencia se concederá en el efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido por este Tribunal el 31 de enero de 2023, como quiera que aquél negó una medida cautelar en el proceso de la referencia y, por lo tanto, es susceptible de la alzada propuesta.

Para los fines anteriores, la Secretaría de la Corporación remitirá el expediente al Consejo de Estado.

En mérito de lo expuesto, este Despacho del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE

Primero. NIÉGASE la reposición del auto proferido por este Despacho el treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023), que negó la solicitud de medida cautelar elevada por la parte demandante dentro del proceso promovido por la UGPP contra la señora Dora Márquez Franco.

Segundo. CONCÉDESE en el efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto por la UGPP contra el referido auto.

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

Cuarto. RECONÓCESE **personería jurídica** a la sociedad Legal Assistance Group S.A.S., identificada con el NIT 900.712.338-4, quien actúa en el presente proceso a través de la abogada YULY ALEJANDRA CASTAÑO TAFUR, identificada con la cédula de ciudadanía nº 1.121'949.546, y portadora de la tarjeta profesional nº 355.502 del Consejo Superior de la Judicatura, para representar judicialmente los intereses de la parte demandante, conforme al poder general otorgado mediante escritura pública nº 139 del 18 de enero de 2022 y de conformidad con el certificado de existencia y representación legal de dicha sociedad¹⁷.

Quinto. Ejecutoriado el auto, **CONTINÚE** el trámite regular del proceso, teniendo en cuenta el efecto en el que se concede el recurso de apelación.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

<p style="text-align: center;">TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p style="text-align: center;"><u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u></p> <p style="text-align: center;">No. 038 FECHA: 06/03/2023</p> <p style="text-align: center;"> Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas Secretaria</p>
--

¹⁷ Páginas 8 a 45 del archivo nº 34 del expediente digital.

Firmado Por:

**Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas**

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

Código de verificación: **390d08cf631dff7ea05f3f1d68052f99f3226e98592673d0a779cf2028cd127a**

Documento generado en 03/03/2023 02:01:43 PM

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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 071

Asunto:	Trámite para sentencia anticipada: Pronunciamiento sobre excepciones, fijación del litigio, pruebas y traslado para alegar de conclusión
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2021-00254-00
Demandante:	José Alcides Betancourth Bueno
Demandado:	Nación -Ministerio de Educación Nacional

Manizales, tres (03) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por el parágrafo 2º del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA¹), modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, en concordancia con los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso (CGP²) por remisión expresa de la norma antes mencionada, procede este Despacho³ a resolver las excepciones propuestas dentro del proceso de la referencia. Así mismo, el suscripto Magistrado se pronunciará en relación con la posibilidad de dictar sentencia anticipada en el presente asunto.

ANTECEDENTES

El 6 de octubre de 2021 fue interpuesto el medio de control de la referencia (archivos nº 01 y 02 del expediente digital), con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución nº 2735-6 del 9 de junio de 2021, con la cual se negó la solicitud de reconocimiento y pago de pensión de jubilación a los 55 años de edad y sin exigir el retiro definitivo del cargo docente para la inclusión en nómina.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó condenar a la entidad accionada a que reconozca y

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, CGP.

³ En aplicación del numeral 3 del artículo 125 del CPACA.

pague una pensión de jubilación a partir del 3 de abril de 2018, equivalente al 75% de los salarios y las primas recibidas anteriores al cumplimiento del status pensional. Reclamó además la parte accionante el reconocimiento y pago de los ajustes de valor e intereses moratorios a que hubiere lugar, así como la condena en costas.

Por auto del 8 de noviembre de 2021 (archivo nº 04 del expediente digital), el suscrito Magistrado inadmitió la demanda de la referencia, y en virtud de la corrección a través de providencia del 16 de febrero de 2022 se admitió la demanda.

El 15 de febrero de 2023 se indicó en constancia secretarial que la Nación – Ministerio de Educación Nacional emitió pronunciamiento. En esa fecha el expediente ingresó a Despacho para resolver sobre las excepciones y convocar a audiencia inicial o adelantar el trámite de sentencia anticipada.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Pasa el Despacho a pronunciarse no sólo en relación con las excepciones propuestas sino también con la posibilidad de dictar sentencia anticipada en el presente asunto.

1.- Decisión sobre excepciones

El parágrafo 2º del artículo 175 del CPACA, modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, previó lo siguiente en relación con la decisión de excepciones en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

PARÁGRAFO 2º. De las excepciones presentadas se correrá traslado en la forma prevista en el artículo 201A por el término de tres (3) días. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre las excepciones previas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en ellas. En relación con las demás excepciones podrá también solicitar pruebas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juez o magistrado ponente las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Antes de la audiencia inicial, en la misma oportunidad para decidir las excepciones previas, se declarará la terminación del proceso cuando se advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se declararán fundadas mediante sentencia anticipada, en los términos previstos en el numeral tercero del artículo 182A.

Según se indicó en el acápite de antecedentes, en el presente asunto la parte accionada Nación – Ministerio de Educación Nacional formuló las siguientes excepciones a la demanda (archivo 23 expediente digital):

- “*LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD*”, con fundamento en que el acto administrativo acusado, se profirió en estricto cumplimiento de las normas legales vigentes y aplicables al caso de la demandante.
- “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, con apoyo en que la entidad no ha actuado con el fin de atentar en contra los derechos laborales de la demandante.
- “*IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS*”, expresando que solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación.
- “*GENÉRICA*”, indicando que se debe ordenar de oficio la práctica de las pruebas pertinentes, así como declarar oficiosamente, las excepciones que aparezcan probadas de conformidad con el ordenamiento procesal.

La parte actora no se pronunció frente a las excepciones propuestas por la entidad demandada.

El suscripto Magistrado considera que los medios exceptivos antes referidos corresponden en estricto sentido a excepciones de mérito que habrán de ser decididas al resolver el fondo de la controversia, pues no sólo guardan relación directa con la cuestión litigiosa, sino que además no aparecen enlistados en el artículo 100 del Código General del Proceso (CGP) ni son de aquellas a las que se refiere el párrafo 2º del artículo 175 del CPACA, modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021.

2.- Posibilidad de dictar sentencia anticipada

El artículo 182A del CPACA, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, estableció la posibilidad de proferir sentencia anticipada en los asuntos de conocimiento de esta Jurisdicción, en los siguientes casos:

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 intervenientes. El juzgador rechazará la solicitud cuando advierta fraude o colusión.

Si en el proceso intervienen litisconsortes necesarios, la petición deberá realizarse conjuntamente con estos. Con la aceptación de esta petición por parte del juez, se entenderán desistidos los recursos que hubieren formulado los peticionarios contra decisiones interlocutorias que estén pendientes de tramitar o resolver.

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.

Parágrafo. En la providencia que corra traslado para alegar, se indicará la razón por la cual dictará sentencia anticipada. Si se trata de la causal del numeral 3 de este artículo, precisará sobre cuál o cuáles de las excepciones se pronunciará. Surtido el traslado mencionado se proferirá sentencia oral o escrita, según se considere. No obstante, escuchados los alegatos, se podrá reconsiderar la decisión de proferir sentencia anticipada. En este caso continuará el trámite del proceso.

En aras de establecer si en el presente asunto procede dictar sentencia anticipada en los términos antes señalados, el Despacho procederá a fijar inicialmente el litigio, y con base en esto, determinar si se requiere práctica de pruebas.

2.1. Fijación del litigio

Acudiendo a los escritos de demanda y de contestación de la misma, el Despacho hará referencia a continuación a los hechos relevantes que dan sustento fáctico al objeto de la controversia que más adelante se señalará, indicando la posición de la parte accionada frente a los mismos.

Nº	HECHOS DE LA DEMANDA	CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DEPARTAMENTO DE CALDAS
1	El docente demandante nació el 12 de febrero de 1959, por lo que en la actualidad tiene más de 55 años de edad.	Lo aceptó como cierto.
2	El demandante fue vinculado como docente el 10 de abril de 1991 por medio del Departamento de Caldas en la modalidad de hora cátedra para el Municipio de Riosucio en la Escuela Costa Rica hasta el 30 de diciembre de 1991.	Indicó que no le consta.
3	El demandante fue vinculado como docente el 1 de febrero de 1994 a través de contrato de prestación de servicios educativos para el Municipio de Riosucio Caldas en la Escuela La Palma en el resguardo indígena de la Montaña hasta el 15 de diciembre de 1994.	Indicó que no le consta.
4 a 11	<p>La parte demandante fue vinculada como docente a través de la Cooperativa Multiactiva del Magisterio Colombiano-CODEMAS para el Municipio de Riosucio Caldas, así:</p> <p>Desde el 1 de marzo de 1995 hasta el 15 de junio de 1995 y desde el 15 de julio de 1995 hasta el 7 de diciembre de 1995; desde el 12 de febrero de 1996 hasta el 12 de junio de 1996 y desde el 16 de julio de 1997 hasta el 20 de noviembre de 1997;</p> <p>Del 19 de febrero de 1998 hasta el 12 de junio de 1998 y desde el 01 de agosto de 1998 hasta el 30 de noviembre de 1998;</p> <p>Del 15 de febrero de 1999 hasta el 26 de marzo de 1999</p> <p>Del 05 de abril de 1999 hasta el 20 de mayo de 1999</p> <p>Del 21 de mayo de 1999 hasta el 11 de junio de 1999</p> <p>Del 24 de agosto de 1999 hasta el 03 de diciembre de 1999</p> <p>Del 21 de marzo de 2000 hasta el 23 de junio de 2000</p> <p>Del 08 de agosto de 2000 hasta el 22 de noviembre de 2000</p>	Indicó que no le consta.

	Del 02 de abril de 2000 hasta el 15 de junio de 2001 Del 16 de julio de 2001 hasta el 30 de noviembre de 2001 Del 11 de marzo de 2002 hasta el 14 de junio de 2002 Del 27 de julio de 2002 hasta el 30 de noviembre de 2002	
12	La parte demandante fue vinculada como docente a través del Departamento de Caldas, durante el año 2003, desde el 27 de enero hasta el 31 de marzo, desde el 01 (sic) hasta el 30 de abril, desde el 01 (sic) hasta el 22 de junio, desde el 14 al 31 de julio, desde el 01 al 30 de agosto, del 01 al 30 de octubre, desde el 01 hasta el 30 de noviembre.	Lo aceptó como cierto.
13	La parte demandante fue vinculada a la docencia oficial el 18 de marzo de 2004 y hasta la fecha de presentación de la demanda se desempeña como docente oficial.	Lo aceptó como cierto.
14	Al completar 55 años de edad y 20 de servicio, la parte demandante solicitó pensión de jubilación al Ministerio de Educación Nacional, para que le fuera reconocida a partir del 03 de abril de 2018, fecha del status jurídico de pensionada.	Indicó que no le consta.
15	En el acto administrativo demandado se negó la solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación a la parte actora.	Lo aceptó como cierto.
18	La parte demandante tiene mas de 20 años de servicio a la docencia oficial, mas de 55 años de edad y fue vinculado antes del 23 de junio de 2003, por lo que tiene derecho a la pensión de acuerdo con la ley 812 de 2003, en compatibilidad con el salario por pertenecer al régimen anterior en cuanto a su pensión de jubilación.	Refirió que no le consta.

Con base en el relato fáctico expuesto, estima el Despacho que el litigio se centrará en determinar si le asiste derecho a la parte actora al reconocimiento de pensión de jubilación por el cumplimiento de los requisitos legales de 20 años de servicio, 55 años de edad y vinculación antes del 23 de junio de 2003 para acceder a la mencionada prestación.

Lo anterior sin perjuicio de que otras cuestiones, principales o subsidiarias que tengan que ver con la controversia planteada, puedan ser objeto de estudio al momento de decidir de fondo el asunto.

2.2. Pruebas

2.2.1 Pruebas parte demandante

2.2.1.1 Documental.

Revisado este expediente, se observa que la parte actora aportó con la demanda prueba documental obrante en el archivo 02 del expediente digital, que habrá de incorporarse al proceso hasta donde la ley lo permita.

Así mismo se advierte que la demandante no efectuó solicitud adicional alguna de decreto y práctica de otras pruebas.

2.2.2. Pruebas parte demandada

La Nación -Ministerio de Educación Nacional no realizó solicitud especial de práctica de pruebas.

2.2.3. Pruebas Ministerio Público y de Oficio

El representante del Ministerio Público no hizo solicitud de pruebas y este Despacho no considera necesario decretar pruebas de oficio.

Al no haber entonces pruebas por decretar y practicar más allá de las documentales allegadas con la demanda, es procedente dictar sentencia anticipada conforme lo prevén los literales b), c) y d) del numeral 1 del artículo 182A del CPACA, previo a lo cual se correrá traslado a las partes y al Ministerio Público para que presenten sus alegatos de conclusión y el respectivo concepto.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

Primero. DIFIÉRASE al momento de proferir sentencia en el presente asunto, la decisión de las excepciones propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional: “**LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD**”, “**INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN**”, “**IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS**” y “**GENÉRICA**”.

Segundo. FÍJASE como objeto del litigio determinar si le asiste derecho a la parte actora al reconocimiento de pensión de jubilación por el cumplimiento de los requisitos legales de 20 años de servicio, 55 años de edad y vinculación antes del 23 de junio de 2003, para acceder a la mencionada prestación.

Lo anterior sin perjuicio de que otras cuestiones, principales o subsidiarias que tengan que ver con la controversia planteada, puedan ser objeto de estudio al momento de decidir de fondo el asunto.

Tercero. INCORPÓRASE la prueba documental aportada por la parte demandante al proceso, hasta donde la ley lo permita.

Cuarto. CÓRRASE traslado a las partes y al Ministerio Público para que dentro del término de diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, presenten sus alegatos de conclusión y el respectivo concepto.

Quinto. Ejecutoriada esta providencia, REGRESE inmediatamente el expediente a este Despacho para proferir la sentencia anticipada que en derecho corresponda.

Sexto. ADVIÉRTESE a las partes que todo memorial debe ser allegado únicamente al correo dispuesto para tal fin, esto es, a la cuenta sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 038

FECHA: 06/03/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria

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

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

Código de verificación: **9c013558e183f70e55d1c515a1fd1ccc3184139b43c3e4d429dc12d3a500b251**

Documento generado en 03/03/2023 01:47:02 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

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

RADICADO	17-001-23-33-000-2021-00268-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	MARÍA NELLY LOAIZA DE GRISALES
ACCIONADO	LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Procede la Sala Primera de Decisión de Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Se suplica por la parte demandante, que se hagan los siguientes pronunciamientos:

1. Que se declare la nulidad de la Resolución nro. RDP 010260 del 02 de abril de 2021, mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión gracia de jubilación a la demandante.
2. Declarar que es nula la Resolución nro. RDP 017689 del 16 de julio de 2021, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución nro. 010260 del 02 de abril de 2021, confirmándola en todas y cada una de sus partes.

Pidió se realicen las siguientes condenas:

1. Condenar a la UGPP a que reconozca a favor de la demandante la pensión gracia a partir del 04 de mayo de 2017 pero con efectos fiscales a partir del 30 de noviembre de 2017 por prescripción trienal.
2. Condenar a la UGPP para que sobre la pensión de la demandante reconozca y pague los reajustes por concepto de la Ley 71 de 1988 y de la Ley 100 de 1993.

3. Condenar a la UGPP para que sobre las sumas adeudadas ajuste el valor, conforme al Índice de Precios al Consumidor, tal y como lo autoriza el artículo 187 del CPACA.
4. Condenar a la UGPP para que dé cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del CPACA.
5. Condenar a la entidad a que pague los intereses moratorios, conforme lo autoriza el artículo 192 del CPACA.
6. Condenar en costas a la demandada, de acuerdo al artículo 188 del CPACA.

HECHOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

- Que la señora Fanny García Cifuentes nació el 05 de diciembre de 1953, por lo que cumplió 50 años de edad el 05 de diciembre de 2003.
- Que la demandante cumplió 20 años de servicios, y alcanzó su estatus para gozar de la pensión gracia el 04 de mayo de 2017.
- Que además la labor docente fue desempeñada por la accionante con honradez y buena conducta.
- El 30 de noviembre de 2020 se presentó reclamación ante la UGPP para que reconociera la pensión gracia, pero mediante Resolución nro. RDP 010260 del 02 de abril de 2021, confirmada por la Resolución nro. RDP 017689 del 16 de julio de 2021, se negó el derecho reclamado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Constitución Nacional, artículos 1, 2, 13, 25, 29, 48, 53, 151, 286, 287, 288, 356 y 357; Ley 39 de 1903, artículos 3, 4 y 13; Ley 114 de 1913, artículos 1, 2, 3 y 4; Ley 116 de 1928, artículo 6; Ley 37 de 1933, artículo 3; Ley 24 de 1947, artículo 1; Ley 4 de 1966, artículo 4: Decreto Reglamentario 1743 de 1966, artículo 5; Ley 43 de 1975, artículos 1 y 10; Decreto Ley 2277 de 1979, artículos 1, 2, 3, 5 y 6; Ley 33 de 1985, artículo 1; Ley 91 de 1989, artículo 1, artículo 15, numeral 2, literal a); Ley 60 de 1993, artículos 2, 3, 6, 14 y 15. Ley 100

de 1993, artículo 14; Ley 715 de 2001, artículos 7, 34, 37, 38 y 41 y Ley 1437 de 2011, Artículos 42, y 80.

Como concepto de la violación esgrimió que los tiempos laborados por la accionante suman más de 20 años, por lo que tiene el tiempo de servicio exigido. Además, al momento de elevarse la solicitud de reconocimiento pensional, la actora contaba con más de 50 años de edad.

Aseguró que, así las cosas, la demandante cumplió los requisitos exigidos por la Ley 114 de 1913 para que le fuera reconocida la pensión gracia, ya que tiene la edad; cumplió los 20 años de servicios, y por consiguiente el estatus para gozar de la prestación el 04 de mayo de 2017; sumado a que acreditó que cumplió sus labores con honradez y buena conducta.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UGPP después de pronunciarse sobre los hechos, manifestó frente a las pretensiones que se oponía a todas y cada una de las planteadas en la demanda, ya que la entidad, al momento de expedir los actos administrativos, actuó de conformidad con el marco normativo vigente.

Propuso las excepciones de:

Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido: manifestó que de conformidad con la norma que regula el reconocimiento de la pensión gracia y los tiempos de servicio de la actora se puede observar que ni siquiera cuenta con los 20 años de servicio a la docencia y aunque pudiese probar los mismos, no podría probar que dichos 20 años de servicio son los que exige la normativa y la jurisprudencia aplicable a la pensión de jubilación gracia.

Esto teniendo en cuenta que, para acceder a la prestación solicitada no es posible computar tiempos de servicio del orden Nacional ni los desempeñados en Cargos de carácter Administrativo total o parcialmente.

De lo anterior se evidencia que la Docente no cumple con los requisitos establecidos en la ley 114 de 1913, toda vez que la misma es clara en establecer que la pensión gracia será una dádiva para aquellos docentes de primaria y secundaria, cuyo tipo de vinculación sea Distrital, Municipal, Departamental o Nacionalizados, que hayan sido vinculados, antes del 31 de diciembre de 1980 y que cumplan con 20 años de tiempos de servicio, requisitos que

no fueron satisfechos por la aquí demandante, toda vez que no demostró el tipo de vinculación de la Docente.

Por lo anterior es claro que, el demandante no cumple con los requisitos de la Ley 114 de 1913 b) 20 años de servicios departamental, distrital, municipal y nacionalizada el tiempo con vinculación nacional no se tiene en cuenta para el reconocimiento.

Así las cosas, sin existir certeza sobre el tipo de vinculación de la demandante, mal haría la UGPP en reconocer la prestación solicitada, ya que no se evidencian todas las actas de nombramiento y posesión de todos los tiempos de servicio prestados, en las cuales se identifique los actos administrativos con los cuales se efectuaron los nombramientos, retiros, ascensos y traslados, para establecer el tipo de vinculación de la demandante y verificar si en el desempeño como docente de la actora, los salarios fueron o no financiados con recursos de la Nación y/o con recursos del Situado Fiscal o del Sistema General de Participaciones, es decir con recursos de transferencias de la Nación.

De otro lado, si la señora María Nelly Loaiza de Grisales lograrse demostrar que la totalidad de los tiempos laborados fueron de carácter nacionalizado o Departamental o municipal, y aun cuando dichos tiempos sumasen 20 años de servicio, esto no genera un derecho adquirido o, de antemano, probados los requisitos para acceder a la pensión de jubilación gracia, ya que, de los sustratos jurisprudenciales antes enunciados, la demandante debió haber cumplido los requisitos de edad y tiempos de servicio antes del 29 de diciembre de 1989 (vigencia de la Ley 91/89), lo que conlleva una vinculación de permanencia al 31 de diciembre de 1980, de aproximadamente 11 años; y, para el 31 de diciembre de 1980, la demandante, como ejercicio práctico, ni cumplía la edad y ajustaba menos de 4 años de servicio; sobra decir que para el 29 de diciembre de 1989, la señora María Nelly Loaiza de Grisales, si mucho ajustaba poco menos de 4 años de servicio.

Por todo lo anterior, es que se está realizando una solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación gracia, pero ni siquiera se cumplen los requisitos de tiempo de servicio en la calidad exigida por la Ley para el reconocimiento de dicha pensión ya que la demandante no cumplió los requisitos de ley, por tanto, no hay lugar a dicho reconocimiento.

Conforme con lo anterior señala, que la entidad demuestra un proceder legal y justificado y, por ende, una inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, pues no existe obligación por parte de la UGPP de reconocer dicha pensión, por no haberse causado en derecho.

- **Buena fe:** la entidad siempre ha actuado de conformidad con la ley y no de forma amañada, ni arbitraria; y mucho menos vulnerando normativa alguna de la que pueda inferirse la mala fe.

- **Prescripción:** sin que implique aceptación de las pretensiones, se debe declarar la ocurrencia de este fenómeno para las acciones laborales y prestaciones periódicas contempladas en el artículo 488 del C.S. del T y 151 del C.P del T.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante: insistió que la demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión gracia, ya que suma más de 20 años, por lo que tiene el tiempo de servicio exigido. Además, al momento de elevarse la solicitud de reconocimiento pensional, la actora contaba con más de 50 años de edad.

Aseguró que, así las cosas, la demandante cumplió los requisitos exigidos por la Ley 114 de 1913 para que le fuera reconocida la pensión gracia, ya que tiene la edad; cumplió los 20 años de servicios, y por consiguiente el estatus para gozar de la prestación el 04 de mayo de 2017; sumado a que acreditó que cumplió sus labores con honradez y buena conducta.

Parte demandada: con similares argumentos a los expuestos en la contestación de la demanda, reiteró que la actora no cumple con los requisitos legales para que le sea reconocida la prestación reclamada, además de que no acredita los 20 años de servicios con vinculación territorial establecidos en la Ley 114 de 1913.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Conforme a la constancia secretarial obrante en PDF nro. 40 el Ministerio público no presentó concepto de fondo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

No observa esta Sala irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí rituado, y procederá en consecuencia a tomar una decisión de fondo en el presente litigio.

La UGPP al momento de contestar la demanda planteó las excepciones que denominó "*inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido*", "*buenas fe*", "*prescripción*" y "*genérica*", las cuales, por tocar el fondo del asunto, quedarán subsumidas en el estudio que de este se haga.

Problemas jurídicos

Se estableció al momento de determinar la fijación del litigio que los interrogantes a dilucidar en el presente asunto serían los siguientes:

1. ¿Cumple la demandante con los requisitos legales y jurisprudenciales necesarios para acceder al reconocimiento de la pensión gracia establecida en Ley 114 de 1913, especialmente el relativo al tiempo de servicios?

En caso de ser positiva esta respuesta se deberá determinar:

2. ¿Qué factores salariales y tasa de reemplazo se debe tener en cuenta para la liquidación de la pensión gracia?

3. ¿Existe prescripción de mesadas pensionales?

Lo probado

- Conforme a la cédula la señora María Nelly Loaiza de Grisales nació el 05 de diciembre de 1953.
- Conforme a la Resolución nro. 7921-6 del 16 de diciembre de 2013 por medio del cual se da cumplimiento a un fallo judicial que ordena el reconocimiento y pago de unos tiempos laborales a la actora como docente departamental, a los certificados laborales y de tiempos de servicios aportados en el expediente se tienen lo siguiente:

Acto de nombramiento	Tipo de vinculación	Tiempo de servicio
Decreto 052 del 30/01/1975	Territorial	Del 07/02/1975 al 16/03/1980
Resolución 7921-6 del 16 de diciembre de 2013	Departamental	Del 01/10/1998 al 31/12/1998
Resolución 7921-6 del 16 de diciembre de 2013	Departamental	Del 01/03/2001 al 31/12/2001

Resolución 7921-6 del 16 de diciembre de 2013	Departamental	Del 01/03/2002 al 21/12/2002
Resolución 7921-6 del 16 de diciembre de 2013	Departamental	Del 01/04/2003 al 31/12/2003
Decreto 397 del 14/04/2004	Nacional	Del 21/04/2004 al 17/07/2005
Decreto 295 del 15/02/2006	Departamental	Del 20/02/2006 al 18/08/2006
Decreto 1031 del 04/08/2006	Departamental	Del 14/08/2006 al 20/07/2008
Decreto 926 del 20/08/2008	Nacional	Del 01/09/2008 al 31/12/2008
Decreto 2116 del 30/04/2010	Nacional	Del 18/05/2010 al 31/12/2010
Decreto 2632 del 26/05/2011	Nacional	Del 26/05/2011 al 01/07/2011

Primer problema jurídico

¿Cumple la demandante con los requisitos legales y jurisprudenciales necesarios para acceder al reconocimiento de la pensión gracia establecida en Ley 114 de 1913, especialmente el relativo al tiempo de servicios?

Tesis: La Sala defenderá la tesis de que la demandante pese a tener tiempos territoriales y departamentales, no reúne el tiempo de 20 años para acceder al reconocimiento de la pensión gracia.

La pensión gracia tuvo su origen en la expedición de la Ley 114 de 1913, que dispuso reconocer a los maestros de Escuelas Primarias Oficiales que hayan servido en el Magisterio por un término no inferior a veinte años, el derecho a una pensión de jubilación vitalicia (pensión gracia), previo cumplimiento de los requisitos de edad, tiempo de servicios y calidades personales previstos en el artículo 4º de la citada ley.

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

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

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

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

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

En cuanto al alcance del aludido precepto, el H. Consejo de Estado¹ de manera uniforme ha expuesto que:

"...La disposición transcrita se refiere de manera exclusiva a aquellos docentes departamentales o regionales y municipales que quedaron comprendidos en el mencionado proceso de nacionalización. A ellos, por habérseles sometido repentinamente a este cambio de tratamiento, se les dio la oportunidad de que se les reconociera la referida pensión, siempre que reunieran la totalidad de los requisitos y que hubiesen estado vinculados de conformidad con las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, con el aditamento de su compatibilidad "...con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación";

¹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 29 de agosto de 1997. Exp. S-699. C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda. Criterio reiterado por el Alto Tribunal, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 6 de agosto de 2009, Rad. 25000-23-25-000-2006-03436-01(0019-09), Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

hecho que modificó la ley 114 de 1913 para dichos docentes, en cuanto ésta señalaba que no podía disfrutar de la pensión gracia quien recibiera "...otra pensión o recompensa de carácter nacional".

5. La norma pretranscrita, sin duda, regula una situación transitoria, pues su propósito, como se ve, no es otro que el de colmar las expectativas de los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 e involucrados, por su labor, en el proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria oficiales...".

También es importante señalar respecto al proceso de nacionalización de la educación, que, con la entrada en vigencia de la Ley 43 de 1975, la primaria y secundaria que oficialmente venían prestando los departamentos, municipios y distritos, pasó a ser un servicio público a cargo de la Nación, desarrollándose paulatinamente entre el 1º de enero de 1976 y el 31 de diciembre de 1980; este proceso de nacionalización de la educación oficial implicó que las remuneraciones salariales y prestacionales de la planta docente territorial fueran asumidas directamente por la Nación.

Posteriormente con la expedición de la Ley 60 de 1993, la cual determinó la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, entre otras regulaciones, estableció que el sector educativo estaría a cargo de las entidades territoriales para que asumiera la prestación del servicio público de educación.

De acuerdo a los postulados de la Ley 114 de 1913 para acceder a la pensión gracia se deben cumplir una serie de requisitos, los cuales se centran en que el docente tenga 50 años de edad; que esté vinculado antes del 31 de diciembre de 1980; que sea una vinculación municipal, departamental, distrital o nacionalizada; que acredite 20 años continuos o discontinuos de servicio docente; y que el empleo se haya desempeñado con honradez, consagración y buena conducta.

Caso concreto

Al descender al caso concreto, lo primero que deberá resaltar la Sala es que, frente a los dos primeros requisitos de la pensión gracia, estos son, edad y vinculación antes del 31 de diciembre de 1980 se logran verificar los mismos, de acuerdo al material probatorio.

Lo anterior, porque la demandante nació el 05 de diciembre de 1953, por ende, cumplió 50 años el 2003, es decir, antes de solicitar el reconocimiento de la prestación periódica.

Y en cuanto a la vinculación a la docencia antes del 31 de diciembre de 1980, se advierte que se nombró por primera vez en el año 1975 como docente territorial, a partir del 07/02/1976, por parte del gobernador del departamento de Caldas.

En cuanto a las designaciones que tuvo el demandante, está probado que:

Acto de nombramiento	Tipo de vinculación	Tiempo de servicio
Decreto 052 del 30/01/1975	Territorial	Del 07/02/1975 al 16/03/1980
Resolución 7921-6 del 16 de diciembre de 2013 por medio de la cual se da cumplimiento a un fallo y se reconocen unos tiempos de servicios	Departamental	Del 01/10/1998 al 31/12/1998
Resolución 7921-6 del 16 de diciembre de 2013 por medio de la cual se da cumplimiento a un fallo y se reconocen unos tiempos de servicios	Departamental	Del 01/03/2001 al 31/12/2001
Resolución 7921-6 del 16 de diciembre de 2013 por medio de la cual se da cumplimiento a un fallo y se reconocen unos tiempos de servicios	Departamental	Del 01/03/2002 al 21/12/2002
Resolución 7921-6 del 16 de diciembre de 2013 por medio de la cual se da cumplimiento a un fallo y se reconocen unos tiempos de servicios	Departamental	Del 01/04/2003 al 31/12/2003
Decreto 397 del 14/04/2004	Nacional	Del 21/04/2004 al 17/07/2005
Decreto 295 del 15/02/2006	Departamental	Del 20/02/2006 al 18/08/2006
Decreto 1031 del 04/08/2006	Departamental	Del 14/08/2006 al 20/07/2008
Decreto 926 del 20/08/2008	Nacional	Del 01/09/2008 al 31/12/2008
Decreto 2116 del 30/04/2010	Nacional	Del 18/05/2010 al 31/12/2010
Decreto 2632 del 26/05/2011	Nacional	Del 26/05/2011 al 01/07/2011

Debe precisar la Sala, que frente a este hecho del lugar donde se prestó el servicio, el dossier solo cuenta con la certificación expedida por la entidad demandada, la cual, por ser expedida por un servidor público en el ejercicio de sus funciones, tiene el carácter de documento público, a más de no haber sido tachada de falsa por la parte actora, ni contraprobarse de otra forma por ella, a ella nos debemos atener.

Así las cosas, encuentra esta Sala que la actora tiene 9 años 11 meses y 10 días de tiempo de servicio territorial y departamental.

En vista de lo anterior, y teniendo en cuenta que únicamente para la pensión gracia son válidos los tiempos de servicio de docencia territorial, sin necesidad de mayores elucubraciones, se negarán las pretensiones de la demanda, ya que la señora Loaiza de Grisales, contrario a lo considerado en la demanda, no cumple los requisitos para que le sea reconocida la pensión gracia, especialmente los 20 años de servicios con nombramiento territorial, departamental o nacionalizado.

Por sustracción de materia, no se resolverán los demás problemas jurídicos.

Conclusiones

Al no haber acreditado el demandante los requisitos exigidos por la ley para el reconocimiento de la pensión gracia, no es posible acceder a su reconocimiento. En tal sentido, se declarará probada la excepción de "*inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido*" propuesta por la UGPP, y se negarán las pretensiones.

Costas

9. Costas

No se condenará en costas a la parte actora vencida, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión a las normas procedimentales civiles, contenida en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por cuanto no se encuentran acreditadas las mismas, acorde con la posición que ha asumido el Consejo de Estado que, luego de señalar el criterio objetivo- valorativo para la imposición de costas³, en la que se indicó que: "(...) *En esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe). Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código*

General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365", y, ha proferido número de sentencias4 sin condena en costas, al considerar que no se encuentra demostrada su causación.

Pues bien, teniendo en cuenta que la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), dispone en el numeral octavo del artículo 365, entre otras que: "*Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*"; una vez revisado el expediente, se advierte que no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas en esta instancia, así como tampoco se observa ningún tipo de conducta que amerite la condena por ese concepto, razonamientos estos que son trasunto de los que las diferentes secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado han señalado en punto a costas, donde la regla general ha sido la no condena por tal concepto. En consecuencia, al no existir fundamento para su imposición la Sala concluye que no es procedente la condena en costas.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de "*inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido*" planteada por **LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovió **MARÍA NELLY LOAIZA DE GRISALES**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones planteadas en la demanda.

TERCERO: Sin costas por lo brevemente expuesto.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las anotaciones del caso en el sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 02 de marzo de 2023,
conforme acta nro. 011 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Magistrado Ponente
Con aclaración de voto



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 038 del 06 de
marzo de 2023.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 072

Asunto:	Resuelve excepciones
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2022-00004-00
Demandante:	Juan Alberto Franco
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Manizales, tres (03) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por el parágrafo 2º del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA¹), modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, en concordancia con los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso (CGP²) por remisión expresa de la norma antes mencionada, procede este Despacho³ a resolver las excepciones propuestas dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

El 14 de enero de 2022 fue interpuesto el medio de control de la referencia (archivo nº 01 del expediente digital), con el fin de que se declare la nulidad del acto ficto configurado el 28 de julio de 2020, frente a la petición presentada el 28 de abril de 2020, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora a la parte demandante según lo establecido en la Ley 244 de 1995 y Ley 71 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo contados desde los setenta días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, CGP.

³ En aplicación del numeral 3 del artículo 125 del CPACA.

Como consecuencia de lo anterior, la parte actora solicitó que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al reconocimiento y pago de la sanción por mora a la parte demandante, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contado desde los setenta días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantía.

Con auto del 23 de febrero de 2022 se admitió la demanda y posteriormente surtido el trámite procesal correspondiente, la parte demandada contestó la demanda de manera oportuna, según se evidencia en la constancia secretarial del 13 de enero de 2023.

Con la contestación de la demanda, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio propuso excepciones (archivo nº 11 del expediente digital), de las cuales se corrió el traslado correspondiente y frente a las que la parte actora se pronunció (archivos nº 12 y 14, ibídem).

El 13 de enero de 2023 el proceso ingresó a Despacho para resolver excepciones y convocar a audiencia inicial (archivo nº 15 del expediente digital).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El parágrafo 2º del artículo 175 del CPACA, modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, previó lo siguiente en relación con la decisión de excepciones en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

PARÁGRAFO 2º. *De las excepciones presentadas se correrá traslado en la forma prevista en el artículo 201A por el término de tres (3) días. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre las excepciones previas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en ellas. En relación con las demás excepciones podrá también solicitar pruebas.*

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juez o magistrado ponente las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Antes de la audiencia inicial, en la misma oportunidad para decidir las excepciones previas, se declarará la terminación del proceso cuando se advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se declararán fundadas mediante sentencia anticipada, en los términos previstos en el numeral tercero del artículo 182A.

Según se indicó en el acápite de antecedentes, en el presente asunto la parte demandada formuló las siguientes excepciones a la demanda (archivo nº 11 del expediente digital):

- **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:**
 1. **“COBRO DE LO NO DEBIDO”**, con fundamento en que las pretensiones de la demanda, están dirigidas al recaudo de obligaciones a las cuales la parte actora no tiene derecho, ya que no se generó mora en el pago de las cesantías reconocidas con la resolución 3702-6 del 20 de junio de 2019, con fecha máxima de pago hasta el 02 de octubre de 2019; y según el certificado de pago emitido por la Fiduprevisora el pago de las cesantías fue realizado el 28 de agosto de 2019, lo que permite inferir que se puso el dinero a disposición el dinero del 36 días antes del vencimiento.
 2. **“DETRIMENTO PATRIMONIAL DEL ESTADO”**, expresando que las pretensiones y condenas solicitadas por la parte demandante buscan menoscabar el patrimonio del Estado, abusando de su derecho.
 3. **“INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO PARA EL PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA”**, en tanto no existe legitimación en la causa por pasiva dado que la modificación normativa introducida en el artículo 57 de la Ley 1755 de 2019, traslada cualquier obligación de pago derivada del retardo en el pago de las cesantías a la entidad territorial certificada y a la Fiduciaria administradora y vocera del patrimonio autónomo.
 4. **“FALTA DE INTEGRACIÓN DE LITISCONSORTE NECESARIO”**, con apoyo en que el demandante infringió el numeral 9º del artículo 100 en concordancia con el artículo 61, el cual establece como excepción previa no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios, teniendo en cuenta que el apoderado judicial demandó a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin que se haya demandado a la Secretaría de

Educación del Municipio de Armenia (sic), entidad que expidió la Resolución No. 2710 de 4 de octubre de 2020, mediante la cual reconoció el respectivo pago de cesantías.

5. ***"COBRO INDEBIDO DE LA SANCIÓN MORATORIA"***, reiterando que se debe aplicar el parágrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2020, toda vez que en el caso concreto el pago de la sanción moratoria es responsabilidad exclusiva de la entidad territorial.
6. ***"FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA GENERADA EN EL 2020"***, con sustento en que la entidad únicamente cancelaría la sanción respecto del año 2019, esto teniendo en cuenta el parágrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019 por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2020.
7. ***"LA GENÉRICA"***, respecto de cualquier medio exceptivo que resulte probado en el curso del proceso.

La parte actora se pronunció frente a las excepciones propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Municipio de Salamina (archivo 14).

Este Despacho considera que salvo los medios exceptivos relacionados con la inepta demanda y no comprender la demanda a los litisconsortes necesarios, que serán resueltos a continuación, los demás corresponden en estricto sentido a excepciones de mérito que habrán de ser decididas al resolver el fondo de la controversia, pues no sólo guardan relación directa con la cuestión litigiosa, sino que además no aparecen enlistados en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA ni en el artículo 100 del CGP.

Sobre la integración del litis consorcio necesario y la ineptitud de demanda

Este medio de defensa propuesto por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, y con el cual pretende la vinculación del Municipio de Manizales, este Despacho se permite hacer las siguientes consideraciones:

El artículo 227 del CPACA remitió en lo que no estuviese regulado en dicho estatuto, a las normas del Código de Procedimiento Civil, que debe entenderse actualmente como el CGP. En ese sentido, se acude a este último estatuto para estudiar la intervención de terceros.

La figura del litisconsorcio se encuentra contemplada en los artículos 60 a 62 del CGP, y ha sido entendida como “(...) una institución procesal que se aplica en aquellos eventos en los cuales la legitimación por activa o por pasiva puede (facultativo) o debe (necesario) estar integrada por más de una persona natural o jurídica en virtud de una relación sustancial determinada.”⁴.

El litisconsorcio necesario, como una de las clasificaciones previstas, fue desarrollado por el artículo 61 del mencionado estatuto procesal civil, así:

ARTÍCULO 61. LITISCONSORCIO NECESARIO E INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO. *Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta (sic) a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.*

(...)

A partir de la promulgación de la Ley 91 de 1989⁵, las prestaciones sociales del Magisterio están a cargo de la Nación, y su pago se hace por medio del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual es independiente en su patrimonio, contabilidad y estadística, carece de personalidad jurídica, y constituye una cuenta especial de la Nación, como se desprende del artículo 3 de la misma norma mencionada⁶.

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005⁷ dispuso:

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Danilo Rojas Betancourth. Auto del 19 de julio de 2016. Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00391-01(53598).

⁵ “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

⁶ El art. 3 de la Ley 91 de 1989 dispone: “Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.”. (Resalta la Sala).

⁷ “Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.”.

ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

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

En punto a la necesaria vinculación del Municipio de Manizales con apoyo en lo dispuesto en la Ley 1955 de 2019, advierte el suscrito Magistrado que el 25 de mayo de 2019 se publicó la norma mencionada, que en su artículo 57 fijó competencias en materia de reconocimiento y liquidación de las cesantías de los docentes, así como responsabilidades en relación con la sanción moratoria por incumplimiento de términos en la expedición del acto administrativo correspondiente.

El texto de la norma en cuestión es el siguiente:

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

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

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

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

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

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

El artículo 336 de la citada ley dispuso expresamente que la misma regía a partir de su publicación, esto es, desde el 25 de mayo de 2019.

Los hechos que dieron origen a este proceso son anteriores a la vigencia de la Ley 1955 de 2019, pues según lo expone la parte actora, la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía fue radicada el 22 de mayo de 2019, antes que la citada ley comenzara a regir.

Conforme a lo anterior, considera el Despacho que para el caso concreto resulta improcedente ordenar la vinculación del municipio en aplicación del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, por cuanto esta norma produce efectos hacia el futuro y no puede afectar las situaciones jurídicas que ya se encontraban consolidadas bajo el amparo de otras disposiciones normativas.

A similar conclusión llegó el Consejo de Estado en sentencia del 26 de agosto de 2019⁸, en la que consideró que el FOMAG era quien debía responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada, ya que “*Si bien el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019⁹ y ésta última reguló el tema en su artículo 57, dicha disposición no rige el asunto objeto de estudio porque la petición de reconocimiento de cesantías se radicó el 18 de julio de 2013 y la sanción moratoria se causó del 30 de octubre de 2013 al 9 de julio de 2015, es decir, con anterioridad a la expedición de la mencionada ley*”.

Sobre la Ineptitud de la demanda

El numeral 5 del artículo 100 del CGP establece como excepción previa la correspondiente a la ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales.

La sustentación del medio de defensa en este caso tiene que ver con la aplicación de la modificación normativa introducida en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, que en criterio de la demandada traslada cualquier obligación de pago derivada del retardo en el pago de las cesantías a la entidad territorial certificada y a la Fiduciaria administradora y vocera del patrimonio autónomo.

De acuerdo con lo expuesto al presente medio de defensa se aplica lo decidido en relación con esta materia en la excepción que se acaba de resolver y por ello se declararán no probadas las excepciones estudiadas.

En mérito de lo expuesto, este Despacho del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 26 de agosto de 2019. Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00406-01(1728-18).

⁹ Cita de cita: Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022.

Primero. DIFIÉRASE al momento de proferir sentencia en el presente asunto, la decisión de las excepciones propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que designó como: “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “DETRIMENTO PATRIMONIAL DEL ESTADO”, “COBRO INDEBIDO DE LA SANCIÓN MORATORIA”, “FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA GENERADA EN EL 2020” y la “GENERICAS”.

Segundo. DECLÁRANSE no probados los medios exceptivos formulados por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que denominó: “INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO PARA EL PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA” y “FALTA DE INTEGRACIÓN DE LITISCONSORTE NECESARIO”.

Tercero. RECONÓCESE personería jurídica para actuar como apoderados principal y sustituto, respectivamente, a los abogados LUIS ALFREDO SANABRIA RIOS, identificado con la cédula de ciudadanía nº 80.211.391 de Bogotá y tarjeta profesional nº 250.292 y JENNY ALEXANDRA ACOSTA RODRIGUEZ, identificada con la cédula de ciudadanía nº 52'203.675 expedida en Bogotá, y portadora de la tarjeta profesional nº 252.440 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como mandatarios de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme al poder conferido y que obra en el archivo nº 11 del expediente digital.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, REGRESE inmediatamente el expediente a Despacho para continuar con el trámite del proceso.

Notifíquese y cúmplase

**AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado**



Firmado Por:

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

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

Código de verificación: **4a7faeac1f5330e6cafd8dc096242bd8b6edb8b46efcecce0a0be8ced2f7630c**
Documento generado en 03/03/2023 01:48:49 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA PRIMERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, dos (02) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

PROCESO No.	17001-23-33-000-2022-00298-00
CLASE	OBJECIONES EN DERECHO
ACCIONANTE	JOSE YONATAN MANRIQUE GARZÓN
ACCIONADO	CONCEJO DE NORCASIA - CALDAS

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a decidir sobre el trámite de objeciones que el señor alcalde del municipio de Norcasia – Caldas, presentó frente al artículo 9 del Acuerdo nro. 013 de noviembre 25 de 2022, *"por medio del cual se adopta el presupuesto de rentas y recursos de capital y de gastos e inversiones para la vigencia fiscal del 2023, para la administración municipio de Norcasia - Caldas"*.

ANTECEDENTES**A. PRETENSIONES**

Solicitó el señor alcalde se declaren fundadas las objeciones jurídicas formuladas frente al artículo 9 del Acuerdo nro. 013 de noviembre 25 de 2022, *"por medio del cual se adopta el presupuesto de rentas y recursos de capital y de gastos e inversiones para la vigencia fiscal del 2023, para la administración municipio de Norcasia - Caldas"*.

B. HECHOS

"...1)El pasado 26 de noviembre de 2022, se remitió por parte del Concejo Municipal para sanción del alcalde de Norcasia, el Acuerdo No. 013 de noviembre 25 de 2022, "POR MEDIO DEL CUAL SE ADOPTA EL PRESUPUESTO DE RENTAS Y RECURSOS DE CAPITAL Y DE GASTOS E INVERSIONES PARA LA VIGENCIA FISCAL DEL 2023, PARA LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPIO DE NORCASIA, CALDAS", el cual fue presentado al Concejo Municipal en el marco del periodo ordinario de sesiones del mes de noviembre de 2022.

2) Al momento de efectuar la revisión de dicho proyecto de acuerdo para su sanción, se pudo advertir que el mismo presenta problemas de legalidad, toda vez que el Concejo Municipal de Norcasia, usurpó facultades propias del ejecutivo, especialmente el artículo 65 del estatuto orgánico de presupuesto municipal y el 67 del decreto 111 de 1996 el cual indica que Corresponde al gobierno dictar el decreto de liquidación del presupuesto general de la Nación.

3) En el anterior orden de ideas, por disposición legal y reglamentaria, es sabido que cuando el Alcalde advierta que alguna de las iniciativas que han sido aprobadas por parte del Concejo Municipal resulten improcedentes, le asiste una atribución de objetarlas, puntualmente ante dos tipos de situaciones: por motivos de inconveniencia o por ser contrarias al ordenamiento jurídico. Así lo disponen el artículo 315, numeral 6, de la Constitución Política de Colombia, los artículos 78, 79 y 80 de la Ley 136 de 1994 y el TÍTULO X DE LAS OBJECCIONES, capítulo primero del Acuerdo Municipal 002 de mayo 31 de 2019. Reglamento Interno del Concejo Municipal, en sus artículos 127 y siguientes..."

C. OBJECCIONES JURÍDICAS

La administración municipal el día 01 de noviembre de 2022 presentó ante el concejo municipal de Norcasia, caldas, el Proyecto de Acuerdo "**POR MEDIO DEL CUAL SE ADOPTA EL PRESUPUESTO DE RENTAS Y RECURSOS DE CAPITAL Y DE GASTOS E INVERSIONES PARA LA VIGENCIA FISCAL DEL 2023, PARA LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPIO DE NORCASIA, CALDAS**"

Dentro de éste se presentó el artículo noveno que a su tenor indicaba lo siguiente:
"Los anexos del presupuesto de Rentas y Recursos de Capital, Gastos e Inversiones NO forman parte del presente Acuerdo, de acuerdo con el Estatuto Orgánico Nacional y Municipal".

La anterior disposición fue presentada con fundamento en el artículo 46 del estatuto de presupuesto municipal, el cual indica:

Artículo 46º. Preparación del proyecto de Presupuesto. Corresponde a la Administración Central Municipal, preparar anualmente el proyecto de Presupuesto General del Municipio, con base en los anteproyectos que le presenten las secciones que conforman este presupuesto y demás insumos establecidos. La Administración Municipal tendrá en cuenta la disponibilidad de recursos y los principios presupuestales para la determinación de los gastos que se pretendan incluir en el proyecto del Presupuesto General del Municipio de Norcasia.

El mismo compendio normativo indica en su artículo 11 que, el único documento que se tendrá como adicional será el marco fiscal de mediano plazo, y este no se tendrá como anexo si no a título informativo:

Artículo 11º. Composición del Presupuesto General del Municipio: El Acuerdo de Presupuesto General del Municipio se compondrá de las siguientes partes: El Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital El Presupuesto de Rentas contendrá la estimación de los ingresos corrientes, los ingresos del Fondo Local de Salud, los Fondos Especiales y los recursos de Capital. El Presupuesto de gastos o apropiaciones Incluirá las apropiaciones para el nivel Central municipal, La personería y el Concejo Municipal distinguiéndose entre Gastos de Funcionamiento, Servicio de la Deuda Pública y Gastos de Inversión, estos últimos clasificados y detallados por secciones y órganos. Disposiciones Generales Corresponde a las normas tendientes a asegurar la correcta ejecución del Presupuesto General del Municipio de Norcasia, las cuales regirán únicamente para el año fiscal para el cual se expide.

Parágrafo: Adicionalmente, contendrá a título informativo los siguientes anexos:

- *Marco Fiscal de Mediano Plazo.*

Indicó que, conforme a lo anterior es claro, como en ningún momento se contempla el estatuto como anexo el presupuesto de Rentas y Recursos de Capital, marco fiscal de mediano plazo y/o Gastos e Inversiones, poniendo de presente que solo deberá a título informativo presentar un marco fiscal de mediano plazo más este no hará parte integral del acuerdo; por el contrario, le ratifica a la administración municipal su competencia para liquidación del presupuesto:

Artículo 65º. Decreto de liquidación. Corresponde al Alcalde Municipal dictar antes del 31 de diciembre el Decreto de Liquidación del Presupuesto General del Municipio de Norcasia. En la preparación de este decreto, la Secretaría de Hacienda- Jefe de Presupuesto, observara las siguientes pautas. 1. Tomará como base el proyecto del Presupuesto General del Municipio, presentado por el Alcalde Municipal a consideración del Concejo Municipal. 2. Se insertarán todas las modificaciones que se le hayan hecho por parte del Concejo Municipal. 3. Este decreto de liquidación se acompañará de un anexo que contendrá el detalle de las apropiaciones y la definición de las mismas para el año fiscal que se trate, con arreglo a las disposiciones anteriores.

De tal manera, al establecerse que harán parte del acuerdo los anexos del presupuesto, usurpa funciones que previamente el mismo concejo ya le había otorgado al ejecutivo municipal, adicional a ello vulnera el artículo 67 del decreto

111 de 1996 "Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto

No obstante, el concejo municipal en un acto contrario a la norma, decidió modificar el artículo noveno de la siguiente manera:

ARTICULO NUEVE: *Los anexos del presupuesto de Rentas y Recursos de Capital, Gastos e Inversiones SI forman parte del presente Acuerdo, de acuerdo con el Estatuto Orgánico Nacional y Municipal.*

Lo anterior, vulnera la autonomía que se le ha otorgado al ejecutivo y pretermina las normas citadas como quiera que, para la elaboración del decreto de liquidación no se podría modificar el anexo de la descripción detallada del proyecto de acuerdo de ingresos y gastos del 2023, obligando al ejecutivo a establecer el mismo, como fue presentado al concejo; adicional a ello, anexos como el Plan operativo anual de inversiones y el marco fiscal de mediano plazo no estarían sujetos a modificaciones, ya que estos también hacen parte de los anexos con los cuales se presenta el proyecto de acuerdo, terminando de vulnerar funciones que previamente el mismo organismo le había otorgado al ejecutivo.

Ante esta circunstancia, advertimos que existe una notable trasgresión de la norma, toda vez que, imposibilita la elaboración por parte del ejecutivo del decreto de liquidación como lo establece el artículo 65 del estatuto orgánico del presupuesto del municipio y el artículo 67 del decreto 111 del 96.

D. INTERVENCIONES

- **Concejo Municipal de Norcasia:** no se pronunció.

- **Ministerio Público:** mediante concepto 3-2023 el señor Procurador Judicial solicitó declarar la invalidez del artículo 9 del Acuerdo nro. 013 de noviembre 25 de 2022.

Señaló que, al revisar la norma que es materia de control, se puede sostener que, en el artículo 9 del Acuerdo No. 013 de noviembre 25 de 2022, el concejo municipal sí restringió la atribución que por mandato del artículo 67 del Decreto 111 de 1996 corresponde exclusivamente al alcalde, por cuanto las previsiones presupuestales deben realizarse en programas y subprogramas globales cuya liquidación para la

aplicación a los distintos proyectos corresponde al ejecutivo municipal y no al concejo municipal.

Señaló que, de conformidad con el artículo 6 de la Constitución Política, en armonía con el artículo 121 superior, las autoridades serán responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, las cuales están señaladas en la Constitución y la ley, de donde se concluye que ninguna autoridad puede ejercer funciones distintas a las a ella atribuidas.

Concluye que, es claro entonces que, el Concejo Municipal de Norcasia, Caldas, al expedir el artículo 9 del Acuerdo No. 013 de noviembre 25 de 2022, desconoció los preceptos constitucionales antes citados, así como el artículo 67 del Decreto 111 de 1996, norma que es aplicable a la entidad territorial, anotando que la desagregación del presupuesto es una atribución que el ejecutivo municipal lleva a cabo a través del decreto de liquidación del presupuesto.

Señaló que, en armonía con el marco normativo antes citado, los municipios gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la constitución y la ley, por lo que tienen derecho a ejercer las competencias que les correspondan. Por lo anterior, las atribuciones conferidas a los Concejos municipales deben ser ejercidas atendiendo lo dispuesto por dichos mandatos, y consecuencialmente toda actuación por fuera de estos límites es una extralimitación en el ejercicio de funciones.

CONSIDERACIONES:

Problema Jurídico:

Consiste en decidir, si las objeciones jurídicas planteadas por el alcalde del municipio Norcasia, Caldas, frente al artículo 9 del Acuerdo nro. 013 de noviembre 25 de 2022, "*por medio del cual se adopta el presupuesto de rentas y recursos de capital y de gastos e inversiones para la vigencia fiscal del 2023, para la administración municipio de Norcasia – Caldas*", están fundadas.

Lo probado en el proceso

- En el artículo 9 del Acuerdo nro. 013 del 25 de noviembre de 2022 se plasmó lo siguiente:

ARTICULO NUEVE: Los anexos del presupuesto de Rentas y Recursos de Capital, Gastos e Inversiones SI forman parte del presente Acuerdo, de acuerdo con el Estatuto Orgánico Nacional y Municipal.

- Se allegó copia del proyecto del Acuerdo 013 de 2022 "*por medio del cual se adopta el presupuesto de rentas y recursos de capital y de gastos e inversiones para la vigencia fiscal del 2023, para la administración municipio de Norcasia – Caldas*", en el cual se establecía en el artículo 9 que "*Los anexos del presupuesto de Rentas y Recursos de Capital, Gastos e Inversiones NO forman parte del presente Acuerdo, de acuerdo con el Estatuto Orgánico Nacional y Municipal*".
- Se allegó copia del Marco Fiscal de Mediano Plazo 2023 – 2032 del municipio de Norcasia – Caldas.

Marco Normativo

Conforme a los artículos 313 numeral 5, 315 numerales 1, 3 y 8 y 345 de la Constitución Política, en armonía con el artículo 18 numeral 9 de la Ley 1551 de 2012, el cual modificó el artículo 32 de la Ley 136 de 1994, le corresponde al Concejo expedir el presupuesto de rentas y gastos del municipio, razón por la cual es la misma corporación la facultada para la modificación del presupuesto global, en sesiones ordinarias o de ser necesario en sesiones extraordinarias. Así mismo, la programación, elaboración, presentación, aprobación, liquidación, modificación y ejecución del presupuesto municipal debe realizarse con sujeción a lo establecido en los artículos 345, 352 y 353 de la Constitución Política.

Respecto del estatuto orgánico de presupuesto el Decreto 111 de 1996, establece:

Artículo 65. Según lo dispone el artículo 348 de la Constitución Política, la dirección general del presupuesto nacional hará las estimaciones de las rentas y recursos de capital para el nuevo año fiscal.

Si efectuados los ajustes, las rentas y recursos de capital, no alcanzan a cubrir el total de los gastos, podrá el gobierno, en uso de la facultad constitucional, reducir los gastos y suprimir o refundir empleos hasta la cuantía del cálculo de las rentas y recursos de capital del nuevo año fiscal.

El presupuesto de inversión se repetirá hasta por su cuantía total, quedando el gobierno facultado para distribuir el monto de los ingresos calculados, de acuerdo con los requerimientos del plan operativo anual de inversiones. (L. 38/89, art. 52; L. 179/94, art. 55, inc. 1 y 18).

Artículo 66. Cuando no se incluyan en el decreto de repetición del presupuesto nuevas rentas o recursos de capital que hayan de causarse en el respectivo año fiscal por no figurar en el presupuesto de cuya repetición se trata, o por figurar en forma diferente, podrán abrirse, con base en ellos, los créditos adicionales (L. 38/89, art. 53; L. 179/94, art. 55, inc. 2).

[...]

Artículo 104. A más tardar el 31 de diciembre de 1996, las entidades territoriales ajustarán las normas sobre programación, elaboración, aprobación, y ejecución de sus presupuestos a las normas previstas en la ley orgánica del presupuesto.

A su turno, la Ley 819 de 2003 por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones, respecto del presupuesto dispuso:

Artículo 5: Marco fiscal de mediano plazo para entidades territoriales. Anualmente, en los departamentos, en los distritos y municipios de categoría especial, 1 y 2, a partir de la vigencia de la presente ley, y en los municipios de categorías 3, 4, 5 y 6 a partir de la vigencia 2005, el Gobernador o alcalde deberá presentar a la respectiva Asamblea o Concejo, a título informativo, un Marco Fiscal de Mediano Plazo.

Dicho Marco se presentará en el mismo período en el cual se deba presentar el proyecto de presupuesto y debe contener como mínimo:

- a) El Plan Financiero contenido en el artículo 4 de la Ley 38 de 1989, modificado por el inciso 5 de la Ley 179 de 1994;
- b) Las metas de superávit primario a que hace referencia el artículo 2 de la presente ley, así como el nivel de deuda pública y un análisis de su sostenibilidad;
- c) Las acciones y medidas específicas en las que se sustenta el cumplimiento de las metas, con sus correspondientes cronogramas de ejecución;
- d) Un informe de resultados fiscales de la vigencia fiscal anterior. Este informe debe incluir, en caso de incumplimiento de las metas fijadas en el Marco Fiscal de Mediano Plazo del año anterior, una explicación de cualquier desviación respecto a las metas y las medidas necesarias para corregirlas. Si se ha incumplido la meta de superávit primario del año anterior, el nuevo Marco Fiscal de Mediano Plazo tiene que reflejar un ajuste tal que garantice la sostenibilidad de la deuda pública;
- e) Una estimación del costo fiscal de las exenciones tributarias existentes en la vigencia anterior;

- f) Una relación de los pasivos exigibles y de los pasivos contingentes que pueden afectar la situación financiera de la entidad territorial;
- g) El costo fiscal de los proyectos de ordenanza o acuerdo sancionados en la vigencia fiscal anterior.

Artículo 6: *Consistencia del presupuesto para las entidades territoriales.* El proyecto de Presupuesto General de la entidad territorial y los proyectos de presupuesto de las entidades del orden territorial con régimen presupuestal de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta asimiladas a estas deberán ser consistentes con lo establecido en los literales a, b y c del artículo anterior.

Artículo 7: *Análisis del impacto fiscal de las normas.* En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia de lo dispuesto en el inciso anterior. En ningún caso este concepto podrá ir en contravía del Marco Fiscal de Mediano Plazo. Este informe será publicado en la Gaceta del Congreso. Los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, que planteen un gasto adicional o una reducción de ingresos, deberá contener la correspondiente fuente sustitutiva por disminución de gasto o aumentos de ingresos, lo cual deberá ser analizado y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En las entidades territoriales, el trámite previsto en el inciso anterior será surtido ante la respectiva Secretaría de Hacienda o quien haga sus veces.

Artículo 8. *Reglamentación a la programación presupuestal.* La preparación y elaboración del presupuesto general de la Nación y el de las Entidades Territoriales, deberá sujetarse a los correspondientes Marcos Fiscales de Mediano Plazo de manera que las apropiaciones presupuestales aprobadas por el Congreso de la República, las Asambleas y los Concejos, puedan ejecutarse en su totalidad durante la vigencia fiscal correspondiente.

En los eventos en que se encuentre en trámite una licitación, concurso de méritos o cualquier otro proceso de selección del contratista con todos los requerimientos legales, incluida la disponibilidad presupuestal, y su perfeccionamiento se efectúe en la vigencia fiscal siguiente, se atenderá con el presupuesto

de esta última vigencia, previo el cumplimiento de los ajustes presupuestales correspondientes.

Ahora bien, en cumplimiento de lo dispuesto en la norma en comento, el Concejo municipal de Norcasia, Caldas, mediante el Acuerdo nro. 007-010 del 24 de noviembre de 2010 por medio del cual se deroga el Acuerdo nro. 017 de 2000, y se adopta el nuevo estatuto orgánico de presupuesto del municipio de Norcasia, estableció:

Artículo 11º. Composición del Presupuesto General del Municipio: El Acuerdo de Presupuesto General del Municipio se compondrá de las siguientes partes: El Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital El Presupuesto de Rentas contendrá la estimación de los ingresos corrientes, los ingresos del Fondo Local de Salud, los Fondos Especiales y los recursos de Capital. El Presupuesto de gastos o apropiaciones Incluirá las apropiaciones para el nivel Central municipal, La personería y el Concejo Municipal distinguiéndose entre Gastos de Funcionamiento, Servicio de la Deuda Pública y Gastos de Inversión, estos últimos clasificados y detallados por secciones y órganos. Disposiciones Generales Corresponde a las normas tendientes a asegurar la correcta ejecución del Presupuesto General del Municipio de Norcasia, las cuales regirán únicamente para el año fiscal para el cual se expide.

Parágrafo: Adicionalmente, contendrá a título informativo los siguientes anexos:

• **Marco Fiscal de Mediano Plazo**

[...]

Artículo 46º. Preparación del proyecto de Presupuesto. Corresponde a la Administración Central Municipal, preparar anualmente el proyecto de Presupuesto General del Municipio, con base en los anteproyectos que le presenten las secciones que conforman este presupuesto y demás insumos establecidos. La Administración Municipal tendrá en cuenta la disponibilidad de recursos y los principios presupuestales para la determinación de los gastos que se pretendan incluir en el proyecto del Presupuesto General del Municipio de Norcasia.

[...]

Artículo 65º. Decreto de liquidación. Corresponde al Alcalde Municipal dictar antes del 31 de diciembre el Decreto de Liquidación del Presupuesto General del Municipio de Norcasia. En la preparación de este decreto, la Secretaría de Hacienda- Jefe de Presupuesto, observara las siguientes pautas. 1. Tomará como base el proyecto del Presupuesto General del Municipio, presentado por el Alcalde Municipal a consideración del Concejo Municipal. 2. Se insertarán todas las modificaciones que se le hayan hecho por parte del Concejo

Municipal. 3. Este decreto de liquidación se acompañará de un anexo que contendrá el detalle de las apropiaciones y la definición de las mismas para el año fiscal que se trate, con arreglo a las disposiciones anteriores. (Negrilla de la Sala)

De acuerdo a las normas reseñadas, se advierte que, los anexos del presupuesto general de un municipio, estará compuesto por el marco fiscal de mediano plazo que deberá ser presentado por el alcalde a título informativo, es decir que dicho documento no hace parte integral del acuerdo del presupuesto, y ello cobra sentido, ateniendo el artículo 65 en comento que, establece el procedimiento para expedir el decreto de liquidación, el cual está compuesto por el proyecto del presupuesto general del municipio, presentado por el alcalde municipal a consideración del Concejo Municipal, las modificaciones que se le hayan hecho por parte del Concejo Municipal, y un anexo que contendrá el detalle de las apropiaciones y la definición de las mismas para el año fiscal que se trate, de suerte que, si se integra como parte del acuerdo del presupuesto el marco fiscal se limita el ejercicio de la función en cabeza del alcalde para efectuar la liquidación del presupuesto, por cuanto las previsiones presupuestales deben realizarse en programas y subprogramas globales cuya liquidación para la aplicación a los distintos proyectos corresponde al ejecutivo municipal y no al concejo municipal.

Cuando se revisa el Proyecto de Acuerdo 013 del 25 de noviembre de 2022, se encuentra que, lo que el Concejo hizo, fue adoptar el presupuesto de rentas y recursos de capital y de gastos e inversiones para la vigencia fiscal del 2023, para la administración municipio de Norcasia – Caldas.

De igual forma se evidencia que en el artículo 9 se estableció que “*Los anexos del presupuesto de Rentas y Recursos de Capital, Gastos e Inversiones SI forman parte del presente Acuerdo, de acuerdo con el Estatuto Orgánico Nacional y Municipal*”.

Ahora bien, conforme al artículo 11 del Acuerdo nro. 007-010 del 24 de noviembre de 2010 expedido por el Concejo municipal de Norcasia, Caldas, por medio del cual se deroga el Acuerdo nro. 017 de 2000 y se adopta el nuevo Estatuto Orgánico de Presupuesto del municipio de Norcasia, es claro que, los anexos no hacen parte integral del acuerdo por medio del cual se establece el presupuesto general del municipio, siendo solo anexos informativos, por lo que al establecer el artículo 9 del Acuerdo cuestionado que, los mismos hacen parte integral del mismo, se viola de manera flagrante lo establecido no solo en el acuerdo municipal de presupuesto sino

también lo establecido en las normas que regulan los presupuestos a nivel nacional y territorial.

De otro lado, tal y como lo considera el Ministerio Público, es claro, que el Concejo municipal de Norcasia, Caldas, al expedir el artículo 9 del Acuerdo No. 013 de noviembre 25 de 2022, desconoció los preceptos constitucionales antes citados, así como el artículo 67 del Decreto 111 de 1996, norma que es aplicable a la entidad territorial, anotando que, la desagregación del presupuesto es una atribución que el ejecutivo municipal lleva a cabo a través del decreto de liquidación del presupuesto. En armonía con el marco normativo antes citado, el artículo 2 numeral 2 de la Ley 1551 de 2012 establece que, los municipios gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley, por lo que tienen derecho a ejercer las competencias que les correspondan conforme con la Constitución y a la ley. Por lo anterior, las atribuciones conferidas a los Concejos municipales deben ser ejercidas atendiendo lo dispuesto por dichos mandatos, y consecuencialmente toda actuación por fuera de estos límites es una extralimitación en el ejercicio de funciones.

Conclusiones

Considera esta Sala que, las objeciones jurídicas planteadas por el alcalde del municipio Norcasia al artículo 9 del Acuerdo nro. 013 de noviembre 25 de 2022, *"por medio del cual se adopta el presupuesto de rentas y recursos de capital y de gastos e inversiones para la vigencia fiscal del 2023, para la administración municipio de Norcasia - Caldas"*, están fundadas.

En consecuencia, de ello, se ordenará remitir al Concejo Municipal de Norcasia - Caldas, el proyecto de Acuerdo correspondiente, para que se disponga en el artículo 9 del Proyecto de Acuerdo nro. 013 de noviembre 25 de 2022, "por medio del cual se adopta el presupuesto de rentas y recursos de capital y de gastos e inversiones para la vigencia fiscal del 2023, para la administración municipio de Norcasia - Caldas", la disposición que se ajuste a los Acuerdos del mismo municipio y de la constitución y la ley, conforme se señaló anteriormente en la parte motiva de esta providencia. Una vez lo anterior, deberá nuevamente enviar el texto definitivo a este Tribunal para fallo definitivo, antes de la sanción por parte del alcalde.

Por lo anterior, la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE:

- 1. DECLARAR FUNDADAS** las objeciones jurídicas planteadas por el alcalde del Municipio de Norcasia- Caldas frente al artículo 9 del Acuerdo nro. 013 de noviembre 25 de 2022, “*por medio del cual se adopta el presupuesto de rentas y recursos de capital y de gastos e inversiones para la vigencia fiscal del 2023, para la administración municipio de Norcasia - Caldas*”.
2. En consecuencia, de ello, se ordenará remitir al Concejo Municipal de Norcasia - Caldas, el proyecto de Acuerdo correspondiente, para que se disponga en el artículo 9 del Proyecto de Acuerdo nro. 013 de noviembre 25 de 2022, “*por medio del cual se adopta el presupuesto de rentas y recursos de capital y de gastos e inversiones para la vigencia fiscal del 2023, para la administración municipio de Norcasia - Caldas*”, la disposición que se ajuste a los Acuerdos del mismo municipio y de la constitución y la ley, conforme se señaló anteriormente en la parte motiva de esta providencia. Una vez lo anterior, deberá nuevamente enviar el texto definitivo a este Tribunal para fallo definitivo, antes de la sanción por parte del alcalde, conforme lo establece el artículo 80 de la Ley 136 de 1994.
3. **COMUNÍQUESE** esta decisión al alcalde del municipio de Norcasia - Caldas, y al presidente del Concejo Municipal de Norcasia – Caldas.
4. **UNA VEZ EJECUTORIADO** háganse las anotaciones correspondientes en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión, celebrada el 02 de marzo de 2023, conforme acta nro. 011 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico nro. 038 del 06 de marzo de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

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

PROCESO No.	17001-33-39-007-2021-00218-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	CONSUELO GÓMEZ RAMÍREZ
ACCIONADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS

Procede la sala primera del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, contra la sentencia que accedió a pretensiones, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 03 de agosto de 2022.

PRETENSIONES

La parte accionante solicito:

DECLARACIONES:

I. Declarar la nulidad de los actos administrativos que se identifican seguidamente:

- 1. Acto administrativo presunto surgido con ocasión de la petición de fecha 02 DE DICIEMBRE DE 2020 expedido por La Nación – Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en cuanto negaron el reconocimiento y pago de la SANCIÓN MORA a mi mandante establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles desde la fecha de radicación de la solicitud de cesantías, o a partir del día siguiente de la ejecutoria por renuncia a términos de notificación del acto administrativo de reconocimiento, siempre y cuando ocurra antes del día hábil 70, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la prestación.*
- 2. Acto administrativo presunto surgido con ocasión de la petición de fecha 07 de abril de 2021 expedido por el DEPARTAMENTO DE CALDAS en cuanto negaron el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del*

día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles desde la fecha de radicación de la solicitud de cesantías, o a partir del día siguiente de la ejecutoria por renuncia a términos de notificación del acto administrativo de reconocimiento, siempre y cuando ocurra antes del día hábil 70, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la prestación.

III. Declarar que mi representado tiene derecho a que la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el DEPARTAMENTO DE CALDAS, en lo que les corresponda, le reconozcan y paguen la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles desde la fecha de radicación de la solicitud de cesantías, o a partir del día siguiente de la ejecutoria por renuncia a términos de notificación del acto administrativo de reconocimiento, siempre y cuando ocurra antes del día hábil 70, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la prestación.

A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

1. Condenar a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y al DEPARTAMENTO DE CALDAS, según corresponda, a que reconozcan y pague a mí mandante la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 1071 de 2006 y Ley 244 de 1995 y parágrafo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo contado a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles.

2. Condenar a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y al DEPARTAMENTO DE CALDAS a que den cumplimiento en lo que corresponda al fallo, en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 del 2011 C.P.A.C.A. (...)

HECHOS

La señora Gómez Ramírez solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías el 17 de febrero de 2020; la prestación fue reconocida mediante Resolución 0966-6 del 04 de marzo de 2020 y cancelada el 14 de julio del mismo año. La fecha límite para el pago oportuno de la prestación venció el 01 de junio de 2020; sin embargo, la cancelación de la misma se presentó con posterioridad generándose el pago de la sanción.

Se solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria; sin embargo, la administración respondió negativamente en forma ficta.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Consideró que el acto administrativo cuya nulidad se pretende infringe los artículos 5, y 15 de la Ley 91 de 1989; Ley 244 de 1995 artículos 1 y 2; Ley 1071 de 2006 artículos 4 y 5.

Manifestó que la sanción moratoria es una sanción a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, establecida con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la mencionada ley.

Refirió que el espíritu de la normativa que contempla la sanción moratoria es proteger el derecho de los servidores públicos que se retiran del servicio a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías, en tal sentido estableció el procedimiento para su reconocimiento y pago, consagrando entre otros asuntos, una sanción a cargo de la Administración y a favor del trabajador, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, en caso de constituirse retardo en el pago definitivo de la referida prestación.

Explica que la sanción moratoria se contabiliza a partir de la firmeza del acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías, cuando no se interponga recurso en contra del mismo, cuando se renuncie expresamente a ellos o cuando los recursos interpuestos se hayan decidido. En los eventos en que la administración no se pronuncie o se pronuncie tardíamente frente a la solicitud de pago del auxilio de cesantía, dicha situación, salvo casos previstos por la ley para su retención, no la exime de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso.

Continua el concepto de la violación transcribiendo la jurisprudencia de unificación que sobre la sanción moratoria expidió el Consejo de Estado, para concluir que le asiste derecho a la actora a que se le reconozca y pague la sanción moratoria.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: Frente a los hechos expuestos en la demanda esgrimió que efectivamente la demandante es docente, y que solicitó sus cesantías el 17 de febrero de 2020 cuyo reconocimiento se efectuó a través de la Resolución 0966-6 del 04 de marzo de 2020, siendo cancelada la prestación el 14 de julio del mismo año.

Respecto de las pretensiones esgrimió que se opone a todas y cada una de ella, toda vez que el reconocimiento y pago de la sanción mora esta a cargo del ente territorial conforme a lo dispuesto en la Ley 1955 artículo 5; adicionalmente en el marco jurídico aplicable al caso le prohíbe a la entidad destinar recursos a fines diferentes al pago de las prestaciones económicas. En este caso, conforme a los aplicativos de la Fiduprevisora S.A. El

Departamento de Caldas remitió el acto administrativo de manera tardía por lo que la mora es atribuible únicamente a la entidad territorial.

Como excepciones propone las que denominó:

Falta de legitimación en la causa por pasiva: reiteró los argumentos de defensa ya expuestos en cuanto a la atribución de responsabilidad al ente territorial.

Buena fe: esgrime que la entidad ha actuado de buena fe en el reconocimiento de las prestaciones a favor de la parte actora.

Improcedencia de condena en costas: solicitó se tenga en cuenta que la actuación de la entidad no ha sido temeraria y por tanto no hay lugar a condena en costas tal y como lo ha planteado el Consejo de Estado.

Departamento de Caldas: al contestar la demanda esgrimió que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la parte demandante. Como razones de defensa describe la gestión de la entidad territorial en cuanto a la solicitud de cesantías se refiere. Afirmó que cumplió con los términos legales dentro del trámite que corresponde e informó que una vez queda en firme el acto administrativo ya no tiene incidencia dentro en el pago de la prestación.

Así mismo realizó un recuento de las actuaciones realizadas para el caso específico para concluir que no le asiste responsabilidad alguna a la entidad en la mora en el pago de las cesantías reclamada por la señora Gómez Ramírez.

Como excepciones propone las que denominó:

Falta de legitimación en la causa por pasiva: de acuerdo con la normatividad aplicable es la Fiduprevisora S.A. la encargada de realizar el pago de las prestaciones sociales del personal docente.

Inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley: reiteró que al Departamento de Caldas no le asiste responsabilidad alguna.

Buena fe: la entidad ha actuado de buena fe en la expedición de los actos administrativos de reconocimiento de las cesantías a favor de la actora.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 03 de agosto de 2022 el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, tras plantearse como problema jurídico, la procedencia de la sanción moratoria por concepto de no consignación oportuna de cesantías, contemplada en la Ley 244 de 1994 y modificada por la Ley 1071 de 2006, accedió a pretensiones.

Señaló que, si bien los docentes del sector público tienen una regulación en materia de cesantías prevista en la Ley 91 de 1989, esta norma no contempla dentro de su articulado la sanción que reclama la actora, y que las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, sí fijan los términos del pago oportuno de la prestación para los servidores públicos del artículo 123 de la Constitución Política, entre los que se encuentran los docentes.

Apoyada entonces en las anteriores normas, resalta que, a partir del momento de radicación de la solicitud, la entidad dispone de un término de 15 días hábiles para emitir el acto administrativo, más 10 días de ejecutoria, y una vez en firme el mismo, tiene un plazo de 45 días adicionales para realizar el pago, so pena de causar la sanción moratoria.

Concluyó el A quo, que la entidad deberá cancelar a la demandante la indemnización moratoria establecida en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006; en cuanto a la prescripción, afirmó que no se configura la misma, teniendo en cuenta que entre la fecha en que se hizo el pago y la fecha de radicación de la petición de reconocimiento no transcurrieron más de tres años.

De otro lado establece que la sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el período comprendido entre el 02 de junio de 2020 al 13 de julio de 2020, inclusive.

RECURSO DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

La parte accionada apeló la sentencia señalando que en el presente asunto no se integró el litisconsorcio necesario al ente territorial e indicó que, dentro de las competencias por el Decreto 2831 de 2005, se encuentra la atención a las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales del Magisterio, que se realizará a través de las Secretarías de Educación certificadas a cuya planta de docentes pertenezca o haya pertenecido el solicitante; estas Secretarías de Educación a su vez al momento de expedir los actos administrativos que reconocen las cesantías parciales o definitivas, deben atender al turno de radicación de las solicitudes de pago y a la disponibilidad presupuestal que haya para tal fin.

Por esa razón, el trámite administrativo respecto de las cesantías de los docentes implica la participación de diferentes actores, tales como, el ente nominador o la entidad territorial y la Fiduprevisora en su calidad de vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Que, por lo tanto, el fallo atacado omitió estudiar que la obligación se desprende de plazos que cada entidad debe cumplir, por lo que bajo la teoría de la descentralización de los entes territoriales, deberán ser llamados a responder por el interregno que incurrió en mora en el caso en concreto.

Que en el presente caso la reclamación judicial del docente busca el pago de la sanción moratoria, no obstante, las cesantías fueron pagadas efectivamente, momento hasta el cual llega su responsabilidad. Por consiguiente, no existe legitimación en la causa por pasiva del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que la modificación normativa introducida, traslada cualquier obligación de pago derivada del retardo en el pago de las cesantías a la entidad territorial certificada y a la Fiduciaria administradora y vocera del patrimonio autónomo.

Que, en caso de existir mora en el pago de las cesantías, deberá ser asumida en su totalidad por el ente territorial, pues emitió de forma extemporánea la resolución y como consecuencia de ello se generó una dilación en el pago de la prestación económica, aunado al hecho que no existe una partida presupuestal en el FNPSM destinada a asumir el pago de la sanción por mora.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a la constancia secretarial visible en PDF nro. 05 del expediente digital de segunda instancia las partes y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES.

Cuestión previa.

Para el Tribunal Administrativo de Caldas resulta importante indicar, que conforme a la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018¹, relacionada con el pago tardío de cesantías parciales o definitivas, se tendrán en cuenta los siguientes parámetros para el análisis del caso sub – examine:

¹ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Segunda¹ ; Sentencia de unificación por Importancia jurídica; Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018; SUJ-012-S2; Bogotá D.C., 18 de julio de 2018; 73001-23-33-000-2014-00580-01-4961-2015

"193. En tal virtud, la Sala dicta las siguientes reglas jurisprudenciales:

3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley² para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.

Problema jurídico.

Teniendo en cuenta el recurso de apelación el problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se resume en la siguiente pregunta:

² Artículos 68 y 69 CPACA.

¿Cuál es la entidad obligada a responder por el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías?

Tesis del Tribunal: la tesis que defenderá la Sala es que en el presente asunto corresponde a la Nación - Ministerio de Educación – FNPSM responder por la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a la demandante, por cuanto, se evidencia que es una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual le resulta imputable en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

Entidad obligada al pago de la sanción moratoria

La Ley 91 de 1989 en su artículo 3º, creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados a dicho fondo (artículos 4 y 5).

A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señalaba que, las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el FNPSM, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al FNPSM de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Con fundamento en dichas disposiciones, el Consejo de Estado³ sostuvo que: “será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo”.

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019⁴ y en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías y el responsable del pago de la sanción moratoria, dispuso:

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

⁴ Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad.

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

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

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

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

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

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención". (Se resalta)

Así, a partir del 25 de mayo de 2019, las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 deben ser reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el FNPSM; en aquellos eventos en que el pago de las cesantías sea extemporáneo, como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al FNPSM, la entidad territorial será la responsable del pago de la sanción por mora.

En cuanto al responsable del pago de la sanción moratoria

La parte demandada en su apelación afirma que, la responsable es la entidad territorial por cuanto emitió de forma extemporánea el acto administrativo de reconocimiento de tales prestaciones y como consecuencia de ello se generó una dilación en el pago de la prestación económica.

Al respecto la Sala, de acuerdo con las pruebas allegadas, encuentra acreditado que, la demandante el 17 de febrero de 2020 solicitó el reconocimiento y pago de una cesantía definitiva⁵, y su solicitud fue atendida mediante Resolución 0966-6 del 04 de marzo de 2020 expedida por la Secretaría de Educación, esto es, dentro del término de los 15 días que contempla la norma, toda vez que los 15 días vencían el 09 de marzo de 2020.

Adicionalmente se encuentra acreditado que, el pago debió efectuarse a más tardar el 01 de junio de 2020, pero la entidad realizó el pago el 14 de julio de 2020 según consta en la certificación de pago de cesantía. Por lo tanto, se concluyen que existió mora del 02 de junio de 2020, inclusive, al 13 de julio de 2020, inclusive, al haberse superado el plazo que disponía para el pago, tal como lo señaló en *a quo* en la sentencia apelada.

Por lo tanto, no se evidencia una mora en la secretaría de Educación territorial en el reconocimiento y notificación del acto de reconocimiento de las cesantías, y tampoco se encuentra acreditado el incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la secretaría de Educación territorial al FNPSM.

⁵ Archivo: 01DemandayAnexos.pdf

Lo que se evidencia es una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual resulta imputable a la demandada Nación - Ministerio de Educación – FNPSM en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 que señala que, *“Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*.

En consecuencia, es claro que, en el presente asunto, la entidad responsable del pago de la sanción por mora causada le corresponde a la Nación – Ministerio de Educación Nacional, por lo tanto, no prosperan los argumentos expuestos por la demandada en cuanto afirma la existencia de un litisconsorcio necesario y falta de legitimación en la causa por pasiva.

Conclusión

Al haberse causado la mora después del reconocimiento de las cesantías reclamadas la Nación - Ministerio de Educación – FNPSM es la entidad obligada a responder por la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a la demandante, por cuanto, se evidencia es una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual le resulta imputable en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

Al no prosperar los argumentos expuestos por la entidad demandada en su recurso de apelación, se confirmará la sentencia apelada.

Costas

En el presente asunto, pese a lo señalado en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condena en costas toda vez que no existió actuación alguna por las partes en la segunda instancia.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo

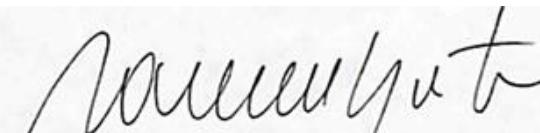
Administrativo del Circuito de Manizales el día 10 de diciembre de 2021 en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **CONSUELO GÓMEZ RAMÍREZ** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 02 de marzo de 2023, conforme acta nro. 011 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ALVAREZ BELTRÁN
Magistrado



DOCTOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 038 del 06 de marzo de 2023.

CONSTANCIA SECRETARIAL:

Manizales, tres (03) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Informando al señor Magistrado que se encuentra pendiente la admisión del recurso de apelación de sentencia, pasa a despacho para resolver lo pertinente.

Consta de dos carpetas:

Cuaderno de primera instancia: 36 archivos pdf.

Cuaderno de segunda instancia: 01 archivo pdf.

Vilma Patricia Rodríguez C

Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

RADICACIÓN: 17001-33-33-002-2018-00473-02

MEDIO DE CONTROL: Ejecutivo

DEMANDANTE: Liliana Osorio Aranzazu

DEMANDADO: Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.I. 068

Manizales, tres (03) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión del recurso de apelación interpuesto, el Despacho observa que el recurso fue presentado dentro del término oportuno y fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión, (Archivos 31 Y 32 del cuaderno de primera instancia del expediente electrónico).

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021, **ADMÍTESE** el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2022 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, que ordenó liquidar el crédito (archivo 27 del cuaderno de primera instancia del expediente electrónico).

Vencido el término de ejecutoria de la admisión del recurso, y en caso de que no exista solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 243 parágrafo 2 del CPACA, modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021, considerando innecesario citar a audiencia de alegaciones y juzgamiento, **CÓRRASE** traslado común a las partes por el término de diez (10) días, para que presenten sus alegatos de conclusión.

Vencido el término concedido a las partes, el Ministerio Público **DISPONDRÁ** igualmente de diez (10) días para emitir su concepto, sin retiro del expediente.

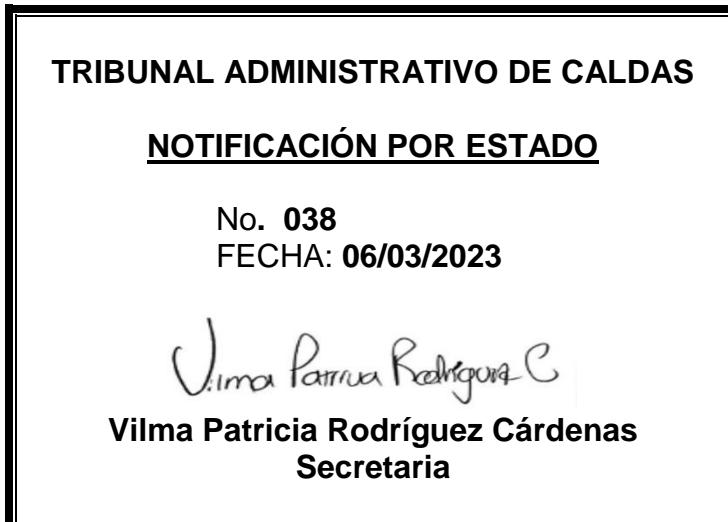
NOTIFIQUESE personalmente al señor Agente del Ministerio Público a través de la dirección electrónica correspondiente, por estado electrónico a las demás partes, en los términos previstos en los artículos 197, 198 y 201 del CPACA.

Se advierte a las partes y demás intervenientes que la presentación de memoriales con destino a este proceso deberá realizarse únicamente en formato digital al correo electrónico de la Secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas: sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co

Cualquier documento enviado a otra dirección de correo no se tendrá por presentado.

Notifíquese y cúmplase

**AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado**



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

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

Código de verificación: **ae657158456331217761ca60772fc08a595b4062a728ada99aada70d7578c54f**

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

CONSTANCIA SECRETARIAL:

Manizales, tres (03) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Informando al señor Magistrado que se encuentra pendiente la admisión del recurso de apelación de sentencia, pasa a despacho para resolver lo pertinente.

Consta de dos carpetas:

Cuaderno de primera instancia: 40 archivos pdf.

Cuaderno de segunda instancia: 01 archivo pdf.

Vilma Patricia Rodríguez C

Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria

RADICADO: 17-001-33-33-003-2021-00229-02

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

DEMANDANTE: Angela Amador Salazar

DEMANDADO: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM,
Departamento de Caldas.

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.I. 064

Manizales, tres (03) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión del recurso de apelación interpuesto, el Despacho observa que el recurso fue presentado dentro del término oportuno y fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión, (Archivos 19 del C01Principal en el cuaderno de primera instancia del expediente electrónico).

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021, **ADMÍTESE** los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2022 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia (archivo 18 del cuaderno de primera instancia del expediente electrónico).

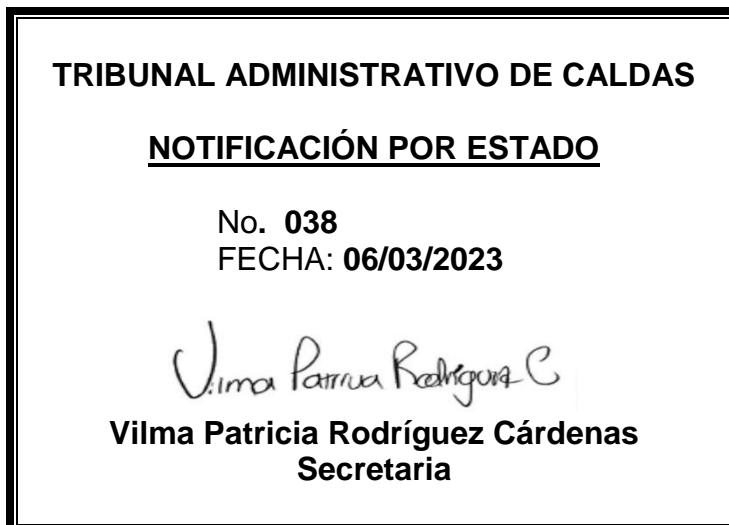
NOTIFÍQUESE personalmente al señor Agente del Ministerio Público a través de la dirección electrónica correspondiente, por estado electrónico a las demás partes, en los términos previstos en los artículos 197, 198 y 201 del CPACA.

Se advierte a las partes y demás intervenientes que la presentación de memoriales con destino a este proceso deberá realizarse únicamente en formato digital al correo electrónico de la Secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas:
sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co

Cualquier documento enviado a otra dirección de correo no se tendrá por presentado.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



Firmado Por:

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

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

Código de verificación: **8f9326f10028f301e0c1aaa9cf8cd0f512af49ed29a5709945f7fb93c2e03bfc**
Documento generado en 03/03/2023 07:34:51 AM

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

CONSTANCIA SECRETARIAL:

Manizales, tres (03) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Informando al señor Magistrado que se encuentra pendiente la admisión del recurso de apelación de sentencia, pasa a despacho para resolver lo pertinente.

Consta de dos carpetas:

Cuaderno de primera instancia: 48 archivos pdf.

Cuaderno de segunda instancia: 01 archivo pdf.



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria

RADICADO: 17-001-33-39-006-2022-00107-02

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

DEMANDANTE: María Obany Henao Arias.

DEMANDADO: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM,
Departamento de Caldas.

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.I. 066

Manizales, tres (03) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión del recurso de apelación interpuesto, el Despacho observa que el recurso fue presentado dentro del término oportuno y fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión, (Archivos 44 y 45 del C01Principal en el cuaderno de primera instancia del expediente electrónico).

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021, **ADMÍTESE** los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2022 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que no accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia (archivo 042 del cuaderno de primera instancia del expediente electrónico).

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

Se advierte a las partes y demás intervenientes que la presentación de memoriales con destino a este proceso deberá realizarse únicamente en formato digital al correo electrónico de la Secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas:
sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co

Cualquier documento enviado a otra dirección de correo no se tendrá por presentado.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. **038**
FECHA: **06/03/2023**

Vilma Patricia Rodríguez C

Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

Firmado Por:

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

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

Código de verificación: **3da14227026598ea166f2878ffd77d4cb483069d0b7b0b516b7f8046c66133a8**

Documento generado en 03/03/2023 07:46:39 AM

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

CONSTANCIA SECRETARIAL:

Manizales, tres (03) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Informando al señor Magistrado que se encuentra pendiente la admisión del recurso de apelación de sentencia, pasa a despacho para resolver lo pertinente.

Consta de dos carpetas:

Cuaderno de primera instancia: 36 archivos pdf.

Cuaderno de segunda instancia: 01 archivo pdf.

Vilma Patricia Rodríguez C

Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria

RADICADO: 17-001-33-39-007-2021-00092-02

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

DEMANDANTE: Luz Nidian Anduquia Leyton

DEMANDADO: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM.

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.I. 067

Manizales, tres (03) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión del recurso de apelación interpuesto, el Despacho observa que el recurso fue presentado dentro del término oportuno y fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión, (Archivo 32 del C01Principal en el cuaderno de primera instancia del expediente electrónico).

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021, **ADMÍTESE** los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2022 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia (archivo 30 del cuaderno de primera instancia del expediente electrónico).

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

Se advierte a las partes y demás intervenientes que la presentación de memoriales con destino a este proceso deberá realizarse únicamente en formato digital al correo electrónico de la Secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas:
sqtadmincl@notificacionesrj.gov.co

Cualquier documento enviado a otra dirección de correo no se tendrá por presentado.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. **038**
FECHA: **06/03/2023**



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

Firmado Por:

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

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

Código de verificación: **7a54eee5b4185a47ad7c4432b4ddf1afe3c8f6a00b1e01efb39e10befdaea359**

Documento generado en 03/03/2023 07:47:11 AM

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

CONSTANCIA SECRETARIAL:

Manizales, tres (03) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Informando al señor Magistrado que se encuentra pendiente la admisión del recurso de apelación de sentencia, pasa a despacho para resolver lo pertinente.

Consta de dos carpetas:

Cuaderno de primera instancia: 40 archivos pdf.

Cuaderno de segunda instancia: 01 archivo pdf.



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria

RADICADO: 17-001-33-33-009-2018-00402-01

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

DEMANDANTE: GLOBAL REPRESENTACIONES LTDA.

DEMANDADO: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -
DIAN

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.I. 065

Manizales, tres (03) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión del recurso de apelación interpuesto, el Despacho observa que el recurso fue presentado dentro del término oportuno y fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión, (Archivos 16 del C01Principal en el cuaderno de primera instancia del expediente electrónico).

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021, **ADMÍTESE** los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2022 por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, que no accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia (archivo 14 del cuaderno de primera instancia del expediente electrónico).

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

Se advierte a las partes y demás intervenientes que la presentación de memoriales con destino a este proceso deberá realizarse únicamente en formato digital al correo electrónico de la Secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas:
sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co

Cualquier documento enviado a otra dirección de correo no se tendrá por presentado.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. **038**
FECHA: **06/03/2023**

Vilma Patricia Rodríguez C

Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

Firmado Por:

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

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

Código de verificación: **7f2aee6b11b049543e2459691dd97c49fa75c514660b1932c69cb9a849f92e3e**

Documento generado en 03/03/2023 07:50:29 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 040

Manizales, tres (3) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-39-006-2022-00117-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Ubelny López Sánchez
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG). Departamento de Caldas

Se decide el recurso de apelación formulado por las demandadas contra la sentencia que accedió a las pretensiones de la parte actora,

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad de la Resolución 6477-6 del 14 de diciembre de 2021, por medio del cual se resolvió de forma negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías y en consecuencia se declare que tiene derecho a dicho pago y se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional pagar el equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el 19 de marzo de 2021 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía a la que tenía derecho, y que esta prestación le fue reconocida por medio de la Resolución 1726-6 del 09 de abril de 2021 y pagada el 14 de julio de 2021. Sostiene que la entidad contaba con 70 días desde la solicitud para reconocer y pagar las cesantías de la accionante.

Que después de haber solicitado la cancelación a la entidad convocada, esta resolvió negativamente las peticiones presentadas.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas la Ley 91 de 1989, artículos 5 y 15; Ley 244 de 1995, artículos

1 y 2; Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5; Decreto 2831 de 2005.

Sostuvo que la jurisprudencia ha establecido que las disposiciones comentadas deben ser interpretadas en el entendido que entre la solicitud de cesantías y su reconocimiento y pago no debe superarse el término de 70 días y que el Ministerio de Educación ha venido cancelando las cesantías por fuera del término referido, circunstancia que genera una sanción a cargo de esta entidad, equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo, que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles, contados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. La Nación – Ministerio de Educación

Se opuso a las pretensiones de la demandante para lo cual señaló que, la demora en el pago de las cesantías es causada por el actuar de la entidad territorial. Frente a la condena por concepto de costas y agencias en derecho, solicitó sea exonerada a la entidad, por cuanto su representada ha actuado conforme a los mandatos legales y jurisprudenciales vigentes.

Propuso las excepciones: “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD”, “IMPROCEDENCIA DE CONDENA POR CONCEPTO DE INTERESES MORATORIOS E INDEXACIÓN”, “CADUCIDAD”, “PRESCRIPCIÓN”, “DÍAS DE SANCIÓN MORA CAUSADOS DESDE EL 01 DE ENERO DE 2020, SON RESPONSABILIDAD DEL ENTE TERRITORIAL”, “COBRO DE LO NO DEBIDO, POR MORATORIA GENERADA EN EL AÑO 2020”, “NO PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS”, y “COMPENSACIÓN -DEDUCCIÓN DE PAGOS”.

2.2. Departamento de Caldas

Se opuso a las pretensiones de la demandante, para lo cual señaló que, la Secretaría de Educación tiene a su cargo únicamente la recepción y radicación de las solicitudes de prestaciones sociales de los docentes que pertenecen a la entidad territorial, así como la certificación de los tiempos y el régimen salarial y prestacional, a fin de realizar los proyectos de los actos administrativos y remitirlos a la Fiduprevisora, para su estudio y posterior aprobación, y los actos administrativos que estén en firme y ejecutoriados enviarlos a dicha entidad para su respectivo control y pago.

Que por disposición legal y reglamentaria, la entidad no puede desbordar la competencia funcional atribuida, pues es la Fiduprevisora, como administradora de los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, la encargada de efectuar el pago de este tipo de prestaciones económicas. Propuso como medio exceptivo:

Propuso como medios exceptivos: “CUMPLIMIENTO DE TÉRMINOS POR PARTE DE LA ENTIDAD TERRITORIAL”, “BUENA FE” y “PRESCRIPCIÓN”.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró infundadas las excepciones formuladas por las demandadas; declaró la nulidad de la Resolución 6477-6 del 14 de diciembre de 2021 y en consecuencia ordenó al departamento de Caldas pagar la mora correspondiente a 04 días, es decir del 07 de julio al 10 de julio de 2021 y a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fomag, a cancelar la mora correspondiente a 3 días, esto es entre el 11 de julio y hasta el 13 de julio de 2021; con base en el salario básico devengado en 2021. Además se abstuvo de condenar en costas.

Como fundamento de su decisión señaló que, la demandante solicitó el 19 de marzo de 2021, el reconocimiento y pago de una cesantía, la cual fue atendida mediante Resolución 1726-6 del 09 de abril de 2021, expedida por la Secretaría de Educación Departamental. Que si bien la respuesta fue oportuna, el término de ejecutoria se surtió hasta el 30 de abril de 2021, es decir que por parte del departamento de Caldas, la ejecutoria se surtió 5 días después de la fecha real en que debía quedar ejecutoriado, es decir, el 23 de abril de 2021.

Que además el acto administrativo fue remitido a la Fiduprevisora el 03 de mayo de 2021, es decir, 28 días después de la radicación de la solicitud de cesantías por parte de la demandante. Que a su vez, el Fomag realizó el pago el 14 de julio del año 2021, incurriendo en mora al haber superado el plazo que disponía para ello.

4. Recurso de apelación

Departamento de Caldas solicitó revocar la sentencia y en su lugar despachar favorablemente las excepciones y razones de defensa propuestas, para ello señaló que, la notificación de la Resolución 1726-6 del 09 de abril de 2021, se realizó el 16 de abril de 2021, ósea cinco días hábiles después de proferida la resolución, cumplido los términos señalados en la Ley 1955 de 2019, y las reglas señaladas en la sentencia de unificación radicado 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) del 18 de julio de 2018.

Que, los cinco días a que se refiere el Juzgado como mora por parte del Departamento, son los cinco días hábiles que no se tuvieron en cuenta de la notificación realizada por parte de la Secretaría de Educación.

La Nación – Ministerio de Educación solicitó revocar la sentencia en cuanto a la condena a ella impuesta y en su lugar responsabilizar al ente territorial por los días de mora causados.

Señaló que la decisión apelada no se encuentra ajustada a derecho, pues desconoció lo contenido en el Plan Nacional de Desarrollo Ley 1955 de 2019 y el Decreto 942 del 01 de junio de 2022, ya que a la luz de estas normas debió ser absuelta del presente litigio, ya que no es la responsable por la causación de la mora ni tampoco está obligada a pagar la sanción moratoria por prohibición legal expresa, teniendo en cuenta que la sanción moratoria fue causada con posterioridad al 31 de diciembre del 2019 y por lo tanto debe ser asumida por la entidad territorial y por la Fiduprevisora, en posición propia.

Señaló el apoderado que, actúa exclusivamente en representación de la Nación Ministerio de Educación Nacional – Fomag, y en ningún momento se ha acreditado facultad para actuar en representación de Fiduprevisora. Que el Decreto 942 del 01 de junio de 2022 reglamentó el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a cargo del Fomag, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

Lo anterior como quiera que la Ley 1955 de 2019, trasladó la responsabilidad del pago de la sanción moratoria a la entidad territorial certificada, y así mismo, estableció una prohibición legal de pagar este tipo de indemnizaciones con cargo a los recursos del Fomag; sin perjuicio de ello, estableció un parágrafo transitorio donde indicó que la sanción mora causada al 31 de diciembre de 2019 sería financiada con cargo a los recursos TES y ésta sería asumida por el Fomag.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centran en establecer: *¿Tiene derecho la parte actora al reconocimiento de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, por el retardo en el pago de las cesantías?*

En caso afirmativo, *¿Qué entidad debe asumir el pago de dicha sanción moratoria? ¿Procede la indexación de la sanción moratoria y el reconocimiento de intereses?*

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del tribunal

La demandante tiene derecho al reconocimiento de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, desde el 9 al 13 de julio de 2021 inclusive, por cuanto existió retardo en el pago de sus cesantías.

Para fundamentar lo anterior, se abordará el análisis de los siguientes aspectos: **i)** el fundamento jurídico sobre la sanción moratoria en el régimen especial de los docentes; **ii)** los hechos relevantes acreditados; para descender al análisis del **iii)** caso concreto.

2.2. Fundamento jurídico - Reconocimiento de la sanción por mora

La Ley 1071 de 2006 en su artículo 4º consagra los términos dentro de los cuales la administración debe resolver las peticiones que eleven sus empleados para el reconocimiento y pago de las cesantías, así:

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

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

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo (...)". (Se resalta)

La mencionada ley, en su artículo 5, reguló lo concerniente a la sanción moratoria:

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

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

De esta manera, una vez presentada la solicitud de pago de las cesantías definitivas la entidad cuenta con un término de quince (15) días para expedir el acto de reconocimiento. Además, en el evento de que la solicitud esté incompleta el empleador debe manifestarlo así al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud y señalar expresamente los requisitos de que adolece, de modo que una vez se alleguen pueda proferir el acto que reconozca la prestación en el término inicialmente indicado.

Así, (i) el plazo con el que cuenta la entidad pagadora para el desembolso de las cesantías definitivas o parciales comienza a computarse desde la firmeza del acto administrativo que lo dispuso, y desde ese instante, la administración tiene el término de cuarenta y cinco (45) días hábiles para pagar la prestación, so pena de incurrir en mora y causar a su cargo la sanción indicada en el párrafo de la norma en cita, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, que correrá en forma continua hasta cuando se haga efectivo el pago.

En efecto, la Sala Plena del Consejo de Estado¹ sostuvo que, la administración cuenta con 45 días hábiles para el pago de la prestación social, contados a partir del momento en que adquiere firmeza el acto administrativo que la reconoce, y agregó que dicho término solo se puede contar desde la ejecutoria del acto administrativo que dio respuesta a la petición y no desde que se radicó. Así lo interpretó la Sala al indicar que:

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

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Número interno: 2777-2004.

En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria".

En sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018², el Consejo de Estado reafirmó la postura precitada y la complementó en el sentido de precisar que la firmeza del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías surge a partir de su notificación en los términos dispuestos por el CPACA, como se indica a continuación:

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

101. Ha de ser así, pues la producción de los efectos del acto administrativo exige de su publicidad, de manera que solo son oponibles las decisiones de la administración que son conocidas por las personas llamadas a su cumplimiento o afectadas con su ejecución; situación que perfectamente encaja en el cómputo de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía, que consulta o se causa por el paso del tiempo, a donde no concurre el término que tiene el empleador para notificar el acto expreso que reconoce la mencionada prestación.

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

De esa suerte, y, en este primer escenario (pronunciamiento en tiempo de la administración), es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías parciales o definitivas, lo que determina el momento en que se causa la sanción moratoria y, en esa misma medida, la instancia en donde surge el derecho a su reclamación.

Sin embargo, y en procura de analizar los diferentes supuestos que pueden presentarse en la expedición y notificación del acto administrativo que reconoce y ordena el pago del auxilio de cesantías, la sentencia en comentó jurisprudencia en los siguientes términos:

"3.5.2 Sentar jurisprudencia precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo

² Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018

corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley³ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computadles para sanción moratoria.

195. De otro lado, también se sienta jurisprudencia precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto".

Conforme a lo anterior, es claro que el segundo escenario respecto del cual se verifica la ocurrencia de la penalidad moratoria contempla la no manifestación de voluntad de la administración a través de un acto administrativo conferido bajo los términos planteados en el primer escenario, o la expedición del mismo de manera inoportuna y contraria a los lapsos que para los efectos ha definido la ley.

En otras palabras, cuando el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas no es proferido o se emite con posterioridad a los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud, la sanción moratoria de que tratan las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, se hace exigible pasados 70 días hábiles contados desde la fecha de radicación de la petición, siempre que la misma haya sido presentada en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

En ese orden, el término a partir del cual es exigible la sanción moratoria dependerá de si el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas fue expedido dentro del tiempo legalmente previsto para ello, esto es, dentro de los 15 días siguientes a la radicación de la solicitud.

La sentencia en comento además ilustró sobre la forma en que se debe realizar el conteo de la sanción moratoria con el siguiente cuadro:

Hipótesis	Notificación	Corre ejecutoria	Término pago cesantía	Corre moratoria
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación

³ Artículos 68 y 69 CPACA.

ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	<i>Sin notificar o notificado fuera de término</i>	10 días, posteriores al intento de notificación personal ⁴	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	<i>Interpuso recurso</i>	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	<i>Interpuso recurso</i>	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

En cuanto al salario base de liquidación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, señaló:

*"3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo".*

2.3. Hechos relevantes acreditados

- La actora solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías definitivas, el 19 de marzo de 2021.⁵
- Mediante Resolución 1726-6 del 9 de abril de 2021, de la Secretaría de Educación de Caldas, en nombre y representación del Fomag, reconoció las cesantías solicitadas por la demandante, la cual fue notificada por correo electrónico el 16 de abril de 2021, quedando ejecutoriada el 30 de abril siguiente.⁶

⁴ Se consideran los supuestos de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

⁵ F. 19 Archivo digital: 002Demanda.pdf

⁶ F. 19-21 Archivo digital: 002Demanda.pdf y F. 1-5 Archivo digital: 013Anexo.pdf

➤ Según certificación de pago de cesantía expedido por el BBVA, las cesantías fueron pagadas el 14 de julio de 2021.⁷

➤ La actora el 30 de agosto de 2021 solicitó al Fomag el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías,⁸ lo cual fue negado mediante Resolución 6477-6 del 14 de diciembre de 2021.⁹

2.4. Análisis del caso concreto

De conformidad con el marco jurídico expuesto, son dos los momentos que determinan la causación de la sanción moratoria y el punto de partida para fijar el monto de dicha indemnización: (i) el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas o parciales, siempre que sea expedido dentro del término legal; y (ii) el vencimiento de los sesenta y cinco (65) o setenta días (70) hábiles siguientes a la fecha de reclamación de las mismas o la de la solicitud de reliquidación, cuando no se emitió respuesta por parte de la administración o se hizo de manera extemporánea.

De acuerdo con los hechos acreditados, se tiene que, la solicitud de pago de cesantías fue radicada el 19 de marzo de 2021, por lo que el término para emitir el acto de reconocimiento vencía el 14 de abril de 2021, por tanto, como quiera que este fue expedido el 9 de abril de 2021, se tiene que fue emitido en tiempo.

Ahora, como la notificación fue realizada a través de correo electrónico el 16 de abril de 2021, esto es, al quinto día de expedición del acto, se tiene que ella fue oportuna. Por lo tanto y como quiera que el docente no interpuesto recursos contra el acto, resulta aplicable la siguiente subregla señalada en la sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018¹⁰:

Hipótesis	Notificación	Corre ejecutoria	Término pago cesantía	Corre moratoria
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación

Así, los 10 días hábiles de ejecutoria del acto administrativo, vencían el 30 de abril de 2021; y a partir del día hábil siguiente, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contaba con 45 días para materializar el pago de las cesantías, es decir, hasta el 8 de julio de 2021, pero este solo se realizó hasta el 14 de julio de 2021.

2.5. Conclusión

En ese orden de ideas, es claro que, se configuró la mora en el pago de las cesantías, desde el 9 de julio de 2021 hasta el 13 de julio de 2021, por lo que en este sentido, le asiste razón al Departamento de Caldas y habrá de modificarse la sentencia apelada.

⁷ F 22 Archivo digital: 002Demanda.pdf

⁸ F. 23-24 Archivo digital: 002Demanda.pdf

⁹ F. 29-32 Archivo digital: 002Demanda.pdf

¹⁰ Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018

Segundo Problema jurídico: *¿cuál es la entidad obligada a responder por el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías de la accionante?*

2. Tesis del Tribunal

El pago de la sanción moratoria generada por la mora en el pago de las cesantías del demandante le corresponde asumirla a la Nación - Ministerio de Educación Nacional, por cuanto la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías y su remisión para el pago fueron realizados oportunamente por la Secretaría de Educación.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia al marco jurídico sobre el tema, para descender al análisis del caso concreto, atendiendo los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

3. Marco jurídico - Entidad obligada al pago de la sanción moratoria

La Ley 91 de 1989 en su artículo 3º, creó el Fomag como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados a dicho fondo (artículos 4 y 5).

A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señalaba que, las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fomag, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fomag de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Con fundamento en dichas disposiciones, el Consejo de Estado¹¹ sostuvo que: “será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo”.

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019¹² y en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías y el responsable del pago de la sanción moratoria, dispuso:

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

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

¹² Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad.

quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

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

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

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

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención". (Se resalta)

Así, a partir del 25 de mayo de 2019, las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 deben ser reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fomag; en aquellos eventos en que el pago de las cesantías sea extemporáneo, como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fomag, la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora.

Por su parte, el Decreto 942 de 2022¹³ dispuso:

¹³ Por el cual se modifican algunos artículos de la Sección 3, Capítulo 2, Título 4, Parte 4, Libro 2 del Decreto 1075 de 2015 -Único Reglamentario del Sector Educación- sobre el reconocimiento y pago de Prestaciones Económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

"ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.25. Gestión del acto administrativo notificado y ejecutoriado que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Una vez ejecutoriado el acto administrativo definitivo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la Entidad Territorial Certificada en Educación deberá gestionar, inmediatamente a través de la plataforma o herramienta tecnológica dispuesta el trámite de pago para que dentro de los términos contenidos en el presente decreto, la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desembolse las sumas reconocidas.

...

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.28. Sanción moratoria. La Entidad Territorial Certificada en Educación y la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán las responsables del pago de la sanción por mora en el pago tardío de las cesantías, en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los términos previstos para cada una de ellas en los artículos 2.4.4.2.3.2.22 y 2.4.4.2.3.2.27 del presente decreto, así como de los términos aplicables para la notificación y la resolución de recursos de acuerdo con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o la norma que lo modifique, adicione o sustituya.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. La sanción moratoria no afectará los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, en caso de presentarse, su pago será responsabilidad de la entidad que la genere.

PARÁGRAFO. *La entidad territorial será responsable de pagar la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo de la prestación se generó como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En caso de que se presenten demoras en el pago de las cesantías imputables a la sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que occasionen sanción moratoria, deberá ser cubierta con el patrimonio de la sociedad fiduciaria.*

En el evento en que la sanción por mora resulte imputable a las dos entidades antes enunciadas, ésta deberá calcularse y pagarse de forma proporcional según los días de retraso en el reconocimiento o el pago que corresponda para cada entidad".

4. Análisis sustancial del caso concreto

La Nación - Ministerio de Educación – Fomag en su defensa señala que, la sanción moratoria fue causada con posterioridad al 31 de diciembre de 2019 y por lo tanto debe ser asumida por la entidad territorial y por la Fiduprevisora, en posición propia; ello con fundamento en el Decreto 942 de 2022 y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, que además estableció una prohibición legal de pagar este tipo de indemnizaciones con cargo a los recursos del Fomag.

Al respecto, de las pruebas obrantes en el expediente se logra establecer que, la Secretaría de Educación remitió la Resolución de reconocimiento de las cesantías a la Fiduprevisora, a

través del sistema OnBase el 3 de mayo de 2021 según oficio P.S. 0287,¹⁴ esto es, al día hábil siguiente de su ejecutoria.

De acuerdo con lo expuesto, no se evidencia demora en la Secretaría de Educación territorial en el reconocimiento y notificación del acto de reconocimiento de las cesantías, y tampoco se encuentra acreditado el incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fomag.

Lo que se evidencia es una mora imputable a la demandada Nación - Ministerio de Educación – Fomag en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 que señala que, *"Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*, pues dejó trascurrir más de 45 días para realizar el pago, contados a partir del día siguiente a la ejecutoria del acto de reconocimiento de las cesantías.

Finalmente, de la lectura integral del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no se puede inferir que se excluyó a la Nación - Ministerio de Educación de la obligación del pago de la sanción moratoria; aunado a que, el párrafo transitorio¹⁵ de dicho artículo lo que contempló fue una autorización al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería a efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo del Fomag causadas a diciembre de 2019; sin que por esta razón pueda indicarse que, tácitamente se le excluyó de la obligación de pago de la sanción moratoria causada a partir de enero de 2020.

Lo anterior, no es óbice para que la Nación - Ministerio de Educación adelante las acciones pertinentes frente a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al tenor de lo establecido en el párrafo del artículo 2.4.4.2.3.2.28 del Decreto 942 de 2022 que establece:

"PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable de pagar la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo de la prestación se generó como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En caso de que se presenten demoras en el pago de las cesantías imputables a la sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que ocasionen sanción moratoria, deberá ser cubierta con el patrimonio de la sociedad fiduciaria".

Se resalta además que, frente a lo afirmado por el apoderado de la Nación - Ministerio de Educación, quien afirma que en ningún momento se ha acreditado facultad para actuar en representación de Fiduprevisora, se tiene que: de acuerdo a la Resolución 02029 del 04 de marzo de 2019, expedida por la Ministra de Educación Nacional, dicho ministerio suscribió

¹⁴ FL 2 A.D. 020DocumentosMcpio_REVISAR_FECHA.pdf

¹⁵ PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo. La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención".

contrato de fiducia mercantil con la Fiduprevisora S.A., mediante escritura pública número 083 de 1990 para el manejo del Fomag; que en el otrosí de fecha 27 de junio de 2003 la Fiduprevisora, como vocera del patrimonio autónomo y administradora de los recursos del Fomag, asumió la contratación de abogados para la defensa judicial del mismo. Además, conforme al poder general otorgado por el Doctor Luis Gustavo Fierro Maya, mediante escritura pública 522 de 28 de marzo de 2019, protocolizada en la notaría 34 de Bogotá, modificada por la escritura pública 0480 de 03 de mayo de 2019 y la escritura pública 1230 de 11 de septiembre de 2019, protocolizadas en la notaría 28 de Bogotá, en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica,¹⁶ se indica que, el apoderado queda facultado para:

“...notificarse, presentar excepciones o contestar la demanda, proponer incidentes, interponer recursos, asistir a la audiencias para realizar todas la actuaciones judiciales y presentar fórmulas de conciliación en los términos estrictamente descritos en el acta expedida por el Comité de Conciliación judicial del Ministerio de Educación Nacional, en las etapas procesales contempladas en los artículos 180 y 192 de la Ley 1437 de 2011 de los procesos Ejecutivos y de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en los que la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., tenga el deber fiduciario de asumir la defensa judicial, de los procesos promovidos en contra de LA NACIÓN- Ministerio DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG”.

(Clausula Segunda. Parragrafo segundo)

Por lo tanto, si bien es cierto dicho apoderado no actuó en representación de la Fiduprevisora, su vínculo obedece al contrato de fiducia mercantil celebrado entre el Ministerio de Educación Nacional y la Fiduprevisora, para el manejo de los recursos del Fomag, así como para su defensa judicial.

4.3. Conclusión

La Nación - Ministerio de Educación sí es la entidad obligada a responder por la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a la demandante, por cuanto, se evidencia es una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual le resulta imputable en los términos del inciso primero del artículo 57 de la de la Ley 1955 de 2019.

Al no prosperar los argumentos expuestos por la entidad demandada en su recurso de apelación, se confirmará en este aspecto la sentencia apelada.

5. Costas en esta instancia.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en costas en esta instancia por cuanto no se encuentra acreditada su causación.

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. RESUELVE:

¹⁶ Archivo Expediente Digital: 010Poder.pdf

PRIMERO: Se modifica el ordinal tercero de la sentencia del 28 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por María Ubelny López Sánchez contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas, el cual quedará así:

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, ORDÉNASE a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, a cancelar la mora correspondiente a 5 días, esto es entre el 9 de julio y hasta el 13 de julio de 2021 a favor de la señora MARÍA UBELNY LÓPEZ SÁNCHEZ, identificada con la cédula de ciudadanía número 24.643.293; La sanción será pagada con base en el salario básico devengado en el año 2021.

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 16 de 2023.

NOTIFICAR

DOCTOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente

AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado

AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

A.I. 043

Manizales, tres (3) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento de Derecho.
Radicado: 17-001-33-33-006-2023-00043-02
Demandante: Nelson De Jesús Zea
Demandado: La Nación – Rama Judicial.

ASUNTO

El Tribunal decide sobre el impedimento manifestado la Jueza Sexta Administrativa del Circuito de Manizales, que igualmente comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales.

ANTECEDENTES

La parte demandante en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pretende que se declare la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se negó el reconocimiento y pago de la Bonificación Judicial, creada por el **Decreto 383** de 2013, como factor salarial para liquidar salario, prestaciones y demás emolumentos que percibe.

La **Jueza Sexta de Manizales**, manifestó su impedimento para conocer del asunto fundado en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, toda vez que le asiste un interés directo en el resultado del proceso, dado que en su calidad de juez, así como la de los demás jueces administrativos de este circuito judicial, podrían eventualmente beneficiarse del pronunciamiento que al efecto se disponga por ser destinatarios de la bonificación judicial en calidad de funcionarios de la Rama Judicial.

CONSIDERACIONES

El régimen de impedimentos se fundamenta en la necesidad de preservar la integridad moral del funcionario que reconoce la existencia de situaciones de hecho que pueden comprometer su

criterio en la decisión y, de otra parte, constituyen una garantía de imparcialidad y transparencia de la justicia en los juicios que emite en los casos de su conocimiento.

Estudio normativo.

En cuanto a las causales para manifestar el impedimento, el artículo 130 del CPACA prevé como tales para los magistrados y jueces Administrativos, entre otras, las previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso. A su vez, el numeral 1 del artículo 141 del CGP que fundamentó el impedimento que aquí se resuelve, regula:

Artículo 141. *Son causales de recusación las siguientes:*

[...]

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

[...].

Por su parte el numeral 2 del artículo 131 del CPACA establece:

Artículo 131 *Trámite de los impedimentos. Para el trámite de los impedimentos, cuando se trate de jueces Administrativos el procedimiento es el siguiente:*

[...] *Si el juez en quien concurre la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces Administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el Tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto [...]*

Se configura la causal de impedimento.

Realizadas las anteriores precisiones, el Tribunal declarará fundado el impedimento presentado por la **Jueza Sexta** Administrativo de Manizales, que a su vez comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, teniendo en cuenta que le asiste un interés en las resultas del proceso en la medida que tienen el mismo interés salarial perseguido por la parte demandante.

En ese sentido, se torna imperativo admitir la separación de aquel en relación con el conocimiento del asunto de la referencia, en aras de garantizar la imparcialidad, objetividad e independencia de la administración de justicia.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997 del Consejo Superior de la Judicatura, se fija como fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite.

Sin más consideraciones, *el Tribunal Administrativo de Caldas,*

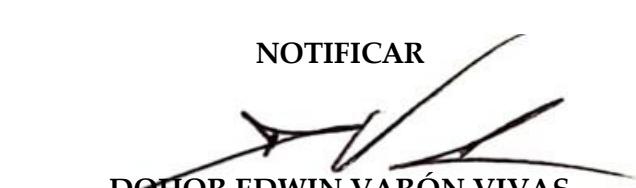
RESUELVE

Primero: Declarar fundado el impedimento manifestado por la **Jueza Sexta** Administrativa del Circuito de Manizales, que comprende a todos los jueces Administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la presente demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuso **Nelson De Jesús Zea** contra la Nación – **Rama Judicial**

Segundo: Fijar como fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite, el día 10 de marzo de 2023 a las 2:00 de la tarde.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 16 de 2023.

NOTIFICAR


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente


AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado


AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN

Magistrado